

eine Gläubigerschädigung besteht. Untreue nach § 153 StGB wiederum schützt nur die Beziehung zwischen Machthaber und Machtgeber²⁶⁾, nicht auch die Gläubiger und sollte daher nicht in diese Richtung als Auffangtatbestand eingesetzt werden.

Neben dem Gläubigerschutz dienen die Kapitalerhaltungsvorschriften sekundär auch dem Schutz von, so solche vorhanden sind, *Minderheitsgesellschaftern*. Zu deren Schutz kann durchaus auch § 153 StGB dienen, doch ist dann freilich die jeweilige strafbegründende Schadenssumme entsprechend zu adaptieren: Wenn sich ein Alleingesellschafter eine unzulässige Sonderdividende von 100 gewährt und er nach richtiger Ansicht sowohl bei GmbH als auch AG nicht nach § 153 StGB strafbar ist, sollte man bei der Mehrpersonengesellschaft entsprechend aliquotieren: Gibt es einen (nicht zustimmenden) Mitgesellschafter mit 10 %, wäre es inkonsequent, nun plötzlich einen Untreueschaden von 100 anzunehmen, wenn 90 davon ohnedies an jenen Gesellschafter fließen, der sich als Geschäftsführer/Vorstand die Sonderdividende von 100 selbst gewährt bzw

26) Kirchbacher/Presslauer in WK² § 153 Rz 36; Pfeifer, SbgK § 153 Rz 4, Rz 18 und Rz 33; Kienapfel/Schmoller, StudB BT II § 153 Rz 12 und Rz 95.

dieser im Fall des Fremdgeschäftsführers zustimmt. Ein Untreueschaden liegt vielmehr nur soweit vor, als die Minderheitsgesellschafter verkürzt werden, und beträgt daher im Beispiel richtigerweise bloß 10. Die Judikatur geht hingegen davon aus, dass dann, wenn neben dem Täter noch andere Gesellschafter beteiligt sind, der gesamte der Gesellschaft zugefügte Schaden strafrechtlich zuzurechnen ist, jedoch wenn es sich bei den Gesellschaftern ausschließlich um Angehörige iSd § 166 StGB handelt, die Untreue im Familienkreis begangen ist.²⁷⁾

5. Ausblick

Den im Croquis aus der bisherigen Rsp gezogenen Schluss, dass kein strafrechtlich relevanter Vermögensschaden der Kapitalgesellschaft vorliege, wenn der wirtschaftliche Berechtigte Nutznießer der Vorgänge und dieser zu selbstschädigendem Verhalten befugt ist, teilte der OGH offenbar nicht. Nun sind allerdings weitere Fragen offen und es wird das Thema wohl noch Gegenstand einiger fachübergreifender Diskussionen sein.

27) Siehe etwa 14 Os 107/99.



Der Autor:

Dr. Raimund Bollenberger ist Rechtsanwalt und Professor am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Jüngste Publikationen des Autors:

Kapitel über das Kreditgeschäft in Apathy/Iro/Kozioł, Österreichisches Bankvertragsrecht 2 IV (2012); Fehlerhafte Anlageberatung – Informationsobliegenheiten und -pflichten des Kunden, FS Fenyves (2013) 49; gemeinsam mit Kozioł und P. Bydlinski, KBB⁴ (2014).



Der Autor:

Dr. Norbert Wess ist Rechtsanwalt in Wien (wkk law Rechtsanwälte) und vorwiegend in den Bereichen des Unternehmens-, Wirtschafts- und Korruptionsstrafrecht tätig.

Jüngste Publikationen des Autors:

Die Privatisierung der Strafverfolgung (JSt 2014/1); Unternehmensinterne Ermittlungen – Erfahrungen und Problemstellungen in Österreich (AnwBl 04/2013).

Hon.-Prof. RA Dr. Dietmar Czernich, LL.M.
Innsbruck

■ RdW 2014/274, 251

Anwendbares Recht zur Bestimmung der Verbrauchereigenschaft im Schiedsverfahren

In der Entscheidung 6 Ob 43/13m hat der OGH erstmals – und vorläufig wohl auch letztmals – zur umstrittenen Frage Stellung genommen, ob ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft als Verbraucher zu qualifizieren ist, der sich auf die besonderen Vorschriften berufen kann, die für Schiedsvereinbarungen gelten, an denen ein Verbraucher beteiligt ist (§ 617 ZPO). Dabei hat der OGH zur Prüfung der Verbrauchereigenschaft österreichisches Recht herangezogen, obwohl der „Verbraucher“ seinen Wohnsitz im Ausland hatte. Dieses Ergebnis ist kollisionsrechtlich kaum haltbar.

1. Einleitung

Der OGH hat in seiner Entscheidung 6 Ob 43/13m eine intensiv geführte literarische Diskussion zur Verbrauchereigenschaft im Schiedsverfahren beendet. Entgegen der zumindest quantitativ überwiegenden Meinung hat das Höchstgericht entschieden, dass auch der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft als Verbraucher iSv § 617 ZPO anzusehen ist, solange ihm kein maßgeblicher Einfluss auf die Handlungen und Entscheidungen zukommt. Ohne Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung kommen beim passiven Gesellschafter die

Restriktionen für die Gültigkeit von Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern zur Anwendung, die so einschneidend sind, dass Schiedsvereinbarungen im Gesellschaftsrecht weitgehend tot sind.¹⁾ Insbesondere bewirkt das Erfordernis, wonach die Schiedsvereinbarung in einem eigenständigen Dokument enthalten sein muss, das keine anderen Vereinbarungen als die Schiedsvereinbarung selbst enthalten darf (§ 617 Abs 2 ZPO), dass alle Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen hinsichtlich

1) So schon Reiner, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 151, 168.

der passiven Gesellschafter nichtig sind, soweit sie nicht wegen ihrer außergesellschaftlichen Verhältnisse als Unternehmer zu qualifizieren sind. Nur zur Vollständigkeit: Dies gilt nicht für Schiedsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen, die vor dem Inkrafttreten des SchiedsRÄG 2006 zum 30. 6. 2006²⁾ abgeschlossen wurden. Hier genügt es, wenn die Schiedsvereinbarung im Einzelnen ausverhandelt wurde (§ 6 Abs 2 Z 7 KSchG). Für Schiedsvereinbarungen unter Verbraucherbeteiligung, die vor dem Inkrafttreten des § 6 Abs 2 Z 7 KSchG zum 1. 1. 2004³⁾ abgeschlossen wurden, gelten nur Beschränkungen hinsichtlich des Schiedsorts, nicht aber hinsichtlich des Abschlusses der Schiedsvereinbarung.⁴⁾

2. Kollisionsrechtliche Sicht des OGH in 6 Ob 43/13m

Es ist hier nicht der Ort, die Argumente nochmals aufzuzulden, die für oder gegen die Richtigkeit der Entscheidung 6 Ob 43/13m des OGH ins Feld zu führen sind.⁵⁾ Bis zu einem anderslautenden Vorum des Gesetzgebers gilt hier wohl: *Roma locuta, causa finita*. Dies trifft aber nicht auf die kollisionsrechtliche Vorfrage zu, nach welchem Recht die Verbrauchereigenschaft zu beurteilen ist. Diese Frage stellt sich bei allen internationalen Schiedsverfahren. In der rezenten Entscheidung hat der OGH österreichisches Recht angewendet, obwohl der „Verbraucher“ seinen Wohnsitz in Bulgarien hatte. Die Richtigkeit dieser Ansicht stößt in Begründung und Ergebnis auf erhebliche Bedenken und muss vom OGH bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit überdacht werden.

Der OGH sieht die Einhaltung der Bedingungen des § 617 ZPO im Falle der Verbrauchereigenschaft einer Partei als Wirksamkeitserfordernis der Schiedsvereinbarung. Infolgedessen unterstellt er die Verbrauchereigenschaft akzessorisch dem auf die Schiedsvereinbarung selbst anwendbaren Recht (Schiedsvereinbarungsstatut) und kommt hier zu österreichischem Recht, weil der Schiedsort im konkreten Fall in Österreich lag. Daran ist zwar zutreffend, dass die Schiedsvereinbarung abseits einer gültigen Rechtswahl dem Recht am Schiedsort unterliegt, jedoch muss die Ausdehnung des so bestimmten Schiedsvereinbarungsstatuts auch auf die persönlichen Eigenschaften der Vertragsparteien als kollisionsrechtlich nicht zutreffend bezeichnet werden: In Österreich werden die persönlichen Eigenschaften der Vertragsparteien nach Maßgabe des Kollisionsrechts der *lex fori* immer selbstständig angeknüpft und unterliegen gerade nicht dem Vertragsstatut, weil dieses ja immer nur die direkt vertragsbezogenen Fragen umfasst.⁶⁾

Dieser Grundsatz gilt auch für Schiedsvereinbarungen.⁷⁾ Auch im Anwendungsbereich der Rom I-VO, die ohnehin die Tendenz hat, das Vertragsstatut möglichst auszudehnen,⁸⁾ vor den persönlichen Eigenschaften der Vertragsparteien aber Halt macht, gilt nichts anderes: Auch nach der Rom I-VO sind die persönlichen Eigenschaften der Vertragsparteien immer selbstständig anzuknüpfen.⁹⁾ Die dadurch verursachte Zersplitterung muss hingenommen werden.¹⁰⁾

Die Unterstellung der Verbrauchereigenschaft unter das Statut der Schiedsvereinbarung hätte auch die bemerkenswerte Nebenwirkung, dass die Verbrauchereigenschaft zur Disposition der Parteien gestellt wird: Für Schiedsvereinbarungen gilt nämlich gem Art V Abs 1 lit a NYÜ Rechtswahlfreiheit,¹¹⁾ sodass die Parteien die Möglichkeit hätten, das Recht eines Staates zu wählen, dessen Schiedsrecht keine Beschränkungen in der Verbraucher-Schiedsgerichtsbarkeit kennt.¹²⁾ Dies widerspricht aber der erkennbaren Intention des OGH, den Verbraucherschutz im Schiedsverfahren tendenziell auszudehnen. Ob § 617 ZPO als Eingriffsnorm zu qualifizieren ist, die sich gegen das gewählte Recht durchsetzt, wird zumindest bei Verbrauchern, die ihren Wohnsitz nicht in Österreich haben, zu verneinen sein, weil es am erforderlichen Inlandsbezug fehlt.¹³⁾

3. Anknüpfung der Verbrauchereigenschaft nach dem Wohnsitz

Richtigerweise stellt sich die Frage nach der Eingriffsnorm-Qualität des § 617 ZPO aber gar nicht, weil die Verbrauchereigenschaft nach Anknüpfungspunkten zu bestimmen ist, die der Parteiendisposition entzogen sind. Welche Anknüpfungspunkte für die Bestimmung der Verbrauchereigenschaft heranzuziehen sind, wurde in der Vergangenheit aber kaum behandelt, weil im allgemeinen internationalen Vertragsrecht der Verbraucherbegriff durch Art 6 Rom I-VO autonom bestimmt¹⁴⁾ wird.¹⁵⁾ Die Frage nach dem Recht, das die Verbrauchereigenschaft bestimmt, stellt sich somit im vereinheitlichten Kollisionsrecht nicht, sondern nur in Vertragsgebieten, die vom Anwendungsbereich der Rom I-VO ausgeschlossen sind, wie dies namentlich für Schiedsvereinbarungen der Fall ist (Art 1 Abs 2 lit e Rom I-VO). Daher ist die maßgebliche Kollisionsnorm dem IPRG zu entnehmen.

- 2) Nach Art VII Abs 3 SchiedsRÄG 2006 BGBl I 2006/7 sind auf Schiedsvereinbarungen, die vor dem 1. 7. 2006 abgeschlossen wurden, noch die damals geltenden Regeln anzuwenden.
- 3) Eingefügt durch ZivRÄG 2004 BGBl I 2004/91.
- 4) OGH SZ 67/186 [Schiedsort muss in Einklang mit § 14 KSchG stehen].
- 5) Vgl dazu *Nueber*, Der Gesellschafter als Verbraucher im Schiedsverfahren – Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher und stiftungsrechtlicher Streitigkeiten? Aufsichtsrat aktuell 2012, 20, 23; *Schiffert/Kraus*, § 617 ZPO und Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, GesRZ 2011, 341; *Stippel in Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I (2011) RN 4/133; *Terlitzka/Weber*, Zur Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach dem SchiedsRÄG 2006, ÖJZ 2008, 1; *Öhlberger*, Sind Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen noch möglich? *ecolex* 2008, 51; *Stippel/Steinhofer*, Kein Verbraucherschutz für Verbraucher im Gesellschaftsrecht, *ecolex* 2011, 816; *F. Schumacher*, Der Gesellschafter als Unternehmer – Überlegungen zur Gesellschaftsinterstellung und Unternehmereigenschaft, *wbl* 2012, 71.
- 6) *Posch*, Bürgerliches Recht VII – Internationales Privatrecht⁵ (2011) 121; *Schwimmann*, Internationales Privatrecht² (1999) 57; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht (2012) 74.

- 7) *Czernich*, Die Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts in Liechtenstein, *ZVglRWiss* 111 (2012) 428, 440; *Schmidt-Ahrendts/Höttler*, Anwendbares Recht bei Schiedsverfahren mit Sitz in Deutschland, *SchiedsvZ* 2011, 267, 275.
- 8) *Czernich*, Die Rechtswahl im internationalen österreichischen Vertragsrecht, *ZfRV* 2013, 157, 171.
- 9) *Schulze in Ferrari ua* (Hrsg), Internationales Vertragsrecht² (2012) Art 13 Rom I-VO RN 1.
- 10) „Ein geschützter Grundsatz, wonach alle Fragen eines Rechtsverhältnisses ausschließlich nach einer Rechtsordnung beurteilt werden dürfen, besteht im österreichischen IPR nicht“, so *Verschraegen in Rummel* (Hrsg), *ABGB*² (2004) vor § 1 IPRG RN 22 mwN.
- 11) So auch *Hausmann in Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht⁷ (2010) RN 6612.
- 12) Vgl etwa New York Arbitration Act (NY Code Art 75), der keine Unterscheidungen kennt, ob die Parteien private Verbraucher oder Unternehmer sind.
- 13) Vgl dazu *McGuire*, Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht? Über das Verhältnis § 1051 ZPO und Art 6 Rom I-VO, *SchiedsvZ* 2011, 257; *Horn*, Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsvZ* 2008, 209.
- 14) EuGH [zum insoweit gleichgelagerten EuGVÜ] Rs C-269/95, *Benincasa/Dentalkit*, Slg 1997 I-03767.
- 15) Deshalb auch offengelassen von *Öhlberger*, Zur (Nicht-)Anwendung schiedsvertraglicher Verbraucherschutznormen in ausländischen Schiedsverfahren, *ÖJZ* 2010/21.

Das IPRG kennt keine spezielle Verweisungsnorm für die Anknüpfung der Verbrauchereigenschaft. Nach *Schwimmann*¹⁶⁾ ist die Verbrauchereigenschaft eine Frage der Rechts-, Geschäftsfähigkeit und Handlungsfähigkeit und unterliegt somit gem §§ 10, 12 IPRG dem Personalstatut der Vertragspartei, also dem Recht seiner Staatsangehörigkeit. Richtiger erscheint es, an den Wohnsitz des (präsumtiven) Verbrauchers zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anzuknüpfen: Sieht das IPRG nämlich keine eigene Kollisionsnorm vor, so unterliegt das Rechtsverhältnis gem § 1 Abs 1 IPRG dem Staat, zu dem die engste Beziehung besteht. Die engste Beziehung hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft besteht nun sicher nicht zum Recht am Schiedsort, der ja häufig als neutraler Ort gewählt wird, zu dem keine der Parteien eine Beziehung hat, sondern zum Recht am Wohnsitz der Vertragsparteien. Das Wohnsitzrecht entscheidet bei rein

innerstaatlichen Fällen, ob jemand als Verbraucher oder Unternehmer zu qualifizieren ist, und es bleibt kein Grund erkennbar, weshalb diese Entscheidung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten einem anderen Recht überantwortet werden sollte. Über den Inhalt des Verbraucherschutzes entscheidet ohnehin die *lex causae*, für die Einordnung als Verbraucher oder Unternehmer muss jedoch das Recht am Wohnsitz maßgeblich sein.

4. Ergebnis

In dem vom OGH entschiedenen Fall wäre somit nicht österreichisches Recht zur Beantwortung der Frage heranzuziehen gewesen, ob die Partei Verbraucher ist oder nicht, sondern das Recht an deren Wohnsitz, *in casu* bulgarisches Recht. Dieses hätte darüber zu entscheiden gehabt, ob er Verbraucher ist. Wäre dies der Fall gewesen, so hätte das österreichische Recht als *lex arbitri* darüber zu entscheiden gehabt, welche Folgen dies auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung hat.

16) *Schwimmann in Rummel*, ABGB³ (2004) § 12 IPRG RN 2; *Schwimmann*, Internationales Privatrecht³ (2001) 56.



Der Autor:

Hon.-Prof. RA Dr. Dietmar Czernich, LL.M. ist Rechtsanwalt bei CHG Czernich Rechtsanwälte in Innsbruck und Wien. Zahlreiche Publikationen zum internationalen Verfahrensrecht, Kollisionsrecht und Schiedsverfahrensrecht. Tätigkeitsbereiche sind Dispute Resolution und internationales Vertragsrecht. Mehrere Schiedsrichtermandate im In- und Ausland.

Kontakt: czernich@chg.at

Foto: Maria Knoll

RA Dr. Stephan Frotz/RA Dr. Paul Schörghofer, LL.M. (Harvard)
Wien

■ RdW 2014/275, 253

Erwerb eigener Aktien und Wertpapierleihe

Der Wertpapierleihe kommt in der Praxis große Bedeutung zu. Der vorliegende Beitrag widmet sich der in der österreichischen Lehre – soweit wir sehen – noch unbehandelten und in der deutschen Lehre umstrittenen Frage, inwieweit die aktienrechtlichen Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien (§§ 65 ff AktG) auf Wertpapierleihen mit der AG als Verleiherin eigener Aktien anzuwenden sind.

1. Allgemeines

Der Erwerb eigener Aktien ist – (insb) zum Schutz des Vermögens der Gesellschaft¹⁾ – grundsätzlich verboten. Die §§ 65 ff AktG regeln, unter welchen Voraussetzungen der (derivative) Erwerb eigener Aktien ausnahmsweise erlaubt ist.

Schwierigkeiten bereitet die Frage der Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf die Wertpapierleihe. Als Wertpapierleihe werden in dieser Untersuchung Sachdarlehen bezeichnet, bei denen der Verleiher (Darlehensgeber) dem Entleiher (Darlehensnehmer) die Wertpapiere, im konkreten Fall Aktien, ins Eigentum überträgt und sich der Entleiher im Gegenzug ver-

pflichtet, Wertpapiere der gleichen Art und Menge zu einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt rückzuübertragen.²⁾

Ob überhaupt und inwieweit die aktienrechtlichen Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien auf die Wertpapierleihe anzuwenden sind, ist in der (österreichischen) Lehre noch kaum untersucht worden.³⁾ Den wenigen Stellungnahmen aus dem österreichischen Schrifttum lässt sich nur entnehmen, dass es bei der Wertpapierleihe zu einem Eigentumserwerb der AG

1) Vgl näher *Karollus in Jabornegg/Strasser*, AktG¹⁵ (2011) § 65 Rz 2; ferner *Feyl*, Erwerb und Veräußerung eigener Aktien – Schnittstelle von Aktien- und Kapitalmarktrecht, in FS Torggler (2013) 211, jeweils mwN.

2) So etwa *Rieder*, Zur Wertpapierleihe beim Squeeze-out, GesRZ 2010, 204 (205); vgl auch *Aichberger-Beig in Kletec'ka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 984 Rz 1; *Nowotny*, Wertpapierleihe – ein Weg zu partiellen Squeeze-out? RdW 2009/489, 509 (509); *Stabenheimer*, Das neue Darlehensrecht des ABGB, ÖJZ 2010, 935 (938); *Weninger*, Wertpapierleihe in Österreich, ÖBA 1994, 859 (859). Zur Unterscheidung zwischen dem echten Wertpapierpensionsgeschäft und dem Wertpapierdarlehen und ihrer Angleichung in der Praxis vgl nur *Cahn/Ostler*, Eigene Aktien und Wertpapierleihe, AG 2008, 221 (221 ff) mit zahlreichen Nachweisen.

3) Vgl aus dem deutschen Schrifttum aber insb *Cahn/Ostler*, AG 2008, 221; *Oechler*, Die Wertpapierleihe im Anwendungsbereich des § 71 AktG, AG 2010, 526.