

# ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

## Neue Unternehmensrestrukturierung

- > Restrukturierungsplan
- > Restrukturierungsordnung

Anlass GRUG: Datenschutzrechtlicher Widerruf bei Verträgen über digitale Leistungen

„Corona-Regeln“ im Arbeitsrecht

Corona und andere Ursachen: Nachträgliche Preissteigerungen bei Bauwerksverträgen

Shell-Urteil: Justiz am Limit?

(Notwendige) Streitgenossenschaft? Einlagenrückgewähr im Zivilprozess

Rechtsbehelfsmisbrauch: Troll dich, Troll!?

NEU:  
Recht hören.  
Der ecolex-  
Podcast!



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418 Österreichische Post AG MZ 02Z032706 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

# (Notwendige) Streitgenossenschaft? Die Einlagenrückgewähr im Zivilprozess

**BEITRAG.** Wird über eine angebliche Einlagenrückgewähr gestritten, werfen die materiell-rechtlichen Fragen etwa nach Drittvergleichsfähigkeit und betrieblicher Rechtfertigung oft schon genug Probleme auf. Rezent ist das Thema um eine verfahrensrechtliche Facette reicher geworden, die alles noch einmal zu verkomplizieren scheint, weil nicht immer klar ist, wer am Prozess beteiligt werden muss: „Viele offene Fragen“<sup>(1)</sup> also. **ecolex 2021/533**



Univ.-Prof. Dr. **Martin Spitzer** ist Universitätsprofessor am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.  
Mag. **Dominik Schindl** ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

## A. Anlass

Der typische Einlagenrückgewährprozess ist materiell-rechtlich interessanter als prozessual: Die Gesellschaft (allenfalls mit ihrem nachmaligen Insolvenzverwalter) klagt den Empfänger einer verbotswidrigen Leistung auf Rückzahlung. Ein Geschäft, das gegen § 82 GmbHG verstößt, ist nämlich nichtig,<sup>(2)</sup> sodass die entscheidende Frage lautet, ob ein solcher Verstoß vorliegt.

### Jüngst ist allerdings Unsicherheit über die prozessuale Geltendmachung einer Einlagenrückgewähr aufkommen.

weil er der Klage schon aus verfahrensrechtlichen Gründen den Erfolg versagte. Da die betroffene Gesellschaft am Prozess selbst nicht beteiligt war, obwohl sie Vertragspartnerin des angeblich nichtigen Vertrags war,<sup>(4)</sup> wies der OGH die Klage wegen der „Gefahr unlösbarer Verwicklungen im Hinblick auf die Wirksamkeit des Vertrags zwischen sämtlichen Vertragspartnern“<sup>(5)</sup> ab. Das brachte ihm prompt das Attest „originelle[r] Lösung[sfindung]“ ein<sup>(6)</sup> und wirft „Fragen über Fragen“ auf, in deren Zentrum steht: „Darf eine Einlagenrückgewähr immer nur mehr geltend gemacht werden, wenn auch die Gesellschaft Prozesspartei ist?“<sup>(7)</sup>

Diese Frage treibt mittlerweile nicht mehr nur das gesellschaftsrechtliche Schrifttum um, sondern auch die Praxis, wie einschlägige Anfragen zeigen: Nach Abtretung des Rückzahlungsanspruchs wendete der beklagte Schuldner, also der begünstigte Gesellschafter, der klagenden Neugläubigerin ein, dass die Altgläubigerin, also die Gesellschaft, am Prozess beteiligt hätte werden müssen.<sup>(8)</sup>

Der Vorteil dieses Beispiels liegt in seiner materiell-rechtlichen Schlichtheit, denn dass Rückforderungsansprüche aus verbotener Einlagenrückgewähr grundsätzlich abgetreten werden können, ist unbestritten.<sup>(9)</sup> Der Fall eignet sich daher besonders gut, um die prozessuale Geltendmachung zu beleuchten.

Entzündet hat sich die Diskussion an der E 6 Ob 225/19k: Dort ließ der OGH nämlich die Frage offen, ob das in Rede stehende Geschäft gegen § 82 GmbHG verstieß,<sup>(3)</sup>

## B. Ausgangspunkt: Parteienmehrheiten im Zivilprozess

Im Verfahren stehen einander typischerweise ein Kläger und ein Beklagter gegenüber. Manchmal erkennt aber auch der Zivilprozess die Möglichkeit oder Notwendigkeit an, dass auf einer oder beiden Seiten mehrere Personen auftreten. Man spricht dann von Parteienmehrheit oder Streitgenossenschaft.

### 1. Die „einfache Streitgenossenschaft“

Häufig geht es dabei darum, dass ähnliche oder gleiche Ansprüche gemeinsam geltend gemacht werden: Ein Geschädigter verlangt von solidarisch haftenden Schädigern Ersatz,<sup>(10)</sup> ein GesbR-Gesellschafter fordert von seinen Mitgesellschaftern gemeinsam Ersatz für Aufwendungen auf das Gesellschaftsvermögen<sup>(11)</sup> oder mehrere Hinterbliebene machen Ansprüche nach § 1327 ABGB geltend.<sup>(12)</sup>

<sup>1)</sup> H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh, Anm zu OGH 6 Ob 225/19k, NZ 2021, 144 (152).

<sup>2)</sup> Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2020) Rz 1126 ff.

<sup>3)</sup> OGH 25. 6. 2020, 6 Ob 225/19k Pkt 2.2.

<sup>4)</sup> In concreto war sie „nur Punkt 9 dieses Vertrags“ beigetreten (OGH 25. 6. 2020, 6 Ob 225/19k Pkt 2.), was hier aber nichts zur Sache tut.

<sup>5)</sup> OGH 25. 6. 2020, 6 Ob 225/19k Pkt 2.5.

<sup>6)</sup> H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh, NZ 2021, 144 (149).

<sup>7)</sup> H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh, NZ 2021, 144 (152).

<sup>8)</sup> Dieses Problem lag einer Anfrage zugrunde.

<sup>9)</sup> H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG (2017) § 83 Rz 8; zu Konstellationen, in denen die Zession selbst unwirksam ist – etwa bei Abtretung an einen Gesellschafter, die dann ihrerseits wegen Verstoßes gegen § 82 GmbHG nichtig sein könnte – vgl. Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (97. Lfg. 2017) § 83 Rz 26 und OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h Pkt 8.2-8.6. Zur Höchstpersönlichkeit von Ansprüchen zuletzt Spitzer/Wilfinger, Übertragbarkeit oder Höchstpersönlichkeit von Anfechtungsrechten, ÖBA 2019, 795.

<sup>10)</sup> Schneider in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/1<sup>3</sup> (2015) § 11 ZPO Rz 18.

<sup>11)</sup> Auer in Höllwerth/Ziehensack, ZPO-TaKom (2019) § 11 ZPO Rz 14.

<sup>12)</sup> Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> (2019) § 11 ZPO Rz 3.

Derartige Prozesse verursachen im Grunde wenig Probleme, wenn man von der im Einzelfall nicht immer einfachen<sup>13)</sup> Unterscheidung zwischen formeller (§ 11 Z 2 ZPO) und materieller Streitgenossenschaft (Z 1) absieht. Das hätte aber allenfalls Bedeutung für die Zuständigkeit (§ 93 JN), den Streitwert (§ 55 Abs 1 und 2 JN) sowie das Beweisverfahren,<sup>14)</sup> was hier nicht weiter interessiert.

Die Struktur ist nämlich in beiden Fällen klar: Das Gesetz erlaubt eine gemeinsame Geltendmachung aus Gründen der Prozessökonomie,<sup>15)</sup> die Prozesse bleiben aber „voneinander völlig unabhängig“,<sup>16)</sup> sodass auch unterschiedliche Sachentscheidungen ergehen können.<sup>17)</sup> So kann der Anspruch gegenüber Schädiger A bestehen, gegenüber Schädiger B aber etwa wegen Verjährung oder infolge eines Verzichts nicht.

## 2. Die „einheitliche Streitpartei“

Daneben kennt § 14 ZPO Fälle, in denen „die Wirkung des zu fällenden Urtheiles sich (...) auf sämtliche Streitgenossen erstreckt“, und bezeichnet diese als „einheitliche Streitpartei“. Bei ihnen muss das Urteil für/gegen alle „notwendig gleich lauten“,<sup>18)</sup> was sich – wie das Gesetz selbst sagt – entweder aus der Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses oder aus einer gesetzlichen Vorschrift ergeben kann, wofür die Rechtskraftstreckung bei der Klage auf Nichtigerklärung eines Gesellschaftersbeschlusses nach § 42 GmbHG das klassische Beispiel ist.<sup>19)</sup>

## 3. Die „notwendige Streitgenossenschaft“

### a) Grundsätzliches

Mit der Feststellung, dass bei der einheitlichen Streitpartei das Urteil gegen alle gleich lauten muss, wenn sie am Prozess beteiligt sind, ist aber noch nicht gesagt, dass sie auch alle am Prozess beteiligt werden müssen.<sup>20)</sup>

§ 14 ZPO regelt nämlich nur, „was zu gelten hat, wenn sich mehrere beteiligen“,<sup>21)</sup> sagt aber nicht, dass sich alle beteiligen müssen, wie ein Blick auf § 20 ZPO bestätigt. Dieser kennt nämlich Fälle, in denen die Voraussetzungen des § 14 ZPO vorliegen, aber nicht alle Personen von Anfang an am Verfahren beteiligt sind: Nur so ist zu erklären, dass diese dem Prozess – eben erst nach Verfahrenseinleitung – als streitgenössische Nebenintervenienten beitreten können.<sup>22)</sup> Müssten von Anfang an alle Partei sein, bliebe für § 20 ZPO nämlich kein Anwendungsbereich.<sup>23)</sup>

**Müssen alle in einen Prozess miteinbezogen werden, spricht man von notwendiger Streitgenossenschaft.**

Auch solche Fälle gibt es aber und darum geht es bei der im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum laut gewordenen Sorge eigentlich.

### b) Lösung über das materielle Recht

Dafür ist nicht § 14 ZPO entscheidend, es kommt auf das materielle Recht an:<sup>24)</sup> Eine notwendige Streitgenossenschaft liegt nämlich bei Ansprüchen vor, die nach dem materiellen Recht nur mehreren Personen zusammen<sup>25)</sup> oder gegen mehrere Personen gemeinsam zustehen. Dann ist es eben notwendig, diese Personenmehrheit in den Prozess einzubeziehen. Geschieht das nicht, wird die Klage abgewiesen, weil es um ein Problem der Sachlegitimation geht.<sup>26)</sup>

### c) „Unlösbare Verwicklungen“

Obwohl das auch in der Rsp anerkannt ist,<sup>27)</sup> berufen sich die Gerichte daneben häufig – und in der Sache meist unschädlich

– auch auf das Motiv „unlösbarer Verwicklungen“. Eine notwendige Streitgenossenschaft liege dann vor, „wenn wegen Nichterfassung aller Teilhaber die Gefahr unlösbarer Verwicklungen durch verschiedene Entscheidungen entsteht, was nach den Umständen des besonderen Falles zu beurteilen ist.“<sup>28)</sup>

Auch mit diesem Rechtssatz ist aber in Wirklichkeit nichts anderes als die materielle Rechtslage angesprochen. Im Halbsatz davor heißt es nämlich, das „Wesen“ der notwendigen Streitgenossenschaft bestehe darin, „dass der Klagsanspruch nach der Natur des Rechtsverhältnisses oder nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nur von allen an einem Rechtsverhältnis Beteiligten oder gegen sie erhoben werden kann“, womit offenkundig die Sachlegitimation angesprochen ist.

Daran zeigt sich außerdem der Unterschied zu § 14 ZPO, der zwar ebenfalls auf das Rechtsverhältnis oder gesetzliche Vorschriften abstellt, sich aber nur auf die Wirkung des Urteils bezieht und nicht auch auf die Frage, ob der Anspruch „nur von allen an einem Rechtsverhältnis Beteiligten oder gegen sie erhoben werden kann“. Daher: Nicht jede einheitliche Streitpartei ist notwendige Streitgenossenschaft, aber jede notwendige Streitgenossenschaft ist einheitliche Streitpartei.<sup>29)</sup>

Soll etwa ein Personengeschafter ausgeschlossen werden, wäre es ohne Zweifel problematisch, wenn die Klage von Mitgeschafter A abgewiesen wird, jener von Mitgeschafter B dagegen stattgegeben. Die Bezeichnung als unlösbare Verwicklung ändert aber nichts daran, dass es um eine materiell-rechtliche Frage geht: Das Gesetz räumt das Aus-

<sup>13)</sup> Ausf Trenker/Widchwenner, Zur Abgrenzung von materieller und formeller Streitgenossenschaft und ihren prozessualen Folgewirkungen, JAP 2018/2019, 234.

<sup>14)</sup> Zur in diesem Zusammenhang typischerweise genannten Frage nach der Vernehmung als Partei oder Zeuge Spitzer in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht (2020) § 373 ZPO Rz 7; zum weniger bekannten Parallelproblem bei der Urkundenedition Wilfinger in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht § 303 ZPO Rz 7f.

<sup>15)</sup> Perner, Die notwendige Streitgenossenschaft an der Schnittstelle von Zivil- und Prozessrecht, RdW 2010, 77 (77).

<sup>16)</sup> Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> (2021) Rz 327.

<sup>17)</sup> Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> (2017) Rz 384.

<sup>18)</sup> Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 322, 329.

<sup>19)</sup> Vgl Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 331.

<sup>20)</sup> Instruktiv Perner, Notwendige Streitgenossenschaft bei „Gefahr unlösbarer Verwicklungen“? Zak 2010, 27 (27f); ders, RdW 2010, 77 (77); s schon Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II (1962) 192f.

<sup>21)</sup> Perner, Zak 2010, 27 (27).

<sup>22)</sup> Dazu Perner, Zak 2010, 27 (27f); vgl schon Neumann, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I<sup>4</sup> (1927) 437, 467.

<sup>23)</sup> Vgl F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991, Nachdr 2011) 445.

<sup>24)</sup> Schon Fasching, Kommentar II 193; ders, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 364; weiters Auer in Höllwerth/Ziehensack § 14 ZPO Rz 5f; Fucik in Rechberger/Klicka<sup>5</sup> § 14 ZPO Rz 1; Perner, Zak 2010, 27 (28); ders, RdW 2010, 77 (77f); Schneider in Fasching/Konecny II/1<sup>3</sup> § 14 ZPO Rz 2; aus der Judikatur vgl nur RIS-Justiz RS0035479 (T 11, T 18); OGH 25. 10. 2011, 9 ObA 18/11d.

<sup>25)</sup> Bei Gesamthandforderungen nach § 890 Satz 2 ABGB (dazu Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>6</sup> [2019] 677f) kann nach hA freilich jeder Gläubiger Leistung an die Gemeinschaft fordern (Perner in Klang<sup>3</sup> [2008] § 890 ABGB Rz 4ff, 27).

<sup>26)</sup> Schneider in Fasching/Konecny II/1<sup>3</sup> § 14 ZPO Rz 2; RIS-Justiz RS0035479; OGH 25. 10. 2011, 9 ObA 18/11d; 20. 11. 2009, 1 Ob 191/09h; auch schon 27. 6. 1988, 5 Ob 579/88.

<sup>27)</sup> Siehe die Nachweise in FN 26.

<sup>28)</sup> RIS-Justiz RS0035479.

<sup>29)</sup> Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 364.

schlussrecht den Mitgesellshaftern nun einmal – und nicht ohne Grund – nur gemeinsam ein (§ 140 Abs 1 UGB).<sup>30)</sup>

**Die berühmt-berühmten unlösbaren Verwicklungen gehen daher ohne Weiteres im materiellen Recht auf.**

ABGB). Sie müssen also gemeinsam vorgehen und sind daher nicht „nur“ einheitliche Streitpartei, sondern auch notwendige Streitgenossen.<sup>31)</sup> Anderes gilt für § 42 GmbHG: Jeder Gesellschafter kann allein klagen, es liegt keine notwendige Streitgenossenschaft vor;<sup>32)</sup> klagen mehrere gemeinsam, lautet das Urteil aber zwingend gleich, sie sind somit eine einheitliche Streitpartei.

**d) Sonderfall Feststellungsbegehren**

Schwerer fällt die Beurteilung bei einer Feststellungsklage, für die das materielle Recht regelmäßig nicht unmittelbar aussagekräftig ist. Ihr geht es ja darum, „Rechtsschutz bereits in einem Stadium zu gewähren, in dem Betroffenen eine Leistungsklage auf Grundlage eines materiellrechtlichen Abwehrenspruchs (oder aber eine Gestaltungsklage) nicht (oder noch nicht) zur Verfügung steht (...). Der durch die Feststellungsklage vermittelte Rechtsschutz ist daher (...) rein prozessualer Natur“;<sup>33)</sup> weshalb die Rsp für die Frage der notwendigen Streitgenossenschaft bei Feststellungsklagen auf ihre Hilfsbegründung der Gefahr unlösbarer Verwicklungen zurückgreift:

Bekanntheit hat etwa die E 9 Ob 33/08f<sup>34)</sup> erlangt. Der Ausrichter der österr Meisterschaften im Inlineskaten hatte in der Ausschreibung eine Altersklasse zu erwähnen vergessen, dann aber trotzdem Bewerbe in dieser Klasse abgehalten. Ein Verein, der aufgrund der Ausschreibung keine Sportler in dieser Klasse entsandt hatte, klagte nun den Ausrichter auf Feststellung, dass der durchgeführte Bewerb nicht als österr Meisterschaft gelte.

Der OGH wies das Feststellungsbegehren ab: Werde nur der Ausrichter geklagt, könnte ein Rennteilnehmer, der von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft der Erstentscheidung nicht umfasst ist, danach noch auf Feststellung klagen, dass die Meisterschaft sehr wohl gelte. Hätte diese Klage Erfolg, würde „ein und dasselbe Rennen (...) unterschiedlich qualifiziert werden, und zwar sowohl [im zweiten Verfahren] als österreichische Meisterschaft (...) als auch [im ersten Verfahren] nicht als solche“. Wegen dieser „Gefahr unlösbarer Verwicklungen durch verschiedene Entscheidungen“ hätten der Ausrichter, zumindest die drei Erstplatzierten und deren Vereine als notwendige Streitgenossen gemeinsam geklagt werden müssen.<sup>35)</sup>

Im Ergebnis überzeugt die E, die Begründung ließe sich aber noch um einen Gedanken ergänzen, der die unlösbaren Verwicklungen auf ihre Rechtsgrundlage zurückführt. Während bei Leistungsklagen die materielle Rechtslage ausschlaggebend ist, ist die Lösung hier im Feststellungsinteresse zu suchen, das nach § 228 ZPO Voraussetzung für die Feststellungsklage ist. Sie soll ja kein Selbstzweck sein, sondern nur dann zum Einsatz kommen, wenn dadurch künftige Streitigkeiten vermieden werden.<sup>36)</sup>

Es wäre allerdings „ein seltsamer Rechtsfrieden, wüsste man schon bei Erlassung des Feststellungsurteils, dass gerade sein Inhalt Ursache für ‚unlösbare Verwicklungen‘ sein könnte“.<sup>37)</sup> Genau das ist bei einer nur gegen den Veranstalter gerichteten Klage aber der Fall, eben weil die Erstplatzierten und deren

Vereine an die E nicht gebunden wären und daher neuerliche Streitigkeiten zu befürchten sind. Dem Kläger fehlte also das rechtliche Interesse an einer Feststellungsklage (nur) gegen den Ausrichter.<sup>38)</sup>

Dass bei Feststellungsbegehren für die Frage nach der notwendigen Streitgenossenschaft das rechtliche Interesse ausschlaggebend ist,<sup>39)</sup> klingt auch in der Rsp manchmal an. Zu 7 Ob 378/98h ging es wiederum um eine Klage auf Feststellung der Platzierung bei einer Meisterschaft, die der OGH abwies, weil nicht alle Teilnehmer involviert waren, was erneut divergierende E befürchten ließ: „Das (...) rechtliche Interesse an der alsbaldigen gerichtlichen Feststellung (...) muß wegen der Untragbarkeit der solcherart möglichen Entscheidungsdivergenzen dem Kläger zumindest dann abgesprochen werden, wenn (...) nicht auch die weiteren (...) betroffenen Teilnehmer (...) in den Rechtsstreit einbezogen werden.“<sup>40)</sup>

**4. Zwischenergebnis**

Die bei Parteienmehrheiten herrschenden Unsicherheiten sind im Wesentlichen auf zwei Faktoren zurückzuführen:

Einerseits gilt es, eine ganze Reihe von Fallkonstellationen zu unterscheiden, für die sich jeweils eigene Begrifflichkeiten herausgebildet haben. Werden dann „einheitliche Streitpartei“ und „notwendige Streitgenossenschaft“ synonym verwendet<sup>41)</sup> und ist von einer „notwendige[n] Streitpartei gemäß § 14 ZPO“<sup>42)</sup> oder einer „einheitliche[n] Streitgenossenschaft“<sup>43)</sup> die Rede, ist die – terminologische – Verwirrung perfekt, obwohl die hinter den Begrifflichkeiten stehenden Fragen klar sind.

Andererseits sind die von der Judikatur zur Beantwortung der Frage nach der notwendigen Streitgenossenschaft herangezogenen unlösbaren Verwicklungen kaum greifbar. Diese Formel verstellt den Blick für die tatsächlich – und auch für den OGH – ausschlaggebenden Elemente: Es geht um die materielle Rechtslage, bei Feststellungsklagen in der Ausprägung des Feststellungsinteresses.

Was bedeutet all das nun für die Einlagenrückgewähr? Es kommt darauf an.

<sup>30)</sup> Vgl OGH verstSen 27. 4. 2001, 1 Ob 40/01s, Pkt 3, der sich neben dem klaren Gesetzeswortlaut auf die für alle Gesellschafter wirkende Gestaltungswirkung des Ausschlusses beruft, was bei nur gemeinsam zustehender Klagebefugnis zwei Seiten derselben Medaille sind. Ein allenfalls klagsunwilliger Mitgesellschafter muss auf Beklagtenseite in den Prozess einbezogen werden.

<sup>31)</sup> Beispiel nach *Perner*, RdW 2010, 77 (78); vgl schon *Oberhammer*, Feststellungsklagen über die Existenz von Mietrechten, wobl 2003, 129 (130).

<sup>32)</sup> Die übrigen Gesellschafter können dem Verfahren als streitgenössische Nebenintervenienten beitreten (§ 42 Abs 5 GmbHG; RIS-Justiz RS0036021).

<sup>33)</sup> *Haas*, Das Feststellungsinteresse, in FS Gottwald (2014) 215 (215).

<sup>34)</sup> Ausf dazu *Perner*, Zak 2010, 27.

<sup>35)</sup> OGH 4. 8. 2009, 9 Ob 33/08f Pkt. 3.

<sup>36)</sup> *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/1<sup>3</sup> (2017) § 228 Rz 2. „präventive Rechtspflege“; ausf *Haas* in FS Gottwald 215 (215ff) und *Oberhammer*, Die OHG im Zivilprozeß (1998) 341ff.

<sup>37)</sup> *Oberhammer*, wobl 2003, 129 (131).

<sup>38)</sup> *Perner*, Zak 2010, 27 (28f).

<sup>39)</sup> *Oberhammer*, OHG 341ff; *ders*, wobl 2003, 129 (131f); *Perner*, Zak 2010, 27 (28f); vgl auch *dens*, RdW 2010, 77 (78f).

<sup>40)</sup> OGH 1. 9. 1999, 7 Ob 378/98h; vgl auch OGH 23. 2. 2011, 3 Ob 34/11p.

<sup>41)</sup> RIS-Justiz RS0035496.

<sup>42)</sup> OGH 2. 12. 2010, 2 Ob 173/10w.

<sup>43)</sup> OGH 23. 7. 2020, 18 OCg 1/20a.

## C. Anwendung auf die Einlagenrückgewähr

### 1. Beurteilung der Abtretung

Die Frage, wer in das Verfahren zur Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs aufzunehmen ist, ob also neben der Neugläubigerin als Klägerin und dem Schuldner als Beklagtem noch andere Personen auf Kläger- oder Beklagtenseite aufgenommen (hätten) werden *müssen*, ist jene nach der notwendigen Streitgenossenschaft (B.3.a.). Da es sich beim Zahlungsverlangen um eine Leistungsklage handelt, richtet sich die Antwort nach der materiellen Rechtslage (B.3.b.):

Anspruchsinhaber ist nach einer Zession ausschließlich die Neugläubigerin, an der Position des beklagten Schuldners ändert sich nichts. Was wegen der gesellschaftsrechtlichen Einbettung und der zwischenzeitigen Übertragung des Anspruchs *prima vista* unübersichtlich erscheint, ist bei Berücksichtigung der materiell-rechtlichen Grundlagen eigentlich schlicht: (Nur) der Beklagte schuldet, und zwar (nur) der Klägerin.

### Damit ist aber auch die Frage nach der Notwendigkeit der Miteinbeziehung anderer Personen gelöst.

Wo die materielle Rechtslage einen Anspruch nur der Neugläubigerin nur gegen den Schuldner normiert, sind die Rollen auch im Prozess klar verteilt: Wenn der Schuldner nicht zahlt, kann die Neugläubigerin ihn darauf klagen. Einen Grund, die Gesellschaft als Altgläubigerin ins Verfahren miteinzubeziehen, gibt es nicht.<sup>44)</sup>

### 2. Bestätigung: Abgleich mit 6 Ob 225/19k

#### a) Feststellung, keine Leistung

Wie passt die Verwirrung stiftende E 6 Ob 225/19k ins Bild? Nahtlos, wie ein Blick auf den Streitgegenstand zeigt:

*„Im vorliegenden Fall, in dem der Kläger die Gesamtnichtigkeit des Sanierungstreuhandvertrags aus der von der Gesellschaft gegenüber dem Erstbeklagten übernommenen Entgeltverpflichtung ableitet, liegt die Notwendigkeit der Einbeziehung der Gesellschaft in das Prozessrechtsverhältnis auf der Hand. Divergierende Urteile hinsichtlich der Wirksamkeit (...) könnten zu unlösbaren Verwicklungen führen, zumal die vom Kläger angestrebte Feststellung der Nichtigkeit (...) mangels Einbeziehung der Gesellschaft in den Prozess im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Erstbeklagten keine Wirkung entfaltet.“<sup>45)</sup>*

Es ging hier gerade nicht um die Rückforderung von aus verbotener Einlagenrückgewähr Gezahltem, also Leistung, sondern um ein Feststellungsbegehren. Dass die notwendige Streitgenossenschaft dabei anders zu beurteilen ist als bei Leistungsklagen, wurde schon herausgearbeitet (B.3.d.), weshalb die E auch vollkommen überzeugt:

Genau wie im Meisterschafts-Fall die Erstplatzierten und deren Vereine nicht von der subjektiven Rechtskraft des Urteils erfasst gewesen wären, wäre hier die Gesellschaft nicht an die E gebunden gewesen. Sie hätte daher eine weitere Klage auf Feststellung der Wirksamkeit des Vertrags erheben können, bei deren Erfolg die unlösbaren Verwicklungen tatsächlich eingetreten wären. In der Diktion der Meisterschafts-E müsste dann „ein und derselbe Vertrag unterschiedlich qualifiziert werden, und zwar sowohl [im zweiten Verfahren] als wirksam als auch [im ersten Verfahren] als nichtig“.

Das veranschaulicht, was der OGH mit unlösbaren Verwicklungen meint, und zeigt gleichzeitig, dass an einer solchen Feststellung schlicht kein rechtliches Interesse iSd § 228 ZPO

besteht: Dass bei Rechtsstreitigkeiten „um die Feststellung der Nichtigkeit eines Vertrages (...) sämtliche Vertragsparteien eine notwendige Streitgenossenschaft“ bilden,<sup>46)</sup> ist daher Folge des fehlenden Feststellungsinteresses bei Einzelklagen.

#### b) Maßgebender Unterschied

Warum aber werden Feststellungs- und Leistungsbegehren verschieden behandelt, wo doch das Leistungsbegehren die Nichtigkeit voraussetzt, und damit das, was mit dem Feststellungsbegehren festgestellt werden soll?

Ausschlaggebend ist, dass die Nichtigkeit nur beim Feststellungsbegehren Hauptfrage ist und allein diese – mithin die im Spruch geäußerte Feststellung – rechtskräftig wird.<sup>47)</sup> Nur hier besteht also die Gefahr konfligierender *rechtskräftiger* E über dieselbe Sache,<sup>48)</sup> was zur Gefahr unlösbarer Verwicklungen ebenso zurückführt wie zum fehlenden Feststellungsinteresse, weil eine derart limitierte Feststellung niemandem hilft.

Beim Leistungsbegehren ist die Gültigkeit des Vertrags demgegenüber reine Vorfrage, die als solche nicht der Rechtskraft teilhaft wird.<sup>49)</sup> Dass aber Vorfragen in verschiedenen Verfahren unterschiedlich beurteilt werden, ist dem Rechtskraftkonzept der ZPO immanent und stört auch den OGH nicht. Derartige Entscheidungswidersprüche sind vielmehr in Kauf zu nehmen.<sup>50)</sup>

### 3. Kontrollüberlegung

Dass nach Abtretung der Ansprüche auf Rückzahlung einer Einlagenrückgewähr keine notwendige Streitgenossenschaft mit der Altgläubiger-Gesellschaft besteht, wird durch folgende Kontrollüberlegung gestützt: Ihre Miteinbeziehung ins Verfahren wäre schlechthin undurchführbar. Wie und auf welcher Seite sollte sie denn als Partei (!) in das Verfahren einbezogen werden?

Auf Klägerseite wäre sie jedenfalls fehl am Platz: Begehrt sie als Altgläubigerin Leistung an sich, wäre die Klage – wohl schon wegen Unschlüssigkeit – abzuweisen; sie ist nun einmal nicht mehr aktivlegitimiert. Aber auch ein Begehren auf Leistung an die Neugläubigerin wäre abzuweisen, weil dabei über ein fremdes Recht prozessiert würde und eine derartige Prozessstandschaft nach hA und stRsp unzulässig ist.<sup>51)</sup>

Ebenso wenig könnte sie auf Beklagtenseite auftreten: Schuldnerin war sie nie und ist sie nicht, sodass ein gegen sie gerichtetes Leistungsbegehren – ebenfalls wohl schon wegen Unschlüssigkeit – abzuweisen wäre.

Es wäre daher gar nicht möglich, die Altgläubigerin zur Partei des Verfahrens zu machen, was nicht nur bei der Einlagenrückgewähr gilt. Auch sonst käme ja niemand auf die Idee, nach einer Forderungsübertragung die Zedentin in den Leis-

<sup>44)</sup> Das wäre nicht nur nicht nötig gewesen, sondern nicht einmal sinnvoll möglich (dazu C.3).

<sup>45)</sup> OGH 25. 6. 2020, 6 Ob 225/19k Pkt 2.4.

<sup>46)</sup> RIS-Justiz RS0083003.

<sup>47)</sup> Statt aller *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1514f, 1520.

<sup>48)</sup> Vgl *Perner*, Miteigentümer im Zivilprozess, ÖJZ 2010, 5 (7f).

<sup>49)</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1520; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> Rz 925.

<sup>50)</sup> Ausf *Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/2<sup>3</sup> (2018) § 411 ZPO Rz 53, 56ff, 68ff.

<sup>51)</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 339ff, insb 344f; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> Rz 298f; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 354; RIS-Justiz RS0053157; aA etwa *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1976) 79f und rezent *Kunz*, Die Prozessstandschaft (2019) 153ff; *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 371ff.

tungsprozess einzubeziehen: Natürlich klagt nur die Zessionarin, und zwar nur den Zessus.

## **D. Ergebnisse**

Wer Ansprüche auf Rückabwicklung einer Einlagenrückgewähr geltend machen kann, ist eine primär materiell-rechtliche Frage: Geht es um die Durchsetzung eines abgetretenen Rückabwicklungsanspruchs aus verbotener Einlagenrückgewähr, also um Leistung, muss die Gesellschaft selbst nicht ins Verfahren einbezogen werden.

Den entscheidenden Unterschied zur E 6 Ob 225/19k, die die Unsicherheiten erst ausgelöst hat, haben *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh* bereits identifiziert: Dort ging es um die „Feststellung der Nichtigkeit des Gesamtvertrags (...) und nicht ‚bloß‘ um die Durchsetzung eines (daraus resultierenden) Rückgewähr[anspruchs]“. <sup>52)</sup> In solchen Fällen müssen tatsächlich alle Vertragspartner ins Verfahren einbezogen werden, weil das rechtliche Interesse für Einzelklagen fehlt.

---

<sup>52)</sup> *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh*, NZ 2021, 144 (151).