

#### 4. Förderung des Versicherungsbetrugs

Als ein weiteres Argument gegen die Zulässigkeit von allgemeinen Lösegeldversicherungen wurde auch die Förderung von Betrugsdelikten genannt.<sup>95</sup> Der VersN, so die Befürchtung, würde versucht, die Entführung einer Gefahrperson und Erpressung eines Lösegeldes vorzutauschen, um sich auf Kosten des Versicherers zu bereichern. Freilich besteht bei jeder Art von Versicherung das Risiko, dass der VersN den Versicherungsfall vortäuscht.<sup>96</sup> Trotz hoher Versicherungssummen wurden Lebens- und Unfallversicherung niemals in Frage gestellt, nur weil der VersN möglicherweise den Versicherungsfall vortäuscht.<sup>97</sup> Abgesehen davon, dürfte eine Vortäuschung einer Cybererpressung iaR schon aus technischen Gründen ausgeschlossen sein. Der VersN müsste nämlich dazu vorgeben und gegenüber dem Versicherer nachweisen, dass er aufgrund einer Verschlüsselung nicht auf seine Daten und System zugreifen kann.

#### D. Ergebnis

Verstößt der Versicherer mit dem Abschluss einer Cyber-Lösegeldversicherung gegen ein aufsichtsbehördliches Verbot der FMA (Verordnung, Bescheid), ist der Vertrag teilweise absolut nichtig oder es scheiden Erfüllungsansprüche aus.<sup>98</sup>

Die strafrechtliche Analyse hat gezeigt, dass sich das Opfer einer Cybererpressung durch die Zahlung des Lösegeldes uU strafbar macht, weil es sich an einer kriminellen Vereinigung beteiligt (§ 278 Abs 1 iVm Abs 3 Fall 2 StGB). Ersetzt der Cyberversicherer das vom VersN bereits gezahlte Lösegeld, scheidet

eine Strafbarkeit auf Seiten des Versicherers jedenfalls aus. Wurde demgegenüber das Lösegeld noch nicht an die Erpresser gezahlt, kann die Auszahlung der Versicherungsleistung, die in der Folge an die Erpresser weitergeleitet wird, möglicherweise strafrechtliche Relevanz haben.

Eine Analyse möglicher Anknüpfungspunkte für einen Verstoß gegen die guten Sitten hat gezeigt, dass die Argumente, die gegen die Lösegeldversicherung für Entführungen von Menschen vorgebracht wurden, nicht unreflektiert auf Cyberversicherungen umgelegt werden können. Weder die Täter noch die Opfer von Cybererpressungen machen ihre Entscheidungen davon abhängig, ob Cyberversicherungsschutz gegen Lösegeldzahlungen besteht. Wie anhand der Seeversicherung gezeigt wurde, geht sogar das Gesetz davon aus, dass Lösegeldzahlungen versicherbar sind. Der Beitrag gelangt somit zum Ergebnis, dass Cyber-Lösegeldversicherungen zulässig sind.

#### Plus

#### ÜBER DEN AUTOR

E-Mail: felix.artner@wu.ac.at

<sup>95</sup> *Schneider*, Versicherungsschutz 28 ff.

<sup>96</sup> *Knospe*, VW 1998, 285 (285).

<sup>97</sup> *Schneider*, Versicherungsschutz 31; ihr folgend *Fuchs*, Lösegeld 18 f.

<sup>98</sup> *Wilfinger*, Verbraucherschutz 27 ff, 104.

# Ersitzungs- und Verjährungsfristen bei juristischen Personen

## Zugleich eine Besprechung von OGH 8 Ob 81/21 a

### Der Beitrag schnell gelesen

Gem §§ 1472 und 1485 ABGB verlängern sich die Ersitzungs- und Verjährungsfristen zugunsten „erlaubter Körper“ von 30 auf 40 Jahre. Nachdem in der Literatur lange Zeit umstritten war, welche juristischen Personen von dieser Begünstigung profitieren, hat sich der OGH in der E 8 Ob 81/21 a erstmals ausführlich dazu geäußert: „Erlaubte Körper“ seien all jene Gesellschaften, die entweder durch oder aufgrund eines Gesetzes gegründet wurden oder deren Firmenbucheintragung die Er-

teilung einer Konzession voraussetzt. Der vorliegende Beitrag ordnet die Entscheidung kritisch ein und untersucht die daraus resultierenden Folgefragen.

#### Zivilrecht

§§ 1472, 1485 ABGB

OGH 22. 4. 2022, 8 Ob 81/21 a

ÖJZ 2024/28



ALEXANDER SCHMIT, LL.B. (WU), BSc (WU), ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

#### Inhaltsübersicht:

- Ausgangspunkt
- Meinungsstand vor 8 Ob 81/21 a
- OGH 8 Ob 81/21 a
- Status quo und Bewertung

- Anwendungsbereich von § 1472 ABGB
  - Gründung durch oder aufgrund von Gesetz
  - Konzession für die Firmenbucheintragung erforderlich
- Schutzbedürfnis
  - Schutzbedürfnis generell
  - Größe der Gesellschaft
  - Komplexe Organisationsstruktur

- 3. Gesamtgesellschaftliche Bedeutung
  - a) Definition und Bewertung
  - b) Konzessionspflichtige Gesellschaften mit gesamtgesellschaftlicher Bedeutung

E. Fazit

**A. Ausgangspunkt**

Das Ersitzungsrecht des ABGB ist durch ein komplexes System an Fristen geprägt, das an verschiedene Tatbestandsmerkmale anknüpft. Neben der Redlichkeit des Vormannes (vgl § 1476 ABGB) und dem Vorliegen eines Titels (vgl §§ 1466, 1477 ABGB) ist auch die Person des Ersitzungsgegners relevant: Zählt dieser zu den in § 1472 ABGB aufgezählten Rechtsträgern, verlängert sich die Frist bei der eigentlichen Ersitzung bei beweglichen Sachen von drei auf sechs Jahre; bei der uneigentlichen Ersitzung von beweglichen Sachen und der Ersitzung von Liegenschaften kommt statt der 30-jährigen gar eine 40-jährige Frist zur Anwendung.

Die Einordnung als privilegierter Rechtsträger gem § 1472 ABGB spielt jedoch nicht nur bei der Ersitzung eine Rolle, sondern auch für die Verjährung. Gem § 1485 ABGB wird die allgemeine Verjährungsfrist nämlich zugunsten der in § 1472 ABGB aufgelisteten Rechtsträger von 30 auf 40 Jahre ausgeweitet.

Welche Personen nun genau von der Begünstigung der §§ 1472 und 1485 ABGB profitieren sollen, wird im Gesetzestext nur kryptisch geregelt. Aufgelistet sind der Fiskus, Kirchen, Gemeinden und „andere erlaubte Körper“. Wer damit gemeint ist, wird schon seit Einführung des ABGB diskutiert.

**B. Meinungsstand vor 8 Ob 81/21 a**

Bei der Suche nach geeigneten Kriterien, um den Kreis der privilegierten Personen abzustecken, sind Rechtsprechung und Lehre in der Vergangenheit zumeist bei den Ausführungen *Zeillers* zu § 1472 ABGB fündig geworden. Demnach kommen die begünstigten Personen in den Genuss der längeren Ersitzungs- bzw Verjährungsfristen, weil sie „ihre Rechte [...] nicht selbst verwahren können, sondern anderen zur Verwaltung anvertrauen müssen“.<sup>1</sup> Ausgehend davon hat sich ein weites Verständnis der begünstigten Personen entwickelt: Sowohl in der älteren Rechtsprechung des OGH<sup>2</sup> als auch in der Kommentarliteratur<sup>3</sup> findet sich zumeist der Stehsatz, dass alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts privilegiert seien. Begründet wird dies in Anlehnung an *Zeiller* damit, dass juristische Personen nur durch ihre Organe handeln können und ihre Rechte daher in weitergehendem Maße gefährdet seien als jene von physischen Personen, die sich leichter gegen einen Verlust ihrer Rechte wehren können.<sup>4</sup>

In der jüngeren Vergangenheit ist diese Ansicht allerdings auf Kritik gestoßen: Es könne keine Rede davon sein, dass juristische Personen im Vergleich zu natürlichen Personen besonders schutzwürdig wären.<sup>5</sup> Sie seien vielmehr professionell organisiert und würden sich regelmäßig Außenstehender mit Fachwissen als Organwalter bedienen.<sup>6</sup> Selbst wenn man aus der notwendigen Vertretung ein Untätigkeitsrisiko ableite, werde diesem durch eine Reihe an zivil- und gesellschaftsrechtlichen Schutzmechanismen effektiv entgegengewirkt. Als Beispiel dafür werden etwa die Hemmung von Ersitzungs- und Verjährungsfristen genannt, solange die notwendige Vertretung fehlt (§ 1494 ABGB), die Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das Gericht, wenn die zur Vertretung einer GmbH erforderlichen Geschäftsführer ausfallen (§ 15a GmbHG)<sup>7</sup> sowie die drohende Haftung von Organwaltern für Sorgfaltswidrigkeiten (§ 25 GmbHG; § 84 AktG).<sup>8</sup>

Juristischen Personen nun trotzdem generell eine verlängerte Ersitzungs- und Verjährungsfrist einzuräumen, würde außerdem den Anforderungen des professionellen Wirtschaftsverkehrs und den Wertungen des modernen Gesetzgebers widersprechen. Die meisten juristischen Personen sind Unternehmer kraft Rechtsform (§§ 2, 343 Abs 1 UGB) und unterliegen als solche der Mängelrügeobliegenheit gem §§ 377f UGB. Es wäre systemwidrig, juristischen Personen eine Mängelrüge binnen weniger Tage nach Lieferung zuzumuten, ihnen aber gleichzeitig eine verlängerte Ersitzungs- und Verjährungsfrist von 40 Jahren zuzubilligen, da sie „schwerfälliger“<sup>9</sup> seien als natürliche Personen.<sup>10</sup>

De lege ferenda wird daher seit langem die Abschaffung dieser Privilegierungen gefordert.<sup>11</sup> Für eine solche Lösung sprechen nicht nur zivilrechtliche Argumente, auch der Gleichheitssatz (Art 7 B-VG; Art 2 StGG) wird dafür herangezogen.<sup>12</sup> De lege lata bemüht sich das jüngere Schrifttum um Schadensbegrenzung und vertritt die Ansicht, dass zumindest von der unterschiedslosen Begünstigung aller juristischen Personen abzurücken und der Anwendungsbereich der Privilegierung einschränkend auszulegen sei.<sup>13</sup> Welcher Kreis an begünstigten Personen in weiterer Folge übrigbleiben soll, ist hingegen strittig.

Dazu entwickelten sich zwischenzeitig die unterschiedlichsten Theorien: So ist etwa zu lesen, dass juristische Personen doch nach wie vor schutzbedürftig seien und daher privilegiert werden sollten, während Personengesellschaften vom Anwendungsbereich auszuschließen sind.<sup>14</sup> Nach einer anderen Theorie sollen die §§ 1472 und 1485 ABGB aus historischen Gründen nur solche Gesellschaften begünstigen, die einen gemeinnützigen oder öffentlich-rechtlichen Charakter haben.<sup>15</sup> Schließlich wird sogar die Ansicht vertreten, dass das Fristenprivileg gar nicht mehr

<sup>1</sup> *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch IV (1813) 220.

<sup>2</sup> RIS-Justiz RS0034145.

<sup>3</sup> *Gusenleitner-Helm* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1472 Rz 2; *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1485 Rz 1; *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1472 Rz 1; *Mader/Janisch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1472 Rz 2; *Ehgartner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1472 Rz 4 (Stand 1. 9. 2021, rdb.at); *Meissel* in *KBB'* §§ 1472–1473 Rz 1.

<sup>4</sup> *Vgl M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1472 Rz 1; *Ehgartner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1472 Rz 3; *Rünzler*, Die Verjährung im österreichischen Gesellschaftsrecht (2020) 142.

<sup>5</sup> *Vgl OLG Linz* 8. 4. 2010, 2 R 160/09a; *Weichbold*, Systemwechsel im Verjährungsrecht, ÖJZ 2018, 803 (808f); *Auer*, Sind Personen- und Kapitalgesellschaften „erlaubte Körper“ iS von §§ 1472, 1485 ABGB? JBl 2015, 477 (479); *Gusenleitner-Helm* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § Vor §§ 1472–1477 Rz 3.

<sup>6</sup> *Vgl Rünzler*, Verjährung 142.

<sup>7</sup> *Vgl jeweils Ehgartner*, Zur Anwendbarkeit des § 1472 ABGB auf juristische Personen des Privatrechts, RdW 2022, 522 (525).

<sup>8</sup> *Vgl Rünzler*, Verjährung 142.

<sup>9</sup> *Vgl Iro/Riss*, Sachenrecht<sup>8</sup> (2023) Rz 6/91.

<sup>10</sup> *Vgl Ehgartner*, RdW 2022, 522 (525); *Weichbold*, ÖJZ 2018, 803 (809).

<sup>11</sup> *Vgl Weichbold*, ÖJZ 2018, 803 (808f); *Eccher*, Reformbedarf im Sachenrecht, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, ABGB 2011 (2008) 153 (162f); *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 9/11 FN 27; *Bundesministerium für Justiz*, Reform des Verjährungsrechts – Textvorschlag Ersitzung 8, <https://www.bmj.gv.at/ministerium/aktuelle-meldungen/reform-des-verjaehrungsrechts.html> (Stand 21. 12. 2023).

<sup>12</sup> *Vgl Pendl*, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen gegen Organmitglieder und Abschlussprüfer (2018) 84f; *Ehgartner*, RdW 2022, 522 (525). Siehe zur restriktiven Handhabung des Gleichheitssatzes bei der Prüfung zivilrechtlicher Gesetze aber *Gruber*, Zivilrecht und Verfassung (2023) 127 ff.

<sup>13</sup> *Vgl Rünzler*, Verjährung 143 ff; *Auer*, JBl 2015, 477 (481); *Gusenleitner-Helm* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1472; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 83 Rz 48; *P. Doralt/Diregger* in *MüKoAktG*<sup>4</sup> § 51 Rz 21; *Ehgartner*, RdW 2022, 522 (526f).

<sup>14</sup> *Vgl Rünzler*, Verjährung 143 ff.

<sup>15</sup> *Vgl Gusenleitner-Helm* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1472 Rz 5; *P. Doralt/Diregger* in *MüKoAktG*<sup>4</sup> § 51 Rz 21.

anzuwenden sei, da kein dem historischen Gesetzeszweck entsprechender Anwendungsbereich mehr bestehe.<sup>16</sup>

Im Gegensatz zur regen Diskussion in der Literatur hielt sich der OGH in dieser Debatte bis zuletzt bedeckt. In jüngerer Vergangenheit wurde die Privilegierung einiger juristischen Personen des öffentlichen Rechts<sup>17</sup> und der vom Staat gegründeten ÖBB<sup>18</sup> ausdrücklich bejaht. Der OGH möchte dem Privileg also jedenfalls nicht jeglichen Anwendungsbereich absprechen. Wie das Höchstgericht im praktisch relevanten Fall einer rein unternehmerisch tätigen Gesellschaft des Privatrechts entscheiden würde, blieb indes die längste Zeit offen. Dies änderte sich mit der E 8 Ob 81/21 a, in der sich der OGH erstmals ausführlich zum Anwendungsbereich von § 1472 ABGB äußerte.<sup>19</sup>

### C. OGH 8 Ob 81/21 a

Der OGH hatte dabei über die Ersitzung eines Gebrauchsrechts an einem Tiefgaragenparkplatz zu entscheiden. Eine natürliche Person hatte den Parkplatz über einen Zeitraum von 38 Jahren genützt und dadurch die ordentliche Ersitzungsfrist von 30 Jahren, nicht aber die verlängerte Frist von 40 Jahren gem § 1472 ABGB erfüllt. Folglich musste der OGH entscheiden, ob es sich bei der garagenbetreibenden GmbH als Ersitzungsgegnerin um einen privilegierten Rechtsträger gem § 1472 ABGB handelte und das Gebrauchsrecht daher schon ersessen wurde oder nicht.

In Anlehnung an *Auer*<sup>20</sup> hat der OGH die Privilegierung der GmbH verneint. Der historische Gesetzgeber habe unter „erlaubten Körpern“ nur Gesellschaften verstanden, deren Gründung einen Verwaltungsakt voraussetzt, sodass heute nur solche juristischen Personen zu begünstigen seien, die entweder durch Gesetz oder aufgrund einer gesetzlichen Anordnung gegründet wurden oder für deren Firmenbucheintragung eine Konzessionserteilung gesetzlich notwendige Voraussetzung war. Damit würden jene juristischen Personen geschützt, denen eine sich in ihren Gründungsvoraussetzungen widerspiegelnde gesamtgesellschaftliche Bedeutung beigemessen wird und die wegen ihrer Größe oder komplexeren Organisationsstruktur typischerweise schwerer als Einzelpersonen in der Lage sind, einem drohenden Rechtsverlust rechtzeitig entgegenzutreten.<sup>21</sup>

Für „private, erwerbsorientierte Kapitalgesellschaften und Unternehmer kraft Rechtsform (§ 2 UGB)“<sup>22</sup> sei ein Schutzbedürfnis zu verneinen, da das moderne Gesellschaftsrecht ein wirksames Netz gesetzlich definierter Organpflichten und Kontrollmechanismen enthalte. Daraus entwickelt der OGH den Rechtssatz: „Eine unternehmerisch tätige GmbH, die weder durch ein oder aufgrund eines Gesetzes gegründet wurde, noch einer bereits für die Firmenbucheintragung vorausgesetzten öffentlich-rechtlichen Konzessionspflicht unterliegt, fällt nicht unter den Begriff der erlaubten Körperschaft im Sinne des § 1472 ABGB.“<sup>23</sup>

### D. Status quo und Bewertung

Für den OGH scheint die Rechtslage durch 8 Ob 81/21 a abschließend geklärt. § 1472 ABGB habe nunmehr einen klar umrissenen Anwendungsbereich, der dem Normzweck entspreche.<sup>24</sup> *Auer* meint, dem sei „nichts hinzuzufügen“.<sup>25</sup> Das ist insofern nicht überraschend, als der 8. Senat weitgehend *Auer* folgt. Ob das Ergebnis wertungsmäßig überzeugt, ist allerdings nicht gesichert. Einerseits bestehen erhebliche Zweifel an der grundsätzlichen Schlüssigkeit des Konzepts.<sup>26</sup> Andererseits bleiben auch unter Zugrundelegung des Standpunkts des OGH zahlreiche Folgefragen offen. Zunächst ist daher zu klären, wer jetzt eigentlich

privilegiert werden soll. Anschließend stellt sich die Frage, ob es sachlich gerechtfertigt ist, diese „erlaubten Körper“ zu privilegieren, während anderen juristischen Personen die Begünstigung verwehrt bleibt.

### 1. Anwendungsbereich von § 1472 ABGB

#### a) Gründung durch oder aufgrund von Gesetz

Die erste Gruppe juristischer Personen, die der OGH zu den „erlaubten Körpern“ zählt, sind die durch oder aufgrund von Gesetz gegründeten Gesellschaften. Mit dieser Beschreibung zielt der OGH offensichtlich auf ausgegliederte Körperschaften ab. Im Unterschied zu „klassischen“ Kapitalgesellschaften haben diese nämlich ein spezielles Gründungsprozedere gemeinsam:<sup>27</sup> Ausgegliederte Gesellschaften entstehen entweder mittels einer gesetzlichen Anordnung ex lege – und sind sodann *durch* Gesetz gegründet – oder durch einen privatrechtlichen Errichtungsakt, der infolge besonderer gesetzlicher Anordnung durchzuführen ist – sie werden damit *aufgrund* eines Gesetzes gegründet.

#### Die Abgrenzung des OGH erfasst im Wesentlichen ausgegliederte Gesellschaften, Finanzinstitute und Ziviltechnikergesellschaften.

Zwei Beispiele für solche privilegierten Gesellschaften finden sich etwa im Beitrag von *Auer*, dem sich der OGH in 8 Ob 81/21 a anschließt.<sup>28</sup> Demnach zählt sowohl die Gesundheit Österreich GmbH zu den „erlaubten Körpern“, da sie gem § 2 Abs 3 GÖGG mit dessen Inkrafttreten entstanden ist, als auch die Austro-Control-GmbH, da sie gem § 1 Abs 1 Austro Control Gesetz vom Bundesminister für öffentliche Wirtschaft und Verkehr zu gründen war. Darüber hinaus gibt es in Österreich noch eine fast unüberschaubare Anzahl weiterer ausgegliederter Gesellschaften, die im Laufe der letzten Jahre stetig zugenommen hat.<sup>29</sup>

#### b) Konzession für die Firmenbucheintragung erforderlich

Die zweite vom OGH genannte Gruppe „erlaubter Körper“ sollen jene Gesellschaften bilden, die einer für die Firmenbucheintragung vorausgesetzten Konzessionspflicht unterliegen. Im Unterschied zu den ausgegliederten Körperschaften ergreift der Staat hier nicht selbst die Initiative, um eine Gesellschaft zu grün-

<sup>16</sup> Vgl *Ehgartner*, RdW 2022, 522 (527).

<sup>17</sup> ZB: OGH 18. 12. 2014, 2 Ob 1/14 g (Republik Österreich); 23. 4. 2015, 1 Ob 10/15 z (Agrargemeinschaft); 31. 3. 2016, 1 Ob 38/16 v (Land Oberösterreich); 30. 10. 2018, 2 Ob 143/17 v (Sozialversicherungsträger).

<sup>18</sup> OGH 22. 12. 2021, 6 Ob 74/21 g.

<sup>19</sup> OGH 22. 4. 2022, 8 Ob 81/21 a.

<sup>20</sup> *Auer*, JBl 2015, 477.

<sup>21</sup> OGH 22. 4. 2022, 8 Ob 81/21 a Rz 25.

<sup>22</sup> OGH 22. 4. 2022, 8 Ob 81/21 a Rz 26.

<sup>23</sup> RIS-Justiz RS0133971; s auch OGH 22. 4. 2022, 8 Ob 81/21 a Rz 27.

<sup>24</sup> OGH 22. 4. 2022, 8 Ob 81/21 a Rz 25.

<sup>25</sup> *Auer* zu OGH 8 Ob 81/21 a GesRZ 2022, 380 (382).

<sup>26</sup> Es sprechen gute Gründe dafür, das Merkmal der „Erlaubnis“ iSv § 1472 ABGB in der Erfüllung der generell-abstrakten Gründungsvoraussetzungen im Normativsystem zu sehen und daher sämtliche juristischen Personen des Privatrechts unter „erlaubte Körper“ zu subsumieren (vgl *Rünzler*, Verjährung 147f mwN).

<sup>27</sup> Vgl *Schauer*, Strukturmerkmale eines Sondergesellschaftsrechts für ausgegliederte Rechtsträger, in FS Straube (2009) 129 (137f).

<sup>28</sup> Vgl *Auer*, JBl 2015, 477 (481f).

<sup>29</sup> ZB: Austrian Development Agency; Forschungsförderungsgesellschaft mbH; Österreichische Bibliothekenverbund und Service Gesellschaft mbH; Familie & Beruf Management GmbH; Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH; IEF-Service-GmbH; OeAD GmbH; Bundesforste AG; Schienen-Control GmbH; Gesundheit Österreich GmbH; Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen Gesellschaft mit beschränkter Haftung uvam.



den. Der Abschluss des Gründungsvorgangs bedarf aber wiederum eines hoheitlichen Akts. Manche Gesellschaften dürfen nämlich erst dann ins Firmenbuch eingetragen werden, wenn eine verwaltungsbehördliche Genehmigung ihres Unternehmensgegenstands vorliegt.<sup>30</sup>

Dies ist etwa bei vielen Unternehmen in der Finanzbranche der Fall: Kreditinstitute (§ 5 Abs 2 BWG), Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen (§ 9 WAG), Versicherungsunternehmen (§ 8 Abs 6 VAG), Pensionskassen (§ 42 PKG), Zahlungsinstitute (§ 13 ZaDiG) oder Börseunternehmen (§ 4 Abs 2 BörseG) dürfen nur dann ins Firmenbuch eingetragen werden, wenn der erforderliche rechtskräftige Konzessionsbescheid der FMA in Urschrift oder beglaubigter Kopie vorliegt. Darüber hinaus ist auch für Ziviltechnikergesellschaften gesetzlich festgelegt, dass die Eintragung ins Firmenbuch nicht ohne Nachweis der Befugnis zur Ausübung des Ziviltechnikerberufs vorgenommen werden darf (§ 24 Abs 3 ZTG).<sup>31</sup>

Wichtig ist dem OGH, dass die Konzessionserteilung vor der Eintragung ins Firmenbuch erfolgt. Gesellschaften, bei denen die Konzessionserteilung auch erst nach erfolgter Gesellschaftsgründung erfolgen kann, werden daher nicht begünstigt.<sup>32</sup>

## 2. Schutzbedürfnis

### a) Schutzbedürfnis generell

Die starke Einschränkung des Kreises „erlaubter Körper“ rechtfertigt der OGH nun ua damit, dass die konzessionspflichtigen und auf Gesetz beruhenden Gesellschaften schwerer als Einzelpersonen in der Lage sind, sich gegen einen drohenden Rechtsverlust zu wehren. Damit kehrt das besondere Schutzbedürfnis als ausschlaggebendes Kriterium für die fristenrechtliche Begünstigung zurück. Das früher allgemein angenommene Schutzbedürfnis soll bei „normalen“ juristischen Personen nun aber aus verschiedenen Gründen gar nicht vorliegen:

Einerseits fehle es bei Personengesellschaften, Ein-Personen-GmbH und GmbH mit Gesellschafter-Geschäftsführung schon von vornherein.<sup>33</sup> Der 8. Senat ortet ein Untätigkeitsrisiko also prinzipiell nur dort, wo die vertretungsbefugten Personen nicht gleichzeitig Gesellschafterstatus haben. Dies entspricht einer Überlegung, die im Schrifttum bereits von *Rünzler* vertreten wurde. Demnach habe erst die Aufgabentrennung zwischen Gesellschaftern und Organwaltern zur Folge, dass Organwalter nicht alle negativen Wirkungen ihrer Handlungen unmittelbar tragen müssen und daher der – allerdings haftungsbewehrten – Versuchung ausgesetzt seien, sorglos zu handeln.<sup>34</sup>

Darüber hinaus versagt der OGH aber auch sämtlichen anderen juristischen Personen des Privatrechts, die nicht durch Gesetz oder Konzession gegründet wurden, die fristenrechtliche Privilegierung. Das moderne Gesellschaftsrecht wirke dem angeblichen Untätigkeitsrisiko bei Fremddorganschaft „facettenreich und wirksam“<sup>35</sup> entgegen. Warum das bei den „erlaubten Körpern“ nicht der Fall sein soll, bleibt offen. Der OGH erwähnt als Gründe ihre Größe und komplexere Organisationsstruktur.

### b) Größe der Gesellschaft

Dass juristische Personen abhängig von ihrer Größe besser oder schlechter in der Lage sein sollen, sich gegen einen Rechtsverlust zu wehren, ist in der Debatte rund um § 1472 ABGB neu. Mangels näherer Erläuterungen des OGH ist in einem ersten Schritt zu fragen, woran die Größe einer Gesellschaft dabei überhaupt zu messen wäre. In Frage kämen etwa die in § 221 UGB genannten Kennzahlen, wonach sich Kapitalgesellschaften abhängig von Umsatzerlösen, Bilanzsumme und Anzahl der Arbeitnehmer in

Kleinst-, Klein-, mittelgroße und große Gesellschaften einteilen lassen.

Bereits ein Blick auf die Jahresabschlüsse<sup>36</sup> der in 8 Ob 81/21 a genannten „erlaubten Körper“ offenbart nun, dass es nicht überzeugen würde, die Begünstigung dieser Gesellschaften pauschal mit ihrer Größe zu rechtfertigen. Die Zahlen aus dem Jahr 2022 zeigen nämlich ein inhomogenes Bild: Wenig überraschend weisen Gesellschaften wie die Bundesrechenzentrum GmbH<sup>37</sup> und die Austro-Control GmbH<sup>38</sup> mit einer Bilanzsumme und Umsatzerlösen in neunstelliger Höhe und mehr als 1.000 Mitarbeitern vergleichsweise hohe Kennzahlen auf. Auch einzelne Banken und Versicherungen gehören teilweise zu den größten Gesellschaften in Österreich.

Allerdings sind viele ausgegliederte und konzessionspflichtige juristische Personen am anderen Ende der Skala einzuordnen. Zahlreiche auf Gesetz beruhende Gesellschaften gehören zu den kleinen Kapitalgesellschaften,<sup>39</sup> Kreditinstitute (va im ländlichen Bereich) beschäftigen oftmals weniger als fünf Arbeitnehmer und insb im Bereich der Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen gibt es sogar etliche Ein-Personen-GmbH. Die fristenrechtliche Begünstigung dieser Gesellschaften mit ihrer Größe zu begründen, schlägt daher jedenfalls fehl.

Doch selbst losgelöst von diesen Beobachtungen kann die Annahme eines besonders hohen Schutzbedürfnisses bei besonders großen Gesellschaften nicht überzeugen. Weder der OGH noch sonstige Stimmen in der Rechtsprechung und Literatur bringen Argumente vor, wieso sich große Unternehmen gegen einen Rechtsverlust nur schwerer wehren können sollten als Einzelpersonen oder kleinere Unternehmen. Am ehesten könnte der 8. Senat darauf anspielen, dass Entscheidungsprozesse in großen Unternehmen üblicherweise länger dauern als in kleinen Gesellschaften und sie daher einem Rechtsverlust nur langsamer entgegenwirken können. Eventuell möchte der OGH auch dem Umstand Rechnung tragen, dass Organwalter in großen Unternehmen häufiger wechseln und im Zuge dessen Informationen über drohende Rechtsverluste verloren gehen. Dem ist jedoch einerseits zu entgegenen, dass auch großen „nicht-erlaubten“ Gesellschaften zugehört wird, sich professionell aufzustellen und verlässliche Entscheidungsträger auszuwählen. Andererseits spricht besondere Größe zumindest instinktiv auch für besondere Professionalität. Im Ergebnis stellt die Größe daher kein geeignetes Kriterium dar,

<sup>30</sup> Vgl *Krejci/Haberer in Zib/Dellinger*, UGB § 6 Rz 4; *Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 1 Rz 11.

<sup>31</sup> RA-Gesellschaften gehören nicht dazu, weil es sich beim Nachweis der Zustimmung der RA-Kammer gem § 1 Abs 5 RAO nicht um eine verwaltungsbehördliche Genehmigung handelt (vgl *Auer*, JBl 2015, 477 [481 FN 27]). Die Frage, ob Eisenbahnunternehmen dazugehören, wird im Schrifttum uneinheitlich beantwortet (vgl *Krejci/Haberer in Zib/Dellinger*, UGB § 6 Rz 4 mwN). Mangels ausdrücklicher Anordnung im Gesetz, dass Eisenbahnunternehmen erst dann ins Firmenbuch eingetragen werden dürfen, wenn der Konzessionsbescheid vorliegt, sind sie mE nicht von dieser Gruppe „erlaubter Körper“ erfasst.

<sup>32</sup> ZB: Alternative Investmentfonds Manager (AIFMG); Apothekergesellschaften (ApG); Schifffahrtsunternehmen (SchFG); Seilbahnunternehmen (SeilbG).

<sup>33</sup> OGH 22. 4. 2022, 8 Ob 81/21 a Rz 26.

<sup>34</sup> Vgl *Rünzler*, Verjährung 142.

<sup>35</sup> OGH 22. 4. 2022, 8 Ob 81/21 a Rz 26.

<sup>36</sup> Die folgenden Ausführungen basieren auf Firmenbuchdaten der jeweiligen Unternehmen bzw Unternehmenszweige.

<sup>37</sup> Umsatzerlöse: € 447.494.654,23; Bilanzsumme: € 316.328.627,10; durchschnittliche Zahl an Angestellten: 1.576.

<sup>38</sup> Umsatzerlöse: € 300.489.691,29; Bilanzsumme: € 531.961.957,81; durchschnittliche Zahl an Angestellten: 1.064.

<sup>39</sup> ZB: Familie und Beruf Management GmbH; Österreich-Institut GmbH; Nationalpark Donau-Auen GmbH; Bundestheater-Holding GmbH; One Mobility GmbH.

um die Privilegierung der „erlaubten Körper“ im Vergleich zu anderen juristischen Personen zu rechtfertigen.

### c) Komplexe Organisationsstruktur

Auch in Hinblick auf die Komplexität der Unternehmensstruktur finden sich weder in 8 Ob 81/21 a noch in der früheren Rechtsprechung und Lehre Anhaltspunkte, um dieses Merkmal näher zu definieren. Es wäre möglich, dass der OGH bei ausgegliederten Gesellschaften an die Sondervorschriften in den Ausgliederungsgesetzen denkt, die sie zusätzlich zu den allgemeinen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts beachten müssen. Typische Regelungen über Aufsichtsräte<sup>40</sup> und Beiräte<sup>41</sup> wirken sich aber nicht auf die Wahrnehmung der Rechte der juristischen Personen aus. Und typische Regelungen zur Vertretung<sup>42</sup> finden sich zumeist auch in den Gesellschaftsverträgen gänzlich privater Kapitalgesellschaften.<sup>43</sup> Schließlich unterliegen viele ausgegliederte Gesellschaften nur wenigen und teils gar keinen solchen Vorschriften,<sup>44</sup> sodass die „komplexere Organisationsstruktur“ vage bleibt.

### Weder die Größe noch die Organisation der „erlaubten Körper“ vermögen ein erhöhtes Schutzbedürfnis zu begründen.

Anderes gilt für die vom OGH genannten konzessionspflichtigen Gesellschaften. In den jeweiligen Sondergesetzen finden sich etwa verpflichtende Vorschriften zur Einrichtung einer internen Revision<sup>45</sup> oder eines Risikomanagementsystems,<sup>46</sup> Bestimmungen über die laufende behördliche Aufsicht,<sup>47</sup> besondere Haftungs Vorschriften für Verantwortliche nach § 9 VStG<sup>48</sup> sowie besondere persönliche Voraussetzungen, die man als Geschäftsleiter zu erfüllen hat.<sup>49</sup> Im Ergebnis mögen diese Gesellschaften daher komplexer organisiert sein, allerdings stellt sich auch hier wiederum die Frage, warum daraus ein erhöhtes Schutzbedürfnis folgen soll. Regelungen wie die Strafbestimmungen für Verantwortliche nach § 9 VStG oder das Erfordernis interner Kontrollsysteme könnten das angebliche Untätigkeitsrisiko viel eher sogar begrenzen,<sup>50</sup> weil sie für eine Professionalisierung der Struktur sorgen. Wieso nun ausgerechnet jene Gesellschaften begünstigt werden sollen, bei denen diese Merkmale besonders deutlich ausgeprägt sind, während andere Kapitalgesellschaften aus demselben Grund von der Begünstigung ausgeschlossen werden, ist unklar.

Weder die Größe noch die Organisationsstruktur der „erlaubten Körper“ vermögen also auch bei typisierender Betrachtung ein erhöhtes Schutzbedürfnis zu begründen. Dadurch rückt die Frage in den Vordergrund, ob sich die Begünstigung der von 8 Ob 81/21 a umfassten Gesellschaften zumindest mit dem zweiten laut OGH entscheidendem Merkmal rechtfertigen lässt: ihrer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung.

## 3. Gesamtgesellschaftliche Bedeutung

### a) Definition und Bewertung

Dass der OGH auf eine gesamtgesellschaftliche Bedeutung privilegierter Rechtsträger abstellen will, kann bei Normen, die explizit den Staat und Kirchen begünstigen, zunächst nicht überraschen. Über die sachliche Rechtfertigung eines derartigen „Fiskusprivilegs“ ließe sich zweifellos streiten,<sup>51</sup> § 1472 ABGB ordnet es aber eben an. Dass „Ausgegliederte“, also durch Gesetz oder aufgrund von Gesetz gegründete Körperschaften, auch in den Genuss dieser Begünstigung kommen sollen, ist verständlich. Solche Rechtsträger sind gleichsam die verlängerte Hand des Staates. Sie stehen im alleinigen oder zumindest mehrheitlichen Eigentum des Bundes, der über die Instrumente des Gesell-

schaftsrechts weiterhin entscheidenden Einfluss auf die Leitung der Gesellschaften nimmt.<sup>52</sup>

All das gilt für Gesellschaften, für deren Firmenbucheintragung eine Konzessionserteilung erforderlich ist, nicht ohne Weiteres. Sieht man die Rechtfertigung des Privilegs im besonderen Schutz öffentlicher Interessen und damit der vom OGH geforderten gesamtgesellschaftlichen Bedeutung, ist die Frage, was damit eigentlich gemeint ist und wann und warum das bei konzessionspflichtigen Gesellschaften der Fall sein soll.

Bei gesamtgesellschaftlicher Bedeutung könnte man heute an gemeinnützige und mildtätige Organisationen denken. Das Rote Kreuz, die Caritas und das SOS-Kinderdorf fallen zwar in diese Kategorie, sind aber allesamt nicht konzessionspflichtig und daher nicht privilegiert. Auch wirtschaftliche Systemrelevanz könnte ein Faktor sein. Dann dürften allerdings nur Großbanken und Versicherungen privilegiert werden, die Anknüpfung an die viel breitere Konzessionspflicht wäre nicht einmal als Typisierung tauglich. Auch an die Bedeutung der angebotenen Dienstleistungen oder Güter wäre zu denken, die Herstellung von Arzneimitteln ist allerdings ebenso wenig an eine Konzession vor Firmenbucheintragung geknüpft wie die Lebensmittelversorgung der Bevölkerung im Einzelhandel.

Damit zeigt sich, dass Konzession als Gründungsvoraussetzung und gesamtgesellschaftliche Bedeutung jedenfalls heute nicht zwei Seiten einer Medaille sind. Viele Rechtsträger, bei denen man ohne Weiteres an gesamtgesellschaftliche Bedeutung denken könnte, sind mangels Konzessionspflicht nicht erfasst; viele andere (Kleinstbanken, Wertpapierdienstleistungsunternehmen) werden aufgrund ihrer Konzessionspflicht privilegiert, obwohl von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung nicht die Rede sein kann. Die Abgrenzung ist somit einerseits viel zu eng und andererseits viel zu weit geraten und lässt sich daher sachlich nur schwer rechtfertigen.

Die Ursache für dieses unbefriedigende Ergebnis liegt darin, dass der OGH einen Konnex zwischen Erlaubnis und gesamtgesellschaftlicher Bedeutung annimmt. Ein solcher Zusammenhang war bei den „erlaubten Körpern“ zur Zeit der Einführung des ABGB auch tatsächlich noch vorhanden. Wenn der OGH nun allerdings meint, allein anhand des Merkmals der „Erlaubtheit“ die Nachfolger dieser Gesellschaften in der heutigen Zeit identifizieren zu können, zeigen die Ergebnisse eindeutig, dass dieser Versuch scheitert. Die moderne Kapitalgesellschaft, für deren Firmenbucheintragung eine Konzessionserteilung vorliegen

<sup>40</sup> ZB: § 12 Abs 1 Entwicklungszusammenarbeitsgesetz; § 5 Abs 1 Bundesgesetz über die Errichtung der Gesellschaft „Familie & Beruf Management GmbH“; § 10 Abs 3 Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz; § 6 Abs 1 OeAD-Gesetz; § 13 Abs 1 Bundestheaterorganisationsgesetz; § 3 Abs 1 Bundesimmobiliengesetz.

<sup>41</sup> ZB: § 10 Forschungsförderungsgesellschaftsgesetz; § 5 a Bundesgesetz über die Österreichische Bibliothekenverbund und Service Gesellschaft mit beschränkter Haftung; § 13 Abs 3 Bundesgesetz über die Gesundheit Österreich GmbH; § 4 Schönbrunner Tiergartengesetz.

<sup>42</sup> ZB: § 6 Abs 2 IEF-Service-GmbH-Gesetz; § 4 Abs 1 a Bundesfinanzierungsgesetz; § 10 Abs 1 Bundesgesetz über die Bundesrechenzentrum GmbH.

<sup>43</sup> Vgl Schauer in FS Straube 129 (134).

<sup>44</sup> ZB: Bundesgesetz über die Gründung und Beteiligung an der Nationalparkgesellschaft Donau-Auen GmbH; One Mobility Gesetz.

<sup>45</sup> § 42 BWG; § 32 WAG; §§ 117 ff VAG; § 21 b PKG.

<sup>46</sup> § 32 WAG; §§ 110 ff VAG; § 21 a PKG.

<sup>47</sup> §§ 69 ff BWG; §§ 71 ff WAG; §§ 88 ff ZaDiG.

<sup>48</sup> §§ 98 ff BWG; §§ 94 ff WAG; § 322 VAG; § 46 a PKG.

<sup>49</sup> § 39 BWG; § 12 WAG.

<sup>50</sup> OGH 22. 4. 2022, 8 Ob 81/21 a Rz 26.

<sup>51</sup> Vgl va Pendl, Verjährung 83 ff.

<sup>52</sup> Vgl Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2022) 381.

muss, entspricht nämlich in keiner Weise dem „erlaubten Körper“ zu Beginn des 19. Jahrhunderts.

Im damaligen Octroi- oder Privilegiensystem konnten Aktiengesellschaften noch nicht frei gegründet werden, sondern wurden im Einzelfall durch staatliches „Privileg“ ins Leben gerufen.<sup>53</sup> Der Regelungsgehalt des Privilegs erschöpfte sich jedoch nicht in der Verleihung der Rechtsfähigkeit, sondern den Aktiengesellschaften wurden im Zuge ihrer Gründung oftmals noch weitere, teils hoheitliche Vorrechte eingeräumt, die anderen Marktteilnehmern nicht zukamen: Sie durften beispielsweise im Namen des Staates Bündnisse und Handelsverträge schließen, eigene Gerichte halten, Münzen prägen, Zölle erheben oder wurden von öffentlichen Abgaben und Steuern befreit.<sup>54</sup> Da sie im Regelfall die ausschließliche Befugnis erhielten, auf einem bestimmten Gebiet ihr Unternehmen zu betreiben, hatten sie in ihrem Tätigkeitsbereich außerdem eine monopolartige Marktstellung inne.<sup>55</sup>

### Die gesamtgesellschaftliche Bedeutung kann in einem Bündel öffentlich-rechtlicher Befugnisse und Pflichten erblickt werden.

Als Ausgleich für die Verleihung dieser Vorrechte wurden Aktiengesellschaften vom Staat auch in die Pflicht genommen. Einerseits wurden nur solche Gesellschaften zugelassen, die mit ihren Tätigkeiten einen fortdauernden gemeinnützigen Zweck verfolgten.<sup>56</sup> Durch Einflussrechte des Staates auf die Geschäftsführung sollte außerdem sichergestellt werden, dass die „erlaubten Körper“ ihren laufenden Betrieb nicht nur am Gewinnstreben der Gesellschafter, sondern vielmehr am „allgemeinen Besten“, also dem Gemeinwohl, ausrichteten.<sup>57</sup> Die Vorstände der Aktiengesellschaften wurden zum großen Teil vom Staat ernannt, der Unternehmensleitung wurde manchmal ein Gouverneur an die Seite gestellt, um die Geschäftsführung zu überwachen und im Interesse des Staates Einfluss darauf zu nehmen, und die Gesellschaften mussten dem Staat laufend über ihre geschäftlichen Tätigkeiten berichten.<sup>58</sup>

Vor diesem Hintergrund wird einerseits klar, wie man sich die gesamtgesellschaftliche Bedeutung der konzessionspflichtigen Gesellschaften vorstellen könnte: Sie kommt in einem Bündel bestimmter, hauptsächlich öffentlich-rechtlicher Befugnisse und Pflichten zum Vorschein, wodurch die eigentlich privaten Rechtsträger im Ergebnis die Stellung von quasi öffentlich-rechtlichen Institutionen einnehmen würden. Es zeigt sich aber ebenso deutlich, dass es den meisten Finanzdienstleistern und Ziviltechnikergesellschaften, die von der Abgrenzung des OGH in 8 Ob 81/21 a erfasst sind, an einer solchen Bedeutung jedenfalls fehlt. Das historische „Privileg“ lässt sich nicht so einfach in das 21. Jahrhundert übertragen.

#### b) Konzessionspflichtige Gesellschaften mit gesamtgesellschaftlicher Bedeutung

Daraus ergeben sich verschiedene Möglichkeiten: Einerseits könnte man den Begriff der „erlaubten Körper“ auf ausgegliederte Rechtsträger beschränken und somit nur jene juristischen Personen des Privatrechts begünstigen, die weiterhin im Eigentum des Staates stehen und durch diesen kontrolliert werden. Es wäre aber genauso denkbar, an der Idee des OGH festzuhalten und in historischer Kontinuität zusätzlich jene privaten Gesellschaften zu begünstigen, die den „erlaubten Körpern“ von früher gleichen. Diese Kategorie an Rechtsträgern ist nämlich nicht einfach über die Zeit verloren gegangen, es bedarf nur eines genaueren Blicks.

Pöschl hat gezeigt, dass innerhalb der großen Gruppe genehmigungspflichtiger Gesellschaften eine klar abgrenzbare Untergruppe an Konzessionären erkennbar wird.<sup>59</sup> Zu finden sind diese Konzessionäre va im Bereich des Verkehrsrechts,<sup>60</sup> der Post,<sup>61</sup> der Energie,<sup>62</sup> des Gesundheitswesens,<sup>63</sup> der Börse<sup>64</sup> und auch des Glücksspiels.<sup>65</sup> Mit den genehmigungspflichtigen Gesellschaften, die von 8 Ob 81/21 a erfasst sind, haben diese Rechtsträger gemein, dass es für die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeiten einer behördlichen Berechtigung bedarf. Sie weisen darüber hinaus aber noch eine Reihe weiterer Eigenschaften auf, die an die typischen Charakteristika der „erlaubten Körper“ zur Zeit der Einführung des ABGB erinnern.

Zunächst verfügen Konzessionäre über eine Reihe unterschiedlicher Vorrechte, die anderen privaten Rechtsträgern nicht zuteilwerden. Dazu gehört etwa die Einräumung einer wettbewerbsrechtlich privilegierten bzw monopolartigen Stellung am Markt: Durch gesetzliche Vorgaben ist der Marktzugang stark beschränkt, sodass die Konzessionäre auf ihrem jeweiligen Gebiet vor Konkurrenz geschützt sind.<sup>66</sup> Einige Konzessionäre werden durch den Staat außerdem finanziell unterstützt, indem Nutzer verpflichtet werden, den Konzessionär für seine Dienste zu bezahlen,<sup>67</sup> oder andere Marktteilnehmer Kostenbeiträge leisten müssen.<sup>68</sup> Schließlich werden Konzessionären punktuell sogar Hoheitsbefugnisse verliehen.<sup>69</sup>

Auf der anderen Seite schaffen die Konzessionäre einen besonderen Nutzen für die Allgemeinheit. Das zeigt sich einerseits anhand ihrer Tätigkeitsfelder, bei denen es sich hauptsächlich um Leistungen der Daseinsvorsorge handelt (zB Erbringung von Postdiensten, Bereitstellung von Arzneimitteln, Betrieb von Elektrizitätswerken, Bau und Betrieb von Eisenbahnen).<sup>70</sup> Darüber hinaus haben sie eine Reihe an Gemeinwohlpflichten zu beachten,

<sup>53</sup> Vgl Auer, JBl 2015, 477 (480); Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 47 ff.

<sup>54</sup> Vgl Lehmann, Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce (1895) 83; Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär (1968) 118.

<sup>55</sup> Vgl Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 48 f; Großfeld, Aktiengesellschaft 117 f.

<sup>56</sup> Vgl OLG Linz 8. 4. 2010, 2 R 160/09 a; Laux, Die Lehre vom Unternehmen an sich (1998) 41; Schumacher, Die Entwicklung der inneren Organisation der Aktiengesellschaft im deutschen Recht bis zum Allgemeinen Deutschen Handels-Gesetzbuch (1937) 8 f.

<sup>57</sup> Vgl Mohnhaupt, Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert, in Coing, Ius Commune V (1975) 88 f; Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 48 f.

<sup>58</sup> Vgl Großfeld, Aktiengesellschaft 116.

<sup>59</sup> Vgl Pöschl, Die Konzession, in Fuchs/Merli/Pöschl/Sturm/Wiederin/Wimmer, Staatliche Aufgaben, private Akteure II (2017) 14 ff.

<sup>60</sup> Eisenbahnunternehmen (EisbG); Seilbahnbetriebe (SeilbG); Rohrleitungen betreibende Unternehmen (RohrleitungsG); Kraftlinienunternehmen (KfLG).

<sup>61</sup> Universaldienstbetreiber (PMG).

<sup>62</sup> Verteilernetzbetreiber (ELWOG bzw Ausführungsgesetze der Länder); Ökostromabwicklungsstelle (ÖSG); Bilanzgruppenkoordinator (GWG).

<sup>63</sup> Apotheker (ApG).

<sup>64</sup> Börseunternehmen (BörseG).

<sup>65</sup> Glücksspielunternehmen (GSpG).

<sup>66</sup> Vgl § 18 a EisbG; § 96 SeilbG; § 5 Abs 1 Z 5 RohrleitungsG; § 7 Abs 1 Z 4 lit b und c KfLG; § 54 Abs 2 Z 2 WelWG; § 33 Abs 3 ÖSG; § 85 Abs 1 GWG; § 10 ApG; § 14 Abs 6 Satz 3 GSpG.

<sup>67</sup> Vgl § 31 Abs 1 KfLG; §§ 45 ff ÖSG; § 18 Z 2 BörseG.

<sup>68</sup> Vgl § 14 Abs 2 PMG.

<sup>69</sup> ZB: Enteignungsrechte (vgl § 18 b EisbG; § 97 SeilbG; §§ 27 ff RohrleitungsG); Berechtigung der Ökostromabwicklungsstelle, die Zahlung der Einspeisetarife auszusetzen (vgl § 37 Abs 1 Z 6 ÖSG); Ermächtigung von Börseunternehmen, Wertpapiere, Emissionsprogramme, Finanzinstrumente und Verkehrsgegenstände zum Handel zuzulassen (vgl §§ 64 ff BörseG); Ermächtigung von Glücksspielkonzessionären, Ausweiskontrollen durchzuführen und Identitätsdaten zu speichern (vgl § 25 Abs 1 GSpG).

<sup>70</sup> Vgl Pöschl in Fuchs/Merli/Pöschl/Sturm/Wiederin/Wimmer, Staatliche Aufgaben II 14. Glücksspielunternehmen erbringen freilich keine Leistungen der Daseinsvorsorge, allerdings leisten auch sie einen großen Beitrag ans Ge-



die bewirken sollen, dass sich die Konzessionäre bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten in besonderem Maße am öffentlichen Interesse orientieren. Dazu gehören zunächst Betriebspflichten: Da Konzessionäre wichtige Dienste an die Allgemeinheit erbringen, sind sie nicht nur berechtigt, ihr Unternehmen zu betreiben, sondern es wird ihnen gesetzlich regelmäßig zur Pflicht gemacht.<sup>71</sup> Zusätzlich müssen sich Konzessionäre an verschiedene grundrechtsähnliche Bindungen halten: Sie unterliegen einem Kontrahierungszwang, der entweder im Gesetz selbst vorgesehen ist<sup>72</sup> oder von der Judikatur angenommen wird<sup>73</sup>, sowie bestimmten Gleichbehandlungspflichten und Diskriminierungsverboten.<sup>74</sup> Darüber hinaus ist Konzessionären nicht einfach gestattet, ihre Preise und Geschäftsbedingungen frei festzulegen, sondern sie sind entweder direkt vom Staat vorgegeben oder müssen von einer staatlichen Stelle genehmigt werden.<sup>75</sup> Um schließlich sicherstellen zu können, dass die Konzessionäre all diese Gemeinwohlpflichten erfüllen, kommen dem Staat diverse Aufsichts- und Einflussrechte zu, die von der Berechtigung, in die Geschäftsunterlagen Einsicht zu nehmen oder Auskunft zu verlangen,<sup>76</sup> bis hin zur Möglichkeit reichen, Staatskommissäre zu entsenden<sup>77</sup> oder interimistische Betriebsleiter bzw Verwalter zu ernennen.<sup>78</sup>

Im Ergebnis kommt den Konzessionären aufgrund dieser Mischung an großteils öffentlich-rechtlichen Befugnissen und Pflichten eine gesamtgesellschaftliche Bedeutung nach dem Verständnis des 8. Senats zu. Vor diesem Hintergrund spricht selbst unter Zugrundelegung der Prämissen des OGH viel dafür, den Kreis an „erlaubten Körpern“ anders zu definieren als in 8 Ob 81/21 a: Will man die Privilegierung neben ausgegliederten Rechtsträgern auch für private Gesellschaften öffnen, führt eine Beschränkung auf die soeben vorgestellten Konzessionäre dazu, dass sachwidrige, überschießende Ergebnisse vermieden werden und gleichzeitig ein in sich schlüssiger, klar abgrenzbarer Anwendungsbereich für §§ 1472 und 1485 ABGB verbleibt.

## E. Fazit

In 8 Ob 81/21 a hat der OGH entschieden, dass nur solche Gesellschaften zu den „erlaubten Körpern“ gem § 1472 ABGB gehören, die durch oder aufgrund eines Gesetzes gegründet wurden oder deren Firmenbucheintragung die Erteilung einer Konzession voraussetzt. Davon sind im Wesentlichen ausgegliederte Rechtsträger, Finanzdienstleistungsunternehmen und Ziviltchniker-gesellschaften umfasst.

Die Rechtfertigung für diese Einschränkung ist jedoch auf mehreren Ebenen problematisch. Einerseits ist entgegen der Ansicht des OGH weder ersichtlich, dass diese Gesellschaften durchgehend besonders groß oder komplex organisiert wären, noch würde aus diesen Eigenschaften ein höheres Schutzbedürfnis folgen. Zudem kann auch der zweite Grund, der die Privilegierung der „erlaubten Körper“ nach Ansicht des OGH rechtfertigen würde, nicht überzeugen. Eine gesamtgesellschaftliche Bedeutung, die in der gemeinnützigen Ausrichtung einer juristischen Person zum Vorschein kommt, ist bei den Gesellschaften, deren Firmenbucheintragung eine Konzessionserteilung voraussetzt, gar nicht erkennbar.

Will man im Anschluss an 8 Ob 81/21 a neben den ausgegliederten Rechtsträgern auch private Gesellschaften begünstigen, wäre es daher sinnvoller, nur Konzessionäre zu begünstigen, die aufgrund gesetzlicher Vorgaben einen besonderen Beitrag an das Gemeinwohl erbringen.

## Plus

### ÜBER DEN AUTOR

E-Mail: alexander.schmit@wu.ac.at

meinwohl: Als Ausgleich für die Erteilung der Konzession sind sie gesetzlich dazu verpflichtet, eine – durchaus beträchtliche – Konzessionsabgabe an den Staat zu entrichten (§ 17 GSpG), die eine wichtige Einnahmequelle für den Fiskus darstellt.

<sup>71</sup> Vgl § 19 EisbG; § 20 Abs 1 Z 1 KfIG; §§ 6 ff PMG; § 40 Z 1 und § 45 Z 6 EIWOG; § 37 ÖSG; § 13 ApG.

<sup>72</sup> Vgl § 11 EisbBFG; § 6 RohrleitungsG; § 19 PMG; § 15 EIWOG; § 12 ÖSG; § 14 Abs 2 BörseG.

<sup>73</sup> Vgl OGH 31. 1. 2002, 6 Ob 48/01 d (Glücksspielunternehmen).

<sup>74</sup> Vgl § 22 Abs 5 EisbG; § 20 Abs 1 Z 3 KfIG; § 6 Abs 5 PMG; § 45 Z 20 EIWOG; § 9 GWG; § 13 Abs 3 BörseG.

<sup>75</sup> Vgl § 22 b EisbG; § 87 Abs 3 SeilbG; § 20 PMG; § 49 EIWOG; §§ 18 ff ÖSG; § 7 ApG; § 13 BörseG; § 26 Abs 2 GSpG.

<sup>76</sup> Vgl § 26 EisbG; § 38 Abs 1 und 5 RohrleitungsG; § 49 PMG; § 10 EIWOG; § 10 GWG.

<sup>77</sup> Vgl § 13 Abs 3 EisbG; § 46 BörseG; § 19 Abs 2 und § 31 Abs 2 GSpG; s auch § 45 Abs 2 KfIG, wonach Aufsichtsorgane sämtliche Betriebsanlagen betreten und alle Linienfahrzeuge kontrollieren dürfen.

<sup>78</sup> Vgl § 233 EisbG; § 66 Abs 2 WeiWG; §§ 18 und 20 a Abs 2 ApG.



## RDB Keywords

Juristische Begriffe schnell und unkompliziert erklärt.

Mit RDB Keywords gibt es keinen Zweifel mehr: Der

# Mantelgesellschaft

ist nicht etwa kalt und sie hat auch keine besondere Affinität für Schurwolle.



rdb.at  
MANZ