

einer Website, die der Werbung für eigene Dienstleistungen dient, die Eigenschaft als Dienst der Informationsgesellschaft abgesprochen werden, noch geht aus dem Urteil des OGH zu 4 Ob 80/03y oder den hierzu erschienenen Entscheidungsanmerkungen²⁾ hervor, dass der OGH das ECG für nicht anwendbar hielt. Verneint wurde darin lediglich die Anwendbarkeit der §§ 9 bis 11 ECG auf Websites, über die keine Verträge auf elektronischem Weg abgeschlossen werden können. Einer solchen Prüfung hätte es jedoch nicht bedurft, wenn das Vorliegen eines Dienstes der Informationsgesellschaft von vornherein verneint worden wäre. Es ist daher zu hoffen, dass der OGH selbst in Kürze Gelegenheit dazu bekommen wird, diese missverständliche Aussage wieder zu korrigieren.

2) Siehe Zankl, Online-AGB: Erste OGH-Entscheidung zum E-Commerce Gesetz, *ecolex* 2003, 669.

3. Zusammenfassung

Mit diesem Urteil war es diesmal der OGH, der zu Internet bezogenen Rechtsfragen Pionierarbeit leistete; zwar liegen in Deutschland bereits zahlreiche unterinstanzliche Urteile zur Wettbewerbswidrigkeit von Verstößen gegen die allgemeinen Informationspflichten auf Websites vor³⁾, ein Urteil des BGH steht jedoch bisweilen noch aus. Für Österreich – und wohl auch für Deutschland – steht damit fest, dass jeder Diensteanbieter auf seiner Website zumindest eine (funktionstüchtige) Telefon- oder Telefaxnummer zur Verfügung zu stellen hat und dass ein Verstoß gegen § 5 Abs 1 ECG gleichzeitig eine Wettbewerbswidrigkeit iSd § 1 UWG darstellt.

3) Siehe Fraïss, Neues zum E-Commerce-Gesetz, *SWK* 2004, 86.

Gläubigerschutz beim Erwerb eigener Aktien zur Einziehung

2004/
165
S. 201

Das Gesetz sieht zum Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung nur eine Ausschüttungssperre vor. Tatsächlich kann der zu schützende Deckungsstock nicht nur durch eine Rückzahlung des Eigenkapitals, sondern auch durch handelsrechtliche Umgründungsmaßnahmen geschmälert werden. Will man also am Nominalkapital als Instrument zum Schutz der Gläubiger festhalten, so ist eine Ausschüttungssperre alleine nicht ausreichend.

RA Dr. Hermann Wenusch
Wien

1. Vorbemerkung

Unter Deckungsfonds wird (zumindest hier) das Vermögen einer Gesellschaft bezeichnet, auf das deren Gläubiger gegebenenfalls exekutiv zugreifen können. Als Gläubigerschutz sind nun alle Maßnahmen zu verstehen, die diesen Deckungsfonds für die Gläubiger erhalten sollen. Der Deckungsfonds kann beispielsweise dadurch gesichert werden, dass Ausschüttungen an die Gesellschafter erst dann zulässig sind, wenn das Vermögen einen bestimmten Betrag (zB Grundkapital und gesetzliche Rücklage bei einer AG) überschreitet – der Schutz der Gläubiger wird in diesem Fall durch eine Ausschüttungssperre verwirklicht. Der Transfer von der Gesellschaft zu deren Gesellschaftern ist aber nur eine Möglichkeit, wie ihr Deckungsfonds angegriffen werden kann. Genauso ist es möglich, Vermögen der Gesellschaft (im wahrsten Sinn des Wortes) zu vernichten, ohne etwas an deren Gesellschafter auszuschütten. Den Gläubigern der Gesellschaft hilft die Ausschüttungssperre nicht, wenn sich das Gesellschaftsvermögen „dahinter“ auflöst. Es gibt verschiedene Formen der Vermögensvernichtung, die sich nach der Intensität des Beitrags der Gesellschaft unterscheiden lassen.

- Bei *Naturkatastrophen* und *staatlichen Eingriffen* (zB Enteignungen) trägt die Gesellschaft zur Vernichtung ihres Vermögens nichts bei.
- „*Schlechte Geschäfte*“ – die auf Dauer ruinös wirken – sind die wohl praktisch am häufigsten vorkommenden Fälle einer Vermögensvernichtung. Die Intensität des Beitrags zur Vermögensvernichtung kann bei „schlechten Geschäften“ unterschiedlich sein: Am einen Ende des

Spektrums stehen Verluste, die durch die Gesamtwirtschaft bedingt sind, am anderen Ende steht schlechtes Wirtschaften.

- Die *vorsätzliche Vermögensvernichtung* schließlich wird ausschließlich durch die Gesellschaft selbst bewirkt. Unter vorsätzlicher Vermögensvernichtung ist nun nicht nur die physische Zerstörung zu verstehen – vielmehr können darunter auch verschiedene handelsrechtliche Umgründungen verstanden werden.

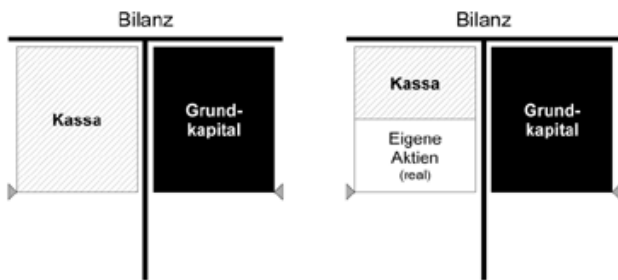
Für die Gläubiger einer Gesellschaft gibt es keinen Schutz davor, dass deren Vermögen durch Katastrophen oder schlechte Geschäfte vermindert wird. Es gibt auch keinen Schutz dagegen, dass Vermögen verschleudert oder physisch zerstört wird (natürlich gibt es eventuell Ansprüche gegen die handelnden natürlichen Personen, doch sind das – möglicherweise sehr zweifelhafte – Ansprüche gegen Dritte und von der Sicherheit, die die Gesellschaft selbst bietet, zu unterscheiden). Gibt es aber einen Schutz der Gläubiger vor einem Schwund des Vermögens, der durch eine Verschmelzung mit einer überschuldeten Gesellschaft oder durch Einziehung eigener Aktien entsteht? Letzteres soll Gegenstand dieser Untersuchung sein.

2. Die bilanzielle Entwicklung

Wie entwickelt sich die Bilanz einer Gesellschaft, die eigene Aktien erwirbt, um diese daraufhin im Zuge einer Kapitalherabsetzung gem § 192 AktG einzuziehen?

Der Einfachheit halber soll Ausgangspunkt der Darstellung eine Gesellschaft sein, die ihr gesamtes Grundkapital als Bargeld in der Kassa hält. Der Kassenbestand stellt das

Vermögen – den Deckungsfonds – dar, das Grundkapital die Ausschüttungssperre (die Ausgangsgrößen beider Werte sind in den grafischen Darstellungen durch dunkle Pfeilspitzen markiert).



Im ersten Schritt erwirbt die Gesellschaft nun eigene Aktien. Die dafür zu zahlenden Barmittel werden durch diese Aktien substituiert – am Deckungsfonds ändert sich nichts (zumindest solange der Wert der eigenen Aktien unverändert bleibt).

Da die Gesellschaft gem § 225 Abs 5 HGB eine Rücklage in der Höhe des Werts der eigenen Aktien zu bilden hat, entsteht ein Verlust in gleicher Höhe¹⁾.

Mitunter wird nun die Meinung vertreten, dass die Rücklage gem § 225 Abs 5 HGB nur durch Umwidmung frei verfügbarer Kapital- und Gewinnrücklagen gebildet werden darf²⁾. Dies würde bedeuten, dass dann, wenn die Rücklage nicht gebildet werden kann, entweder der Erwerb eigener Aktien überhaupt unzulässig ist, oder die Rücklage nicht gleich, sondern erst dann zu dotieren ist, „sobald es geht“ (Letzteres bewirkt im Ergebnis eine Ausschüttungssperre ohne Verlust).

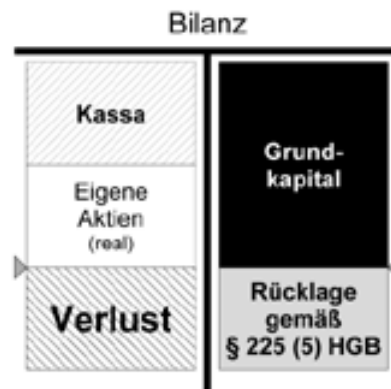
Offensichtlich sollen die bilanziellen Voraussetzungen, die unter bestimmten Umständen gegeben sein müssen, um eigene Aktien erwerben zu können, wohl abschließend in § 65 Abs 2 AktG geregelt werden. Dies nicht zuletzt deshalb, weil im dritten Buch des HGB „Rechnungslegung“ im Zweifel wohl nur Vorschriften zur Darstellung der Vermögenslage, nicht jedoch auch zur Zulässigkeit von Rechtsgeschäften zu finden sind³⁾. Liegen also keine zur Rücklagenbildung gem § 225 Abs 5 HGB ausreichenden Kapital- und Gewinnrücklagen vor, so ist dies für sich allein noch kein Grund, den Erwerb eigener Aktien zu untersagen.

Dagegen, dass die Rücklage erst dann zu bilden ist, wenn eine Dotation aus Kapital- und Gewinnrücklagen erfolgen kann, spricht wiederum der Wortlaut des § 225 Abs 5 HGB, wonach die Rücklage „in gleicher Höhe“ auszuweisen ist – gemeint damit wohl „sofort“ auszuweisen ist, weil jeglicher Hinweis auf einen späteren Ausweis fehlt.

Es scheint überhaupt ganz allgemein heikel, den Wortlaut des Gesetzes nahezu in sein Gegenteil umzuinterpretieren. Nach dem Wortlaut des § 225 Abs 5 HGB wird die Rücklagenbildung durch Umwidmung frei verfügbarer Kapital-

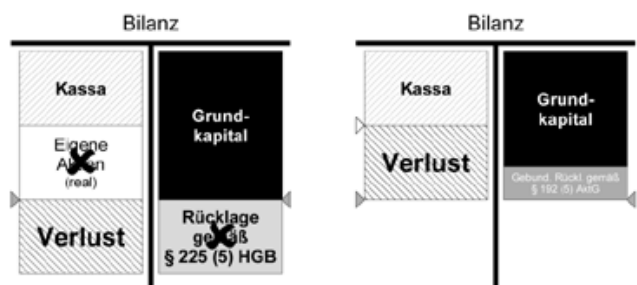
und Gewinnrücklagen gestattet: „Diese Rücklage darf durch ...“. Ohne besondere Gründe – die die Vertreter der entsprechenden Meinung aber bisher noch nicht liefern – ist eine Interpretation als „darf *nur* durch ...“ sicher nicht zulässig.

Angemerkt sei, dass der Erwerb eigener Aktien zur anschließenden Einziehung – anders als Erwerbe zu anderen Zwecken – nicht nur dann erlaubt ist, wenn die Gesellschaft die Rücklage gem § 225 Abs 5 HGB bilden kann, ohne dass das Netto-Aktivvermögen das Grundkapital und eine gebundene Rücklage unterschreitet. Doch würde selbst diese Hürde im gewählten Beispiel kein Problem darstellen (die Hürde wird immer dann genommen, wenn das Netto-Aktivvermögen [vor dem Erwerb] das Grundkapital und eine nach Gesetz oder Satzung gebundene Rücklage nicht unterschreitet und zusätzlich entweder der Erwerb nicht „auf Pump“ erfolgt⁴⁾ oder das Netto-Aktivvermögen das Grundkapital und eine nach Gesetz oder Satzung gebundene Rücklage um den für den Erwerb aufzuwendenden Betrag übersteigt).



Das Resultat ist, dass sich das Deckungskapital nicht geändert hat, die Ausschüttungssperre aber gewachsen ist.

Im nächsten Schritt werden die eigenen Aktien gem § 192 Abs 3 AktG gegen die Rücklage gem § 225 Abs 5 HGB „ausgebucht“. Zugleich wird das Grundkapital um den nominalen Wert der eingezogenen Aktien herabgesetzt – diese Herabsetzung wird aber durch eine gem § 192 Abs 5 AktG simultan in gleicher Höhe zu bildende gebundene Rücklage „neutralisiert“.



Obwohl sich die Ausschüttungssperre verglichen mit der Ausgangslage nicht verändert hat, ist der Deckungsfonds geschrumpft (das endgültige Vermögen ist in der grafischen Darstellung durch eine weiße Pfeilspitze markiert). Die Vorschriften über eine ordentliche Kapitalherabsetzung müssen

1) Vgl dazu *Seicht*, Zuweisung zur Rücklage für eigene Anteile, SWK 1997 S W 171.

2) So zB *Jabornegg*, Handelsgesetzbuch Kommentar Rz 16 zu § 225, unter Berufung auf *Pernsteiner*, Eigene Anteile im Jahresabschluss, RWZ 1996, 291 ff (insb S 293: „Nach HGB darf die Rücklage nur durch Umwidmung von freien Kapital- und Gewinnrücklagen abzüglich Verlustvortrag entstehen“).

3) Im § 65 AktG finden sich ua auch Beschränkungen, die auf bilanzielle Größen Bezug nehmen – es lässt sich also nicht einfach argumentieren, dass nur aufgrund der „Nähe zu den bilanziellen Begriffen“ das (angebliche) Verbot des Erwerbs eigener Aktien für den Fall, dass die gem § 225 Abs 5 HGB geforderte Rücklage nicht gebildet werden kann, im HGB zu finden ist.

4) Wird lediglich Vermögen umgeschichtet, so ändert sich das Nettoaktivvermögen nicht, weil sich weder Minuend (im Vermögen wird nur umgeschichtet) noch Subtrahend (die zu bildende Rücklage ist keine Schuld) ändern.

gem § 192 Abs 3 AktG nicht befolgt werden, weil der Einzug zu Lasten der Rücklage gem § 225 Abs 5 HGB geschieht.

3. Resümee

Durch einen Erwerb eigener Aktien mit anschließender Kapitalherabsetzung durch Einziehung dieser Aktien kann es – auf dem dargestellten Weg, wenn man keine Schutzmechanismen schafft – zu einer Vernichtung von Gesellschaftsvermögen kommen.

Grund dafür ist, dass das Gesetz die Kapitalerhaltung zum Schutz der Gläubiger (nur) mit Hilfe der Ausschüttungssperre erzielen will: Die Gesellschafter sollen der Gesellschaft gewidmetes Vermögen dieser nicht einfach entziehen können. Vor der Schaffung der handelsrechtlichen Umgründungen konnte dies als ausreichend angesehen werden, weil eine Vermögensvernichtung entweder sowieso nicht zu verhindern (zu denken ist hier an Katastrophen) war oder nicht im Interesse der Gesellschaft und deren Gesellschafter sein konnte (womit diese Form der Vermögensvernichtung keine real drohende, sondern höchstens eine mehr oder weniger theoretische war). Letzteres gilt nicht mehr und es wird offenbar übersehen, dass die Vernichtung von Gesellschaftsvermögen ohne Entzug durch die Gesellschafter nun nicht mehr nur ein theoretisches Problem ohne praktische Bedeutung ist.

Neben der dargestellten Einziehung eigener Aktien ist eine Vernichtung von Vermögen vor allem bei einer Verschmelzung mit einer überschuldeten Gesellschaft möglich.

Der OGH versucht verschiedentlich, dieses „Versäumnis“ auszugleichen⁵⁾, was angesichts fehlender gesetzlicher Deckung bedenklich erscheinen kann.

Um beim Erwerb eigener Aktien mit anschließender Kapitalherabsetzung durch Einziehung dieser Aktien eine „Vernichtung“ des Deckungsstockes zu untersagen, wäre ein Ansatzpunkt möglicherweise tatsächlich § 225 Abs 5 HGB. Wenn die Bildung der entsprechenden Rücklage nämlich erstens Voraussetzung für den Erwerb eigener Aktien ist und diese Rücklage zweitens wirklich nur durch Umwidmung frei verfügbarer Kapital- und Gewinnrücklagen gestattet ist, ist die dargestellte Vernichtung von Gesellschaftsvermögen nicht mehr möglich – die oben dargestellte Meinung hätte damit eine Stütze, die bislang fehlt. Diese Lösung entspricht auch dem aus einer Rechtsanalogie zu gewinnenden Prinzip des Gläubigerschutzes – diesbezüglich sei hier auch nur ganz allgemein auf die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gläubigerschutz verwiesen⁶⁾.

Will man den Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung nicht ohnehin gänzlich über Bord werfen⁷⁾, weil kein Gläubiger aufgrund des Nominalkapitals Kredit gewährt, so ist die ausschließliche Konzentration auf die Ausschüttungssperre jedenfalls unzureichend. Dies sollte vor allem der Gesetzgeber bedenken, um nicht eine zu Rechtsunsicherheit führende exzessive Rechtsfortbildung durch die Gerichte zu fördern.

5) 5 ZB OGH zunächst in 6 Ob 4/01h und zuletzt in 6 Ob 70/03t.

6) 5 oben.

7) Die Regelungen hinsichtlich Eigenkapital ersetzender Leistung muss davon nicht umfasst sein.

Strafprozessreform: Bankgeheimnis und gerichtliche Hinterlegung von Papieren

REWE 2004/
166
S. 203

Die Reform des strafprozessualen Vorverfahrens wurde im Parlament verabschiedet¹⁾. Ein bisher in der StPO verankertes Recht des Beschuldigten und anderer Betroffener wurde dabei auf eine bestimmte Personengruppe beschränkt: Die gerichtliche Hinterlegung von Papieren bei Gericht.

Univ.-Ass. Dr. Margarethe Flora
Institut für Strafrecht und sonstige
Kriminalwissenschaften, Innsbruck

1. Die Durchsuchung und Beschlagnahme von Papieren nach § 145 StPO nach geltendem Recht

Die Durchsuchung und die Beschlagnahme von Papieren²⁾ wird in § 145 StPO in einem besonderen Verfahren geregelt: Begründet wird dieser besondere Schutz von Unterlagen einerseits damit, dass hier dem öffentlichen Interesse der Strafverfolgung das Geheimhaltungsinteresse des Einzelnen am Inhalt seiner Papiere gegenübersteht³⁾, und andererseits mit dem sonst fehlenden Rechtsschutz bei der Durchsuchung und Beschlagnahme solcher Unterlagen: Der Betroffene steht einer Hausdurchsuchung meist hilflos gegenüber,

möglicherweise hat die Kriminalpolizei einen nur mündlichen Hausdurchsuchungsbefehl (§ 140 Abs 3 StPO) oder sie geht nach § 141 Abs 1 StPO ohne richterlichen Befehl vor. Und dann beschlagnahmt die Kriminalpolizei alle Unterlagen, von denen sie glaubt, dass sie für die Untersuchung von Bedeutung sein könnten. Im Gegensatz zu anderen Gegenständen, wie zB der Kleidung oder dem möglichen Tatwerkzeug, ist das bei Papieren oder Datenträgern erst festzustellen, wenn sie ausgewertet sind. So besteht die Gefahr, dass sehr viele Aufzeichnungen beschlagnahmt werden, von denen sich später herausstellt, dass sie mit dem Fall nichts zu tun haben.

Könnte sich der Betroffene nur hinterher beim UVS oder der Ratskammer darüber beschweren, dass die Beschlagnahme der Unterlagen rechtswidrig war, wäre diese Beschwerde ein völlig wirkungsloses Rechtsschutzinstrument. Alle Papiere wären zu diesem Zeitpunkt schon ausgewertet und sind den Strafverfolgungsbehörden bekannt geworden.

1) BGBC I 2004/19.

2) Dazu zählen zB Urkunden oder Aufzeichnungen wie Tagebücher, Gedächtnisprotokolle, Unterlagen anderer Art wie Skizzen von Gegenständen oder Örtlichkeiten: *Fabrizy*, StPO⁹ § 145 Rz 1 und natürlich auch Datenträger wie CDs oder Disketten: *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁷ Rz 464.

3) *Roeder*, Lehrbuch des Strafverfahrensrechtes⁵, 113.