

# Gesellschaftsrechtliche Fragen des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes

Das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz enthält gesellschaftsrechtliche Bestimmungen für Bauvereinigungen, welche die gesellschaftsrechtlichen Gesetze (GenG; AktG; GmbHG) ergänzen und modifizieren. Der Beitrag geht auf diese ein und behandelt die sowohl im Gesellschaftsrecht als auch im Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht relevante Frage, inwieweit zwingende Bestimmungen umgangen werden können.

**Deskriptoren:** Gemeinnützigkeit; Bauvereinigung; In-sich-Geschäft; Vermögensbindung; Veräußerung von Gesellschaftsanteilen; Höchstpreis; mittelbarer Anteilserwerb; Gesetzesumgehung; Kapitalberichtigung; §§ 6, 9, 9a, 10, 10a, 36 WGG; §§ 6, 7, 879, 916 ABGB; §§ 7, 28a, 61, 84, 97, 175, 178 AktG; §§ 6, 10, 25, 30l, 35, 54, 78, 82 GmbHG.

Von Alexander Schopper und Mathias Walch

## 1. Einführung

Der gemeinnützige Wohnbau zählt zu den Grundpfeilern des österreichischen Bauwesens. Jahr für Jahr werden nicht nur tausende Wohnungen errichtet, sondern auch saniert, weshalb die (gemeinnützigen)<sup>1</sup> Bauvereinigungen für die Bauindustrie höchst relevant sind. Primäre Rechtsquelle des gemeinnützigen Wohnbaus ist das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (WGG)<sup>2</sup>. Dieses regelt ua die inneren und äußeren Rechtsverhältnisse von Bauvereinigungen.<sup>3</sup> Mit inneren Rechtsverhältnissen ist die Organisation der Bauvereinigung gemeint, dh Bestimmungen über ihre Rechtsform und Organisationsverfassung. Zu den äußeren Rechtsverhältnissen zählen bspw Verträge mit Mietern, die in von der Bauvereinigung errichteten Wohnungen leben.

Der Grundgedanke des WGG besteht darin, dass eine Gesellschaft in den Genuss von steuerlichen Vorteilen gelangt, sie sich aber im Gegenzug dem Regime des WGG unterwerfen muss.<sup>4</sup> Ansonsten hätte die Gesellschaft einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber gewerblichen, gewinnorientierten Unternehmen.

## 2. Sondergesellschaftsrecht der gemeinnützigen Bauvereinigungen

### 2.1. Punktuelle Abweichungen vom übrigen Gesellschaftsrecht

Bauvereinigungen können nur als Genossenschaften<sup>5</sup>, GmbH oder AG gebildet werden. Nach Ansicht des historischen Gesetzgebers sind diese Rechtsformen für den gemeinnützigen Wohnbau geeignet und es besteht kein Bedürfnis nach Alternativen.<sup>6</sup> Das WGG enthält einige Bestimmungen, die nur für spezifische Rechtsformen gelten (zB § 6 WGG bzgl Mindestanzahl der Genossenschafter und Mindestkapital), während andere Bestimmungen rechtsformneutral formuliert sind (zB §§ 9 ff WGG). Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des WGG treffen keine umfassenden Regelungen. Sie bauen vielmehr auf den gesellschaftsrechtlichen Gesetzen auf und ergänzen sowie modifizieren diese. Die für die jeweilige Rechtsform geltenden Gesetze (GenG, AktG, GmbHG) sind ergänzend anwendbar. Sieht das WGG keine spezifische Bestimmung vor, gilt subsidiär die Regelung des GenG, AktG oder GmbHG.<sup>7</sup> Daraus folgt, dass sich das für Bauvereinigungen geltende Recht vielfach nicht von dem anderer Gesellschaften derselben Rechtsform unterscheidet. Das WGG sieht nur punktuelle Abweichungen vor, die allerdings teilweise sehr einschneidend sind.

### 2.2. Kapitalausstattung

Nach Vorstellung des Gesetzgebers besteht das Geschäftsmodell von Bauvereinigungen darin, die Erlöse aus Bauprojekten wiederum in neue Projekte zu investieren. Die Tätigkeit der Bauvereinigungen ist eigenka-

1 Wie im WGG, sind auch im vorliegenden Beitrag mit Bauvereinigungen gemeinnützige Bauvereinigungen gemeint.

2 BGBl 1979/139.

3 Würth in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Vor § 1 WGG Rz 1.

4 ErläutRV 760 BlgNR 14. GP 15.

5 In der Regierungsvorlage zur Stammfassung waren nur Genossenschaften mit beschränkter Haftung vorgesehen. Diese Einschränkung wurde fallengelassen.

6 ErläutRV 760 BlgNR 14. GP 16.

7 Vgl zum Begriff der Subsidiarität Schopper/Walch, Unternehmensrechtliche Verjährungsregeln und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, ÖBA 2013, 418 (419 f); ausführlich Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014) 6 und 14 ff.

pitalintensiv, weshalb eine Bauvereinigung bereits im Zeitpunkt der Gründung über eine angemessene Eigenkapitalausstattung verfügen soll. Diese dient als wirtschaftliche Risikovorsorge und schützt mittelbar auch künftige Wohnungsnutzer.<sup>8</sup> Daher muss das Mindeststammkapital bzw -grundkapital einer Bauvereinigung in der Rechtsform einer GmbH und einer AG abweichend von § 6 Abs 1 GmbHG und § 7 AktG mindestens € 3 Mio betragen.<sup>9</sup> Außerdem muss es im Unterschied zu § 10 Abs 1 GmbHG und § 28a Abs 1 AktG voll eingezahlt sein.<sup>10</sup> Bei Genossenschaften muss jeder Gesellschaftsanteil zumindest € 218,-<sup>11</sup> betragen.<sup>12</sup> Hier soll die Mindestgesellschafterzahl von 60 sicherstellen, dass ein angemessenes Mindestkapital vorhanden ist,<sup>13</sup> wobei ein Eigenkapital von € 13.080,- (€ 218,- x 60) wirtschaftlich betrachtet selbst für den Betrieb einer kleinen Bauvereinigung nicht ausreichen dürfte. Neben den starren Mindestkapitalvorschriften des § 6 WGG besteht auch eine flexiblere Vorschrift in § 3 WGG, wonach eine Bauvereinigung im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit – insbesondere ihre Eigenkapitalausstattung – geeignet sein muss, einen entsprechenden Beitrag zur Befriedigung der Nachfrage nach Wohnungen zu leisten. Daher kann einer Gesellschaft, die über das gesetzlich vorgeschriebene Mindestkapital verfügt, im Einzelfall die Anerkennung als Bauvereinigung versagt werden. Die Mindestkapitalvorschriften gelten auch nach der Gründung der Gesellschaft. Das Mindestkapital nach § 6 Abs 2 WGG kann nicht unterschritten werden, solange die Gesellschaft dem WGG unterliegt.<sup>14</sup> Erfüllt eine Bauvereinigung die flexible Vorschrift des § 3 WGG später nicht mehr und trifft sie auch keine Gegenmaßnahmen, kann ihr der Gemeinnützigkeitsstatus entzogen werden.

### 2.3. Geschäftstätigkeit

Die Bauvereinigung soll sich auf ihr Kerngeschäft konzentrieren. Dies stellt § 7 WGG sicher, der den Charak-

ter einer gewerberechtlchen Norm trägt, aber auch privatrechtliche Elemente enthält.<sup>15</sup> Ausnahmen bedürfen der Genehmigung der Landesregierung (§ 7 Abs 4 WGG). Die Geschäftstätigkeit soll der Allgemeinheit zugute kommen, weshalb die Wohnungen nicht einem exklusiven Personenkreis überlassen werden dürfen (§ 8 Abs 1 WGG). § 8 Abs 2 WGG sieht einige eng umrissene Ausnahmen vor, zB eine Beschränkung auf Angehörige eines bestimmten Unternehmens oder eines Berufsstandes, weil die Überlassung von Wohnungen letztlich auch in diesen Fällen der Allgemeinheit dient.<sup>16</sup>

### 2.4. Geschäftsführung

Bereits seit der Stammfassung sieht § 24 WGG vor, dass nur Personen als Organmitglieder tätig sein dürfen, bei denen keine Zweifel an deren Zuverlässigkeit vorliegen und die auch fachlich geeignet sind.<sup>17</sup> Dies liegt sowohl im Interesse der Mitglieder der Bauvereinigung als auch der von ihr betreuten Personen (insbesondere der Mieter).<sup>18</sup> Seit der WGG-Novelle 2016 legt der Gesetzgeber noch größeren Wert auf eine sorgfältige Geschäftsführung. In § 24 Abs 2 WGG wurde eine Verordnungsermächtigung eingefügt, die es erlaubt, Vorschriften über die persönliche Eignung und Zuverlässigkeit sowie Corporate Governance Regelungen per Verordnung zu erlassen.<sup>19</sup> Auch in § 3 WGG wird die Eignung und Zuverlässigkeit der Organmitglieder besonders hervorgehoben. Die Geschäftsführung muss den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entsprechen (§ 23 Abs 1 WGG). Dies ist wiederum ua Ausfluss des allgemeineren Prinzips, wonach die Bauvereinigung, die in den Genuss steuerlicher Vorteile gelangt, ihr Kapital zweckmäßig für gemeinnützige Belange einsetzen muss.

Der Sorgfaltsmaßstab der Geschäftsführungsorgane (Vorstandsmitglied; Geschäftsführer) richtet sich nach der jeweiligen Rechtsform. Es handelt sich stets um einen objektiven Sorgfaltsmaßstab, dh ein Geschäftsführungsorgan kann sich nicht auf individuelles Unver-

8 AB 965 BlgNR 25. GP 2.

9 Der Betrag wurde im Zuge der WGG-Novelle 2016 von € 726.700,- (vormals ATS 10 Mio) angehoben; die Gründungsprivilegierung nach § 10b GmbHG kann nicht in Anspruch genommen werden, weil sie mit § 6 Abs 2 WGG unvereinbar ist.

10 Im Allgemeinen müssen Inhaberaktien voll eingezahlt werden (§ 10 Abs 2 AktG), jedoch sind diese bei Bauvereinigungen ohnedies unzulässig (§ 6 Abs 2 WGG). In der Praxis werden aber auch Namensaktien häufig sofort voll einbezahlt. Bei der GmbH ist es hingegen üblich, das Stammkapital nicht sofort zur Gänze einzubezahlen.

11 Entspricht ATS 3.000,-; in der Stammfassung noch ATS 300,-.

12 Zur Rechtslage bei anderen Genossenschaften siehe *Ch. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, *GesR<sup>2</sup> Rz 5/47*.

13 ErläutRV 760 BlgNR 14. GP 16.

14 Ausnahme: § 181 Abs 1 AktG.

15 *Schuchter* in Schwimann, *ABGB<sup>2</sup> § 7 WGG Rz 1*; die Gewerbeordnung findet nach § 1 Abs 2 WGG keine Anwendung auf Bauvereinigungen.

16 ErläutRV 760 BlgNR 14. GP 18.

17 Vgl dazu *Sommer/Zenz*, „Fit & Proper“ in der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft? wobl 2015, 190.

18 ErläutRV 760 BlgNR 14. GP 20 (in der Regierungsvorlage noch § 22 und mit etwas abweichendem Inhalt).

19 ErläutRV 895 BlgNR 25. GP 14; Umsetzungsort wird die Gebarrungsrichtlinienverordnung sein; vgl ausführlich zu den Neuerungen *Sommer*, *Compliance, Fit & Propper* und *Corporate Governance* nach der WGG-Novelle 2016, wobl 2016, 254.

mögen berufen (§ 25 Abs 1 GmbHG; § 84 Abs 1 AktG; § 1299 ABGB<sup>20</sup>). Die neue Business Judgment Rule gilt auch für Organmitglieder von Bauvereinigungen.<sup>21</sup>

Während im übrigen Gesellschaftsrecht vergleichsweise weitmaschige Vorgaben für die Vergütung von Geschäftsführungsorganen gelten (siehe zB § 78 AktG), sehen § 25 und § 26 WGG neben einer flexiblen Bestimmung (angemessenes Verhältnis zur finanziellen Leistungskraft und Umfang der Bau- und Verwaltungstätigkeit)<sup>22</sup> eine Obergrenze vor, die selbst bei sehr großen Bauvereinigungen nicht überschritten werden darf. Auch die Vergütungen von Aufsichtsratsmitgliedern sind gedeckelt.<sup>23</sup> Dies entspricht dem Grundsatz der Sparsamkeit (§ 23 Abs 1 WGG).

## 2.5. Freiheit von Interessenkonflikten

### 2.5.1. Einfluss potentiell befangener Personen in Gesellschaftsorganen

Das WGG will verhindern, dass Personen übermäßigen Einfluss auf die Bauvereinigung nehmen, die aufgrund einer anderweitigen Tätigkeit einem Interessenkonflikt unterliegen könnten. Dies gilt insbesondere für Personen, die ein Unternehmen des Baugewerbes oder der Bauindustrie betreiben (vgl § 9 Abs 1 WGG). Auf die konkrete Gefahr von Interessenkonflikten kommt es nicht an. Wichtige Ausnahmen bestehen nach § 9b WGG für Bauvereinigungen und Gebietskörperschaften, die als Gesellschafter einer Bauvereinigung jedenfalls nicht zum Personenkreis des § 9 Abs 1 WGG zählen. Personen nach § 9 Abs 1 WGG ist es zwar nicht generell untersagt, Anteile an einer Bauvereinigung zu

halten sowie einen Geschäftsführungs- oder Aufsichtsratsposten zu bekleiden. Sie dürfen jedoch keinen übermäßigen Einfluss ausüben, der nach § 9 Abs 2 WGG insbesondere dann vorliegt, wenn sie in der Gesellschafterversammlung oder<sup>24</sup> im Geschäftsführungsorgan<sup>25</sup> oder im Aufsichtsrat über mehr<sup>26</sup> als ein Viertel der Stimmen verfügen. Das wäre zB bei einem dreigliedrigen Vorstand der Fall, weil im Vorstand nach Köpfen abgestimmt wird und jedes Vorstandsmitglied daher über ein Drittel der Stimmen verfügt. Der Gesetzeswortlaut ist insoweit missverständlich, als er auf „*Personen und Personengesellschaften*“ abstellt.<sup>27</sup> Dies wirft die Frage auf, ob juristische Personen erfasst sind, die zwar keine Organmitgliedschaft bekleiden können,<sup>28</sup> aber als Gesellschafter einer Bauvereinigung in Betracht kommen. Es wäre wertungswidersprüchlich, wenn zwar Personengesellschaften (OG, KG)<sup>29</sup>, nicht aber juristische Personen erfasst wären. § 9 Abs 1 WGG ist so auszulegen, dass mit Personen sowohl natürliche als auch juristische Personen gemeint sind.<sup>30</sup> Dafür spricht, dass § 9a Abs 4 WGG, der mit § 9 Abs 1 WGG inhaltlich zusammenhängt, eine spezifische Regelung nur für natürliche Personen trifft und der Gesetzgeber daher mit „*Personen*“ in § 9 Abs 1 WGG offenbar nicht nur natürliche Personen meint. Außerdem wäre die Ausnahme von § 9 Abs 1 WGG in § 9b WGG für „*juristische Personen, deren sich Gebietskörperschaften zur Verwaltung ihrer Beteiligungen bedienen*“ sinnlos, wenn § 9 Abs 1 WGG ohnehin keine juristischen Personen erfassen würde.

Wenig diskutiert werden die Rechtsfolgen, die an einen Verstoß gegen § 9 WGG knüpfen. Während eine Person nach § 9 Abs 1 WGG häufig erst gar keinen überwiegen- den Einfluss in der Bauvereinigung erlangen wird,<sup>31</sup> kann

20 § 23 GenG trifft nur eine unvollständige Regelung, weshalb subsidiär § 1299 ABGB anwendbar ist (*Ch. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR<sup>2</sup> Rz 5/81; *Strommer* in Dellinger, GenG<sup>2</sup> § 23 Rz 4 [der allerdings unpräzise von einer Analogie ausgeht]). Bei § 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG handelt es sich nur um spezifische Ausgestaltungen des § 1299 ABGB (*Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, UGB § 114 Rz 118 mwN).

21 Siehe § 25 Abs 1a GmbHG und § 84 Abs 1a AktG, die auch analog auf den Vorstand einer Genossenschaft anwendbar sind (vgl, allerdings zur Privatstiftung OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w [Pkt 4.3.]; zur OG *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, UGB § 114 Rz 119).

22 So auch § 2 Abs 1 Gebarungsrichtlinienverordnung.

23 § 25 WGG und § 2 Abs 2 Gebarungsrichtlinienverordnung: „*Die Kosten für die Tätigkeit des Aufsichtsrates dürfen jährlich 2 v. H. der in der Gewinn- und Verlustrechnung jeweils bei den Aufwendungen ausgewiesenen Verwaltungskosten nicht überschreiten. Sind die Mitglieder des Aufsichtsrates einer Bauvereinigung auf Grund des Genossenschaftsvertrages (Gesellschaftsvertrag, Satzung) ehrenamtlich tätig, so ist die Auszahlung einer Aufsichtsratsentschädigung unzulässig. Neben dem Auslagensatz kann jedoch ein angemessenes Sitzungsgeld gewährt werden.*“

24 Der Gesetzeswortlaut („*sowie*“) ist missverständlich, weil er auch so verstanden werden könnte, dass kumulativ ein Viertel der Stim-

men in der Gesellschafterversammlung und entweder im Geschäftsführungsorgan oder im Aufsichtsrat vorliegen muss. Gemeint ist aber eine alternative Anknüpfung (so auch *Sommer*, wobl 2016, 254 [255]; *Holoubek/Hanslik* in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht Kurzkommentar<sup>2</sup> § 9 WGG Rz 2). Das folgt jedenfalls aus § 9a Abs 2 Z 2 WGG, der sonst keinen Sinn ergäbe.

25 Der Gesetzeswortlaut stellt auf den Vorstand ab, aber der Geschäftsführer einer gemeinnützigen GmbH ist selbstverständlich ebenfalls erfasst.

26 25% sind daher noch zulässig.

27 Die Stamfassung (bis zum 3. WÄG) war insoweit deutlicher.

28 Vgl dazu in anderem Zusammenhang *Schopper/Walch*, Geschäftsführerhaftung in der GmbH & Co KG, NZ 2016, 163 (169).

29 Die GesBR ist nicht rechtsfähig (§ 1175 Abs 2 ABGB) und kann daher nicht Gesellschafter einer Bauvereinigung sein.

30 So auch, allerdings ohne Begründung, *Holoubek/Hanslik* in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht Kurzkommentar<sup>2</sup> § 9 WGG Rz 2; *Sommer*, wobl 2016, 254 (255).

31 ZB wird die Landesregierung den Erwerb eines Anteils an der Bauvereinigung untersagen, wenn der Erwerber von § 9 Abs 1 WGG erfasst ist und durch den Erwerb einen überwiegen- den Einfluss erlangen würde (zB Erwerb eines 30%-Anteils durch einen Bauunternehmer).

der Fall eintreten, dass eine Person mit einem überwiegenden Einfluss in der Bauvereinigung nachträglich unter § 9 Abs 1 WGG fällt, weil sie sich zB an einem Bauunternehmen zu mehr als einem Viertel beteiligt (§ 9 Abs 1 Z 3 WGG). Der Verstoß kann wohl einen Grund bilden, der Bauvereinigung den Gemeinnützigkeitsstatus zu entziehen.<sup>32</sup> Auf der Ebene der Gesellschaft bildet die Gesetzeswidrigkeit einen wichtigen Grund, das Organmitglied vorzeitig abzuberufen. Schwieriger ist es für die Gesellschaft, auf die unzulässig hohe Beteiligung eines Gesellschafters zu reagieren. Zwar kann der Gesetzesverstoß auch hier einen wichtigen Grund bilden, den Gesellschafter auszuschließen. Ein Ausschluss bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist zumindest bei der GmbH und der Genossenschaft<sup>33</sup> zulässig, nach der Rsp aber nur dann, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist.<sup>34</sup> Die Gesellschaft bzw die Mitgesellschafter haben daher uU keine Möglichkeit, den gegen § 9 WGG verstoßenden Gesellschafter loszuwerden.<sup>35</sup>

### 2.5.2. Rechtsgeschäfte mit potentiell befangenen Personen

Personen nach § 9 Abs 1 WGG dürfen zwar Gesellschafter oder Organmitglieder der Bauvereinigung werden, wenn sie keinen überwiegenden Einfluss auf die Bauvereinigung ausüben. Dann ist aber der Abschluss von Rechtsgeschäften der Bauvereinigung mit diesen Personen eingeschränkt. Personen nach § 9 Abs 1 WGG, die dem Geschäftsführungsorgan oder Aufsichtsrat der Bauvereinigung angehören, dürfen keine Rechtsgeschäfte mit der Bauvereinigung abschließen. Das Verbot gilt absolut. Nicht einmal eine Genehmigung des Aufsichts-

rats oder der Landesregierung ändern etwas an der Unzulässigkeit.

Erfasst sind alle Rechtsgeschäfte im Rahmen der Vermögensverwaltung und gemäß § 7 WGG.<sup>36</sup> Hingegen sind Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit der Organstellung (zB Anstellungsvertrag als Vorstandsmitglied) nicht erfasst.<sup>37</sup> Ansonsten könnte mit von § 9a Abs 1 WGG erfassten Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern überhaupt kein Anstellungsvertrag geschlossen werden.<sup>38</sup>

Eine abgeschwächte Regelung gilt für Personen nach § 9 Abs 1 WGG, die nicht dem Aufsichtsrat oder Geschäftsführungsorgan angehören, aber Gesellschafter der Bauvereinigung sind. Hier bedarf das Rechtsgeschäft der Genehmigung des Aufsichtsrats (§ 9a Abs 2 Z 2 WGG). Genossenschafter sind von dieser Beschränkung ausgeschlossen, weil der Gesetzeswortlaut auf eine Beteiligung „mit Kapitaleinlagen“ abstellt und dies nur bei Kapitalgesellschaften zutrifft.<sup>39</sup>

Bemerkenswert ist, dass das Verbot des § 9a Abs 2 Z 2 WGG zwar eine Person erfasst, die zu mehr als einem Viertel an einem Bauunternehmen beteiligt ist (§ 9 Abs 1 Z 3 WGG), nicht aber das Bauunternehmen selbst. Mit anderen Worten kann das Bauunternehmen mit der Bauvereinigung ohne weiteres Rechtsgeschäfte abschließen, obwohl durch die Beteiligung einer Person sowohl an der Bauvereinigung als auch am Bauunternehmen ein potentieller Interessenkonflikt vorliegt.

Der Gesetzgeber hat noch eine weitere Einschränkung in § 9a Abs 2 Z 1 WGG aufgenommen. Rechtsgeschäfte zwischen der Bauvereinigung und Mitgliedern des Geschäftsführungsorgans oder des Aufsichtsrats dieser Bauvereinigung bedürfen ebenfalls der Zustimmung des

32 So auch *Korinek*, Möglichkeiten und Grenzen wirtschaftsaufsichtsrechtlicher Sanktionen über gemeinnützige Wohnungsunternehmen, wbl 1997, 290 (294) und *Sommer* in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 9 WGG Rz 3 und Rz 5, die betonen, dass ein Verstoß nicht unbedingt zur Feststellung eines Mangels führen muss, aber grundsätzlich einen die Entziehung rechtfertigenden Mangel bilden kann. Im vorliegenden Rahmen kann nicht darauf eingegangen werden, auf welchen Tatbestand des § 35 WGG die Entziehung konkret gestützt werden muss.

33 Bei der Genossenschaft wird die Frage idR nicht relevant, weil jeder Gesellschafter nur eine Stimme hat (§ 6 Abs 1 WGG; dazu bei FN 84). Gebietskörperschaften dürfen zwar mehr Stimmen haben (§ 6 Abs 1 Satz 3 WGG), jedoch fallen diese unter die Ausnahme des § 9b WGG.

34 Vgl zur GmbH OGH 14.9.2011, 6 Ob 80/11z; zust *Brugger/Schopper*, Keine Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB auf die GmbH und AG, NZ 2012, 205 (2012); aA *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesbR-Reform, RdW 2015, 78 mwN; vgl zur Genossenschaft *Astl/Steinböck* in Dellinger, GenG<sup>2</sup> § 5 Rz 34; *Ch. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR<sup>2</sup> Rz 5/114; *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht (2017) Rz 1339; vgl auch OGH 1.6.1964, 1 Ob 164/63, HS 4474/48; bei der AG kommt die Möglichkeit einer Zwangseinziehung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nach

§ 192 AktG in Betracht, jedoch nur, wenn die Satzung eine solche Möglichkeit vorsieht, was praktisch selten ist; vgl dazu zB *Reich-Rohrwig*, Ausschluss von Aktionären durch Zwangseinziehung ihrer Aktien, GesRZ 2011, 137.

35 Im Einzelfall könnte erwogen werden, den Anteil des Gesellschafters zu „verwässern“, indem eine Kapitalerhöhung durchgeführt und der Gesellschafter vom Bezugsrecht ausgeschlossen wird (sachliche Rechtfertigung für Bezugsrechtsausschluss wäre Verstoß gegen § 9 WGG).

36 *Sommer/Zenz*, Unwirksame und genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte gem § 9a WGG, wobl 2017, 6 (8).

37 Im Ergebnis auch *Sommer*, wobl 2016, 254 (256), allerdings mit der nicht ganz präzisen Begründung, dass ansonsten jede Bestellung einer Person zum Vorstandsmitglied unwirksam wäre. Die organschaftliche Bestellung selbst wäre zwar zulässig, jedoch vor allem der Abschluss eines – von der Bestellung zu unterscheiden – Anstellungsvertrags uE problematisch.

38 Man könnte überlegen, den Anstellungsvertrag vor der Annahme des Vorstandsmandats abzuschließen. Wertungsmäßig kann es aber keinen Unterschied machen, ob der Anstellungsvertrag vor der Annahme der Bestellung, anlässlich der Bestellung oder nach der Bestellung abgeschlossen wird. Jedenfalls problematisch wären nachträgliche Änderungen des Anstellungsvertrags.

39 AB 965 BlgNR 25. GP 3.

Aufsichtsrats. Dies gilt für Personen, die nicht unter § 9 Abs 1 WGG fallen,<sup>40</sup> und daher nicht einmal einem abstrakten Interessenkonflikt iSd § 9 Abs 1 WGG<sup>41</sup> unterliegen. Im Unterschied zu § 9a Abs 2 Z 2 WGG sind auch Organmitglieder von Genossenschaften erfasst. Das Zustimmungserfordernis gilt nicht nur für Fälle des Selbstkontrahierens,<sup>42</sup> sondern auch dann, wenn andere Personen (zB Vorstandsmitglieder in vertretungsbefugter Anzahl) als Vertreter der Gesellschaft fungieren und daher kein In-sich-Geschäft vorliegt. Der Gesetzgeber hat somit für Organmitglieder von Bauvereinigungen wesentlich strengere Vorschriften erlassen als bei anderen Gesellschaften.

Ist eine Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich, muss diese einstimmig erfolgen.<sup>43</sup> Erforderlich ist wohl die Zustimmung nicht nur der anwesenden, sondern aller Aufsichtsratsmitglieder.<sup>44</sup> Betrifft das Rechtsgeschäft ein Aufsichtsratsmitglied, ist dieses vom Stimmrecht ausgeschlossen,<sup>45</sup> was aber angesichts des Einstimmigkeitserfordernisses aus praktischer Sicht ohnehin irrelevant ist.<sup>46</sup> Seine Stimme ist in diesem Fall selbstverständlich auch nicht zur Erreichung des Einstimmigkeitserfordernisses erforderlich.<sup>47</sup> Eine fehlende Zustimmung

wirkt nicht nur im Innenverhältnis,<sup>48</sup> sondern führt zur Rechtsunwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Nach dem Gesetzeswortlaut kann die Zustimmung nur im Vorhinein erfolgen („zugestimmt hat“). Auch Präventionsüberlegungen sprechen dafür, dass ein Rechtsgeschäft nicht durch eine nachträgliche Zustimmung geheilt werden kann, was aber noch nicht abschließend geklärt ist.<sup>49</sup> Von der Zustimmung zu unterscheiden ist, wer das Rechtsgeschäft für die Bauvereinigung abschließt. Die Befugnis hierzu richtet sich nach der jeweiligen Rechtsform der Bauvereinigung. Gesellschafter (§ 9a Abs 2 Z 2 WGG) schließen das Rechtsgeschäft mit einem befugten Vertreter der Gesellschaft ab (zB Vorstand). Dies gilt auch für Mitglieder des Aufsichtsrats (§ 9a Abs 2 Z 1 WGG).<sup>50</sup> Handelt es sich um einen Geschäftsführer oder ein Vorstandsmitglied, können andere Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder das Rechtsgeschäft in Vertretung für die Bauvereinigung abschließen, sofern diese ausreichend vertretungsbefugt sind.<sup>51</sup> Alternativ ist zumindest bei der GmbH und AG auch der Aufsichtsrat befugt,<sup>52</sup> das Rechtsgeschäft abzuschließen (§ 30I Abs 1 GmbHG; § 97 Abs 1 AktG).<sup>53</sup> Die Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 9a Abs 2 WGG enthält in aller Regel die Zustim-

40 Ansonsten gilt ohnehin § 9a Abs 1 WGG.

41 Freilich kann ein Interessenkonflikt insoweit bestehen, als die Person tendenziell die eigenen Interessen vor jene der Gesellschaft stellen wird. Das ist aber nicht nur bei Bauvereinigungen, sondern bei allen Gesellschaften der Fall.

42 Bspw wenn ein einzelvertretungsbefugter Geschäftsführer ein Rechtsgeschäft zwischen sich und der Gesellschaft abschließt und dabei als Vertreter der Gesellschaft handelt.

43 Vor der WGG-Novelle 2016 war noch eine Drei-Viertel-Mehrheit erforderlich. Der Gesetzgeber wollte im Zuge der Novelle die Anforderungen an eine Zustimmung verschärfen (AB 965 BlgNR 25. GP 3; *Sommer/Zenz*, wobl 2017, 6 [6]).

44 *Sommer*, wobl 2016, 254 (256) (offenbar aufgegeben in *Sommer/Zenz*, wobl 2017, 6 [in FN 4]); dazu allgemein *Walch*, Zum Mehrheitserfordernis bei Organbeschlüssen in der AG und der Genossenschaft (in Vorbereitung); vgl idZ auch § 21 Abs 1 GmbHG; sieht die Satzung oder Geschäftsordnung vor, dass der AR seine Beschlüsse in einer formellen Versammlung fasst, kann die Auslegung dieser Regelung uE im Einzelfall ergeben, dass die Stimmen von (ordnungsgemäß) geladenen abwesenden Stimmberechtigten nicht zählen sollen, was wohl auch nicht gegen § 9a WGG verstoßen würde; aA *Sommer/Zenz*, wobl 2017, 6 (7), wonach es auf die Gültigkeit „*aller gültig abgegebenen Stimmen*“ ankomme und daher außerdem auch Stimmenthaltungen zulässig sein sollen. Die Begründung, dass der neue Gesetzeswortlaut nicht mehr auf stimmberechtigte Mitglieder abstelle, überzeugt nicht, denn die Stimmberechtigung betrifft einen allfälligen Ausschluss vom Stimmrecht und hat nichts mit den Fragen zu tun, ob es auf die abgegebenen Stimmen ankommt oder ob Stimmenthaltungen zulässig sind. Eine Stimmenthaltung wirkt im Ergebnis wegen des Einstimmigkeitserfordernisses wie eine Nein-Stimme und verhindert einen zustimmenden Beschluss.

45 Unpräzise oder womöglich aA *Sommer*, wobl 2016, 254 (256): „*allfällige Stimmenthaltung betroffener Mitglieder des AR*“; zumindest iSv § 9a Abs 2 Z 1 WGG betroffene Aufsichtsratsmitglieder sind uE vom Stimmrecht ausgeschlossen, daher können sie sich gar nicht der Stimme enthalten.

46 Ein Stimmrechtsausschluss spielt eine Rolle, wenn mit einfacher

oder qualifizierter Mehrheit abgestimmt wird, was bei § 9a WGG ausgeschlossen ist. Theoretisch kann die Frage relevant werden, wenn das betroffene Aufsichtsratsmitglied gegen die Vornahme des Rechtsgeschäfts stimmt, was aber nur selten der Fall sein dürfte, weil es ja an der Vornahme – ohne zwischenzeitlichem Sinneswandel – interessiert ist.

47 Es wäre widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber einerseits die Möglichkeit der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts mit einem Aufsichtsratsmitglied in § 9a Abs 2 Z 1 WGG vorsehen würde, die Genehmigung aber wegen des Einstimmigkeitserfordernisses nie erreicht werden könnte.

48 Vgl demgegenüber das Zustimmungserfordernis nach § 95 Abs 5 AktG und § 30j Abs 5 GmbHG, das nur im Innenverhältnis wirkt (*Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 96; *Eckert/Schopper* in *Torggler*, GmbHG § 30j Rz 16).

49 Nach *Sommer* in *Schwimmann*, ABG<sup>2</sup> § 9a WGG Rz 7 soll eine nachträgliche Genehmigung zulässig sein. Er lässt aber offen, wer diese nachträgliche Genehmigung erteilt. Grundsätzlich müsste hierfür nach privatrechtlichen Grundsätzen die Bauvereinigung (vertreten durch das Geschäftsführungsorgan) zuständig sein. Im Hinblick auf § 9a Abs 2 WGG dürfte diese aber nur dann erteilt werden, wenn der Aufsichtsrat einstimmig zustimmt.

50 UU könnte nach § 95 Abs 5 Z 12 AktG bzw § 30j Abs 5 Z 10 GmbHG eine Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich sein (dazu ausführlich *Kalss* in *Kalss/Kunz*; HdB AR<sup>2</sup> Rz 13/1 ff). Allerdings hat der Aufsichtsrat ohnedies bereits nach § 9a Abs 2 WGG zugestimmt, sodass uE keine weitere Zustimmung erforderlich ist (vgl zu einer ähnlichen Frage FN 54).

51 Problematisch ist dies, wenn ein Vorstandsmitglied involviert und der Vorstand gesamtvertretungsbefugt ist.

52 Für die Genossenschaft ist dies nicht abschließend geklärt; vgl § 25 GenG und *Binder/Lengauer* in *Dellinger*, GenG<sup>2</sup> § 25 Rz 4.

53 HA; zB *Eckert/Schopper* in *Torggler*, GmbHG § 30I Rz 2; A. *Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 30I Rz 4; nach einem Teil der Lehre soll hingegen nur der Aufsichtsrat das Rechtsgeschäft vornehmen können und keine dahingehende Befugnis der übrigen Vorstandsmitglieder bestehen (*Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 97 Rz 8).

mung zu einem In-sich-Geschäft,<sup>54</sup> weshalb der (einzelvertretungsbefugte) Geschäftsführer bzw das Vorstandsmitglied auch mit sich selbst kontrahieren kann.

Ein Rechtsgeschäft, das unter einem Verstoß gegen § 9a Abs 1 oder Abs 2 WGG abgeschlossen wird, ist rechtswirksam, dh nichtig nach § 879 ABGB. Da die Verbote nicht nur dem Schutz der Bauvereinigung, sondern dem allgemeinem Interesse am Erhalt des gemeinnützigen Vermögens dienen, handelt es sich nicht nur um eine relative, sondern um eine absolute Nichtigkeit.<sup>55</sup> Bei einem Verstoß gegen § 9a Abs 2 WGG wird eine relative Nichtigkeit erwogen.<sup>56</sup> Geht man aber davon aus, dass die Bestimmung Interessen der Allgemeinheit schützen soll, erscheint dies wenig überzeugend.<sup>57</sup>

## 2.6. Aufsicht

Bauvereinigungen müssen zwingend über einen Aufsichtsrat verfügen (§ 12 WGG). Dies gilt auch dann, wenn sich aus § 24 Abs 1 GenG und § 29 GmbHG keine Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsrats ergeben würde.<sup>58</sup> Dadurch soll eine einwandfreie Geschäftsführung gewährleistet werden.<sup>59</sup> Die Arbeitnehmermitbestimmung nach § 110 ArbVG gilt auch für Bauvereinigungen.<sup>60</sup>

Neben die Kontrolle der Geschäftsführung tritt die Kontrolle der Bauvereinigung durch einen Revisionsverband. Sämtliche Bauvereinigungen müssen nach § 5 WGG einem Revisionsverband angehören.

Zuletzt unterliegen Bauvereinigungen auch der Aufsicht der Landesregierung (§ 29 WGG).<sup>61</sup> Diese hat umfassende Prüfbefugnisse.<sup>62</sup> Sie kann Zwangsmittel verhängen (§ 29 Abs 3 WGG) und den Gemeinnützigkeitsstatus entziehen (§ 35 WGG).

## 2.7. Prinzip der Bindung des gemeinnützigen Vermögens

### 2.7.1. Grundlegendes Prinzip des WGG

Ein tragendes Prinzip des WGG ist die Bindung des gemeinnützigen Vermögens.<sup>63</sup> Das – auch durch steuerliche Vorteile – erwirtschaftete Vermögen soll im wohnungswirtschaftlichen Kreislauf bleiben und dem Wohnungsgemeinnützigkeitswesen dienen. Das Prinzip zählt zu den Fundamenten des gemeinnützigen Wohnbaus und ist älter als das WGG (1979) selbst.<sup>64</sup> Der Gesetzgeber hat die Bedeutung der Vermögensbindung im Zuge der WGG-Novelle 2016 nochmals unterstrichen und in § 1 Abs 3 WGG zusätzlich verankert.<sup>65</sup>

### 2.7.2. Eingeschränkte Auskehr von Vermögen an Gesellschafter

Die Vermögensbindung beruht auf mehreren Säulen, die sicherstellen sollen, dass das Vermögen nicht an die Gesellschafter der Bauvereinigung ausgekehrt wird. Zunächst ist die Gewinnausschüttung beschränkt (§ 10 Abs 1 WGG). Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die Gewinnausschüttung ganz zu verbieten, um Personen einen Anreiz zu bieten, überhaupt Anteile an der Bauvereinigung zu übernehmen.<sup>66</sup> Die Beschränkung verhindert aber, dass sich die Gesellschafter über hohe Gewinnausschüttungen mittelfristig das Vermögen der Bauvereinigung aneignen. Eine zweite Säule bildet § 10 Abs 2 WGG, wonach Gesellschafter einer Bauvereinigung im Falle ihres Ausscheidens nicht mehr als die eingezahlten Einlagen und ihren Anteil am verteilbaren Gewinn erhalten dürfen. Eine hohe Abfindung, welche insbesondere die

54 Vgl dazu S.-F. Kraus/U. Torggler in Torggler, GmbHG § 25 Rz 17; Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht Rz 949; allgemein zur Zulässigkeit eines In-sich-Geschäfts bei Einwilligung des Vertretenen OGH 23.2.1998, 3 Ob 2106/96v; OGH 12.4.2000, 4 Ob 71/00w; für die hier vertretene Ansicht spricht, dass die Einwilligung des Aufsichtsrats bei In-sich-Geschäften dazu dient, die aus der Interessenkollision resultierenden Gefahren zu beseitigen. Hat der Aufsichtsrat bereits nach § 9a Abs 2 WGG zugestimmt, sind diese Gefahren ohnedies beseitigt, sodass es formalistisch wäre, eine weitere Einwilligung des Aufsichtsrats zum Abschluss eines In-sich-Geschäfts zu verlangen.

55 Sommer in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 9a WGG Rz 3.

56 Sommer in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 9a WGG Rz 7; Holoubek/Hanslik in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht Kurzkommentar<sup>2</sup> § 9a WGG Rz 4.

57 Vgl dazu allgemein Krejci in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 879 Rz 511 f; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 879 Rz 4.

58 Vgl Ch. Nowotny in Kals/Nowotny/Schauer, GesR<sup>3</sup> Rz 5/86.

59 ErläutRV 760 BlgNR 14. GP 18.

60 Zu berücksichtigen ist allerdings, dass diese für Genossenschaften mit weniger als 40 Arbeitnehmern nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 110 Abs 5 Z 4 ArbVG nicht gilt. Dies ist auch kein gesetzgeberisches Versehen (ErläutRV 760 BlgNR 14. GP 18).

61 VwGH 20.12.2002, 2001/05/0147; allgemein zur Aufsicht der Landesregierung im WGG Korinek, wbl 1987, 290; Korinek/Holoubek, Unbegrenzte Wirtschaftsaufsicht? – Möglichkeiten und Schranken der Aufsicht nach dem WGG, eolex 1997, 399.

62 VwGH 23.2.1988, 87/05/0189; VwGH 20.12.2002, 2001/05/0147.

63 Vgl VwGH 20.9.2005, 2003/05/0093; Feichtinger, Vertiefte Absicherung der gemeinnützigen Vermögensbindung durch die WGG-Novelle 2016, wbl 2016, 248; ein zweites grundlegendes Prinzip ist das der Kostendeckung, das vor allem den zivilrechtlichen Teil des WGG (zB Miethöhe) betrifft (dazu zB Keimert, Grundfragen des zivilen Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts [1992] 82 ff; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht<sup>23</sup> § 13 Rz 1 ff).

64 Vgl ErläutRV 760 BlgNR 14. GP 14; Funk, Die Entwicklung des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts, in Korinek/Krejci, Hdb des Bau- und Wohnungsrechts II<sup>5.16</sup> 1 (6).

65 BGBl I 2015/157; ErläutRV 895 BlgNR 25. GP 5; Feichtinger, wbl 2016, 248.

66 So bereits ErläutRV 760 BlgNR 14. GP 18; in der Stammfassung war die Gewinnbeschränkung noch anders geregelt, aber am Prinzip der Gewinnauszahlungsbeschränkung hat sich nichts geändert.

stillen Reserven berücksichtigt, würde nämlich zu einem bedeutenden Vermögensabfluss bei der Bauvereinigung führen. Die dritte Säule bildet § 10 Abs 3 WGG, wonach die Gesellschafter auch im Falle der Auflösung der Bauvereinigung nicht mehr als die von ihnen eingezahlten Einlagen und ihren Anteil am verteilbaren Gewinn erhalten dürfen. Flankiert wird diese Bestimmung von § 36 Abs 2 WGG, der sicherstellen soll, dass die Gesellschafter bei einer Entziehung der Gemeinnützigkeit finanziell nicht besser gestellt sind als im Falle ihres Ausscheidens oder der Auflösung der Bauvereinigung.

## 2.8. Keine Spekulation mit Anteilen an Bauvereinigungen

### 2.8.1. Höchstpreis und Genehmigungserfordernis bei Anteilsveräußerungen

Neben die – auf mehreren Säulen beruhende – eingeschränkte Auskehr von Vermögen an die Gesellschafter ist noch eine weitere Regelung getreten, die dem Prinzip der Vermögensbindung dient. Gesellschaftsanteile an GmbH und AG dürfen nach § 10a Abs 2 lit a WGG nur zum Wert der eingezahlten Einlagen an Dritte veräußert werden und die Veräußerung bedarf nach § 10a Abs 1 lit a WGG der Genehmigung der Landesregierung.

In der Stammfassung des WGG war § 10a WGG nicht enthalten. § 10 Abs 2 WGG sah vor, dass die „*Mitglieder einer Bauvereinigung [...] im Falle ihres Ausscheidens nicht mehr als die von ihnen gezahlten Einlagen zurückerhalten dürfen*“. Die Bestimmung warf die Frage auf, ob unter Mitgliedern auch Gesellschafter einer GmbH bzw AG oder nur Genossenschafter zu verstehen waren. UE waren sie zweifellos erfasst, weil zumindest Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft ohne weiteres als Mitglieder bezeichnet werden können. Sie treten in ein Mitgliedschaftsverhältnis zur Gesellschaft, das durch die Aktie bzw den Geschäftsanteil verkörpert wird.<sup>67</sup> Dennoch stellt die Bestimmung vor allem auf

Genossenschaften ab. Bei diesen handelt es sich um Gesellschaften ohne geschlossener Mitgliederzahl, dh Genossenschafter können ein- und austreten.<sup>68</sup> Im Falle eines Austritts oder Ausschlusses (Ausscheiden) erhält der Genossenschafter von der Genossenschaft eine Abfindung. Ist diese hoch, wird das Vermögen der Genossenschaft stark belastet, was dem Vermögensbindungsprinzip widerspricht.<sup>69</sup> Bei der GmbH ist ein Austritt nicht gänzlich unmöglich, aber ein Ausnahmefall und die Möglichkeit hierzu muss im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein.<sup>70</sup> Bei der AG wird ein Austrittsrecht verbreitet überhaupt abgelehnt.<sup>71</sup> Nach Vorstellung des Gesetzgebers soll ein ausscheidungswilliger Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft seinen Anteil an einen Dritten übertragen und auf diesem Weg aus der Gesellschaft ausscheiden. Im Unterschied zum Austritt hat die Veräußerung des Anteils keine Auswirkungen auf das Vermögen der Bauvereinigung. Denn nicht die Bauvereinigung, sondern das veräußernde Mitglied erhält den Kaufpreis, sodass es für das Vermögen der Bauvereinigung irrelevant ist, ob ein niedriger oder hoher Kaufpreis erzielt wird. Daraus folgt, dass nach der Stammfassung des WGG unter einem Ausscheiden iSd § 10 Abs 3 WGG nur ein Austritt oder Ausschluss zu verstehen ist. Sowohl bei der Genossenschaft als auch bei der GmbH erhält der Gesellschafter nur eine geringe Abfindung. Hingegen beeinträchtigt eine Anteilsübertragung das Vermögen der Bauvereinigung nicht,<sup>72</sup> weshalb für den Preis keine Höchstgrenze gilt.

Im Schrifttum wurde § 10 Abs 3 WGG teilweise anders ausgelegt. „*Die Terminologie ‚Mitglied‘ und ‚Ausscheiden‘ spricht dafür, daß diese Bestimmung nur den Fall des Ausscheidens aus einer Genossenschaft regeln will. Insb das Gebot der verfassungskonformen Interpretation sowie auch die Bedachtnahme auf Abs 4 sprechen dafür, daß auch der Preis für die Übertragung einer Aktie oder einer Stammeinlage unter die Beschränkung fällt*“. <sup>73</sup> Diese Ansicht ist wie aufgezeigt kritikwürdig,

67 Vgl zB *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG § 75 Rz 5; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht – AT und Personengesellschaften (2013) Rz 175 und Rz 68.

68 *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 22 f; *Ch. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR<sup>2</sup> Rz 5/4 f; *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht Rz 1321.

69 Bei nicht gemeinnützigen Genossenschaften ist die Abfindung ebenfalls niedrig (zB kein Anteil an Gewinnrücklagen; näher *Dellinger* in Dellinger, GenG<sup>2</sup> § 79 Rz 9; *Ch. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR<sup>2</sup> Rz 5/117), jedoch ist die Regelung bei diesen dispositiv, dh der Gesellschaftsvertrag kann eine abweichende Regelung treffen, während sie bei gemeinnützigen Genossenschaften zwingend ist.

70 *Rauter* in WK GmbHG § 75 Rz 76; im Schrifttum wird zum Teil vertreten, dass bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch ohne

gesellschaftsvertraglicher Regelung ein Austrittsrecht besteht (*Rauter* in WK GmbHG § 75 Rz 78), jedoch wird diese Ansicht von der Rsp nicht geteilt (vgl zum Ausschluss aus wichtigem Grund FN 34).

71 Vgl *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 (de lege ferenda für Möglichkeit eines Austrittsrechts bei kapitalmarktfernen Gesellschaften); *Bayer* in MünchKommAktG<sup>4</sup> § 68 Rz 34; *Cahn* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 68 Rz 28; vor allem in Deutschland wird zum Teil ein Austrittsrecht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes befürwortet (*Grunevald*, Das Recht zum Austritt aus der Aktiengesellschaft, in FS Claussen [1997] 103), jedoch lehnt die öRsp ein solches sogar bei der GmbH und daher erst Recht bei der AG ab.

72 Vgl OGH 6.10.1987, 15 Os 131/87.

73 *Korinek/Aicher/Funk/Scherz/Wieser*, WGG<sup>5</sup>.Lfg § 10 Anm 4.

weil sie nicht auf den Normzweck eingeht, nämlich die Verhinderung von Vermögensabflüssen aus der Bauvereinigung. Zutreffend ist lediglich, dass auch Aktionäre und GmbH-Gesellschafter zu den Mitgliedern zählen. Der Gesetzgeber reagierte auf das Schrifttum und stellte zunächst im Zuge einer Novelle (BGBl 1993/253)<sup>74</sup> in § 10 WGG durch Klammerausdrücke klar, dass unter Mitgliedern sowohl Genossenschafter als auch Gesellschafter zu verstehen sind. Nach den Materialien war damit keine Änderung der Rechtslage beabsichtigt.<sup>75</sup> Im Zuge des 3. Wohnrechtsänderungsgesetz 1993 (3. WÄG; BGBl 1993/800) wurde dann § 10a WGG eingeführt. Die einschlägigen Materialien sind auf den ersten Blick verwirrend, bei näherer Betrachtung aber dennoch aufschlussreich. Der Gesetzgeber will die vorangegangene Novelle (BGBl 1993/253) dahingehend verstanden wissen, dass „die Veräußerung von Anteilen (Stammanteilen, Aktien) an gemeinnützigen Kapitalgesellschaften einer Beschränkung des Veräußerungspreises unterworfen“ wurden.<sup>76</sup> Zum Ausschluss von Umgehungen wurde nunmehr lediglich das Erfordernis einer Genehmigung der Landesregierung aufgestellt. Seit dem 3. WÄG ist daher eindeutig geklärt, dass der Kaufpreis bei einer Anteilsübertragung beschränkt ist.

Es stellt sich die Frage, welchen Normzweck der Gesetzgeber mit der Beschränkung des Kaufpreises und insbesondere dem Genehmigungsvorbehalt der Landesregierung bei Anteilsübertragungen verfolgt. Beide Regelungen lassen sich wie aufgezeigt jedenfalls nicht damit begründen, dass der Bauvereinigung kein Vermögen entzogen werden soll. Sieht der Gesetzgeber dennoch eine Beschränkung des Kaufpreises und einen Genehmigungsvorbehalt vor, muss er damit einen anderen Normzweck verfolgen. Dem Gesetzgeber kann nämlich ganz allgemein nicht unterstellt werden, dass er sinn- und zwecklose Normen erlässt.<sup>77</sup>

Offenbar will der Gesetzgeber keinen Anreiz für Gesellschafter schaffen, den Wert ihrer Anteile zB durch Ein-

sparungen bei den Leistungen der Bauvereinigung für Mieter zu erhöhen und dann zu einem hohen Preis an Investoren zu veräußern.

Der Genehmigungsvorbehalt flankiert die Kaufpreisbeschränkung. Dessen Normzweck reicht aber noch weiter, was sich daran zeigt, dass die Genehmigung nicht nur bei einem zu hohen Kaufpreis, sondern auch in anderen Fällen versagt werden kann. Offenkundig liegt der Normzweck des Genehmigungsvorbehalts darin, der Landesregierung zu ermöglichen, einen Anteils-erwerb zu verhindern, wenn sie die Gemeinnützigkeit der Bauvereinigung durch den Anteils-erwerb gefährdet sieht. Durch § 10a Abs 1 lit a und Abs 2 lit a WGG kann ein Ausverkauf von Anteilen Bauvereinigungen verhindert und dadurch mittelbar dem steigenden Druck auf Gewinnausschüttungen (durch Investoren, die keine gemeinnützige Ziele verfolgen), dem Abfluss von gemeinnützigem Kapital sowie dem Verkauf von Gebäuden und letztlich einer Steigerung der Mieten vorgebeugt werden.<sup>78</sup> Außerdem kann die Landesregierung prüfen, ob ein Erwerber die Anforderungen an die Eignung und Zuverlässigkeit der Gesellschafter nach § 3 WGG erfüllt.<sup>79</sup> Dabei hat die Landesregierung grundsätzlich einen weiten Ermessensspielraum, ob sie eine Anteils- veräußerung genehmigt. Dies folgt e contrario aus § 10a Abs 2 lit a WGG,<sup>80</sup> der den Ermessensspielraum lediglich bei einem zu hohen Kaufpreis einschränkt, offenbar weil der Gesetzgeber darin eine besondere Gefahr für den gemeinnützigen Charakter der Bauvereinigung erblickt.

Im Ergebnis dient auch § 10a Abs 2 lit a WGG dem Prinzip der Vermögensbindung. Er verhindert zwar nicht wie § 10 WGG den unmittelbaren Abfluss von Vermögen der Bauvereinigung, bietet aber einen mittelbaren Schutz, indem er insbesondere Spekulationen mit Anteilen an Bauvereinigungen verhindert. Ein Mitglied (Gesellschafter) kann seinen Anteil nicht teuer verkaufen (§ 10a Abs 2 lit a WGG), wodurch die Bauvereini-

74 Änderung des Einkommensteuergesetzes 1988, des Körperschaftsteuergesetzes 1988, des Umsatzsteuergesetzes 1972, des Bewertungsgesetzes 1955, des Vermögensteuergesetzes 1954 und des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes 1979 und Bundesgesetz über steuerliche Maßnahmen zur Förderung des Wohnbaus.

75 ErläutRV 996 BlgNR 18. GP 6.

76 AB 1268 BlgNR 18. GP 5.

77 Vgl. allerdings zu der Frage, ob einer Bestimmung ein Anwendungsbereich verbleiben muss, OGH 1.3.1971, 4 Ob 363/70; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 7 Rz 85; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 6 Rz 11.

78 Zwar sieht das WGG verschiedene Bestimmungen vor, die das verhindern sollen (siehe zB zu Gewinnausschüttungen § 10 Abs 1 WGG und zum Mietzins § 13 WGG). Ebenso soll bspw § 36 WGG verhindern, dass Investoren einen Vorteil erhalten, wenn der Gemeinnützigkeitsstatus aberkannt wird, indem sie vermögensrechtlich nicht besser gestellt werden als im Falle ihres Ausscheidens

oder der Liquidation der Bauvereinigung (siehe Pkt 2.7.2. und Pkt 3.2.). Die Möglichkeit, den Anteils-erwerb zu verhindern, bietet aber einen zusätzlichen und sehr effektiven Schutz, weil nicht gemeinnützig orientierte Investoren erst gar nicht Gesellschafter werden und versuchen können, diesen Bestimmungen auszuweichen.

79 Sommer, wobl 2016, 254 (260).

80 Vgl VwGH 20.12.2002, 2001/05/0147: „Eine Einschränkung der Prüfungspflicht der Aufsichtsbehörde auf die Angemessenheit des Kaufpreises – wie dies die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift dem Gesetzgeber zu unterstellen versucht – trägt weder der Gesetzeswortlaut noch lässt sich dies aus dem bereits erwähnten Bericht des Bauausschusses oder aus dem Sinn und Zweck der Regelung ableiten. Schon durch die Formulierung ‚ist jedenfalls zu versagen‘ wird deutlich gemacht, dass es darüber hinaus andere Versagungsgründe geben muss, die, nach rechtsstaatlichen Erfordernissen, zumindest in diesem Gesetz Deckung finden müssen.“



gung nicht Gefahr läuft, dass der Erwerber (Investor) Wege sucht und findet, den hohen Kaufpreis durch Erträge aus der Bauvereinigung zurückzuerhalten und dadurch den gemeinnützigen Charakter der Bauvereinigung gefährdet. Ein Mitglied hat auch keinen Anreiz, für eine Erhöhung der Mieten bzw eine Kürzung der Leistungen an die Mieter einzutreten, um den Wert seines Anteils im Hinblick auf eine beabsichtigte Veräußerung zu erhöhen. Außerdem kann die Landesregierung einen spekulativen Kauf von Anteilen im Einzelfall ganz allgemein (dh selbst bei einem gesetzeskonformen Kaufpreis) verhindern, indem sie die Genehmigung im Rahmen ihres Ermessensspielraums versagt. Für die hier vertretene Auffassung spricht auch, dass bereits der historische Gesetzgeber spekulativen Anteilsübertragungen skeptisch gegenüberstand. Er sah in § 6 Abs 3 WGG eine zwingende Vinkulierung von GmbH-Geschäftsanteilen und Aktien vor, „um die Übertragung von Aktien bzw. Gesellschaftsanteilen im Interesse des Gemeinnützigkeitsgedankens zu erschweren“.<sup>81</sup> Der später eingefügte § 10a WGG trifft nunmehr eine § 6 Abs 3 WGG sekundierende und ungleich effektivere Bestimmung, um den spekulativen Handel mit Gesellschaftsanteilen zu verhindern.

### 2.8.2. Rechtslage bei Genossenschaften

Die Regelungen über den Höchstpreis und das Genehmigungserfordernis nach § 10a Abs 1 lit a und Abs 2 lit a WGG stellen nur auf GmbH und AG ab. Daher stellt sich die Frage, ob auch für die Veräußerung von Genossenschaftsanteilen eine Preisbeschränkung gilt. Dies ist jedenfalls zu bejahen. Legt man den Fokus auf die historische Auslegung, folgt aus den erwähnten Materialien zum 3. WÄG, dass nach dem historischen Gesetzgeber die Preisbeschränkung bereits aus § 10 Abs 2 WGG resultiert und damit sowohl für die Genossenschaft als auch für die AG und die GmbH gilt. § 10a Abs 1 lit a und Abs 2 lit a WGG haben nach dieser Ansicht nur den Zweck, eine Umgehung des § 10 Abs 2 WGG durch das Erfordernis einer Genehmigung bei der GmbH und der

AG zu verhindern, ohne dass die Preisbeschränkung aus § 10a Abs 2 lit a WGG folgen würde. Misst man hingegen der teleologischen Auslegung höheres Gewicht bei, ist § 10 Abs 2 WGG nicht auf den derivativen Anteilserwerb (Erwerb von einem Gesellschafter) anwendbar.<sup>82</sup> Es liegt eine planwidrige Lücke vor, weil der historische Gesetzgeber davon ausging, dass die Preisbeschränkung für Genossenschaftsanteile bereits aus § 10 Abs 2 WGG resultiert. Die planwidrige Lücke ist mittels entsprechender analoger Anwendung des § 10a Abs 2 lit a WGG zu schließen.<sup>83</sup> Unabhängig von der gewählten Begründung darf der Kaufpreis eines Genossenschaftsanteils die Bewertung der eingezahlten Einlagen nicht übersteigen.

Offen bleibt, warum nur für Geschäftsanteile und Aktien, nicht aber für Genossenschaftsanteile ein Genehmigungserfordernis besteht. Eine analoge Anwendung des § 10a Abs 1 lit a WGG scheidet uE wegen des Fehlens einer planwidrigen Lücke aus. Auch wenn man jener Ansicht folgt, wonach § 10a Abs 2 lit a WGG analog anwendbar ist, resultiert daraus nicht die Anwendbarkeit des § 10a Abs 1 lit a WGG, weil es sich nur um eine entsprechende, auf den Höchstpreis bezogene Analogie handelt, ohne dass damit unbedingt ein Genehmigungserfordernis importiert wird. Der Grund für das fehlende Genehmigungserfordernis könnte darin liegen, dass bei Genossenschaften ein geringeres Risiko einer Umgehung besteht und daher kein so starker Schutz erforderlich ist. ZB hat bei einer gemeinnützigen Genossenschaft nach § 6 Abs 1 WGG zwingend kein Genossenschafter mehr als eine Stimme in der Generalversammlung.<sup>84</sup> Es ist daher für einen Investor schwierig, die Stimmenmehrheit in der Generalversammlung zu erringen und das Gebaren der Gesellschaft in seinem Sinne zu beeinflussen. Auch in der Praxis ist dem Vernehmen nach das Interesse an einem spekulativen Handel mit Genossenschaftsanteilen gering. Im Übrigen hat offenbar bereits der historische Gesetzgeber des WGG ein geringeres Risiko bei Genossenschaften erblickt. Nach dem bereits erwähnten § 6 Abs 3 WGG muss die Übertragung von Geschäftsanteilen oder Aktien in der Satzung an die Zu-

81 ErläutRV 760 BlgNR 14. GP 16.

82 So wohl *Holoubek/Hanslik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, *Wohnrecht* Kurzkommentar<sup>2</sup> § 10 WGG Rz 3; OGH 6.10.1987, 15 Os 131/87 kann nicht als Belegstelle herangezogen werden, weil sich die Entscheidung auf die Rechtslage vor dem 3. WÄG bezieht; hinzuweisen ist darauf, dass es Reformbestrebungen gibt bzw gab, den zulässigen Kaufpreis anzuheben (Pkt 1.8 Wohnpaket des Regierungsprogramms 2017/2018; dazu krit mit beachtlichen Gründen *Feichtinger/Schinagl*, *Die Vermögensbindung als Eckpfeiler der Wohnungsgemeinnützigkeit*, wobl 2017, 99). Würde eine Reform ausschließlich den zulässigen Kaufpreis in § 10a Abs 2 lit a WGG erhöhen, wäre die Ansicht, wonach sich die Kaufpreisbeschränkung eigentlich aus § 10 Abs 2 WGG ergibt, nicht mehr vertretbar.

Sie würde nämlich zum widersprüchlichen Ergebnis führen, dass der Kaufpreis nach § 10 Abs 2 WGG nicht höher als der Nennwert sein darf, die Landesregierung den Erwerb aber nach § 10a Abs 2 lit a WGG dennoch genehmigen könnte.

83 Zu den Voraussetzungen einer Analogie siehe Pkt 3.4.1.

84 Eine Ausnahme besteht, wenn die Geschäftsanteile mehrheitlich im Eigentum einer oder mehrerer Gebietskörperschaften stehen; bei nicht gemeinnützigen Genossenschaften hat nach § 27 Abs 2 GenG ebenfalls grundsätzlich jeder Genossenschafter eine Stimme, jedoch kann der Gesellschaftsvertrag davon abweichen (*Astl/Steinböck* in *Dellinger*, *GenG*<sup>2</sup> § 5 Rz 76; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *GesR*<sup>2</sup> Rz 5/51).

stimmung des Aufsichtsrates<sup>85</sup> gebunden sein, während Genossenschaftsanteile nicht zwingend<sup>86</sup> vinkuliert sind.

### 2.8.3. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 10 Abs 2 WGG sowie § 10a Abs 1 lit a und Abs 2 lit a WGG

Nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt und in der Literatur bislang wenig erörtert werden die Rechtsfolgen, wenn ein ausscheidendes Mitglied entgegen § 10 Abs 2 WGG eine zu hohe Abfindung erhalten hat. Dabei ist insbesondere fraglich, ob das Ausscheiden nichtig ist. Dagegen spricht, dass § 10 WGG im Unterschied zu anderen Bestimmungen des WGG – wie etwa § 9a WGG<sup>87</sup> – die Rechtsunwirksamkeit nicht explizit vorsieht und auch der Normzweck eine solche nicht verlangt. Ausreichend ist daher ein Bereicherungsanspruch der Bauvereinigung gegenüber dem ausgeschiedenen Mitglied in Höhe der Differenz zwischen gezahlter und zulässiger Abfindung.<sup>88</sup> Schwieriger zu beurteilen ist die Rechtslage, wenn bei einem Anteilerwerb der Erwerber einen Kaufpreis zahlt, der über dem Wert der eingezahlten Einlagen liegt. Dies ist insbesondere bei Genossenschaftsanteilen relevant, weil bei GmbH-Geschäftsanteilen und Aktien die Landesregierung in einem solchen Fall die Zustimmung gem § 10a Abs 2 lit a WGG jedenfalls zu verweigern hat.<sup>89</sup> Ein Bereicherungsanspruch des Erwerbers gegenüber dem Veräußerer würde dazu führen, dass der Erwerber den Gesellschaftsanteil uU im Ergebnis extrem billig erhält, ohne dass der Normzweck der Preisbeschränkung dies verlangen würde oder auch nur eine sachliche Rechtfertigung wäre. De lege ferenda wäre es überlegenswert, der Bauvereinigung einen Anspruch auf die Differenz zwischen gezahltem und rechtlich zulässigem Kaufpreis ein-

zuräumen, jedoch gibt es hierfür de lege lata keine dogmatische Grundlage. Nach aktuellem Stand der Rechtsentwicklung führt uE nur die Nichtigkeit des Anteilerwerbs zu einem ausgewogenen Ergebnis.

Wird eine Genehmigung nach § 10a Abs 1 lit a WGG nicht erteilt, darf der Anteil nicht übertragen werden. Erfolgt dennoch eine Anteilsübertragung, ist diese nichtig (§ 879 ABGB).<sup>90</sup> Das ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 10a WGG („[...] bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit [...]“). Solange eine Entscheidung der Landesregierung aussteht, ist die Anteilsübertragung schwebend unwirksam.<sup>91</sup> Gehen die Vertragsparteien der Anteilsveräußerung indessen davon aus, dass die Genehmigung versagt werden würde, und beantragen diese daher erst gar nicht, so sind die Verträge nicht in Schweben, sondern von Anfang an nichtig.<sup>92</sup> Dies gilt auch, wenn die Landesregierung die Genehmigung überhaupt nicht erteilen kann, weil der Kaufpreis für den Anteilerwerb zu hoch ist (§ 10a Abs 2 lit a WGG). Eine Nichtigkeit nach § 879 ABGB wirkt idR ex tunc.<sup>93</sup> Auch der Normzweck des § 10a Abs 1 lit a WGG, die Gesellschaft von einem unerwünschten Einfluss von Investoren fernzuhalten, spricht eindeutig für eine ex tunc-Rückabwicklung, weil ein Erwerber ansonsten bis zur Feststellung der Nichtigkeit an Gesellschafterbeschlüssen mitwirken und das Gebaren der Gesellschaft beeinflussen könnte. Fraglich könnte sein, ob die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft anwendbar ist, die Rückabwicklungsschwierigkeiten Rechnung trägt und bei in Vollzug gesetzten Gesellschaften zu einer Rückabwicklung mit ex-nunc-Wirkung führt.<sup>94</sup> Sie ist ganz allgemein auf Beitrittserklärungen (originäre Anteilerwerbe, zB bei Gründung oder Kapitalerhöhung) anwendbar.<sup>95</sup> Nach hA findet sie dort ihre Grenzen, wo ein öf-

85 Nach § 62 Abs 2 AktG entscheidet bei der AG grundsätzlich der Vorstand, jedoch kann die Satzung anderes vorsehen. Eine Zustimmung durch den Aufsichtsrat ist auch aus aktienrechtlicher Sicht unproblematisch (*Haberer/Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 62 Rz 36). Bei der GmbH entscheiden grundsätzlich die Gesellschafter, jedoch kann auch hier die Satzung eine Zustimmung durch den Aufsichtsrat vorsehen (*Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 76 Rz 24 f). Somit ist die Zustimmung des Aufsichtsrats aus Sicht des GmbHG und des AktG unproblematisch (§ 6 Abs 3 WGG wäre ohnehin *lex specialis*), aber dies muss ausdrücklich in der Satzung stehen.

86 Nach § 83 Abs 1 GenG ist die Übertragung grundsätzlich an die Zustimmung des Vorstands gebunden, jedoch kann der Gesellschaftsvertrag eine freie Übertragbarkeit vorsehen (*Dellinger* in *Dellinger*, GenG<sup>2</sup> § 83 Rz 1).

87 Bereits die Vorgängerbestimmung (§ 9 WGG aF) sah in der Stamfassung die Rechtsunwirksamkeit vor, sodass auch das Argument nicht überzeugt, wonach § 9a WGG und § 10a WGG erst später eingefügt wurden und § 10 WGG zu einer älteren Rechtschicht des WGG zähle.

88 Die genaue dogmatische Einordnung in das System des Bereicherungsrechts ist – wie auch in anderen Fällen – schwierig. Es handelt sich aber jedenfalls um eine Leistungskondition; die Verjäh-

rungsfrist beträgt uE 40 Jahre (vgl. *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 [424]; *Vollmaier* in *Klang*<sup>3</sup> § 1485 Rz 1), nach anderer Ansicht 30 Jahre.

89 Bei GmbH-Geschäftsanteilen und Aktien kann der Fall eintreten, dass die Landesregierung den Erwerb trotz zu hohen Kaufpreises rechtswidrig genehmigt. Die Frage muss hier offengelassen werden.

90 *Scherz* in *Schwimann*, ABGB<sup>2</sup> § 10a WGG Rz 1.

91 StRsp; vgl. iZm grundverkehrsrechtlicher Genehmigung OGH 2.9.1987, 1 Ob 654/87; RIS Justiz RS0016469.

92 So iZm grundverkehrsrechtlicher Genehmigung OGH 28.8.1996, 5 Ob 2262/96z; beabsichtigten die Parteien, die Voraussetzungen für eine grundverkehrsrechtliche Genehmigung zu erlangen bzw. warten sie auf eine absehbare Änderung der Rechtslage, kann ausnahmsweise ein Schwebestand vorliegen (OGH 3.4.2008, 1 Ob 136/07t).

93 *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 879 Rz 515.

94 Siehe zB *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht Rz 100 ff; *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht Rz 48; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG 102 ff.

95 *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht Rz 174; ausführlich *P. Ulmer/Löbke* in *Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG<sup>2</sup> § 2 Rz 146 ff.

fentliches Interesse daran besteht, dass es zu einer ex-tunc-Rückabwicklung kommt.<sup>96</sup> Bei einem hier interessierenden derivativen Anteilerwerb ist die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft außerdem nach ganz hA ohnehin nicht anwendbar.<sup>97</sup> Die Rückabwicklungsschwierigkeiten sind bei einer fehlgeschlagenen Anteilsübertragung nämlich nicht so groß wie bei einer fehlgeschlagenen Gesellschaft bzw einem fehlgeschlagenen Anteilerwerb von der Gesellschaft.

Weiters stellt sich die Frage, ob § 78 Abs 1 GmbHG und § 61 Abs 2 AktG<sup>98</sup> anwendbar sind, wonach nur<sup>99</sup> im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft derjenige Gesellschafter ist, der im Firmenbuch bzw Aktienbuch eingetragen ist. In Deutschland wird dies zum – mit § 78 öGmbHG und § 61 Abs 2 AktG insoweit vergleichbaren – § 16 dGmbHG<sup>100</sup> vertreten.<sup>101</sup> Daraus würde folgen, dass der Erwerber bis zur Rückabwicklung faktisch Gesellschafter wäre und Beschlüsse fassen könnte. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Entscheidungen des BGH Fälle der arglistigen Anfechtung und der Sittenwidrigkeit betreffen, wo kein besonderes öffentliches Interesse daran besteht, dass die Rückabwicklung im Verhältnis zur Gesellschaft ex tunc erfolgt. Sie sind daher auf den vorliegenden Fall wertungsmäßig nicht übertragbar. § 10a WGG dient nämlich einem öffentlichen Interesse (gemeinnütziger Wohnbau), das sogar die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft durchbrechen würde.<sup>102</sup> Umso mehr muss dies für § 78 Abs 1 GmbHG und § 61 Abs 2 AktG gelten, sodass auch im Verhältnis zur Gesellschaft eine ex-tunc-Rückabwicklung erfolgt.

Im Ergebnis wird der „Erwerber“ nicht Gesellschafter. Daraus folgt, dass er keinerlei Gesellschafterrechte geltend machen kann.

### 3. Ausgewählte Fälle der Umgehung von zwingenden Bestimmungen des WGG

#### 3.1. Anreize zur Umgehung

Wie im Gesellschaftsrecht, können auch im WGG Anreize bestehen, zwingendes Recht zu umgehen. Für Ge-

sellschafter einer Bauvereinigung ist insbesondere das Prinzip der Vermögensbindung belastend. Ist die Bauvereinigung finanziell gut ausgestattet, haben die Gesellschafter wirtschaftlich betrachtet nicht viel davon, weil das Vermögen in der Gesellschaft gebunden ist und nicht einfach über eine Gewinnausschüttung an die Gesellschafter ausgekehrt werden kann. Ebenso kann eine Bauvereinigung versucht sein, der Aufsicht auszuweichen. Anfragen aus der Praxis und Medienberichte belegen, dass es nicht nur theoretisch Sachverhalte gibt, bei denen eine Umgehung zumindest im Raum steht.<sup>103</sup>

#### 3.2. Reaktionen des Gesetzgebers auf Umgehungsversuche

Der Gesetzgeber kann Bestimmungen schaffen, um Umgehungen zu verhindern. Ein aktuelles Beispiel, wo der Gesetzgeber gegen eine faktische Umgehung vorging, ist der im Zuge der WGG-Novelle 2016 neu eingefügte § 10b WGG. Nach dieser Bestimmung bedarf die Sitzverlegung einer Bauvereinigung einer Zustimmung der Landesregierung. Damit reagiert der Gesetzgeber auf Fälle, in denen der zwingenden Aufsicht durch wiederholte Sitzverlegungen faktisch ausgewichen wurde.<sup>104</sup> Eine weitere Umgehungsmöglichkeit hat der Gesetzgeber bereits im Zuge der Wohnrechtsnovelle 1999 (BGBl I 1999/147) beseitigt. In der Stammfassung sah § 36 WGG vor, dass der Bauvereinigung im Falle einer Entziehung des Gemeinnützigkeitsstatus eine Geldleistung von höchstens 50% des Eigenkapitals auferlegt wurde. „Da es nicht angemessen erscheint, einer Bauvereinigung die auf Grund der Gemeinnützigkeit erlangten Vorteile nach Entziehung der Anerkennung zu belasten“,<sup>105</sup> sollte die Geldleistung für einen Ausgleich sorgen. Die Belastung für die Gesellschafter war aber immer noch geringer als bei einer Auflösung, weshalb ein Anreiz bestand, § 10 Abs 3 WGG zu umgehen, indem eine Entziehung des Gemeinnützigkeitsstatus provoziert wurde. Angesichts der eindeutigen Regelung in § 36 WGG gab es keine Möglichkeit, dieses völlig wertungs-

96 OGH 14.10.2000, 4 Ob 233/00v; OGH 30.3.2011, 7 Ob 77/10i; Zib in Zib/Dellinger, UGB § 105 UGB; Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR<sup>2</sup> Rz 2/369.

97 BGH 22.1.1990, II ZR 25/89, NJW 1990, 1915; BGH 27.3.1995, II ZR 3/94, NJW-RR 1995, 1182; BGH 20.7.2010, XI ZR 465/07, NZG 2010, 991 (obiter dictum, weil es um eine GesbR ging); BGH 17.7.2012, II ZR 217/10, ZIP 2013, 118; K. Schmidt in MünchKommHGB<sup>4</sup> § 105 Rz 256; P. Ulmer/Löbbe in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG<sup>2</sup> § 2 Rz 184; Löbbe in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG<sup>2</sup> § 15 Rz 148; aus Österreich (wo die Frage nicht so intensiv diskutiert wird) zB U. Torggler, Gesellschaftsrecht Rz 174.

98 Die Bestimmung gilt nur für Namensaktien, jedoch sind bei einer gemeinnützigen AG nach § 6 Abs 2 WGG ohnehin zwingend Namensaktien vorgesehen.

99 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG § 78 Rz 2; vgl RIS Justiz RS0059827.

100 Hinzuweisen ist darauf, dass § 16 dGmbHG durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) geändert wurde. Sowohl § 16 Abs 1 GmbHG (aF) als auch (nF) und § 78 Abs 1 öGmbHG verfolgen den Zweck, der Gesellschaft Sicherheit darüber zu geben, wer ihre Gesellschafter sind (ausführlich in anderem Zusammenhang Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG 270 ff).

101 Siehe die Nw in FN 97.

102 Siehe oben im Text bei FN 96.

103 Ob die Umgehung absichtlich erfolgt oder ohne Vorsatz ein Umgehungstatbestand verwirklicht wird, wirkt sich regelmäßig nicht aus; siehe bei und in FN 122.

104 AB 965 BlgNR 25. GP 4.

105 ErläutRV 760 BlgNR 14. GP 21.

widersprüchliche und unbefriedigende<sup>106</sup> Ergebnis im Wege der Auslegung zu korrigieren. Erst spät wurde § 36 WGG geändert. Nunmehr ist die Geldleistung so zu bemessen, dass die Gesellschafter nicht finanziell besser gestellt sind als im Falle der Auflösung.<sup>107</sup> Ein Beispiel aus dem Gesellschaftsrecht ist § 80 AktG. Nach Abs 1 leg cit dürfen Kredite an Vorstandsmitglieder nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt werden. Der Zweck des Verbots liegt darin, Missbräuche zu verhindern.<sup>108</sup> § 80 Abs 3 AktG verhindert eine Umgehung dieses Verbots, indem es auf den Ehegatten oder ein minderjähriges Kind des Vorstandsmitglieds ausgedehnt wird.<sup>109</sup> Offenbar aus ähnlichen Erwägungen wurde im Zuge der WGG-Novelle 2016 der Anwendungsbereich des § 9a Abs 2 WGG auf nahe Angehörige der Personen ausgedehnt.<sup>110</sup> Im Ergebnis reagiert der Gesetzgeber durchaus immer wieder auf Umgehungsversuche. Allerdings sind die potentiellen Umgehungsmöglichkeiten so groß, dass er nicht für jeden denkbaren Fall eine ausdrückliche Regelung treffen kann. Daraus folgt, dass aus dem bloßen Fehlen einer Bestimmung, die eine Umgehung ausdrücklich verhindert, nicht auf die Zulässigkeit einer Umgehung geschlossen werden kann.<sup>111</sup> Häufig ist daher mittels (weiterer) Auslegung zu ermitteln, ob eine unzulässige Umgehung vorliegt.

### 3.3. GmbH als Vehikel zur Umgehung

Ein probates Mittel für Umgehungsversuche ist die Zwischenschaltung einer GmbH. Auch bei Bauvereinigungen kommt es in Betracht, GmbH als Vehikel zu verwenden, um zwingende Bestimmungen des WGG zu umgehen (dazu noch Pkt 3.6. und Pkt 3.7.). Eine (natürliche) Person kann eine Gesellschaft gründen, die rechtlich selbständig ist, auf die sie als Gesellschafter aber dennoch weitreichenden Einfluss nehmen darf. Dies gilt insbesondere für die GmbH, wo der (Allein-)Gesellschafter den Geschäftsführer bestellen (§ 15 Abs 1 GmbHG), diesem Weisungen erteilen (§ 20 Abs 1 GmbHG) und sich auch selbst zum Geschäftsführer bestellen kann.<sup>112</sup> Rechtlich sind die Gesellschaft und der

Gesellschafter unterschiedliche Rechtssubjekte. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise verschwimmen jedoch häufig die Interessen von Gesellschafter und Gesellschaft miteinander. Der Gesetzgeber trägt dieser Besonderheit von Gesellschaften mitunter Rechnung und sieht spezifische Regelungen für diese vor.<sup>113</sup> Dies gilt zB für § 12a Abs 3 MRG, wo der Gesetzgeber berücksichtigt, dass die Veräußerung der Anteilmehrheit an einer Mietergesellschaft wirtschaftlich betrachtet mit einem Mieterwechsel vergleichbar ist, obwohl der Vertragspartner des Mietvertrags (= Mietergesellschaft) nicht wechselt. Sieht der Gesetzgeber keine spezifischen Regelungen vor, ist mittels Auslegung zu klären, ob den Besonderheiten der Gesellschaft im Vergleich zu natürlichen Personen Rechnung getragen werden muss. Ein Beispiel hierfür ist das Verbot der Einlagenrückgewähr. An einen GmbH-Gesellschafter dürfen keine verdeckten Gewinne ausgeschüttet werden (§ 82 GmbHG). Nicht geregelt ist der Fall, dass A eine GmbH B gründet, die wiederum Alleingesellschafterin der GmbH C wird, und C verdeckte Gewinne an A ausschüttet. Dennoch ist dies nach ganz hA unzulässig.<sup>114</sup> Häufig berücksichtigt der Gesetzgeber die Besonderheiten von Gesellschaften nur teilweise. Auch in diesen Fällen ist zu ermitteln, ob den Besonderheiten von Gesellschaften im Rahmen der Auslegung Rechnung getragen werden muss. Ein Beispiel hierfür ist wiederum § 12a Abs 3 MRG. Nach dem Wortlaut stellt die Bestimmung darauf ab, dass sich die rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten in der Mietergesellschaft entscheidend ändern, vor allem durch eine Veräußerung ihrer Anteile. Dies wirft die Frage auf, ob die Rechtsfolgen des § 12a Abs 3 MRG auch dann greifen, wenn sich die Machtverhältnisse in einer Gesellschaft ändern, die Gesellschafter der Mietergesellschaft ist („Muttergesellschaft“). Rechtlich gesehen ändert sich für die Mietergesellschaft nichts, weil der Gesellschafter nicht wechselt. Wirtschaftlich betrachtet ist der Fall eines Machtwechsels in der Muttergesellschaft mit einem Gesellschafterwechsel in der Mietergesellschaft jedoch vergleichbar. Es entspricht daher der ganz hA, dass § 12a Abs 3 MRG anwendbar ist,

106 So AB 2056 ErläutRV 20. GP 5.

107 Dazu *Feichtinger*, wobl 2016, 248 (251 f).

108 *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 80 Rz 2.

109 *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 80 Rz 14; der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bereits die Ausdehnung auf leitende Angestellte in Abs 1 leg cit ausweislich der Materialien eine Umgehung des Verbots verhindern sollte (Amtliche Begründung zu § 80 AktG, abgedruckt in *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts [2003] 648).

110 AB 965 BlgNR 25. GP 4 spricht nur allgemein von einer Verschärfung der Bestimmungen.

111 *Krejci* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 879 Rz 35: „Fehlen derartige gesetzl Hinweise, soll nicht e contrario auf die Zulässigkeit von Umgehungsgeschäften geschlossen werden“.

112 Aufgrund der weitreichenden Einflussmöglichkeiten eines GmbH-Gesellschafters sieht § 7 Abs 4b Z 1 WGG vor, dass eine Gesellschaft nach § 7 Abs 4b WGG nur in der Rechtsform einer GmbH errichtet werden darf.

113 *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 1 Rz 61; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht Rz 2201 f.

114 OGH 20.1.2000, 6 Ob 288/99t; *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Leitner*, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014) 1 (32).

wobei der OGH den Wortlaut von § 12a Abs 3 MRG im Hinblick auf den Normzweck derart extensiv auslegt, dass nicht einmal eine Analogie erforderlich ist.<sup>115</sup>

### 3.4. Umgehungsschutz

#### 3.4.1. Analogie

In einfach gelagerten Fällen kann sich bereits aus einer Auslegung nach § 6 ABGB (insb Wortlaut und Normzweck) ergeben, dass ein Sachverhalt von einer Bestimmung erfasst ist. Häufig wird ein Sachverhalt aber nicht unter den Wortlaut einer Bestimmung fallen. Der äußerst mögliche Wortsinn bildet zwar die Grenze einer Auslegung nach § 6 ABGB. In diesen Fällen kann eine Bestimmung aber uU analog angewendet werden (§ 7 ABGB). Eine Analogie setzt ganz allgemein (1.) eine planwidrige Lücke voraus (2.) und bei der Einzelanalogie<sup>116</sup> eine rechtsähnliche Bestimmung, die analog angewendet werden kann. Nach hA liegt eine planwidrige (teleologische)<sup>117</sup> Lücke vor, wenn das Gesetz „gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, ergänzungsbedürftig [ist], ohne dass seine Ergänzung einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht“.<sup>118</sup>

#### 3.4.2. Umgehung

Führt die Auslegung nach § 6 und § 7 ABGB zu keinem Verbot der Umgehung, ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob eine unzulässige Umgehung vorliegt. Ganz allgemein möchten die Beteiligten bei einem Umgehungsgeschäft

den Tatbestand einer Bestimmung vermeiden bzw den einer anderen Bestimmung erfüllen, deren Anwendung jedoch nach dem gesetzlichen Wertungssystem als untragbarer Widerspruch zur Sach- oder Systemgerechtigkeit der Rechtsordnung erscheint.<sup>119</sup> Das Umgehungsgeschäft verstößt zwar nicht „dem Buchstaben des Gesetzes nach“ gegen ein gesetzliches Verbot, vereitelt jedoch im Ergebnis den Zweck, den das Gesetz mit diesem Verbot anstrebt.<sup>120</sup> Nach nunmehr stRsp und hL kommt es idR<sup>121</sup> nicht auf eine Umgehungsabsicht an.<sup>122</sup> Ausreichend ist, dass Sinn und Zweck einer umgangenen Norm vereitelt würden. Rechtsfolge einer (unzulässigen) Umgehung einer Bestimmung ist nicht per se die Nichtigkeit des Umgehungsgeschäfts, sondern die (analoge) Anwendung der umgangenen Norm auf diesen Fall.<sup>123</sup>

Bei Umgehungsgeschäften ist zu berücksichtigen, ob eine Bestimmung einen Erfolg verhindern möchte oder lediglich einen Weg, diesen Erfolg zu erreichen.<sup>124</sup> Häufig soll eine Verbotsnorm einen bestimmten Erfolg verhindern, weshalb der letztgenannte Fall vergleichsweise selten ist. Ein Beispiel wäre § 1271 ABGB, der lediglich das Versprechen der Zahlung einer Wettschuld zu einer Naturalobligation erklärt, aber nicht den Erfolg selbst (Zahlung der Wettschuld) verhindert.<sup>125</sup>

Die Umgehung weist Parallelen zur bereits erwähnten Analogie auf. Rsp und Lehre sehen in der Umgehung eine Auslegungsfrage.<sup>126</sup> Die umgangene Norm wird auf den Fall analog angewendet.<sup>127</sup> Die Umgehung ist aus dieser Sicht ein Unterfall der Analogie.<sup>128</sup> Eine weitere Gemeinsamkeit besteht darin, dass beide auf dem Prinzip beruhen, Gleiches gleich zu behandeln.<sup>129</sup> Dennoch bestehen

115 OGH 27.1.1998, 5 Ob 7/98k unter Berufung ua auf *Schauer*, Geschäftsraummiete und Unternehmensübertragung, GesRZ 1994, 12 und *Reich-Robrwig*, Neuregelung der Geschäftsraummiete, eolex 1994, 96 (98) (Verschiedenbehandlung ließe sich nach Teleologie der Vorschrift nicht rechtfertigen); seither stRsp, siehe zB OGH 22.12.1998, 5 Ob 288/98h; OGH 21.12.2011, 9 Ob 53/11a.

116 Hingegen wird bei der „Rechtsanalogie“ (Gesamtanalogie) aus einer Mehrzahl verwandter Vorschriften induktiv ein gemeinsames Prinzip erschlossen; vgl *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 7 Rz 61 mwN.

117 Daneben gibt es auch die seltenere logische Lücke (dazu zB *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 7 Rz 5).

118 RIS-Justiz RS0008866; *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 7 Rz 17.

119 So OGH 28.3.2000, 1 Ob 201/99m.

120 OGH 28.3.2000, 1 Ob 201/99m; OGH 19.12.2016, 9 ObA 31/16y; RIS Justiz RS0018173.

121 In OGH 28.3.1990, 3 Ob 614/89 erkennt das Höchstgericht, dass dies nur dann uneingeschränkt gelte, „wenn der Zweck der umgangenen Norm wie etwa bei den Grundverkehrsgesetzen präzise faßbar ist“. In diesem Fall ging es um Zeitmietverträge, die „nicht schlecht-hin verboten sind“; nach einem Teil des Schrifttums kann der dem Rechtsgeschäft zugrunde liegende Wille außerdem ausnahmsweise ein ausschlaggebendes Kriterium bilden, wenn das Geschäft bloß in die Randzone des Normtatbestandes reicht bzw diese berührt, sodass zusätzlich zu ermitteln ist, worauf es die Parteien anlegten (*Kolmasch/Binder* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 916 Rz 24).

122 OGH 13.10.1993, 7 Ob 603/93; OGH 22.9.2015, 4 Ob 252/14h;

OGH 19.12.2016, 9 ObA 31/16y; RIS Justiz RS0016780; *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>4</sup> Rz 560; die gegenteilige Entscheidung OGH 12.03.1992, 8 Ob 526/92 ist vereinzelt geblieben.

123 Nunmehr stRsp, siehe OGH 19.12.2016, 9 ObA 31/16y; RIS Justiz RS0045196; RS0016469; die in älteren Entscheidungen vertretene gegenteilige Ansicht, wonach ein Umgehungsgeschäft jedenfalls nichtig sei, wurde zutreffend aufgegeben.

124 *Gschnitzer* in Klang IV/1<sup>2</sup> 185 f; krit *Schurig*, Die Gesetzesumgehung im Privatrecht, in FS Ferid (1988), 375 (380 f und 400); vgl auch *Tamussino*, Die Umgehung von Gesetzen und Vertragsnormen 114 („Unterscheidung zwischen Ziel- und Wegeverbotsnormen für die Unterscheidung der unzulässigen Umgehung vom zulässigen Umweg irrelevant. Sie kann höchstens dazu dienen, die Bedeutung des Normzwecks hervorstreichend.“).

125 Beispiel aus *Gschnitzer* in Klang IV/1<sup>2</sup> 185 f.

126 *Schurig* in FS Ferid, insb 378 und 384; ausführlich *Tamussino*, Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, insb 127 ff; vgl auch *Eccher*, Umwegs- und Umgehungsgeschäfte, in Funk, Grundverkehrsrecht (1996)143 (146 f).

127 *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>4</sup> Rz 14; *Schurig* in FS Ferid 380, 384 und 400; siehe auch die Nw in FN 123.

128 *Schurig* in FS Ferid 398, 403 und 408.

129 Hinsichtlich Umgehung siehe OGH 28.3.2000, 1 Ob 201/99m; *Schurig* in FS Ferid 399 und 401; hinsichtlich Analogie siehe *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 7 Rz 13.

Unterschiede. Die Umgehung ist auf zwingende Bestimmungen beschränkt. Eine dispositive Bestimmung kann zulässigerweise durch eine Rechtsgestaltung „umgangen“ werden, weil die Parteien diese schließlich auch einfach abbedingen könnten. Hingegen können dispositive Bestimmungen ohne weiteres analog angewendet werden, wenn die Voraussetzungen für eine Analogie (planwidrige Lücke; Rechtsähnlichkeit) vorliegen.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass bei der Umgehung ganz wesentlich auf den Normzweck abgestellt wird. Der OGH prüft in stRsp, ob ein Geschäft „den gleichen Zweck erfüllt, wie das verbotene Geschäft“.<sup>130</sup> Es sei „eine Frage des Normzwecks [der evtl umgangebenen Bestimmung], ob und inwieweit das Verbot gilt und daher durch den Umgehungscharakter des Geschäfts vereitelt würde“.<sup>131</sup> Somit kommt es darauf an, ob das Ergebnis eines Rechtskonstrukts den Normzweck einer Bestimmung vereiteln würde. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Bestimmung einen bestimmten Erfolg verbietet. Praktisch wirkt sich der Fokus auf den Normzweck dahingehend aus, dass es nicht so sehr darauf ankommt, ob zwei Tatbestände miteinander vergleichbar sind (wie bei der „einfachen“ Analogie), sondern ob durch eine Rechtsgestaltung ein Ergebnis erreicht wird, dass den Normzweck einer Bestimmung vereitelt. Ein Beispiel ist die analoge Anwendung der §§ 451 f ABGB auf die Sicherungsübereignung und das daraus resultierende Verbot eines Besitzkonstituts.<sup>132</sup> Unabhängig davon, ob die Gemeinsamkeiten eine „einfache“ Analogie rechtfertigen würden, hat bereits *F. Bydliński* erkannt, „daß die Pfandrechtsvorschriften auf die leichteste Weise umgangen und praktisch – wie dies im deutschen Rechtsbereich tatsächlich der Fall ist – daher ganz sinnlos würden, wenn man die in ihnen enthaltenen Einschränkungen nicht auf die Sicherungsübereignung anwendet.“<sup>133</sup> Ein weiteres Beispiel ist die verdeckte Sacheinlage. Der Gesetzgeber hat in § 63 Abs 5 GmbHG Regelungen getroffen, die eine Umgehung der Sacheinlagevorschriften verhindern sollen.<sup>134</sup> Demnach wird ein Gesellschafter nicht von seiner Pflicht zur Zahlung der Stammeinlage befreit, wenn er mit einer für die Überlassung von Vermögensgegenständen zu ge-

währenden Vergütung gegen die Stammeinlageforderung aufrechnet, sofern dies nicht im Gesellschaftsvertrag offengelegt wurde. Vom Wortlaut eindeutig nicht erfasst ist der Fall, dass der Gesellschafter zunächst seine Bareinlage leistet und die Gesellschaft später (vereinbarungsgemäß) einen Vermögensgegenstand vom Gesellschafter erwirbt. Wiederum kommt es nicht darauf an, ob beide Tatbestände miteinander vergleichbar sind. Eine Analogie ist bereits deshalb gerechtfertigt, weil ansonsten der Normzweck des § 63 Abs 5 GmbHG, die Einhaltung der Sacheinlagevorschriften abzusichern, vereitelt und die Bestimmung umgangen werden würde.<sup>135</sup>

### 3.4.3. Kein Umgehungsschutz bei abschließender Regelung

Trifft der Gesetzgeber eine abschließende Regelung, nimmt er eine Umgehung der Bestimmung in Kauf. Die Umgehung kann (mangels planwidriger Lücke) weder mit einer „einfachen“ Analogie noch mit Umgehungsargumenten verhindert werden. Hierfür kann es gute Gründe geben, zB Rechtssicherheit durch das Erlassen klar umrissener Tatbestände. Da der Gesetzgeber häufig nicht ausdrücklich regelt, ob eine Bestimmung abschließenden Charakter haben soll, muss dies mittels Auslegung ermittelt werden. Entscheidendes Gewicht kommt dabei dem Normzweck zu.<sup>136</sup> Dieser wird bei Verbotsgesetzen häufig gegen eine abschließende Regelung sprechen. Ein Beispiel ist das Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996, das den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer an eine Genehmigung knüpft. Ausländer sind nach § 2 Abs 7 lit b Tiroler Grundverkehrsgesetz juristische Personen, die ihren Sitz im Ausland haben oder deren Gesellschaftskapital oder Anteile am Vermögen (wie Namensaktien, Stammeinlagen<sup>137</sup> und ähnliche Rechte) mindestens zur Hälfte Ausländern gehören. Vom Wortlaut eindeutig nicht erfasst ist der Fall, dass eine inländische juristische Person (zB GmbH) mit ausländischen Gesellschaftern die Anteile an der juristischen Person hält. Wäre die Bestimmung abschließend, könnte sie somit leicht durch Zwischenschaltung einer GmbH umgangen werden.<sup>138</sup> Es ist daher hA, dass auch

130 OGH 27.10.2016, 2 Ob 145/16m; OGH 19.12.2016, 9 ObA 31/16y.

131 OGH 24.02.2010, 3 Ob 212/09m; OGH 19.12.2016, 9 ObA 31/16y; RIS Justiz RS0016792.

132 Siehe zB OGH 9.3.1955, 7 Ob 12/55; OGH 18.5.1988, 3 Ob 22/88; *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>4</sup> Rz 1301.

133 *F. Bydliński* in *Klang IV/2*<sup>2</sup> 460.

134 ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 78; *Schopper* in *WK GmbHG* § 63 Rz 150.

135 *Schopper* in *WK GmbHG* § 63 Rz 178; *Karollus*, Umwandlung von Darlehen in Grund- oder Stammkapital: Ein gesellschaftsrechtlich zulässiger Vorgang? ÖBA 1994, 501 (504).

136 *Krejci* in *Rummel/Lukas, ABGB*<sup>4</sup> § 879 Rz 35: „Vielmehr zeigt der Normzweck, wieweit Umgehungsgeschäfte zulässig sind oder nicht“.

137 Gemeint sind offenbar Geschäftsanteile; zur Unterscheidung zwischen Stammeinlage und Geschäftsanteil siehe *Schopper* in *Gruber/Harrer, GmbHG* § 75 Rz 5 ff.

138 Die Frage ist mittlerweile praktisch von geringerer Relevanz, weil das Tiroler Grundverkehrsgesetz an die Vorgaben der Niederlassungsfreiheit angepasst wurde und zB eine deutsche GmbH mit deutschen Gesellschaftern in Ausübung einer unionsrechtlichen Grundfreiheit genehmigungsfrei Grund und Boden in Tirol erwerben kann (vgl *Tb. Müller* in *Müller/Weber, TGVG* § 3 Anm 3). Im vorliegenden Beitrag geht es aber nur um den gemeinnützigen Wohnbau und insoweit ist das Beispiel treffend.

dieser Fall erfasst sein soll.<sup>139</sup> In einer Entscheidung zum – insoweit ähnlichen – alten Tiroler Grundverkehrsgesetz 1983 begründete die Landesgrundverkehrsbehörde beim Amt der Tiroler Landesregierung dies wie folgt: „Nicht zuletzt erscheint eine derartige Betrachtungsweise auch aus dem Blickwinkel der Hintanhaltung von Umgehungsgeschäften geboten, weil ansonsten die mit den Regelungen des Ausländergrundverkehrs verfolgten Ziele, ausländische Rechtserwerber und Wirtschaftsinteressen (möglichst) vollständig zu erfassen, nicht mehr verwirklicht werden könnten, zumal Rechtsobjekte, die zweifellos unter den Ausländerbegriff des Grundverkehrsgesetzes fallen, über den Umweg der Gründung von Organisationsgesellschaften („Schachtelgesellschaften“) die Anwendbarkeit der grundverkehrsrechtlichen Ausländerbestimmungen hintanhaltend (ausschalten) könnten und in der Folge ohne jegliche Beschränkungen wie Inländer heimischen Grund und Boden erwerben könnten.“<sup>140</sup> Der VfGH stimmte der Behörde im Ergebnis zu und ergänzte: „Eine andere Auslegung hiesse, Sinn und Zweck der Bestimmungen des Grundverkehrsgesetzes über den Ausländergrundverkehr ignorieren.“<sup>141</sup>

Trotz eines Normzwecks, der für eine extensive Auslegung des Wortlauts oder (bei Erreichen der Wortlautgrenze) eine Analogie spricht, können im Einzelfall die besseren Gründe gegen einen Umgehungsschutz sprechen. Ein Beispiel liefert wiederum das Grundverkehrsrecht, dieses Mal das Wiener Ausländergrunderwerbsgesetz. Ausländer sind nach § 2 Z 3 leg cit juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften mit dem satzungsgemäßen Sitz im Inland, an denen überwiegend Ausländer beteiligt sind. Wie beim Tiroler Grundverkehrsgesetz spricht der Normzweck eindeutig für eine analoge Anwendung auf den Fall, dass eine inländische GmbH an der juristischen Person beteiligt ist und Ausländer Gesellschafter der GmbH sind. Der OGH hat sich jedoch gegen eine Analogie entschieden.<sup>142</sup> „Der Wiener Landesgesetzgeber hat bei der Novellierung des Ausländergrunderwerbsgesetzes die in § 2 Z 3 WrAuslGEG 1967 enthaltene Definition von Ausländern nicht weiter gefasst. Nach wie vor wird nur formal auf die Ausländereigenschaft in der „ersten Beteiligungsstufe“ abgestellt. Begnügt sich der Gesetzgeber bei

der Novellierung von Ausländergrunderwerbsgesetzen trotz des bereits erwähnten Gesetzeszwecks mit einer im Vergleich zu anderen Landesgesetzen engeren Definition der Ausländereigenschaft, können auf rechtspolitisch vielleicht wünschenswerte Ergebnisse gestützte Überlegungen die vom Rekursgericht befürwortete extensive Auslegung des § 2 Z 3 WrAuslGEG nicht rechtfertigen“. Ob man dieser Entscheidung im konkreten Ergebnis folgt, ist nicht entscheidend. Wesentlich ist, dass das bewusste (!) Untätigwerden des Gesetzgebers für eine abschließende Regelung sprechen kann.

#### 3.4.4. Fazit

Wie auch in anderen Gesetzen, kann der Gesetzgeber im WGG keine Bestimmungen treffen, die alle denkbaren Umgehungsfälle explizit regeln. Es ist daher mittels Auslegung zu ermitteln, ob eine Umgehung zulässig ist. Dies soll nachfolgend an einigen Beispielen gezeigt werden.

#### 3.5. Umgehung der Gewinnausschüttungsbeschränkung durch Kapitalerhöhung und anschließende Kapitalherabsetzung

Die Gesellschafter einer Bauvereinigung in der Rechtsform einer AG oder GmbH könnten versuchen, die Gewinnausschüttungsbeschränkung des § 10 Abs 1 Satz 1 WGG zu umgehen, indem sie zunächst eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (nominelle Kapitalerhöhung nach dem Kapitalberichtigungsgesetz) und anschließend eine Kapitalherabsetzung durchführen, bei der die Einlagen an die Gesellschafter zurückgezahlt werden. Aus aktien- und GmbH-rechtlicher Sicht ist dieser Vorgang unproblematisch, solange das Verfahren nach §§ 175 ff AktG (insb § 178 AktG) bzw §§ 54 ff GmbHG (insb § 55 Abs 2 GmbHG) eingehalten wird, die dem Schutz der Gläubiger der Gesellschaft dienen. Dem Wortlaut nach wird nicht gegen § 10 Abs 1 Satz 1 WGG verstoßen, denn die Bestimmung bezieht sich nur auf die Gewinnausschüttung.<sup>143</sup> Die Einlagenrückzahlung ist keine Gewinnausschüttung und hängt auch nicht von der Höhe des Jahresüberschusses ab (vgl § 10 Abs 1 WGG: „Vom Jahresüberschuss [...] darf insgesamt nur ein Betrag ausgeschüttet werden“), sondern

139 VfGH 27.9.1986, B606/85, VfSlg 10.993; OGH 1.4.2008, 5 Ob 52/08w (obiter dictum); *Semper*, Der Ausländer-Grundverkehr im Share-Deal, *ecolex* 2010, 608 (611); *Th. Müller* in Müller/Weber, TGVG § 2 Anm 14 krit zur Europarechtskonformität, auf die in diesem Zusammenhang aber nicht einzugehen ist *Fuith*, Tiroler Grundverkehrsgesetz<sup>6</sup> 45.

140 VfGH 27.9.1986, B606/85, VfSlg 10.993.

141 VfGH 27.9.1986, B606/85, VfSlg 10.993 (Pkt 5.2.2 und Pkt 5.3.2); der VfGH versucht, den Fall unter den Wortlaut zu subsumieren. Dieser stelle auf „Aktien, Stammeinlagen und ähnliche Rechte“ an der Gesellschaft ab. Unter den gewöhnlichen Wortsinn (Begriffskern) fällt das jedenfalls nicht, weil unter ähnliche Rechte

zB Genussrechte verstanden werden können. Eine Analogie wäre uE eine bessere Begründung gewesen. Am entscheidenden Punkt, dass der Normzweck gegen eine abschließende Regelung spricht, ändert dies nichts.

142 OGH 1.4.2008, 5 Ob 52/08w; bestätigt in OGH 22.6.2010, 5 Ob 90/10m und implizit auch in OGH 31.8.2010, 5 Ob 44/10x.

143 Dies zeigt sich daran, dass eine Kapitalherabsetzung, die bereits eingezahlte Einlagen betrifft und daher ohne weiteres zulässig ist, bis zum Betrag des Mindeststammkapitals (§ 6 Abs 2 WGG) durchgeführt werden kann (wobei dann uU die Gemeinnützigkeit wegen fehlender Eignung nach § 3 WGG entzogen werden wird) und jedenfalls keiner Beschränkung nach § 10 Abs 1 WGG unterliegt.

mit Eintragung der Kapitalerhöhung entsteht ein Rückzahlungszahlungsanspruch der Gesellschafter, der unabhängig von einer allfälligen weiteren Gewinnausschüttung ist.<sup>144</sup> Auch § 10 Abs 4 WGG, wonach aus einer Kapitalberichtigung stammende Beträge nicht als eingezahlt iSd § 10 Abs 1 bis 3 WGG gelten, ist nicht unmittelbar einschlägig. Er ist bei § 10 Abs 1 WGG nur insoweit relevant, als der Zinssatz vom eingezahlten Stamm- bzw Grundkapital berechnet wird.

Obwohl nicht gegen den Wortlaut des § 10 Abs 1 Satz 1 WGG verstoßend, ist offensichtlich, dass der Vorgang dem Prinzip der Vermögensbindung widerspricht. Gegen dessen Zulässigkeit könnte zunächst § 10 Abs 1 Satz 2 WGG sprechen, wonach Gesellschafter vermögensrechtliche Vorteile nur in dem Umfang erhalten dürfen, als diese eine angemessene Gegenleistung für eine besondere von ihnen erbrachte geldwerte Leistung anzusehen sind. Die Bestimmung stellt in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich auf Austauschgeschäfte ab. Ein Gesellschafter darf Vermögenswerte der Gesellschaft nicht zu günstig erwerben und eigene Vermögenswerte dieser nicht zu teuer verkaufen.<sup>145</sup> Versteht man die Bestimmung über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus sehr weit, lässt sich wohl auch der vorliegende Fall darunter subsumieren. Der Gesellschafter hat keinen Anspruch auf den vermögenswerten Vorteil einer Einlagenrückzahlung aus einer Kapitalberichtigung, weil er keine besondere (!) geldwerte Gegenleistung erbracht, sondern lediglich Kapital in Form der eingezahlten Einlage zur Verfügung gestellt hat, für die er bereits einen Anteil am Gewinn erhält.

Überzeugender erscheint es, die Unzulässigkeit auf eine analoge Anwendung der § 10 Abs 2 und Abs 4 WGG zu stützen. Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft

aus, erhält er nur die eingezahlten Einlagen zurück, nach § 10 Abs 4 WGG aber keine Einlagen aus der Kapitalberichtigung. Im Hinblick auf den Normzweck der § 10 Abs 2 und Abs 4 WGG (Schutz vor Vermögensabfluss) wäre es wertungswidersprüchlich, beide Fälle unterschiedlich zu behandeln. Es liegt eine planwidrige Lücke vor, die mittels analoger Anwendung der § 10 Abs 2 und Abs 4 WGG zu schließen ist.<sup>146</sup> Der Herabsetzungsbeschluss, in dem die beabsichtigte Rückzahlung an die Gesellschafter angegeben sein muss (§ 54 Abs 1 GmbHG; § 175 Abs 3 AktG), verstößt gegen § 10 Abs 2 und Abs 4 WGG (analog). Das Firmenbuchgericht kann die Rechtswidrigkeit im Verfahren über die Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses im Rahmen seiner Prüfungspflicht aufgreifen und die Eintragung verweigern.<sup>147</sup> Wird die Kapitalherabsetzung eingetragten, sind die Zahlungen an die Gesellschafter dennoch rechtswidrig. Die Bauvereinigung hat analog § 10 Abs 2 WGG einen Rückforderungsanspruch (Pkt 2.8.3.).<sup>148</sup> Im Ergebnis kann die Gewinnausschüttungsbeschränkung des § 10 Abs 1 WGG nicht durch Einlagenrückzahlungen infolge einer Kapitalerhöhung nach dem Kapitalberichtigungsgesetz und einer daran anschließenden Kapitalherabsetzung umgangen werden.

### 3.6. Umgehung der Beschränkungen bei Anteilsveränderungen durch Zwischenschaltung einer GmbH

#### 3.6.1. Umgehungsanreiz

Ein Gesellschafter einer Bauvereinigung in der Rechtsform einer GmbH oder AG könnte versuchen, dem Genehmigungserfordernis des § 10a Abs 1 lit a WGG auszu-

144 *Diregger/Fichtinger* in Torggler, GmbHG § 57 Rz 3; *Völkl* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 57 Rz 6; bilanziell ist der Vorgang erfolgsneutral (*Bachmer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 190 Rz 6).

145 Die Bestimmung weist starke Parallelen zum Verbot der Einlagenrückgewähr auf, jedoch haben die Bestimmungen einen unterschiedlichen Normzweck. Das Verbot der Einlagenrückgewähr dient dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger und uE auch der Mitgesellschafter, während § 10 Abs 1 Satz 2 WGG primär einen Abfluss von gemeinnützigem Vermögen verhindern will. Beide Bestimmungen sind parallel anwendbar.

146 Zu berücksichtigen ist, dass bei einer Kapitalherabsetzung häufig nicht klar ist, ob die herabgesetzten Beträge aus einer Kapitalberichtigung stammen oder ursprünglich eingezahlt wurden (zum Grundsatz der Einheitlichkeit des Geschäftsanteils *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG § 75 Rz 10). Vorbehaltlich einer näheren Untersuchung sind Kapitalherabsetzungen nur bis zu dem Betrag zulässig, der den eingezahlten Einlagen entspricht. Beispiel: Ursprünglich wurden € 3 Mio einbezahlt. Kapitalerhöhung im Wege der Kapitalberichtigung auf € 10 Mio. Kapitalherabsetzung (mit Rückzahlung an Gesellschafter) ist bis zu einem Betrag von € 3 Mio (dh auf € 7 Mio. Stamm- bzw Grundkapital) zulässig. Im letztgenannten Fall ist zu berücksichtigen, dass die Gesellschafter im Falle der Auflösung oder ihres Ausscheidens nichts mehr erhalten würden, weil bereits alle eingezahlten Einlagen (iSd § 10 Abs 3 WGG) zurückbezahlt wurden. Fraglich könnte sein, ob es gegen das Vermögensbindungs-

prinzip verstößt, wenn die Gesellschafter ihre eingezahlten Einlagen frühzeitig zurückerhalten. Dagegen spricht jedoch, dass die Gesellschafter ohne weiteres eine Kapitalherabsetzung von (ursprünglich eingezahlten) € 6 Mio auf € 3 Mio vornehmen können und das WGG nicht verlangt, dass einmal eingezahlte Einlagen bis zum Ausscheiden in der Gesellschaft verbleiben müssen. Daher erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Gesellschafter zunächst zB € 3 Mio einzahlen, das Kapital mittels Kapitalberichtigung auf € 10 Mio erhöhen, das Kapital auf € 7 Mio herabsetzen und € 3 Mio an die Gesellschafter zurück zahlen.

147 Allgemein zur Prüfpflicht *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 insb Rz 22 ff; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 15 Rz 5 ff.

148 Daneben kommt auch ein Rückersatzanspruch nach § 83 GmbHG bzw §§ 52, 56 AktG in Betracht. Zwar schützt das Verbot der Einlagenrückgewähr Gesellschaftsgläubiger und Mitgesellschafter (FN 145), deren Interessen bei Einhaltung des Kapitalherabsetzungsverfahrens (insb Gläubigeraufruf) nicht beeinträchtigt sind. Ist jedoch die Kapitalherabsetzung wegen eines Verstoßes gegen § 10 Abs 2 und Abs 4 WGG (analog) fehlerhaft (zB wenn man Nichtigkeit des Herabsetzungsbeschlusses nach § 199 Abs 1 Z 3 AktG [öffentliches Interesse] annimmt), liegt eine verbotene Einlagenrückgewähr vor, die zu einem Rückersatzanspruch führt (vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 57 Rz 4; *Diregger/Fichtinger* in *Torggler*, GmbHG § 57 Rz 10; *Prinz* in *FAH*, GmbHG § 57 Rz 8).



weichen, indem er seinen Anteil an der Bauvereinigung in eine Gesellschaft („Muttergesellschaft“) einbringt, wobei sich wie erwähnt praktisch vor allem eine GmbH anbietet (Pkt 3.3.). Zwar ist die Einbringung nach § 10a Abs 1 lit a WGG genehmigungspflichtig.<sup>149</sup> In der Folge könnte er seinen Geschäftsanteil an der Muttergesellschaft aber ohne weiteres veräußern und auf diese Weise das Genehmigungserfordernis des § 10a Abs 1 lit a WGG und die Preisbeschränkung umgehen, weil ja nicht direkt der Anteil an der Bauvereinigung, sondern der Anteil an der Muttergesellschaft veräußert wird. Dies wirft die Frage auf, ob § 10a Abs 1 lit a WGG analog auf die Veräußerung des Geschäftsanteils anzuwenden ist.

### 3.6.2. Analogie

Wie erwähnt, setzt eine Analogie eine planwidrige Lücke und eine rechtsähnliche Bestimmung voraus, die analog angewendet werden kann (Pkt 3.4.1.).<sup>150</sup> Beide Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Um eine (teleologische)<sup>151</sup> Lücke festzustellen, muss zunächst der Gesetzeszweck durch teleologische Interpretation ermittelt werden.<sup>152</sup> Wie aufgezeigt (Pkt 2.8.1.), liegt ein Normzweck des § 10a Abs 1 lit a WGG darin, der Landesregierung die Kontrolle über den Anteils-erwerb zu ermöglichen. Da es wirtschaftlich betrachtet keinen Unterschied macht, ob der Anteil an einer Bauvereinigung veräußert wird oder aber sämtliche Anteile an einer GmbH, die wiederum an der Bauvereinigung beteiligt ist, spricht der Normzweck für eine Analogie. Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber bewusst keine Regelung vorgesehen hat, weil in diesem Fall keine „planwidrige“, sondern eine bewusste Lücke vorliegen würde.<sup>153</sup> Es gibt keine Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit eine abschließende Regelung treffen wollte (vgl Pkt 4.4.3.). § 10a WGG soll ua dazu dienen, Umgehungsmöglichkeiten des § 10 WGG zu verhindern.<sup>154</sup> Es ist daher nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst

mit § 10a WGG eine Bestimmung schaffen wollte, die leicht umgangen werden kann. Auch die zweite Voraussetzung ist erfüllt. Als analog anzuwendende Norm kommt nur § 10a Abs 1 lit a WGG in Betracht. Im Ergebnis liegt eine planwidrige Lücke vor, die durch § 10a WGG geschlossen werden kann.

### 3.6.3. Umgehung

Alternativ kann die Anwendung des § 10a Abs 1 lit a WGG auf die mittelbare Anteilsveräußerung auch mit dem Argument einer ansonsten drohenden Umgehung begründet werden. Dabei kommt dem Normzweck eine entscheidende Rolle zu (Pkt 3.4.2.). Auf eine Umgehungsabsicht kommt es wie erwähnt nicht an (Pkt 3.4.2.).

Der Normzweck des § 10a Abs 1 lit a WGG, der Landesregierung zu ermöglichen, einen Anteils-erwerb zu verhindern, va wenn sie die Gemeinnützigkeit der Bauvereinigung durch den Anteils-erwerb gefährdet sieht, spricht dafür, auch den Beteiligungswechsel in einer „zwischen-geschalteten“ GmbH, die einen Anteil an der Bauvereinigung hält, dem Genehmigungsvorbehalt zu unterwerfen. Eine andere Auslegung würde Sinn und Zweck der Bestimmung ignorieren. Da auch keine Anhaltspunkte bestehen, dass der Gesetzgeber bewusst eine abschließende Regelung treffen wollte, darf § 10a Abs 1 lit a WGG nicht durch die Zwischenschaltung einer GmbH umgangen werden und ist daher auch auf die Übertragung eines Geschäftsanteils der GmbH anwendbar, die einen Anteil an der Bauvereinigung hält.

### 3.6.4. Reichweite des Umgehungsschutzes

Unabhängig davon, ob man die Anwendung des § 10a Abs 1 lit a WGG mit einer Analogie oder einer ansonsten drohenden Umgehung begründet, stellt sich die Frage, wo die Grenzen liegen. Die Anwendung des § 10a Abs 1 lit a WGG auf den Erwerb von Anteilen an einer GmbH, die an einer Bauvereinigung beteiligt ist, beruht

149 Die Bestimmung ist wohl nicht unmittelbar, sondern nur analog anwendbar. Die Wortfolge „bei Einbringung als Sacheinlage“ in § 10a Abs 2 lit a WGG bezieht sich nicht auf die Veräußerung nach § 10a Abs 1 lit a WGG, sondern auf die Einbringung nach § 10a Abs 1 lit c WGG. In der Stammfassung des § 10a WGG ist dieser Zusammenhang noch deutlicher erkennbar.

150 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass § 10a WGG – wie auch die anderen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des WGG – eine privatrechtliche Norm ist. Dagegen spricht auf den ersten Blick, dass die Landesregierung die Genehmigung erteilt. Das ändert jedoch nichts am privatrechtlichen Charakter des § 10a WGG, weil der Landesregierung auch sonst die Aufsicht über die Einhaltung privatrechtlicher Normen des WGG obliegt (vgl *Würth* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Vor § 1 WGG Rz 1a). Somit handelt es sich beim Genehmigungsverfahren um ein Verwaltungsverfahren mit den entsprechenden Pflichten der Landesregierung (vgl VwGH 20.12.2002, 2001/05/0147). Diese muss allerdings bei

ihrer Entscheidung berücksichtigen, dass § 10a WGG eine privatrechtliche Norm ist und daher nach privatrechtlichen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln ist, ob dessen (Tatbestands)Voraussetzungen erfüllt sind. Die Unterscheidung ist deshalb relevant, weil der VwGH bei der Auslegung von Verwaltungsnormen Analogien zwar für zulässig erachtet (VwGH 4.5.2017, 2014/08/0060; VwGH 8.9.1998, 96/08/0207; VwGH 17.10.2012, 2012/08/0050; VwGH 29.10.2015, 2015/07/0019), ihnen aber tendenziell reserviert gegenübersteht (vgl VwGH 8.9.1998, 96/08/0207; VwGH 17.10.2012, 2012/08/0050; VwGH 29.10.2015, 2015/07/0019; VwGH 4.5.2017, 2014/08/0060; vgl bereits VwGH 4.5.1992, 89/07/0100).

151 Siehe FN 117.

152 *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 7 Rz 6.

153 RIS Justiz RS0008870; OGH 16.3.2017, 1 Ob 190/16x.

154 ErläutRV 1268 BlgNR 18. GP 5; VwGH 20.12.2002, 2001/05/0146.

auf dem Gedanken, dass der Fall als mittelbarer Anteils-erwerb mit dem direkten Erwerb einer Beteiligung an einer Bauvereinigung vergleichbar ist. Auch der Umgehungsschutz beruht auf der Überlegung, dass (wirtschaftlich betrachtet) Gleiches gleich behandelt werden muss, um den Normzweck des § 10a Abs 1 lit a WGG nicht zu vereiteln. Der Erwerb sämtlicher Anteile an einer GmbH, deren einziger Vermögensbestandteil die Beteiligung an der Bauvereinigung ist, kann jedenfalls mit dem Erwerb eines Anteils an der Bauvereinigung gleichgesetzt werden. Weniger eindeutig ist dies, (1.) wenn nicht sämtliche Anteile an der GmbH erworben werden, oder (2.) die GmbH neben der Beteiligung an der Bauvereinigung weitere Vermögenswerte hält.

Die erste Frage ist vergleichsweise leicht zu beantworten. § 10a Abs 1 lit a WGG stellt nicht auf die Größe des zu erwerbenden Anteils ab. Selbst wenn ein Geschäftsanteil mit einer Minimal-Stammeinlage von € 70,- (§ 6 Abs 1 GmbHG) an einer Bauvereinigung in der Rechtsform einer GmbH erworben wird, ist § 10a Abs 1 lit a WGG anwendbar. Dies spricht dafür, dass § 10a Abs 1 lit a WGG unabhängig davon anwendbar ist, wie groß der zu erwerbende Anteil an der GmbH ist, die einen Anteil an einer Bauvereinigung hält.

Schwieriger zu beantworten ist die zweite Frage. Die Anwendung des § 10a Abs 1 lit a WGG kann nicht schon deshalb ausgeschlossen sein, weil die zwischengeschaltete GmbH neben der Beteiligung an der Bauvereinigung noch über geringe anderweitige Vermögenswerte verfügt, weil ansonsten wiederum einer Umgehung Tür und Tor geöffnet werden würden und der Fall wirtschaftlich betrachtet auch hier mit dem Erwerb eines Anteils an der Bauvereinigung selbst vergleichbar ist. Bildet die Beteiligung an einer Bauvereinigung aber nur einen ganz geringen Teil des Vermögens einer GmbH, ist der Erwerb eines Anteils an dieser nicht mit dem Erwerb eines Anteils an der Bauvereinigung gleichzusetzen. Man wird zumindest fordern müssen, dass die Beteiligung an der Bauvereinigung über 50% – womöglich sogar 75% – des Vermögens der zwischengeschalteten GmbH ausmacht. Die genauen Grenzen kann aber nur die Rsp ziehen, wie sie dies auch bei vergleichbaren Fällen tun muss.<sup>155</sup>

### 3.6.5. Rechtsfolgen

Wie bei einem unmittelbaren Anteils-erwerb, erfordert auch der mittelbare Erwerb von Anteilen eine Genehmigung der Landesregierung. Wird diese versagt und die

Anteile dennoch übertragen, ist die Übertragung nichtig. Der Erwerber wird nicht Gesellschafter der zwischengeschalteten GmbH (vgl ausführlich Pkt 2.8.3.).

Zu berücksichtigen ist, dass nicht nur die zwischengeschaltete GmbH von der Nichtigkeit des Anteils-erwerbs betroffen ist, sondern auch die Bauvereinigung. Der Normzweck des § 10a Abs 1 lit a WGG liegt gerade darin, den Einfluss eines unerwünschten<sup>156</sup> Gesellschafters auf die Bauvereinigung zu verhindern. Deshalb sieht die Bestimmung die Nichtigkeit des Anteils-erwerbs vor, damit der Erwerber erst gar nicht Gesellschafter wird und keine Gesellschafterrechte ausüben kann. Das Beispiel weist insofern eine Besonderheit auf, als es bei der Bauvereinigung rechtlich (nicht wirtschaftlich) betrachtet zu keinem Gesellschafterwechsel kommt, denn Gesellschafter ist stets die zwischengeschaltete GmbH. Überträgt man die Sanktion des § 10a WGG wertungsmäßig auf diesen Fall, folgt daraus, dass die GmbH zwar Gesellschafterin der Bauvereinigung ist, deren Gesellschafterrechte aber ruhen, solange sie unter dem Einfluss des Erwerbers der Anteile der GmbH stehen, dh bis zur erfolgten Rückabwicklung des Anteils-erwerbs. Die GmbH hat zB kein Stimmrecht in Gesellschafterversammlung der Bauvereinigung, sie hat kein Informationsrecht und auch keine Vermögensrechte.<sup>157</sup> Nur so wird sichergestellt, dass der unzulässige Anteils-erwerb zu keinem Einfluss eines Investors auf die Bauvereinigung führt, den § 10a Abs 1 lit a WGG gerade verhindern möchte.

### 3.7. Gründung von Tochtergesellschaften

Ein weiteres Beispiel ist die Umgehung von Bestimmungen des WGG durch die Gründung von Tochtergesellschaften, wobei sich wiederum vor allem die GmbH anbietet (Pkt 3.3.). Ganz allgemein darf sich eine Bauvereinigung an einer Gesellschaft beteiligen. Nach § 7 Abs 4b WGG ist die Beteiligung an und – obwohl nicht explizit genannt – auch die Gründung einer Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Insbesondere muss sich die Mehrheit der Anteile im Besitz der Bauvereinigung befinden und der Tätigkeitsbereich der Gesellschaft auf jenen der Bauvereinigung beschränkt sein. Die Revision der Bauvereinigung bezieht sich zwar auch auf die Gesellschaft (§ 7 Abs 4b WGG iVm § 1 Abs 2 Genossenschaftsrevisionsgesetz), die Gesellschaft selbst muss aber nicht gemeinnützig sein.<sup>158</sup> Die Bauvereinigung darf sich auch an anderen Gesellschaften beteiligen oder solche gründen,<sup>159</sup> jedoch ist hierfür dann nach § 7 Abs 4 WGG die Genehmigung der Landesre-

155 Vgl etwa zu der Frage, wann bei einem Geschäftsanteils-erwerb Mängel des Unternehmens gewährleistungsrechtlich relevante Mängel des Geschäftsanteils bilden, jeweils mwN *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG § 76 Rz 14 f und *Walch*, Die Gewährleistungspflicht für Unternehmensmängel bei der Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils, NZ 2013, 171.

156 Ob der Gesellschafter „unerwünscht“ ist, beurteilt die Landesregierung.

157 Siehe allgemein zu den Gesellschafterrechten zB *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG § 75 Rz 16 ff.

158 Vgl zB AB 890 BlgNR 21. GP 1; *Sommer*, wobl 2016, 254 (in FN 30).

159 § 7 Abs 3 Z 9 und 10 WGG bleiben hier außer Betracht.

gierung erforderlich. Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (s näher § 7 Abs 4 WGG).

Fraglich ist, ob die Bauvereinigung Bauten und Anlagen<sup>160</sup> als Sacheinlage in gewerbliche (Tochter-)Gesellschaften einbringen darf. Dies ist deshalb problematisch, weil das Vermögen dadurch dem gemeinnützigen Sektor entzogen wird, was mit dem Vermögensbindungsprinzip konfliktiert. § 7 Abs 4 und Abs 4b WGG setzen jeweils nur voraus, dass das Kapital der Bauvereinigung durch die Beteiligung nicht übermäßig gebunden wird. Der Gesetzgeber hat dabei offenbar vor allem die Beteiligung mittels Bareinlagen vor Augen, schließt Sacheinlagen aber nicht explizit aus. § 10a Abs 1 lit b WGG ist nicht einschlägig, weil er nur auf die Einbringung von Vermögen einer Bauvereinigung in eine andere Bauvereinigung abstellt, die (Tochter-)Gesellschaft jedoch keine Bauvereinigung sein muss. Ein Ansatzpunkt für eine Lösung könnte § 10a Abs 1 lit d WGG sein, der erst mit der WGG-Novelle 2016 eingefügt wurde. Nach dieser Bestimmung bedarf die Veräußerung von Bauten und Anlagen an Personen, die nicht gemeinnützige Bauvereinigungen sind, der Genehmigung der Landesregierung. Diese ist nach § 10a Abs 2 lit d WGG jedenfalls zu versagen, wenn der Veräußerungspreis nicht angemessen ist. Aus dem Wortlaut („jedemfalls“) folgt, dass die Genehmigung auch aus anderen Gründen versagt werden kann (vgl bereits Pkt 2.8.1.). Versteht man unter „Veräußerung“ auch die Einbringung in eine Gesellschaft,<sup>161</sup> bedarf die Einbringung von Bauten und Anlagen der Genehmigung der Landesregierung. Diese überprüft, ob die Gegenleistung (Gesellschafterbeteiligung) angemessen ist, kann die Genehmigung aber auch aus anderen Gründen versagen, wenn sie in der Einbringung eine Gefahr für den gemeinnützigen Charakter der Bau-

vereinigung erblickt. Bei einer Gründung oder Beteiligung nach § 7 Abs 4 WGG sind somit zwei Genehmigungen erforderlich, die gemeinsam erteilt werden können. Bei einer Gründung oder Beteiligung nach § 7 Abs 4b WGG ist nur die Einbringung (Sacheinlage) genehmigungspflichtig.

Die Bauvereinigung kann ihre Beteiligung an (Tochter) Gesellschaften nicht ohne weiteres veräußern. Zunächst folgt aus § 7 Abs 4b Z 3 WGG, wonach eine Beteiligung ohne Zustimmung der Landesregierung nicht erforderlich ist, wenn die Mehrheit der Anteile im Eigentum der Bauvereinigung oder anderer Bauvereinigungen steht, dass die Veräußerung eines Anteils genehmigungspflichtig ist, wenn sie zum Verlust der Mehrheit führt. Aber auch andere Anteilsveräußerungen sind genehmigungspflichtig. Zu den genehmigungsfreien Geschäften zählt nämlich nach § 7 Abs 3 Z 12 WGG nur die Betreuung von Tochtergesellschaften nach § 7 Abs 4b WGG, nicht aber die Veräußerung von Anteilen an diesen. Ebenso ist die Veräußerung von Anteilen an Gesellschaften nach § 7 Abs 4 WGG genehmigungspflichtig, weil es sich dabei um ein Geschäft nach § 7 Abs 4 Satz 1 WGG handelt. Somit kann die Landesregierung bei einer beabsichtigten Veräußerung von Anteilen prüfen, ob damit das gemeinnützige Vermögen der Bauvereinigung beeinträchtigt wird, und die Veräußerung gegebenenfalls untersagen.

Im Ergebnis besteht uE keine Gefahr, dass das Prinzip der Vermögensbindung durch die Gründung von (Tochter-)Gesellschaften ausgehebelt wird. Das WGG bietet einen effektiven Umgehungsschutz, weil sowohl die Einbringung von Bauten und Anlagen in Tochtergesellschaften als auch die Veräußerung von Anteilen an Tochtergesellschaften eine Genehmigung der Landesregierung erfordern.

## Zusammenfassung

Gemeinnützige Bauvereinigungen können in den Rechtsformen einer Genossenschaft, einer AG oder einer GmbH gegründet werden. Das WGG enthält ein Sondergesellschaftsrecht für gemeinnützige Bauvereinigungen. Die Bestimmungen ergänzen und modifizieren die Bestimmungen des GenG, AktG bzw GmbHG.

Ein tragendes Prinzip des WGG ist die Vermögensbindung. Erwirtschaftete Gewinne sollen nicht an die Gesellschafter ausgekehrt werden, sondern müssen großteils in der Bauvereinigung verbleiben, die damit den gemeinnützigen Wohnbau fördern soll. Deshalb ist die Gewinnausschüttung bei gemeinnützigen Bauvereinigungen beschränkt und die

160 Dh nicht nur einzelne Wohnungen; vgl AB 965 BgNR 25. GP 4; Feichtinger, wobl 2016, 248 (250).

161 Ist man der Ansicht, dass dies nicht mehr vom äußerst möglichen Wortsinn erfasst ist, kommt uE auch eine Analogie in Betracht.

Gesellschafter erhalten im Falle ihres Austritts nur eine geringe Abfindung.

Außerdem soll mit Anteilen an Bauvereinigungen nicht spekuliert werden, weil dies letztlich deren gemeinnützigen Charakter beeinträchtigen könnte. Die Anteile unterliegen einer Höchstpreisbeschränkung und dürfen nur zum Wert der eingezahlten Einlagen weiterveräußert werden. Außerdem bedürfen Veräußerungen von Geschäftsanteilen oder Aktien an Bauvereinigungen einer Genehmigung der Landesregierung.

Es bestehen Anreize, das zwingende Sondergesellschaftsrecht des WGG zu umgehen. Zum Teil reagiert der Gesetzgeber aktiv und erlässt Bestimmungen, die eine Umgehung verhindern. In anderen Fällen muss mittels Auslegung der Bestimmungen des WGG ermittelt werden, ob eine Umgehung zulässig ist.

Die Gewinnausschüttungsbeschränkung des § 10 Abs 1 WGG kann nicht durch Einlagenrückzahlungen infolge einer Kapitalerhöhung nach dem Kapitalberichtigungsgesetz (nomi-

nelle Kapitalerhöhung) und einer daran anschließenden Kapitalherabsetzung umgangen werden. Auf diesem Weg erfolgte Zahlungen an die Gesellschafter sind unzulässig und können von der Gesellschaft zurückgefordert werden (Pkt 3.5.).

Ebensowenig kann das Genehmigungserfordernis des § 10a Abs 1 lit a WGG bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen oder Aktien umgangen werden, indem der Gesellschaftsanteil in eine GmbH eingebracht und daran anschließend die Anteile an der zwischengeschalteten GmbH veräußert werden. Der mittelbare Anteilserwerb unterliegt nämlich ebenfalls dem Genehmigungserfordernis des § 10a Abs 1 lit a WGG (Pkt 3.6).

Zuletzt kann das Prinzip der Vermögensbindung auch nicht durch die Gründung von (Tochter-)Gesellschaften ausgehebelt werden, weil sowohl die Einbringung von Bauten und Anlagen in Tochtergesellschaften als auch die Veräußerung von Anteilen an Tochtergesellschaften eine Genehmigung der Landesregierung erfordern (Pkt 3.7).