

AUFSÄTZE

Einlagenrückgewähr: (Un-)Echte Dritte, Verjährung, Ersitzung und Gerichtsstand

Das Verbot der Einlagenrückgewähr kann auch auf Nicht-Anteilseigner ausstrahlen. Um die Anwendbarkeit auf solche Dritte abzugrenzen, wird – inzwischen allgemein anerkannt – zwischen echten und unechten Dritten differenziert. Diese Unterscheidung ist somit kapitalerhaltungsrechtlich jedenfalls für Anwendungsbereich und Haftungsvoraussetzungen relevant. Auf die Frage, ob das Begriffspaar auch bei der Verjährung, bei der Ersitzung und bei der internationalen Gerichtszuständigkeit bedeutsam sein kann, geben die rezenten OGH-Entscheidungen 6 Ob 170/23b und 17 Ob 21/23x erste Antworten.

Deskriptoren: Einlagenrückgewähr, echte Dritte, unechte Dritte, Verjährung, Ersitzung, Gerichtsstand.

Normen: §§ 82 f GmbHG; §§ 52 ff AktG; §§ 1472, 1485, 1486, 1494 ABGB; § 92c JN; Art 7 EuGVVO.

Von Heinrich Foglar-Deinhardstein

1. Zwei neue OGH-Entscheidungen zu Fragen zwischen Kapitalerhaltungs-, Zivil- und Zivilprozessrecht

Auf der Landkarte, die das Kernland des materiellen Kapitalerhaltungsrechts abbildet, gibt es nicht mehr viele gänzlich weiße Flecken. Im Vergleich noch deutlich weniger gut erschlossen sind die Grenzgebiete zwischen Kapitalerhaltungsrecht sowie einerseits dem allgemeinen Zivilrecht und andererseits dem Prozessrecht. Daher ist selbst bei materiell-rechtlich (ziemlich) klaren Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr die Durchsetzung von daraus resultierenden Ansprüchen nicht immer einfach. Dies zeigen exemplarisch die hier vorgestellten OGH-Entscheidungen 6 Ob 170/23b¹ und 17 Ob 21/23x.²

2. Von der Rechtsprechung bereits gesicherte Grundlagen

2.1. Ausgangspunkt 1: Die Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf unechte und echte Dritte

Das Verbot der Einlagenrückgewähr gilt für österreichische Kapitalgesellschaften (FlexCos, GmbHs, AGs, SEs) sowie nach der ständigen Rechtsprechung des OGH auch für österreichische unechte Personengesellschaften (verdeckte Kapitalgesellschaften) (FlexCo & Co KGs, GmbH & Co KGs, AG & Co KGs, SE & Co KGs). Das Verbot soll das Vermögen der Gesellschaft gegen den „*gewinnunabhängigen Zugriff der Gesellschafter*“ sichern.³ „*Zu verhindern gilt es die als ex post-Opportunismus bekannten Verhaltensstrategien von Gesellschaftern zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger [...]. Entscheidend ist nicht die konkrete Höhe des jeweils vorhandenen Gesellschaftsvermögens, sondern der Schutz gegen nachträgliche negative Veränderungen durch die Gesellschafter.*“⁴ Der gewinnunabhängige Zugriff ist daher mE unabhängig davon verpönt, ob die Tätigkeit der Gesellschaft auf Gewinnerzielung gerichtet ist oder nicht, wobei es freilich gegenüber den Gläubigern keine absolute Verpflichtung zur Vermehrung des Gesellschaftsvermögens gibt.⁵

1 OGH 20.12.2023, 6 Ob 170/23b – *Leiner III* = EvBl 2024, 432 (*Hoskovec*) = GesRZ 2024, 190 (*Auer*).

2 OGH 04.12.2023, 17 Ob 21/23x = *Trenker/Lutschounig*, Zak 2024, 64 = EvBl 2024, 567 (*Schechtl*).

3 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 3.

4 *Mülbert*, AcP 2014, 188 (259).

5 *H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieb/Hof-fenscher-Summer*, GmbHG² § 82 Rz 3 FN 7.

Primäre Verbotsadressaten sind die **Anteilseigner** der jeweiligen Gesellschaft; das Verbot kann aber nach den Umständen des Einzelfalls auch auf **Dritte** anwendbar sein. Nach von der Judikatur rezipierter Ansicht ist dabei zwischen unechten und echten Dritten zu unterscheiden:⁶

- Bei **unechten Dritten** ist jedenfalls eine direkte Inanspruchnahme möglich; der unechte Dritte haftet solidarisch mit dem involvierten Gesellschafter.⁷ Folgende Dritte können – mE immer abhängig von den Umständen des Einzelfalls (insb dann, wenn der Vermögenstransfer auf Veranlassung eines Anteilseigners erfolgt und/oder zu einem Vorteil des Anteilseigners führt)⁸ – unechte Dritte sein:⁹ ehemalige oder zukünftige Anteilseigner, mittelbare (indirekte) Gesellschafter, Schwestergesellschaften (mE solidarisch mit dem gemeinsamen Gesellschafter),¹⁰ Treugeber,¹¹ vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfasste nahe Familienangehörige,¹² vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfasste Begünstigte einer Privatstiftung.¹³ Organwalter der Gesellschaft sind *per se* keine unechten Dritten.¹⁴ Auch eine Person, die einem unechten Dritten nahesteht, kann aufgrund dieses Naheverhält-

nisses selbst wiederum zum unechten Dritten werden.¹⁵

- **Echte Dritte** – zB eine den Anteilseigner finanzierende Bank, deren Kredit mit einer von der Gesellschaft bestellten Sicherheit besichert wird, oder ein Berater oder Vermittler, der seine zugunsten des Anteilseigners erbrachten Leistungen an die Gesellschaft verrechnet¹⁶ – sind hingegen nur ausnahmsweise Normadressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr, genauer gesagt: Adressaten einer (auf der Schlechtgläubigkeit des echten Dritten gründenden) Drittwirkung des Verbots der Einlagenrückgewähr.¹⁷ Dafür ist zusätzlich erforderlich, dass Kollusion – also absichtliches Zusammenwirken des Vertreters der Gesellschaft mit dem Dritten zum Nachteil der Gesellschaft – oder sittenwidrige Schädigung (§ 1295 Abs 2 ABGB)¹⁸ vorliegt, oder der Dritte vom bewusst nachteiligen Handeln des Vertreters der Gesellschaft und des Anteilseigners wusste (positives Wissen), oder sich der Missbrauch ihm geradezu aufdrängen musste (grobe Fahrlässigkeit).¹⁹ Dies lässt sich – außer aus den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht – auch aus dem Verbot der Be-

6 Vgl Köppl, Das Verbot der „Einlagenrückgewähr“ 2, 25, 49 ff, 104 ff, 111 ff, 127, 159; Kals in Konecny, Insolvenz-Forum 2015, 125 (129); zust H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA, Rz 1/90 ff; Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 6; Zehentmayer/Ronacher, RdW 2023, 99 (100); OGH 20.12.2018, 6 Ob 195/18x – Leiner I = Dejaco, NZ 2019, 81 = P. Csoklich/P. N. Csoklich, GesRZ 2019, 54 = ZFS 2019, 8 (Karollus) = GesRZ 2019, 193 (Kals) = V. Hügel, JEV 2019, 77 = H. Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2019, 938 = J.P. Gruber, AR aktuell 2019 H 3, 28; 15.09.2020, 6 Ob 58/20b.

7 Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA³, 1 (49 ff, 58, 157 f) mwN; Köppl in Torggler, GmbHG § 82 Rz 13 ff; § 83 Rz 10; J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 166 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 83 Rz 7; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 83 Rz 12 ff, 21; Artmann in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 56 Rz 9 f; Rüffler/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 228 (231); Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 71; Hoskovec, EvBl 2024, 435; ähnlich Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 83 Rz 11 ff; Bollenberger, Zak 2018, 24 (25); vgl OGH 13.12.2016, 3 Ob 167/16d; 20.12.2018, 6 Ob 195/18x – Leiner I; 15.09.2020, 6 Ob 58/20b. Allgemein zur Haftung eines unechten Dritten gem § 83 GmbHG OGH 22.12.2021, 6 Ob 89/21p, ÖBA 2022, 370 (A. Wimmer) = ecolex 2022, 380 (J. Reich-Rohrwig).

8 H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA, Rz 1/91; vgl Eckert/Wöss in Aschauer et al, Niedrigverzinsung 71 (77). Abl zum Kriterium der Veranlassung oder des wirtschaftlichen Vorteils Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA³, 1 (43, 54). Kritisch zur bloßen Veranlassung als hinreichendem Kriterium Milchrahm, GRAU 2022, 151 (156).

9 Vgl J. Reich-Rohrwig/Aschl, ecolex 2022, 850 (864).

10 Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA³, 1 (49 ff) mwN; Koppensteiner in Artmann/Rüffler/Torggler, Konzern 67 (78); H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA, Rz 1/91; aA offenbar (ausschließliche Haftung der Schwestergesellschaft) Haberer in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rz 11.150; Eckert/U. Schmidt in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rz 13.44.

11 Vgl H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG² § 82 Rz 67, 75 mwN.

12 OGH 20.12.2018, 6 Ob 195/18x – Leiner I; 24.05.2019, 8 ObA 53/18d; 24.10.2019, 6 Ob 71/19p = GesRZ 2020, 148 (Ratka) =

EvBl 2020, 978 (Painsi; K. Rastegar); 29.08.2022, 6 Ob 234/21m = ecolex 2022, 987 (Aschl/Zimmermann) = Klement/Fitz, GES 2022, 380 = GesRZ 2023, 191 (H. Hayden); 25.01.2023, 6 Ob 31/22k = Drobnik, NZ 2023, 342 = GesRZ 2023, 321 (Plattner); Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 8; vgl H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG² § 82 Rz 70, 75 mwN; Hoskovec, EvBl 2024, 435.

13 Vgl H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG² § 82 Rz 72, 75 mwN.

14 Karollus, ZFS 2019, 8 (15 f); H. Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2019, 938; Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA³, 1 (49); Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 15; OGH 15.09.2020, 6 Ob 58/20b. Unklar OGH 24.10.2019, 6 Ob 71/19p.

15 OGH 25.01.2023, 6 Ob 31/22k; H. Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2019, 938; Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 14.

16 Kals, GesRZ 2020, 158 (162); vgl OGH 17.05.2023, 6 Ob 24/23g = ecolex 2023, 850 (Peissl/Prasser) = ImmoZak 2023, 90 (Dobler) = GesRZ 2024, 61 (Zehetner).

17 Zehentmayer/Ronacher, RdW 2023, 99 (100 ff).

18 OGH 23.06.2021, 6 Ob 61/21w = GesRZ 2022, 79 (Bauer) = Blaschke, GES 2021, 386 = G. Kodek in Lewisch, JB Wirtschaftsstrafrecht 2022, 161 = Ch. Müller, ÖJA 2023, 129.

19 OGH 25.06.1996, 4 Ob 2078/96h – Febringer = JBl 1997, 108 (Hügel) = Saurer, RdW 1998, 593; 22.10.2003, 3 Ob 287/02f = RWZ 2004/11, 38 (Wenger); 29.05.2008, 2 Ob 225/07p = RWZ 2008/72, 260 (Wenger) = GesRZ 2008, 310 (Stingl) = GES 2008, 315 (Bauer) = ÖBA 2009, 60 (Bollenberger); 29.09.2010, 7 Ob 35/10p = ZFR 2011/38, 82 (Auer) = GesRZ 2011, 110 (Karollus) = RWZ 2010, 363 (Wenger); 20.03.2013, 6 Ob 48/12w – Kneisz I = ÖBA 2013, 601 (Wolkerstorfer/Gebetsberger) = ecolex 2013, 638 (F. Hörlsberger/Rieder) = GesRZ 2013, 230 (Thurnher); 17.07.2013, 3 Ob 50/13v – MBO II = RWZ 2013, 315 (Wenger) = GesRZ 2013, 356 (Artmann) = ÖBA 2014, 52 (P. Bydlinski); 15.12.2014, 6 Ob 14/14y – Humanitas, NZ 2015, 107 (Till) = ecolex 2015, 128 (Brugger) = GesRZ 2015, 130 (Karollus) = Reisch/Hampel, ZIK 2015/100, 91 = Hermann, GES 2016, 394 = Prostor, ZfRV 2019, 179; 24.11.2015, 1 Ob 28/15x – Kneisz II, NZ 2016,

einrächtigung fremder Forderungsrechte/des Eingriffs in solche Rechte²⁰ ableiten: Ein Dritter haftet dem Gläubiger für den Eingriff in auch bloß relative Rechte, wenn er die Erfüllung des relativen Rechts durch den Schuldner vorsätzlich oder – bei offenkundigen Gläubigerrechten – auch nur fahrlässig vereitelt. Auf das Verbot der Einlagenrückgewähr kann das mE folgendermaßen umgelegt werden: Die GmbH hat gegenüber ihren Gesellschaftern ein Recht auf Erhaltung ihres Vermögens und – im Fall einer Verletzung der Vermögenserhaltung – auf Rückersatz; in diese Rechte darf auch ein echter Dritter bei sonstiger Haftung nicht störend eingreifen.²¹

2.2. Ausgangspunkt 2: Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zwischen gesellschafts- und zivilrechtlichen Ansprüchen

2.2.1. Stand der Rechtsprechung

Bei Verletzungen des Verbots der Einlagenrückgewähr gilt zwischen dem Rückersatzanspruch gemäß § 83 GmbHG (analog)²² und allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüchen nach der Rsp des OGH Anspruchsgrundlagen-

konkurrenz; sie existieren nebeneinander.²³ Neben § 83 GmbHG (analog) bestehen daher die Ansprüche der Gesellschaft nach allgemeinem Bereicherungsrecht (insb gem § 877, § 1431 ABGB).²⁴

2.2.2. Keine Privilegierung des Anspruchsgegners

Dass die Judikatur § 83 GmbHG nicht als *lex specialis* anerkennt, die dann das allgemeine Zivilrecht verdrängte, mag auf den ersten Blick irritierend wirken. Nicht von der Hand zu weisen ist aber ein zentraler Teil der Begründung des 6. Senats, auf die er seinerzeit diese Weichenstellung in der Rechtsprechung gestützt hat: Gerade im Hinblick auf die Verjährung (siehe noch unten 2.2.3.) sind Bereicherungsansprüche grds für die entreicherte Gesellschaft vorteilhafter als der Rückersatzanspruch des § 83 GmbHG. Es erscheint aber wenig überzeugend, dass das Gesetz durch § 83 GmbHG den Empfänger einer verbotswidrigen Leistung gegenüber dem allgemeinen Bereicherungsrecht – durch Abschneiden der zivilrechtlichen Ansprüche – privilegieren wollte. Der Empfänger einer verbotswidrigen Leistung im Gesellschaftsrecht ist nämlich keineswegs schutzwürdiger als der Bereicherungsschuldner im allgemeinem Zivilrecht.²⁵

147 (Auer) = GesRZ 2016, 219 (Arlt) = Mitterecker, GES 2016, 150; 29.03.2017, 6 Ob 48/17b; 02.05.2019, 17 Ob 5/19p = NZ 2019, 222 (H. Foglar-Deinhardstein) = Fantur, GES 2019, 169 = RWZ 2019, 288 (Wenger) = Obradović/Demian, ZFR 2019, 451 = Reisch, ZIK 2019, 122 = ÖBA 2019, 741 (Scheuwimmer) = Engin-Deniz, ecolex 2019, 751 = GesRZ 2019, 344 (Edel/Welten); 23.06.2021, 6 Ob 61/21w; 14.09.2021, 6 Ob 26/21y = EvBl 2022, 321 (Painsi; R. Rastegar) = Brugger, NZ 2022, 69; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 82 Rz 21, § 83 Rz 15 f; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 82 Rz 88, § 83 Rz 19 ff; J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 168; Kalls in Konecny, Insolvenz-Forum 2015, 125 (130); tw aA Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA³, 1 (53 FN 288, 158); Köppl in Torggler, GmbHG § 82 Rz 17, § 83 Rz 11. Kritisch zum Kriterium des Schädigungsvorsatzes des Vertreters und objektive Evidenz der Pflichtwidrigkeit genügen lassend Zehentmayer/Ronacher, RdW 2023, 99 (101 ff).

20 Vgl allg OGH 03.07.1968, 5 Ob 134/68; 27.07.1995, 1 Ob 537/95; 21.02.2002, 8 Ob 194/01i; 13.09.2007, 6 Ob 169/07g; 14.11.2013, 2 Ob 126/13p; 17.11.2015, 4 Ob 192/15m; Bollenberger/P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, ABGB⁷ § 859 Rz 16 f; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 859 Rz 62 ff; Mader in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03} § 440 Rz 3; G. Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03} § 1294 Rz 10, 12; Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1394 Rz 13 f; Hügel in FS Koppensteiner II, 11 (25); J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 604 ff.

21 H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hofjenscher-Summer, GmbHG² § 83 Rz 10, 40. Vgl dahingehende Überlegungen bei Bollenberger, Zak 2018, 24 (26); Bollenberger, JBl 2013, 137 (140 f); Ch. Müller, ÖJA 2023, 129 (146 f, 156 ff, 166 ff).

22 Die Bestimmung ist für die GmbH und die FlexCo direkt und für die AG, die SE und die unechte Personengesellschaft (verdeckte Kapitalgesellschaft) analog anwendbar.

23 Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 83 Rz 36 ff; vgl OGH 13.09.2012, 6 Ob 110/12p = RWZ 2012, 321 (Wenger) =

GesRZ 2013, 38 (U. Torggler); 04.03.2013, 8 Ob 20/13v = GesRZ 2013, 286 (Milchbrahm) = RWZ 2013, 139 (Wenger); 20.03.2013, 6 Ob 48/12w – Kneisz I; 29.08.2017, 6 Ob 114/17h = wbl 2017, 655 (Harrer) = GesRZ 2018, 50 (Karollus) = EvBl 2018, 224 (Told) = Bollenberger, Zak 2018, 24; 21.12.2017, 6 Ob 206/17p = GesRZ 2018, 125 (Stagl) = Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; 21.11.2018, 6 Ob 180/18s; 23.01.2020, 6 Ob 202/19b = GesRZ 2020, 337 (Aburumieh) = ecolex 2020, 516 (Planitzer) = Cap in FS FL-OGH 119; 25.06.2020, 6 Ob 21/20m, GesRZ 2021, 41 (R. Gruber) = ÖBA 2021, 266 (Edelmann) = ecolex 2021, 134 (J. Reich-Rohrwig); 23.06.2021, 6 Ob 61/21w; 18.11.2022, 6 Ob 112/22x – Leiner II = Fantur, GES 2022, 365 = wobl 2023, 232 (Zott) = GesRZ 2023, 195 (Rauter); Köppl in Torggler, GmbHG § 83 Rz 4; Dejaco, NZ 2019, 81 (90 f).

24 OGH 13.09.2012, 6 Ob 110/12p; 04.03.2013, 8 Ob 20/13v; 20.03.2013, 6 Ob 48/12w – Kneisz I; 26.04.2016, 6 Ob 79/16k = GesRZ 2016, 412 (Artmann); 21.12.2017, 6 Ob 206/17p; vgl Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 877 Rz 8; Köppl in Torggler, GmbHG § 83 Rz 4, 14; Striessnig, GesRZ 2016, 266; Haberer in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rz 11.226 ff; Kalls in Konecny, Insolvenz-Forum 2015, 125 (136).

25 OGH 13.09.2012, 6 Ob 110/12p. Ebenso schon Karollus, ecolex 2008, 47 (48, 50): „Bei der Bestimmung der Rechtsfolgen ist daher primär auf den Schutz der Gesellschaft und nicht auf jenen des Gesellschafters abzustellen. Eine Lösung, nach der die Gesellschaft durch die Rechtsfolgen der Einlagenrückgewähr im Vergleich zur ansonsten bestehenden Rechtslage benachteiligt wird, wäre mit diesem Schutzzweck unvereinbar. [...] Gegen eine Verdrängung der für die Gesellschaft hinsichtlich der Verjährung günstigeren Anspruchsgrundlagen spricht wiederum entscheidend der das Verbot der Einlagenrückgewähr prägende Schutzzweck zugunsten der Gesellschaft.“ sowie Dejaco, NZ 2019, 81 (90). Differenzierend (weil die Verjährung gem § 83 Abs 5 analog auf die zivilrechtlichen Ansprüche anwendend) U. Torggler, GesRZ 2013, 44; Zott, wobl 2023, 237; Rauter, GesRZ 2023, 199 f.

Nebenbei bemerkt spricht dies mE auch als schlagendes Argument *de lege ferenda* gegen eine Reform des Kapitalgesellschaftsrechts dahingehend, dass sich die Gesellschaft bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht auf allgemeine Anspruchsgrundlagen des Zivilrechts berufen kann.²⁶ Warum soll etwa der Gesellschaft ausgerechnet gegenüber ihrem Anteilseigner – anders als gegenüber jedem anderen Dritten – keine Vindikation zustehen, wenn der Gesellschafter einen Vermögensgegenstand der Gesellschaft rechtswidrig in Besitz genommen hat? Eine solche positive Diskriminierung der Verpflichteten aus dem kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruch gegenüber sonstigen Schuldner aus einer ungerechtfertigten Bereicherung und/oder aus einem rechtswidrigen Eingriff in geschützte Rechte Dritter im allgemeinen Zivilrecht wäre wohl sogar verfassungsrechtlich bedenklich.

2.2.3. Konsequenzen der Anspruchskonkurrenz

Gemäß § 83 GmbHG verjährt der Rückersatzanspruch bei verbotener Einlagenrückgewähr nach fünf Jahren, sofern der Empfänger die Widerrechtlichkeit der Leistung nicht kannte. Basierend auf der ständigen Rechtsprechung über die Anspruchskonkurrenz kann eine Gesellschaft aber, auch wenn der Rückersatzanspruch gem § 83 GmbHG (analog) nach Ablauf von fünf Jahren bereits verjährt sein sollte, grds wegen der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts – soweit die dafür erforderlichen Kriterien erfüllt sind – weiterhin eine Leistungskondition wegen ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen.²⁷

Der Bereicherungsanspruch unterscheidet sich in mehrfacher Weise vom gesellschaftsrechtlichen Rückersatzanspruch: Die Leistungskondition verjährt im Allgemeinen erst nach 30 bzw 40 Jahren (§§ 1472, 1485 ABGB).²⁸ Bereicherungsrechtlich können auch aus einer verbotenen Einlagenrückgewähr resultierende Folgeschäden geltend gemacht werden.²⁹ Das – nach der Rsp aus § 63 Abs 3 GmbHG, mE aber richtiger Weise aus § 83 Abs 4 GmbHG ableitbare³⁰ – Aufrechnungsverbot, das den Schuldner des

Rückersatzanspruchs trifft, gilt nicht, wenn zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung der Rückersatzanspruch gem § 83 GmbHG (analog) bereits verjährt ist und die Gesellschaft daher einen Anspruch auf Rückforderung einer verbotswidrigen Leistung nach allg Bereicherungsrecht geltend macht.³¹ Ist der Rückersatzanspruch gem § 83 GmbHG (analog) bereits verjährt, steht dem Schuldner außerdem auch der Einwand des Wegfalls der Bereicherung zu.³²

Umstritten ist, ob auch gegenüber echten Dritten ein Rückersatzanspruch gem § 83 GmbHG (analog) besteht, oder ob der Gesellschaft in diesem Verhältnis nur, aber immerhin die Ansprüche nach allgemeinem Zivilrecht zukommen.³³

3. Die *Leiner*-Rechtsprechung zu Fragen der Verjährung

3.1. *Hedy Lamarr* und die *Leiner I*-Entscheidung

Das nach der großen *Hedy Lamarr* benannte Immobilienprojekt in der Wiener Mariahilfer Straße ist bekanntlich zuletzt in den Strudel der SIGNA-Insolvenzen geraten. Die rechtlichen und faktischen Voraussetzungen für das Projekt verdanken sich nicht zuletzt der OGH-E 6 Ob 195/18x.³⁴ Mit dieser Entscheidung beseitigte der OGH nämlich ein auf der Liegenschaft lastendes verbüchertes Wohnungsgebrauchsrecht. Dieses Recht betraf das Penthouse auf dem Dach des seinerzeitigen *Leiner*-Kaufhauses und war von der GmbH, in deren Eigentum die Immobilie stand, der Gründerfamilie unentgeltlich eingeräumt worden. Nach dem Verkauf dieser GmbH kam es zum Rechtsstreit zwischen der GmbH und der Gründerfamilie, wobei der OGH letztlich – unter Berufung auf das Verbot der Einlagenrückgewähr und unter Qualifikation der Gründerfamilie als unechte Dritte – auf Löschung des Wohnrechts aus dem Grundbuch und auf Verpflichtung zur Räumung des Penthouse durch die Gründerfamilie erkannte. Im wirtschaftlichen Ergebnis machte die Räumung des Penthouse den Weg frei für den Abriss des *Leiner*-Gebäudes und damit für das *Lamarr*-Projekt.

26 Vgl zu diesem Vorschlag und zur Kritik (insb von *Thomale* und *H. Foglar-Deinhardstein*) daran *Winner* in *Kalss/Torggler*, Reform des Gesellschaftsrechts 129 (139 ff); *Drobnik* in *Kalss/Torggler*, Reform des Gesellschaftsrechts 145.

27 OGH 13.09.2012, 6 Ob 110/12p; 04.03.2013, 8 Ob 20/13v; 20.03.2013, 6 Ob 48/12w – *Kneisz I*; 26.04.2016, 6 Ob 79/16k.

28 OGH 13.09.2012, 6 Ob 110/12p; *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, HB vGA³, 1 (62 f); *Haberer* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 11.228. Abl zur 40-jährigen Verjährung bei einer unternehmerisch tätigen GmbH OGH 22.04.2022, 8 Ob 81/21a = *Ehgartner*, RdW 2022, 522 = GesRZ 2022, 380 (*Auer*); implizit wohl auch 18.11.2022, 6 Ob 112/22x – *Leiner II*.

29 *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (96); *U. Torggler*, GesRZ 2013, 11 (13 ff).

30 *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieb/Hoffenscher-Summer*, GmbHG² § 83 Rz 19 FN 81, Rz 42.

31 OGH 21.12.2017, 6 Ob 206/17p; 28.03.2018, 6 Ob 128/17t = GesRZ 2018, 242 (*Ch. Nowotny*) = *Michtner*, GES 2018, 233 = GES 2018, 237 (*Fantur*) = *Aburumieb/H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2019, 3; 21.11.2018, 6 Ob 180/18s; 23.06.2021, 6 Ob 61/21w.

32 Vgl *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 (424); *Dejaco*, NZ 2019, 81 (88); dies wohl andeutend OGH 21.12.2017, 6 Ob 206/17p.

33 Vgl *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieb/Hoffenscher-Summer*, GmbHG² § 83 Rz 10 FN 39 mwN.

34 Siehe schon FN 12.

3.2. Die Verjährungsfrist und die *Leiner II*-Entscheidung

In einem weiteren Gerichtsverfahren klagte die GmbH – mit am 05.12.2017 eingebrachter Klage – die Gründerfamilie auf Entgelt in Höhe von Euro 3 Millionen für die titellose Benützung des Penthouse seit Jänner 1993. Zwar verjähren – wie erwähnt – Rückersatzansprüche aus Verletzungen des Verbots der Einlagenrückgewähr gemäß § 83 Abs 5 GmbHG binnen nur fünf Jahren, sofern der Empfänger die Widerrechtlichkeit der Leistung nicht kannte. Wegen der nach ständiger Rechtsprechung (siehe oben unter 2.2.1. und 2.2.3.) zwischen dem Rückersatzanspruch gem § 83 GmbHG und allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüchen bestehenden Anspruchsgrundlagenkonkurrenz kann eine GmbH auch nach allfälliger Verjährung des Rückersatzanspruchs gem § 83 GmbHG grds weiterhin eine Leistungskondition wegen ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen. Diese verjährt eben erst nach 30 bzw 40 Jahren (§§ 1472, 1485 ABGB).

Im Fall des *Leiner*-Kaufhauses sprach der OGH aber nun aus, dass *in concreto* die Verjährungsfrist für den Bereicherungsanspruch ausnahmsweise keineswegs (deutlich) länger, sondern sogar noch kürzer als die für den konkurrierenden Rückersatzanspruch gemäß § 83 GmbHG sei:³⁵ Die für die erfolgte Gebrauchsüberlassung einer Liegenschaft geltend gemachten Kondiktionsansprüche nach § 877 ABGB analog fielen nämlich unter die sinngemäß heranzuziehende dreijährige Verjährungsfrist des § 1486 Z 4 ABGB.

Dabei verwies der OGH auf folgende Unterscheidungskriterien: Eine **lange Verjährungsfrist** sei insbesondere dann legitim, wenn (a) dem Ersatzpflichtigen **positive Kenntnis der Widerrechtlichkeit** der Leistung zur Last falle (vgl § 83 Abs 5 GmbHG)³⁶ und/oder (b) der aus der Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr resultierende Anspruch – zB auf Rückübertragung – sofort – somit **unabhängig von der Nutzungsdauer** – „voll“ entsteht und der Sache nach gleichbleibend ist. Demgegenüber sei eine **kurze Verjährungsfrist** insb dann angezeigt, wenn der Ersatzpflichtige **ohne Kenntnis der Widerrechtlichkeit** mit fortschreitender Zeitdauer mit einem **Anschwellen von Rückständen** konfrontiert ist, weil es sich bei den gegen ihn gerichteten Ansprüchen etwa um wiederkehrende Entgeltansprüche aus einem Dauerschuldverhältnis oder um ein kontinuierlich mit der Dauer der Nutzung anwachsendes Benützungsentgelt handelt.

3.3. Die Hemmung der Verjährung und die *Leiner III*-Entscheidung

Auf dieser Basis war nunmehr im zweiten Rechtsgang zu klären, ob und, falls ja, inwieweit die von der Klägerin geltend gemachten Entgeltansprüche bereits verjährt seien. Die klagende GmbH stellte sich insbesondere auf den Standpunkt, dass die Verjährung bis zum 05.06.2013 gehemmt gewesen sei, weil auf Seiten der Vertreter der Klägerin angesichts der vertretungsbefugten Personen eine Interessenkollision vorgelegen sei, sodass eine gesetzmäßige Wahrung ihrer Rechte nicht zu erwarten gewesen sei. Der OGH nützte zu 6 Ob 170/23b³⁷ sein nunmehr drittes Erkenntnis zum *Leiner*-Rechtsstreit für folgende Aussagen:

- Selbst wenn die zivilrechtlichen Bereicherungsansprüche wegen eines kapitalerhaltungsrechtlichen Verstoßes ausnahmsweise schon nach drei Jahren verjähren, ändert sich nichts an der fünfjährigen Verjährungsfrist für (konkurrierende) Rückersatzansprüche gemäß § 83 GmbHG (ErwGr 34).³⁸
- Wenn die Gesellschaft, der ein Anspruch wegen Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr zusteht, durch nahe Angehörige des Anspruchsgegners als Mitglieder eines mehrköpfigen Kollegialorgans vertreten wird, kann dies zu einer Hemmung der Verjährung des Anspruchs führen. Dies hat folgende Gründe:
 - o Gemäß § 1494 ABGB ist bei minderjährigen Personen die Ersitzungs- und Verjährungszeit gehemmt, solange der Minderjährige keinen gesetzlichen Vertreter hat oder sein gesetzlicher Vertreter an der Wahrnehmung seiner Rechte gehindert ist. Eine bereits angefangene Ersitzungs- oder Verjährungszeit läuft nach § 1494 ABGB zwar weiter, kann aber nie früher als zwei Jahre nach Wegfall der Hindernisse enden. Die Hemmung gemäß § 1494 ABGB greift auch dann, wenn zwar eine ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung besteht, vom Vertreter aber wegen einer Interessenkollision eine gesetzmäßige Wahrung der Rechte des Minderjährigen nicht zu erwarten ist (ErwGr 17).
 - o Nach ständiger Judikatur und herrschender Lehre ist § 1494 ABGB analog anwendbar, wenn bei einer GmbH wegen Interessenkollision nicht zu erwarten ist, dass der Geschäftsführer während

35 OGH 18.11.2022, 6 Ob 112/22x – *Leiner II*.

36 Diese Bestimmung gilt für GmbHs und FlexCos, aber nicht für AGs und SEs. Vgl *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 56 Rz 19; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein*, HB vGA Rz 1/219; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 56 Rz 39 FN 155; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 56 Rz 21; *Dejaco*, NZ 2019, 81 (88 FN 75).

37 Siehe schon FN 1.

38 So auch schon *Striessnig*, GesRZ 2016, 266 (266 f). AA noch *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 56 Rz 23; offen *Milchrahm*, wobl 2011, 29 (34).

seiner Tätigkeit Rückersatzansprüche der Gesellschaft gemäß § 83 GmbHG gegen sich selbst durchsetzen würde, zB wenn der Verpflichtete aus dem Rückersatzanspruch als einziger oder zumindest für die Vertretung der Gesellschaft notwendiger Geschäftsführer fungiert (ErwGr 18 und 19).³⁹

- o Zuwendungen an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten, namentlich an nahe Angehörige des Gesellschafters, sind als verbotene Einlagenrückgewähr zu qualifizieren. Dieser Gedanke ist auch auf das Verhältnis zwischen Vertreter und Anspruchsgegner übertragbar. § 1494 ABGB ist daher auch in Fällen analog anwendbar, in denen zwar der Anspruchsgegner nicht selbst Mitglied des Vertretungsorgans ist, die verbotene Einlagenrückgewähr aber einem nahen familiären Angehörigen des Vertreters oder einer Person mit sonstiger innerer Nahebeziehung zum Vertreter zugekommen ist (ErwGr 20 und 21).
- Der Nachweis, dass im Einzelfall trotz eines Angehörigenverhältnisses – wegen tatsächlich fehlender innerer Nähe zwischen den betroffenen Personen – eine Interessenkollision nicht bestand, obliegt dem Begünstigten, weil die Beziehungstiefe für die Gesellschaft nicht einsehbar ist (ErwGr 22).
- Eine Hemmung gemäß § 1494 ABGB tritt nur dann ein, wenn kein Handlungsspielraum für ein pflichtgemäßes Vorgehen bei der Vertretung der Gesellschaft gegeben ist, somit also dann nicht, wenn neben dem Anspruchsgegner bzw neben dessen nahem Angehörigen auch andere Organmitglieder in vertretungsbefugter Anzahl – oder zumindest ein unbefangener Geschäftsführer, der mit einem unbefangenen Prokuristen gemeinsam vertretungsbefugt ist – vorhanden sind (ErwGr 24 und 25).
- Angedrohte oder befürchtete negative Konsequenzen für den Geschäftsführer, ein (bei versuchter Untersagung der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr ohnedies nichtiger) Weisungsbeschluss der Gesellschafter oder ein diametrales und unterminierendes Tätigwerden der befan-

nen Organmitglieder sind keine ausreichenden Gründe für eine Hemmung der Verjährung (ErwGr 26 – 30).

Bemerkenswert und neu an diesen Rechtssätzen ist namentlich, dass der OGH für die **Hemmung der Verjährung** genügen lässt, dass eine Person, die – kapitalerhaltungsrechtlich betrachtet – zur Gesellschaft – aufgrund einer Nahebeziehung zum Anspruchsgegner – im Verhältnis eines **unechten Dritten** steht, in der Lage ist, aufgrund ihrer Organfunktion die wirksame Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem eigentlichen Anspruchsgegner zu blockieren.⁴⁰ Die Qualifikation als unechter Dritter sei zu vermuten, wenn eine familiäre oder sonstige innere Nahebeziehung des Vertreters zum Anspruchsgegner bestehe, wobei dem Anspruchsgegner der Gegenbeweis dahingehend offenstehe, dass tatsächlich gar keine innere Nähe bestand.

Während in diesem Punkt also eine materielle Sichtweise maßgeblich ist, pocht der OGH bei der Blockademöglichkeit sehr formal auf die Vertretungsbefugnis als einziges beachtliches Kriterium. Schon ein einziger unbefangener Co-Geschäftsführer, der womöglich gar nur gemeinsam mit einem Prokuristen eine unbefangene Vertretungshandlung setzen kann, soll genügen, um keine Hemmung eintreten zu lassen. Die internen Beherrschungsmöglichkeiten und Machtverhältnisse seien demgegenüber unbeachtlich – eine Druckausübung durch Gesellschafter, andere Organmitglieder oder Prokuristen sei irrelevant, sofern nur unbefangene Organmitglieder in vertretungsbefugter Anzahl zur Verfügung stehen.⁴¹

3.4. Hemmung der Ersitzung

Die vom OGH in der *Leiner III-E* formulierten Grundsätze müssen mE grds auch im Fall einer Ersitzung von kapitalerhaltungswidrig eingeräumten Rechten gelten. Die Frist zur Ersitzung eines Rechts, das ein Anteilseigner oder ein vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfasster Dritter auf diesem Weg gegen die Gesellschaft erwerben kann, wäre somit gemäß § 1494 ABGB analog gehemmt, wenn die Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaft wegen einer Interessenkollision der Organwalter –

39 So schon OGH 13.09.2012, 6 Ob 110/12p; 21.12.2017, 6 Ob 206/17p; 29.08.2019, 6 Ob 141/19g = GesRZ 2020,61 (Feltl); 22.12.2021, 6 Ob 89/21p; 18.11.2022, 6 Ob 112/22x – *Leiner II*; *Artmann* in FS Torggler, 49 (50 ff); *Striessnig*, GesRZ 2016, 266 (267); *Dejaco*, NZ 2019, 81 (90 f); *Hoskovec*, EvBl 2024, 434; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieb/Hoffen-scher-Summer*, GmbHG² § 83 Rz 22. Zum Aktienrecht *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 56 Rz 21; *Lanschützer/Neuner* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 56 Rz 36; *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1,00} § 56 Rz 19.

40 Zustimmend *Hoskovec*, EvBl 2024, 434 f; *Auer*, GesRZ 2024, 194.

41 So auch schon *Artmann* in FS Torggler 49 (53). Anders *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG³ § 56 Rz 39 FN 158: „[...] da auch

bei mehrgliedrigen Organen Abhängigkeiten bestehen können, welche die ordnungsgemäße Wahrnehmung des Anspruchs durch grundsätzlich nicht betroffene Vorstandsmitglieder jedenfalls faktisch ausschließen. Außerdem ist – abgesehen von Abhängigkeiten – auf die inneren Kompetenzregelungen Bedacht zu nehmen; bei entsprechender Ressortverteilung muss ein Verstoß den nicht ressortverantwortlichen Vorstandsmitgliedern überhaupt nicht auf-fallen, zumal Verstöße gegen § 52 nicht immer leicht zu beurteilen sind, sodass die nicht mit der konkreten Causa befassten Vorstands-mitglieder diese auch bei gehöriger Sorgfalt nicht immer erkennen können. Dieser Fall kann daher – was freilich immer im Einzelfall zu beurteilen ist – wertungsmäßig eher jenen bei Vorhandensein eines Alleinvorstands entsprechen.“

etwa wegen einer Nahebeziehung vom Organwalter zum Ersitzungsbesitzer – nicht zu erwarten ist. Im Übrigen: Wird ein kapitalerhaltungswidrig und somit – wegen Nichtigkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts – titellos eingeräumtes dingliches Recht letztlich wirksam durch Ersitzung erworben, steht der Gesellschaft mE für die Zeit vom verbotenen Empfang bis zum Wirksamwerden der Ersitzung ein angemessenes Nutzungsentgelt zu, wobei dieser Anspruch auf angemessenes Entgelt naturgemäß nach allgemeinen Regeln verjähren kann.

3.5. Erinnerung an das Verbot der Überraschungsentscheidung

Äußerst positiv ist hervorzuheben, dass der erkennende Senat in 6 Ob 170/23b ausdrücklich an das Verbot von Überraschungsentscheidungen erinnert. Gerade in einem so dynamischen und klippenreichen Rechtsgebiet wie dem Kapitalerhaltungsrecht muss diesem wichtigen Prinzip daher in Zukunft wieder vermehrt Beachtung geschenkt werden.⁴²

4. Die internationale Gerichtszuständigkeit für kapitalerhaltungsrechtliche Ansprüche

Die internationale Gerichtszuständigkeit für Klagen aus § 83 GmbHG (analog) richtet sich grundsätzlich nach Art 7 Z 1 EuGVVO 2012.⁴³ In der rezenten E 17 Ob 21/23x hatte sich der OGH freilich mit der Frage der internationalen Zuständigkeit bei einem Beklagten außerhalb des Anwendungsbereichs der EuGVVO – konkret mit Sitz auf den niederländischen Antillen – auseinanderzusetzen.

Streitgegenständlich war der Anspruch einer österreichischen Aktiengesellschaft gegen ihre Großmuttergesellschaft, die als Alleingesellschafterin an der 99%-Aktionärin beteiligt war. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Aktiengesellschaft klagte der Insolvenzverwalter die Großmuttergesellschaft, weil die österreichische Gesellschaft ihrer Großmutter ohne jegliche Gegenleistung ihre Ansprüche gegen die Organe der AG

abgetreten habe, wodurch ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verwirklicht worden sei.

Die beklagte Großmuttergesellschaft hat, wie erwähnt, ihren Sitz auf den niederländischen Antillen. Nach der im Verfahren vertretenen Position des klagenden Insolvenzverwalters hätte sich die Zuständigkeit des österreichischen Gerichts aus § 92c JN⁴⁴ iVm § 51 Abs 1 Z 6 JN⁴⁵ ergeben, weil es sich um einen gesellschaftsrechtlichen Anspruch der Gesellschaft gegen ihre indirekte Anteilseignerin handelte.

Der OGH verneinte indes die inländische Gerichtsbarkeit, und zwar mit folgender Begründung: Da die Beklagte ihren Sitz außerhalb der Europäischen Union habe und somit nicht vom räumlichen Anwendungsbereich der EuGVVO umfasst sei, bestimme sich die Zuständigkeit der Gerichte eines jeden EU-Mitgliedstaats grds nach dessen eigenem Recht (vgl Art 6 Abs 1 EuGVVO 2012). Die Frage der österreichischen Zuständigkeit sei damit richtiger Weise nach nationalem Recht zu beurteilen. Der Kläger berufe sich aber – so der OGH – zu Unrecht auf eine internationale Zuständigkeit österreichischer Gerichte auf Grundlage des Wahlgerichtsstands nach § 92c JN. Eine Subsumtion unter § 92c JN käme nämlich nur dann in Betracht, wenn die Beklagte als „Mitglied“ der Klägerin (§ 51 Abs 1 Z 6 JN) und nicht als „Dritte“ im Sinn des § 92c JN anzusehen wäre. Als Mitglied einer AG sei jedoch grundsätzlich nur deren unmittelbarer Aktionär, nicht jedoch der (Allein-)Anteilseigner der (Mehrheits-)Aktionärin zu qualifizieren. Dass bei Prüfung eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angezeigt sein mag und daher auch mittelbare Gesellschafter als Normadressaten anzusehen sind, könne daran nichts ändern. Die Zuständigkeitsprüfung im Hinblick auf § 92c JN wäre nämlich mit erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden, wollte man einem bloß mittelbar an der „Handelsgesellschaft“ Beteiligten die Eigenschaft als „Mitglied“ zuerkennen.

Bemerkenswert an dieser E ist, dass die Figur des unechten Dritten – hier in der Gestalt eines indirekten Beinahe-Alleinaktionärs – nach der Argumentation des erkennen-

42 Vgl H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumiehl/Hoffenscher-Summer, GmbHG² § 82 Rz 76 FN 379; § 83 Rz 32 FN 144; Rz 40 FN 211 – jew mwN.

43 OGH 23.01.2020, 6 Ob 202/19b, GesRZ 2020, 337 (Aburumiehl) = ecolx 2020, 516 (Planitzer) = Cap in FS FL-OGH 119; 08.04.2022, 17 Ob 12/21w, ÖBA 2022, 916 (R. Wiedermann) = GesRZ 2022, 383 (Klein/Schmelzer) = Lind, ÖJZ 2022, 1239 = Richter, JBl 2023, 60 = Werdertisch, GesRZ 2024, 91.

44 § 92c JN lautet: „Die in § 51 Abs. 1 Z 6 genannten Streitigkeiten, mit Ausnahme von Klagen gegen Dritte, können bei dem Gericht des Ortes angebracht werden, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat.“

45 § 51 Abs 1 Z 6 JN lautet: „Vor die selbständigen Handelsgerrichte gehören, falls der Streitgegenstand an Geld oder Geldeswert den

Betrag von 15 000 Euro übersteigt: [...] 6. Streitigkeiten aus dem Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft oder zwischen dieser und ihren Mitgliedern, zwischen den Mitgliedern der Verwaltung und den Liquidatoren der Gesellschaft und der Gesellschaft oder deren Mitgliedern, zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Unternehmens, zwischen den Teilnehmern einer Vereinigung zu einzelnen unternehmensbezogenen Geschäften für gemeinschaftliche Rechnung sowie Streitigkeiten aus Rechtsverhältnissen aller dieser Personen zu Dritten, denen sie sich in dieser Eigenschaft verantwortlich gemacht haben, und zwar in allen diesen Fällen sowohl während des Bestandes als auch nach der Auflösung des gesellschaftlichen Verhältnisses, sofern es sich nicht um eine Arbeitsrechtssache handelt; [...]“

den Senats gerade wegen ihrer Flexibilität und Einzelfallbezogenheit nicht ausreicht, um daran gemäß § 92c iVm § 51 Abs 1 Z 6 JN eine inländische Gerichtsbarkeit anknüpfen zu können. Im Prozessrecht – insb bei

Prüfung der internationalen Zuständigkeit – wird somit der Rechtsklarheit und -sicherheit Vorrang gegenüber der wirtschaftlichen Betrachtungsweise⁴⁶ und der Billigkeit im Einzelfall eingeräumt.

Conclusio

- Nach allgemein anerkannter Ansicht ist das kapitalgesellschaftsrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr nicht nur auf die direkten Anteilseigner, sondern – nach jeweils unterschiedlichen Kriterien und nach den Umständen des konkreten Einzelfalls – potentiell auch auf unechte und echte Dritte anwendbar.
- Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr genießen grds keine Privilegierung gegenüber den Regeln des allgemeinen Zivilrechts. Allgemein zivilrechtliche Ansprüche konkurrieren daher bei Verletzungen des Verbots der Einlagenrückgewähr mit den spezifisch gesellschaftsrechtlichen Rückersatzansprüchen.
- Bei zivilrechtlichen Ansprüchen aus einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr kann – ausnahmsweise – eine dreijährige Verjährungsfrist zur Anwendung kommen, und zwar insbesondere wenn (a) dem Ersatzpflichtigen keine positive Kenntnis der Widerrechtlichkeit anzulasten ist, und (b) es sich um ein wiederkehrendes und daher mit fortschreitender Zeitdauer anschwellendes Entgelt (oder den entsprechenden Ersatz für ein solches Entgelt) handelt.
- Selbst wenn die zivilrechtlichen Bereicherungsansprüche wegen eines kapitalerhaltungsrechtlichen Verstoßes ausnahmsweise schon nach drei Jahren verjähren, ändert sich nichts an der fünfjährigen Verjährungsfrist für (konkurrierende) Rückersatzansprüche gemäß § 83 GmbHG (analog).
- Die Verjährung wird gem § 1494 ABGB analog gehemmt, wenn wegen einer Interessenkollision von Organwaltern der Gesellschaft, ohne die eine wirksame Vertretung der Gesellschaft nicht möglich ist, eine Geltendmachung der Ansprüche gegen den Verpflichtete nicht zu erwarten ist. Für die Hemmung ist nicht erforderlich, dass der Rückersatzverpflichtete selbst in einer Organfunktion ist; es genügt, wenn eine Person als blockierender Organwalter agiert, die zur Gesellschaft – aufgrund einer Nahebeziehung zum Anspruchsgegner – im Verhältnis eines (kapitalerhaltungsrechtlich betrachtet) unechten Dritten steht.⁴⁷ Bei formaler Nahebeziehung steht dem Anspruchsgegner der Gegenbeweis dahingehend offen, dass faktisch gar keine innere Nähe bestand.
- Diese für die Verjährung anwendbaren Grundsätze können mE grds auch für den

46 OGH 18.07.2011, 6 Ob 33/11p, GesRZ 2011, 361 (Hügel); 20.03.2013, 6 Ob 48/12w – Kneisz I; 23.02.2016, 6 Ob 171/15p – AE&E I = RWZ 2016, 125 (Wenger) = EvBl-LS 2016/81 (Robrer) = Schopper/Walch, NZ 2016, 163 = GesRZ 2016, 281 (P. Schörghofer) = ÖBA 2017, 621 (Dellinger) = Bergmann/P. Schörghofer, GES 2017, 20 = Straube in FS Bittner 657 = Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; 22.12.2016, 6 Ob 232/16k = GesRZ 2017, 116 (Zehetner) = Dejaco, NZ 2019, 81; 28.03.2018, 6 Ob 128/17t; 20.12.2018, 6 Ob 195/18x – Leiner I; 24.05.2019, 8 ObA 53/18d; 23.04.2020, 6 Ob 154/19v – Alpine = wbl 2020, 406 (Koppensteiner) = Richter, ZIK 2020, 92 = ecolex 2020, 711 (Zimmermann) = ZFR 2020, 465 (Artmann) = Drobnik, RdW 2020, 746 = GesRZ 2020, 414 (Winner); 25.01.2023, 6 Ob 31/22k; 17.05.2023, 6 Ob 24/23g; Kalls in WiR, Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht 119 (138 ff, 141 ff); Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA³, 1 (39 f); Fleischer in FS Krieger 253 (269 ff). Vgl

zum Umgründungsrecht Grünwald, GesRZ 1995, 110 (111); Ton, ecolex 1999, 172; J. Reich-Robruwig, Kapitalerhaltung 332 f; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VII. C Rz 8, 25; Eckert in Althuber/Schopper, HB Unternehmenskauf & Due Diligence² Rz 55; Karollus, ecolex 2022, 868 (870 f). Zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise auch in anderen Rechtsbereichen OGH 22.02.2024, 17 Ob 24/23p; Cabn in FS Schmidt 157; A. Hofmann, NZ 2018, 204 (207 FN24); Karollus, GesRZ 2020, 169 (171 FN17); WiR, Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht; Karollus, JBl 2022, 689 (696 f).

47 Prägnant Hoskovec, EvBl 2024, 435: „Da [unechte Dritte] typischerweise eng in die missbilligten Vorgänge verstrickt sind, wird ihnen nun auch die Hemmung zugemutet, zumal sie wohl schon aufgrund der besonderen Nahebeziehung damit rechnen werden, dass der Vertreter nicht gegen sie tätig wird.“

Fall der Ersitzung von kapitalerhaltungswidrig eingeräumten Rechten angewendet werden. Wird ein kapitalerhaltungswidrig und somit – wegen Nichtigkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts – titellos eingeräumtes dingliches Recht letztlich wirksam durch Ersitzung erworben, steht der Gesellschaft mE für die Zeit vom verbotenen Empfang bis zum Wirksamwerden der Ersitzung ein angemessenes Nutzungsentgelt zu, wobei dieser Anspruch auf angemessenes Entgelt naturgemäß nach allgemeinen Regeln verjähren kann.

- Außerhalb des räumlichen Anwendungsbereichs der EuGVVO kann die internationale Zuständigkeit österreichischer Gerichte für die Klage einer österreichischen Gesellschaft aus einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gegen einen un-

echten Dritten nicht auf § 92c iVm § 51 Abs 1 Z 6 JN gestützt werden. Gerade die Flexibilität und Einzelfallbezogenheit der Figur des unechten Dritten verhindert nach Ansicht des OGH eine Subsumtion unter § 92c JN, der eine leicht erkennbare Anknüpfung für die Zuständigkeit verlangt.

- Entsprechend einer dahingehenden Erinnerung durch den OGH sollte gerade in einem so dynamischen und klippenreichen Rechtsgebiet wie dem Kapitalerhaltungsrecht dem wichtigen Verbot der Überraschungsentscheidung in Zukunft wieder vermehrt Beachtung geschenkt werden.

Korrespondenz:

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M.,
Rechtsanwalt,
heinrich.foglar-deinhardstein@cerhahempel.com