

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Einlagenrückgewähr und Insolvenzrecht

Obwohl Kapitalerhaltungs- und Insolvenzrecht in der Rechtswirklichkeit große Überschneidungen aufweisen, sind die Querverbindungen durch Rechtsprechung und Literatur noch bei weitem nicht ausreichend ausgeleuchtet. Rezente Entscheidungen des OGH (6 Ob 98/24s; 17 Ob 11/24b; 17 Ob 12/24b; 6 Ob 233/24v, *Alpine*; 17 Ob 8/25p; 17 Ob 3/25b), des BGH (IX ZR 127/24, *Wirecard*) und des EuGH (C-43/25, *SML Maschinengesellschaft mbH*) bieten den passenden Anlass, sich den Gemeinsamkeiten und Unterschieden von Kapitalerhaltungs- und Insolvenzrecht anhand ausgewählter Fragen anzunähern.*)

ÖJA 2026/5

- I. Einleitung
- II. Die praktische Relevanz der Beziehung von Kapitalerhaltungs- und Insolvenzrecht
- III. Gläubigerschutz als Leitstern des Privatrechts
- IV. Wie Kapitalgesellschafts- und Insolvenzrecht den Vorrang der Gläubiger vor den Anteilseignern umsetzen
 - A. Überblick
 - B. Bestandschutz des fehlerhaften Verbands
 - C. Kapitalaufbringung
 - D. Kapitalerhaltung
 - E. Mindestnennkapital – kein Grundpfeiler des Gläubigerschutzes
 - F. Der Dualismus Kapitalaufbringung – Kapitalerhaltung
 - G. Recht der Auflösung der Kapitalgesellschaft
 1. Gründe für die Auflösung einer Kapitalgesellschaft
 2. Vergleich des Gläubigerschutzes zwischen Konkurs- und Liquidationsverfahren
- V. Warum das Kapitalerhaltungsrecht ein scharfes Schwert bietet
- VI. Weshalb die kapitalerhaltungsrechtlichen Ansprüche bei der Gesellschaft konzentriert sind
- VII. Die Gewinnausschüttung als erlaubter Vermögenstransfer
 - A. Die erlaubte Gewinnausschüttung und der Primat der Vollausschüttung
 - B. Kein Widerspruch der Judikatur zum Vollausschüttungsgebot
 - C. Rechtliche Kräfte, die der (Voll-)Ausschüttung entgegenwirken können
 1. Nachträgliche Verluste
 2. Gefährdung der Liquiditätssituation oder des Bestands der Gesellschaft durch Fremdfinanzierung der Ausschüttung
 3. Insolvenzzurechtlich anfechtbare Dividende
 - a. Dividendenauszahlungen sind grundsätzlich anfechtbar
 - b. Anfechtung der nachträglichen Ausschüttung eines zunächst vorgetragenen Gewinns
 - c. Anfechtung bei Dividende auf Basis eines nichtigen Beschlusses
 4. Nach Insolvenzeintritt noch offene Dividendenansprüche

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner der CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH in Wien.

*) Überarbeitete Fassung eines Vortrags, den der Verfasser bei der 26. Insolvenztagung Burgenland am 26. 2. 2026 über Einladung von Frau Rat Mag. *Andrea Scheidl* gehalten hat.

- VIII. Das Verbot der Einlagenrückgewähr im Verhältnis zu Anteilseignern, unechten Dritten und echten Dritten
 - A. Primäre Adressaten
 - B. Unechte Dritte
 - 1. Allgemeines
 - 2. Vermögenstransfer einer Kapitalgesellschaft an den indirekten Anteilseigner – Haftung eines direkten Anteilseigners?
 - 3. Vermögenstransfer an den direkten Anteilseigner – Haftung eines indirekten Anteilseigners?
 - 4. Vermögenstransfer aus einer Tochtergesellschaft der Kapitalgesellschaft an einen Anteilseigner der Kapitalgesellschaft
 - 5. Kapitalgesellschaftsrechtliche Einlagenrückgewähr und Privatstiftung
 - C. Echte Dritte
- IX. Verdeckte Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr – Vorrang der insolvenzrechtlichen Anfechtung vor gegenläufiger Kapitalerhaltung
 - A. Grundlagen des Verbots der verdeckten Einlagenrückgewähr
 - B. Vorrang der insolvenzrechtlichen Anfechtung
- X. Nach welchen Kriterien das Vorliegen einer verdeckten Einlagenrückgewähr zu prüfen ist
 - A. Die zentralen Prüfkriterien des Drittvergleichs: betriebliche Veranlassung – objektive Angemessenheit – betriebliche Rechtfertigung
 - B. Zur objektiven Angemessenheit
 - C. Zur betrieblichen Rechtfertigung
 - D. Zum Gesamtplan, zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise und zum Nachteilsausgleich durch legitimierende Ausgleichsmaßnahmen
- XI. Wie eine verbotene Einlagenrückgewähr geheilt (saniert) werden kann
- XII. Der kapitalerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch
 - A. Grundlagen
 - B. Inhalt des Rückersatzanspruchs
 - C. Verbot des Verzichts auf den Rückersatzanspruch, Aufrechnung gegen den und mit dem Rückersatzanspruch
 - D. Verjährung
- XIII. Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die eine verbotene Einlagenrückgewähr verdecken
 - A. Konkurrenz zwischen gesellschafts- und zivilrechtlichen Sanktionen
 - B. Grenzen der Nichtigkeitssanktion
 - C. Abgrenzung von Gesamt- und Teilnichtigkeit
 - D. Haftung eines echten Dritten
 - E. Nichtigkeit des Jahresabschlusses wegen verbotener Einlagenrückgewähr?
- XIV. Der kapitalerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch im Vergleich zum Bereicherungsrecht
 - A. Grundsätzliche Unterschiede zwischen Rückersatz- und Bereicherungsansprüchen
 - B. Verjährung
- XV. Der kapitalerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch im Vergleich zur insolvenzrechtlichen Anfechtung
 - A. Allgemeines
 - B. Insolvenz der Gesellschaft
 - C. Insolvenz des Anteilseigners
- XVI. Eigentumsklage
- XVII. Schadenersatz
- XVIII. Fazit

I. Einleitung

Ein fälschlich¹⁾ *Karl Kraus* untergejubeltes Zitat – in Wahrheit wurde es wohl von *Karl Farkas*, mglw unter Rückgriff auf englischsprachige Vorläufer-Pendants und auf *Alexander Lernet-Holenia* geprägt – lautet: „*Österreicher und Deutsche sind durch die gemeinsame Sprache getrennt.*“

Sind Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht durch das gemeinsame Rechtssystem voneinander getrennt?²⁾ Nachstehend sollen Querverbindungen zwischen dem kapitalgesellschaftsrechtlichen Verbot der Einlagenrückgewähr und dem Insolvenzrecht skizzenhaft dargestellt werden.

II. Die praktische Relevanz der Beziehung von Kapitalerhaltungs- und Insolvenzrecht

Das Verhältnis von Kapitalerhaltungs- und Insolvenzrecht ist zunächst von hohem **praktischem Interesse**. Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr finden in österr Kapitalgesellschaften tagtäglich statt, bleiben aber meistens zunächst nach außen hin unbemerkt. IdR bedarf es nachträglich eines Stresstests iS eines fokussierten Anlasses, damit die Kapitalerhaltungswidrigkeit aufgegriffen wird – man denke an Gesellschafterstreitigkeiten, an Steuerprüfungen, an die Krise oder Sanierung der Gesellschaft oder eines Anteilseigners, an strafrechtliche Ermittlungen, an Wechsel unter den Organwaltern oder den Anteilseignern oder auch an Due Diligence-Prüfungen zur Vorbereitung von M&A-Transaktionen.³⁾

Ein solcher Katalysator oder Lackmустest, der verbotene Einlagenrückgewähr hervortreten lässt, kann naturgemäß auch ein **Insolvenzverfahren** über das Vermögen der Gesellschaft oder über das Vermögen eines Anteilseigners sein, zumal gerade im Konkursverfahren mit dem jeweiligen Insolvenzverwalter zwar nicht immer ein deus ex machina die Bühne, aber doch jedenfalls ein externer und unabhängiger player das Spielfeld betritt, der noch dazu ein hohes Interesse an der Einbringlichmachung von Forderungen aus Gesetzesverstößen hat.

III. Gläubigerschutz als Leitstern des Privatrechts

Aber neben diesen rechtspraktischen Aspekten existiert auch auf **rechtspolitischer** und **rechtsdogmatischer** Ebene ein enger Zusammenhang zwischen Kapitalerhaltungs- und Insolvenzrecht, steht über beiden doch als Leitstern der **Gläubigerschutz**.

Dieser Schutzzweck ist freilich kein auf Kapitalgesellschafts- und Insolvenzrecht beschränktes Anliegen. Schon im allgemeinen **Zivil- und Unternehmensrecht** sind Gläubigerinteressen grundsätzlich schutzwürdig, man denke nur – ganz fundamental – an die Grundsätze der

¹⁾ *Robert Sedlaczek*, Wiener Zeitung, 22. 7. 2011; *Dietmar Krug*, Die Presse, 18. 11. 2012.

²⁾ Zu möglichen Gründen, warum im deutschsprachigen Raum – anders als im englischsprachigen – die Wechselwirkungen zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht lange Zeit vernachlässigt worden sind, *Bachner*, Creditor Protection 7 ff; vgl auch *Bachner* in *Bachner*, GmbH-Reform 79 (92 ff); *Told in Koller*, Insolvenz-Forum 2024, 75 (75 ff). Im universitären Bereich des deutschsprachigen Raums wurde Insolvenzrecht traditionell als Annexmaterie zum Zivilprozessrecht behandelt, während im englischsprachigen Raum schon lange – gerade auch im Hinblick auf die Bedeutung einer potentiellen Insolvenz für Finanzierungsverträge und Sicherheitenbestellungen – die materiellrechtlichen Implikationen des Insolvenzrechts für das Privatrecht im Fokus standen.

³⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 1.

Vertragstreue⁴⁾ und des Einstehen-Müssens für rechtswidrig und schuldhaft verursachten Schaden oder aber spezifischer an die Erwerberhaftung gem § 1409 ABGB⁵⁾ und § 38 UGB, an URG und EKEG.

Der Eingriff in Rechte oder Interessen dritter Gläubiger kann iSv § 879 ABGB gesetz- oder sittenwidrig sein. Und hinter den Bilanzierungs-, Rechnungslegungs- und Publizitätspflichten des **Rechnungslegungs-, Firmenbuch- und Umgründungsrechts** steht ebenfalls der Gläubigerschutz als Leitprinzip, wofür exemplarisch auf das Realisations- und Vorsichtsprinzip im Rechnungslegungsrecht sowie die Publizität von Bilanz und Abschlussprüfung verwiesen werden kann.⁶⁾ Die grundsätzlich unbeschränkte und im Außenverhältnis unbeschränkbare Vertretungsmacht der kapitalgesellschaftlichen Geschäftsführungsorgane (§ 20 Abs 2 GmbHG) ist ebenso dem Verkehrs- und Gläubigerschutz verpflichtet⁷⁾ wie der durch die Publizität im Firmenbuch geschaffene Vertrauenstatbestand des § 15 UGB.

Selbstverständlich dienen auch **Anfechtungs- und Insolvenzrecht gemäß EO und IO** vornehmlich dem Schutz der Gläubigerinteressen, wobei das Gesetz im Insolvenzrecht den Schwerpunkt auf die Wahrung der **Gleichbehandlung der Gläubiger** setzt.⁸⁾ Angesichts der Mittelknappheit eines insolventen Schuldners wäre es nämlich rechtlich nicht erträglich, wenn dieser Schuldner im eigenen Belieben manche Schuldner vollständig und rechtzeitig befriedigte und andere nicht.⁹⁾

Intelligenter Gläubigerschutz führt übrigens zu einer **Maximierung des Unternehmenswerts** und liegt daher auch im gemeinsamen Interesse der Anteilseigner,¹⁰⁾ naturgemäß freilich nicht im individuellen Interesse solcher Anteilseigner, die sich zu Lasten ihrer Mitgesellschafter und der Gläubiger selektive Sondervorteile verschaffen wollen.

⁴⁾ Übrigens wurde rechtshistorisch der allgemeine Grundsatz der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) erst schrittweise und als Gegengewicht zum Prinzip der Vertragsfreiheit entwickelt (*Schmoeckel*, Die Entwicklung der Vertragsfreiheit in ihren Etappen und Motiven, ZIP 2025, 3120).

⁵⁾ Zur Konkurrenz zwischen § 1409 ABGB und der insolvenzrechtlichen Anfechtung *Bollenberger/Spitzer* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO² § 27 Rz 36 mwN.

⁶⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH, GmbHG² § 82 Rz 7*.

⁷⁾ *F. Mayer*, Ueber sozialen Rechtszwang, in FS Franz Klein (1914) 419 (433). Biographisches zu *Felix Mayer-Mallenau, meinem Ur-Ur-Großvater*, bei *Bartsch*, Neues Wiener Tagblatt, 18. 10. 1932; *Pollák*, Neues Wiener Journal 16. 10. 1932; *Strobele*, Die Presse 18. 2. 1951; *Riel*, Robert Bartsch über die Entstehung der Insolvenzgesetze 1914, ZIK 2015, 12 (13 FN 13).

⁸⁾ Vgl. *Rüffler/Aburumieh/Lind* in *Jaufer/Nummer-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (94); *Krist*, Existenzvernichtungshaftung 27 f, 39 ff; *Thomale*, Die Scheinauslandsgesellschaft in der Krise – Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzstatut, JBl 2021, 14 (26 f); *Told* in *Koller*, Insolvenz-Forum 2024, 75 (76, 81, 133). Differenzierend-skeptisch zur konkreten Aussagekraft des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Insolvenzrecht *St. Perner/Spitzer*, „Par condicio omnium creditorum facta esset“ (Dig. 42.8.6.7) . . ., ÖJZ 2026, 189.

⁹⁾ *Astner/Hermann/Paterer* in *Clavara/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (270).

¹⁰⁾ *Van Bakel-Auer*, Vorsichtsprinzip und Gläubigerschutz, RWZ 2020, 261 (264).

IV. Wie Kapitalgesellschafts- und Insolvenzrecht den Vorrang der Gläubiger vor den Anteilseignern umsetzen

A. Überblick

Kein Gesetz kann das Verlustemachen verbieten.¹¹⁾ Daher kann das Gesetz in letzter Konsequenz auch Insolvenzen nicht untersagen.¹²⁾ Das Recht kann aber für das Verlustemachen und für Insolvenzen einen ordnenden Rahmen¹³⁾ vorgeben und an die Verwirklichung von Verlusten oder einer Insolvenz bestimmte Rechtsfolgen knüpfen.

Das Gesetz billigt bekanntlich bestimmten juristischen Konstrukten – wie namentlich der Kapitalgesellschaft – Rechtspersönlichkeit zu, wobei sowohl Vermögen als auch Verbindlichkeiten dieser juristischen Person iS des **Trennungsprinzips** von der Rechtssphäre der Anteilseigner, die hinter der juristischen Person stehen, abgesondert sind. Somit stellt sich die Frage, ob nicht typischerweise zu erwarten ist, dass diese juristischen Personen zur Auslagerung von Verlusten und Insolvenzen ge- oder gar missbraucht werden.¹⁴⁾

Freilich: Wie erwähnt, sind weder Verluste noch Insolvenzen per se verboten, zumindest soweit die Grenzen der Sittenwidrigkeit und des Strafrechts nicht überschritten werden. Dennoch – oder vielmehr gerade deswegen – ist es ein legitimes Anliegen des Gesetzes, den Vermögenstransfers zwischen einer Kapitalgesellschaft und ihren Anteilseignern regulierende Fesseln anzulegen.

Das Trennungsprinzip und die **Haftungsbeschränkung** im Kapitalgesellschaftsrecht besagen nämlich nicht nur, dass der den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt ist und die Gläubiger grds nicht auf das Vermögen der Anteilseigner rekurrieren können. Vielmehr kommt dazu noch, dass die Anteilseigner von Gesetzes wegen nicht verpflichtet sind, der Gesellschaft Nach- oder Zuschüsse zur Verfügung zu stellen oder die Gesellschaft in der Krise zu sanieren.¹⁵⁾ Die Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft genießen also durchaus beträchtliche gesetzliche Privilegien, die es angezeigt erscheinen lassen, einem ungehinderten Vermögensabfluss aus der Gesellschaft in die Sphäre ihrer Anteilseigner gesetzlich entgegenzuwirken.

Im Gegenzug zu den Haftungsprivilegien der Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft ist daher das Eigenkapital der Gesellschaft – als von den Anteilseignern eingesetztes Risikokapital – durch gesetzliche Anordnung im Verhältnis zu den Forderungen der Gläubiger der Gesellschaft nachrangig:¹⁶⁾ Die Anteilseigner haben gegenüber der bestehenden Kapitalgesellschaft nur einen Anspruch auf Auszahlung von **Dividenden**, die betraglich vom Bilanzgewinn ge-

¹¹⁾ K. Schmidt in Kals/Torggler, Einlagenrückgewähr 1 (4).

¹²⁾ Vgl Told in Koller, Insolvenz-Forum 2024, 75 (80, 82).

¹³⁾ Vgl Told in Koller, Insolvenz-Forum 2024, 75 (81).

¹⁴⁾ Vgl treffend Told in Koller, Insolvenz-Forum 2024, 75 (80, 82f, 133): „[Das Kapitalgesellschaftsrecht] schützt die Gläubiger jedoch kaum vor einer Insolvenz und jedenfalls nicht in der Insolvenz der Gesellschaft. Vielmehr nimmt das Kapitalgesellschaftsrecht bewusst in Kauf, dass Gläubiger das Risiko des (unternehmerischen) Scheiterns von Kapitalgesellschaften mittragen. Im volkswirtschaftlichen Sinne kommt es zu einer ganz bewussten Sozialisierung der Schulden von insolventen Kapitalgesellschaften zu Lasten der Gläubiger.“ In diese Richtung auch Thomale, Favor libertatis – die Umwandlung von regulären Anteilen in UWA, RdFU 2026/26–4.

¹⁵⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 6 mwN.

¹⁶⁾ Vgl Trenker in Konecny, Insolvenz-Forum 2019, 161 (162): „Denn aus der Definition des Eigenkapitals als Differenzgröße zwischen Vermögen und Schulden ergibt sich zwangsläufig, dass die Beteiligungen der Eigenkapitalgeber wertlos sind, solange die Gesellschaft nicht alle Gläubiger befriedigen kann.“

deckt sein müssen, dürfen aber sonst keine Entnahmen tätigen. Während aufrechter Gesellschaft ist diese Kapitalbindung unbefristet und unkündbar¹⁷⁾ und kann nur durch Kapitalherabsetzung oder Umgründung durchbrochen werden. Wird die Gesellschaft aufgelöst, steht den Anteilseignern erst nach Befriedigung der Gläubiger ein allfälliger Liquidationsüberschuss zu. Der kapitalgesellschaftsrechtliche Schutz des Vermögens der Gesellschaft vor dem Zugriff der Anteilseigner ist somit die **Kehrseite des Trennungsprinzips**;¹⁸⁾ bei beiden Prinzipien geht es um die korrekte Grenzziehung zwischen der Vermögenssphäre der Gesellschaft einerseits und der Vermögenssphäre der Anteilseigner andererseits.¹⁹⁾

Beim kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz können als grundlegende Bausteine vier einander ergänzende und ineinandergreifende **Regelwerke** unterschieden werden,²⁰⁾ nämlich der **Bestandschutz des fehlerhaften Verbands**, das Recht der **Kapitalaufbringung**, das Recht der **Kapitalerhaltung** und das Recht der **Auflösung der Gesellschaft**, wobei dem letztgenannten – zumindest aus der gesellschaftsrechtlichen Perspektive – auch der **Konkurs** der Gesellschaft zugeordnet werden kann.²¹⁾ „Qualifiziert rechtlich geschützt ist [gesellschaftsrechtlich] nur die rechtlich verfestigte Haftungsverfassung, nicht hingegen lediglich tatsächliche Haftungsaussichten oder Haftungsexpektanzen.“²²⁾

Die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln dienen dem Schutz der Gläubiger, aber auch dem Schutz der (Minderheits-)Gesellschafter und der (potentiellen) Anleger.²³⁾ Wird legitimer Weise in den Bestand der Kapitalgesellschaft eingegriffen – insb im Zuge der Liquidation, der Verschmelzung, der Aufspaltung, der übertragenden oder errichtenden Umwandlung oder des **Konkurses** –, bleiben die Kapitalerhaltungsregeln bis zur Vollbeendigung der Gesellschaft anwendbar.²⁴⁾ Auch dies bezweckt den Schutz der Gläubiger und der (Minderheits-)Gesellschafter.²⁵⁾

B. Bestandschutz des fehlerhaften Verbands

Der **Bestandschutz der fehlerhaften Aktiengesellschaft (und SE)** kann aus § 216 AktG, § 10 Abs 3 FBG und § 14 SpaltG abgeleitet werden.²⁶⁾ Diese Lehre vom fehlerhaften Verband gilt aber ebenso für **GmbH und FlexCo**.²⁷⁾

¹⁷⁾ OGH 24. 1. 2006, 10 Ob 34/05f wbl 2006, 278 (F. Schuhmacher); 6. 7. 2010, 1 Ob 105/10p GES 2011, 321 (Anzinger/Klement).

¹⁸⁾ Ähnlich wie der Grundsatz der Vertragstreue (pacta sunt servanda) die Kehrseite des Prinzips der Vertragsfreiheit ist (vgl. Schmoeckel, ZIP 2025, 3120 [3128]). Vgl. Told in Koller, Insolvenz-Forum 2024, 75 (80, 82).

¹⁹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 6; vgl. Hügel in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr 19 (33); G. Kodek/P.N. Csoklich in Höpfel/Ratz, WK StGB² Rz 35.

²⁰⁾ Vgl. König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 2/27.1; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 19; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak in FAH, GmbHG² § 89 Rz 3.

²¹⁾ Krit. dazu Bachner in Konecny, Insolvenz-Forum 2008, 145 (147 ff.). Vgl. allgm. Told in Koller, Insolvenz-Forum 2024, 75 (76, 80f, 81, 133).

²²⁾ Thomale, RdFU 2026/26–4. Dort auch zu den gesetzlich gegebenen Limitierungen des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes.

²³⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 8 mwN. Vgl. Told in Koller, Insolvenz-Forum 2024, 75 (80).

²⁴⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 8 mwN; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak in FAH, GmbHG² § 89 Rz 3; vgl. Bachner, Creditor Protection 102f.

²⁵⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 8 mwN.

²⁶⁾ G. Kodek in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 216 AktG Rz 62; vgl. Trenker, Insolvenzanfechtung 53f.

²⁷⁾ G. Kodek in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 216 AktG Rz 63; G. Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 216 Rz 4; Feltl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 4 Rz 67; Koppensteiner/

Im Kern besagt die genannte Doktrin, dass eine Gesellschaft, die trotz eines Wurzel mangels bei der Gründung entweder registriert oder in Vollzug gesetzt wurde,²⁸⁾ idR als wirksam entstanden zu betrachten ist und nur im vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fall eines vorliegenden und geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes ex nunc abzuwickeln ist. Für die Richtigkeit dieser Lehre spricht insb auch der Schutz des Rechtsverkehrs und der Gläubiger, mit denen die – wenn auch fehlerhafte – Gesellschaft schon in Beziehung getreten ist und deren Interessen durch eine Auflösung der Gesellschaft ex tunc samt dadurch notwendiger Rückabwicklung eingegriffen würde.²⁹⁾ Der Bestandschutz des fehlerhaften Verbands dient aber ebenso dem Schutz der Anteilseigner.³⁰⁾

C. Kapitalaufbringung

Durch die **Kapitalaufbringungs**regeln wird eine Eintritts- und Seriositätsschwelle vorgegeben, die den Anteilseignern ein Eigenopfer und damit – in Höhe des eingesetzten Kapitals – einen Beitrag zum Verlustrisiko und zum Haftungsfonds der Gesellschaft abverlangt.³¹⁾

Den normativen Kern der Kapitalaufbringungsregeln bilden das Verbot der Unter-pari-Emission (§ 8a AktG) und die Gebote der Werthaltigkeit (§§ 26, 28, 28a AktG; §§ 6a, 9, 10, 10a GmbHG), der Volleinzahlung (§§ 28a, 149 Abs 4 AktG; §§ 9, 10 GmbHG), der Leistung zur freien Verfügbarkeit (§ 29 AktG; § 10 GmbHG) und der firmenbuchrechtlichen Publizität.³²⁾

Flankierend ist zum Schutz der (Minderheits-)Gesellschafter das Gebot des angemessenen Ausgabepreises für junge Anteile zu beachten, das insb bei Kapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluss, aber mE richtigerweise auch bei Kapitalerhöhungen gegen den ausdrücklichen Willen der Minderheit beachtlich ist.³³⁾

Die Kapitalaufbringungsregeln greifen immer dann, wenn neues Nennkapital geschaffen wird, oder wenn die Anwendung sonst vom Gesetz angeordnet ist (zB Restvermögensprüfung im Spaltungsrecht, Kapitaldeckungskontrolle bei der formwechselnden Umwandlung einer AG in eine SE, Rückzahlung von GmbH-rechtlichen Nachschüssen).

D. Kapitalerhaltung

Die **Kapitalerhaltungs**regeln sollen einen Ausgleich dafür schaffen, dass bei Kapitalgesellschaften die dahinterstehenden Anteilseigner idR nicht persönlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Der Grundsatz der Kapitalerhaltung besagt idS, dass zwar die Gewinne der Gesellschaft den Anteilseignern zustehen, aber ansonsten ein Transfer von Vermögen der Gesellschaft an ihre Anteilseigner prinzipiell verboten ist.

Dadurch sollen vor allem die Gläubiger, aber auch die Minderheitsgesellschafter der jeweiligen Gesellschaft und potentielle Anleger gegen den „*gewinnunabhängigen Zugriff der Gesell-*

Rüffler, GmbHG³ § 84 Rz 20; Gelter in Gruber/Harrer, GmbHG² § 84 Rz 1 Trenker, Insolvenzanfechtung 53f; vgl ähnlich U. Torggler in Torggler, GmbHG § 3 Rz 4, § 4 Rz 13.

²⁸⁾ Zum Kriterium des In-Vollzug-Setzens G. Kodek in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 216 AktG Rz 66ff; Dregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 216 Rz 44.

²⁹⁾ Vgl G. Kodek in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 216 AktG Rz 64; G. Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 216 Rz 2; G. Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht 521f, 528.

³⁰⁾ G. Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 216 Rz 2.

³¹⁾ U. Torggler in Torggler, GmbHG § 6 Rz 1.

³²⁾ H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in Bergmann/Kalss, HB Rechtsformwahl Rz 12/108, 12/145.

³³⁾ H. Foglar-Deinhardstein, Die Aktiengesellschaft – bedrohte Art oder Premium-Marke? ÖJA 2026, 51 (60f) mwN.

*schafter*³⁴⁾ auf den Haftungsfonds der Gesellschaft abgesichert werden. „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.“³⁵⁾

Der gewinnunabhängige Zugriff der Gesellschafter auf das Vermögen der Kapitalgesellschaft ist mE losgelöst davon verpönt, ob die Tätigkeit der Gesellschaft auf Gewinnerzielung gerichtet ist oder nicht.³⁶⁾ Richtig ist freilich, dass es gegenüber den Gläubigern keine absolute Verpflichtung zur Vermehrung des Gesellschaftsvermögens gibt.³⁷⁾

Das Kapitalerhaltungsgebot trifft in seinem normativen Kern zwei unterschiedliche Anordnungen:³⁸⁾

(a) Das **gesperrte (gebundene) Kapital** der Kapitalgesellschaft, bestehend aus Nennkapital und gebundenen Rücklagen, darf weder formlos entnommen noch im Rahmen der Gewinnverwendung ausgeschüttet werden.

(b) Auch das über das gebundene Eigenkapital hinausgehende **Vermögen** der Kapitalgesellschaft darf nicht an die Anteilseigner verteilt werden, sofern es nicht ordnungsgemäß als Bilanzgewinn ausgewiesen ist.

Die Kapitalerhaltung nach österr Kapitalgesellschaftsrecht erfasst also nicht nur das gebundene Eigenkapital, sondern – unabhängig von der bilanziellen Situation der Gesellschaft – das gesamte Vermögen – gebundenes und ungebundenes Kapital wie auch stille Reserven – einschließlich eines noch nicht ordnungsgemäß ermittelten und förmlich festgestellten sowie des aus früheren Geschäftsjahren vorgetragenen Bilanzgewinns.³⁹⁾

E. Mindestnennkapital – kein Grundpfeiler des Gläubigerschutzes

Das **Mindestnennkapital** gehört nicht zu den Grundpfeilern des Gläubigerschutzes. „Während [. . .] Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung für ein sinnvolles Mindestkapitalsystem zwingend erforderlich sind, kann umgekehrt auf das Mindestkapital verzichtet werden, ohne dass Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung aufgegeben werden müssten.“⁴⁰⁾

Konkret übersetzt: Auch wenn eine Kapitalgesellschaft mit einem Mindestnennkapital von 1 Cent gegründet werden könnte, würde das geltende System nicht seinen Sinn verlieren, demgemäß (a) jegliches neu geschaffene Nennkapital nach den Regeln der Kapitalaufbringung gedeckt sein muss, und (b) das Vermögen der Kapitalgesellschaft durch die Kapitalerhaltung vor dem Zugriff der Anteilseigner geschützt wird.

³⁴⁾ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 3.

³⁵⁾ *Mülbert*, Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich, AcP 2014, 188 (259).

³⁶⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 3 FN 8. AA offenbar *Fellner/Rüffler*, Zentrale Konzernfinanzierung und Verbot der Einlagenrückgewähr, GES 2019, 59 (65 ff).

³⁷⁾ *Hügel* in *FS Koppensteiner* II 11 (34 FN 82); zust *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 3 FN 8. AA mglw *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, HB vGA³ 1 (23, 86).

³⁸⁾ *Hügel* in *Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 19 (26 f); *Kalss* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2015, 125. Vgl *Hügel* in *FS Koppensteiner* II 11 (18 f).

³⁹⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 4 mwN.

⁴⁰⁾ *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 6 Rz 6. Zust *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 19 FN 70 mwN. Vgl auch schon *Kalss/G. Eckert* in *Bachner*, GmbH-Reform 15 (16, 18 ff, 25 ff); *Bachner* in *Bachner*, GmbH-Reform 79 (80, 96).

F. Der Dualismus Kapitalaufbringung – Kapitalerhaltung

Kapitalaufbringung einerseits und Kapitalerhaltung andererseits gehorchen unterschiedlichen Regeln. Der oft angeführte Satz, dass Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung „zwei Seiten derselben Medaille“ seien, wird als Regel nur durch bedeutende Ausnahmen (einerseits die Privatstiftung, andererseits die verdeckte Kapitalgesellschaft – unechte Personengesellschaft) bestätigt.⁴¹⁾ Wie der OGH gezeigt hat,⁴²⁾ kann die Kapitalerhaltung auch ohne Kapitalaufbringung existieren, ohne dass dadurch der Sinn der Kapitalerhaltung in Frage gestellt würde.

Die **Kapitalaufbringung** verlangt bei der Schaffung neuen Nennkapitals – anlässlich der Gründung oder einer Kapitalerhöhung –, dass das neue Nennkapital zum jeweils relevanten Stichtag durch Vermögen mit Verkehrswert in entsprechender Höhe gedeckt ist, das in die Gesellschaft einzulegen ist. Nach erfolgreich absolvierter Kapitaldeckungskontrolle und Ablauf des relevanten Stichtags werden aber nicht mehr die Regeln der Kapitalaufbringung, sondern die Grundsätze der Kapitalerhaltung angewendet. Während im Anwendungsbereich der Kapitalerhaltung grds ein angemessenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in deren jeweiliger Gesamtheit verlangt ist, begnügt sich das Recht der Kapitalaufbringung damit, dass der Wert der Einlage mindestens den Nennbetrag des ausgegebenen Kapitals deckt.⁴³⁾

Nach den Prinzipien der **Kapitalerhaltung** besteht keine Verpflichtung, laufend Gesellschaftsvermögen in Höhe des Nennkapitals der Gesellschaft zu thesaurieren. Vielmehr ist es der Gesellschaft gestattet, die vorhandenen Mittel für laufende betriebliche Zwecke aufzuwenden und sich zu verschulden. In dieser Phase transformiert sich die Funktion des Nennkapitals – zuzüglich der gebundenen Rücklagen – in die einer Staumauer:⁴⁴⁾ Das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft zu Buchwerten muss diese Staumauer erst übersteigen, damit ein Abfluss von Mitteln an die Anteilseigner – in Form von Ausschüttungen, die vom Bilanzgewinn gedeckt sind – zulässig wird. Ansonsten sind Vermögenstransfers aus der Gesellschaft an die Anteilseigner grds untersagt, sofern ihnen nicht eine drittvergleichsfähige Gegenleistung und/oder eine betriebliche Rechtfertigung gegenübersteht, oder eine gesetzliche Ausnahmebestimmung eingreift. Auch Werte, die im Rahmen der Kapitalaufbringungsregeln nicht sacheinlagefähig sind (zB Dienstleistungen), können Gegenstand einer verbotenen Einlagenrückgewähr sein.⁴⁵⁾ Soweit die Kapitalerhaltungsregeln nicht verletzt werden, ist aber eine Aufzehrung des Nennkapitals per se nicht unzulässig; es gibt kein normativ geschütztes Vertrauen der Gläubiger darauf, dass das Nennkapital jederzeit unverkürzt als Haftungsfonds zur Verfügung steht.⁴⁶⁾

Die Anwendungsbereiche von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung können einander auf der Zeitachse überschneiden, zumal unterschiedliche Sachverhalte (einerseits Aufbringung

⁴¹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 19.

⁴²⁾ OGH 26. 4. 2018, 6 Ob 5/18f eocolex, 2018, 837 (H. Foglar-Deinhardstein) = Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; zust Schütt/U. Torggler, Grundzüge einer Kommanditgesellschaft mBH, RdW 2021, 164 (166).

⁴³⁾ G. Eckert in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr 71 (74).

⁴⁴⁾ Brodmann, GmbHG² § 30 Anm 1. a); Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht³ Rz 853, 1105; T. Bezenberger, Erwerb eigener Aktien durch die AG, Rz 68; G. Eckert, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen, GES 2006, 383; Rüffler in Artmann/Rüffler/Torggler, GmbH & Co KG 99 (101); H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 14, 21.

⁴⁵⁾ Koppensteiner, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, GesRZ 2014, 3 (3, 6).

⁴⁶⁾ Lewisch in Lewisch, JB Wirtschaftsstrafrecht 2014, 19 (32); Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 6 Rz 7.

neu geschaffenen Nennkapitals und andererseits Erhalt des Vermögens während aufrechter Gesellschaft) erfasst werden.⁴⁷⁾ Ein und dasselbe Element eines Sachverhalts kann aber mE nicht gleichzeitig gegen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung verstoßen.⁴⁸⁾

G. Recht der Auflösung der Kapitalgesellschaft

1. Gründe für die Auflösung einer Kapitalgesellschaft

Wenn das Gesetz die **Auflösung** der Kapitalgesellschaft vorsieht, hat grds – dh mangels abweichender gesetzlicher Regelung – die **Liquidation** zu folgen. Sofern das Gesetz keine solche Ausnahme von Liquidationsgrundsatz gestattet, ist die Durchführung der Liquidation bei Auflösung der Gesellschaft zwingend. Auch die inhaltliche **Ausgestaltung** der Liquidation folgt im Wesentlichen zwingenden Vorschriften. Die wichtigsten Eckpfeiler der Liquidation sind, dass (a) die Gläubiger von der Auflösung der Gesellschaft zu informieren sind, und dass (b) der Liquidationserlös erst an die Anteilseigner verteilt werden darf, wenn die Forderungen der bekannten Gläubiger befriedigt oder sichergestellt worden sind.

Der Grund für die prinzipiell verpflichtende Einhaltung der Liquidationsbestimmungen liegt darin, dass sonst alle dem Gläubigerschutz dienenden Regeln des Kapitalgesellschaftsrechts – insb die Kapitalerhaltungsregeln – durch die Auflösung der Gesellschaft ausgehebelt werden könnten. Damit ginge der intendierte Gläubigerschutz ins Leere.⁴⁹⁾

Im Fall einer **Insolvenz** wird die Gesellschaft zwar – sofern es zum **Konkurs** kommt – ggf **auch** abgewickelt und beendet, jedoch kommen dabei primär die Vorschriften der IO und nicht des Kapitalgesellschaftsrechts zur Anwendung.⁵⁰⁾ Nur für den Fall, dass *nach* dem Abschluss des Insolvenzverfahrens noch Vermögen besteht, das nicht dem Konkursverfahren unterliegt, oder sonstiges Vermögen hervorkommt, ist eine Liquidation durchzuführen, sofern die Gesellschaft nicht ohnedies aufgrund eines entsprechenden Beschlusses der Anteilseigner fortgesetzt wird.⁵¹⁾

Auch eine bereits aufgelöste und in Liquidation befindliche Gesellschaft, deren Vermögen noch nicht verteilt wurde, ist weiterhin insolvenzfähig (vgl § 68 IO).⁵²⁾ Wird ein Beschluss rechtskräftig, demgemäß das **Insolvenzverfahren** über die Gesellschaft **mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet** wird, hat dies ebenfalls die Auflösung der Gesellschaft zur Konsequenz (§ 203 Abs 1 Z 4 AktG; § 84 Abs 1 Z 4 GmbHG), wobei daran grds das gesetzlich vorgezeichnete Liquidationsverfahren anschließt.⁵³⁾

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als **Sanierungsverfahren** oder eines **Restrukturierungsverfahrens** bewirkt **nicht** die Auflösung der Gesellschaft.⁵⁴⁾ Eine Liquidation unterbleibt ebenfalls in jenen Fällen, in denen es gleichzeitig mit der Beendigung der Gesellschaft

⁴⁷⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 22.

⁴⁸⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 22.

⁴⁹⁾ H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak in FAH, GmbHG² § 89 Rz 3.

⁵⁰⁾ OGH 10. 10. 2002, 6 Ob 152/02z. Näher Hoppel/Lind in FAH, GmbHG² § 84 Rz 16, 21, 46 Gelter in Gruber/Harrer, GmbHG² § 84 Rz 15 ff; G. Eckert/Schopper/Epicoco in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 203 Rz 6, § 205 Rz 5. Krit zur Auflösung der Gesellschaft (schon) durch Konkurseröffnung Bachner in Konecny, Insolvenz-Forum 2008, 145 (147 ff).

⁵¹⁾ H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak in FAH, GmbHG² § 89 Rz 8; Bachner in Konecny, Insolvenz-Forum 2008, 145 (173 f).

⁵²⁾ G. Kodek in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 203 Rz 59; Hoppel/Lind in FAH, GmbHG² § 84 Rz 14.

⁵³⁾ Hoppel/Lind in FAH, GmbHG² § 84 Rz 21.

⁵⁴⁾ Hoppel/Lind in FAH, GmbHG² § 84 Rz 11 (FN 38, 39).

zu **universeller oder partieller Gesamtrechtsnachfolge** kommt, weil diesfalls kein Vermögen zu liquidieren ist (zB bei einer Verschmelzung, einer übertragenden oder errichtenden Umwandlung oder einer Aufspaltung).⁵⁵⁾

Wie schon erwähnt (s IV.A.), bleiben die Kapitalerhaltungsregeln – ebenso wie die Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften⁵⁶⁾ – von der Auflösung einer Kapitalgesellschaft bis zu ihrer Vollbeendigung anwendbar und sind daher von Liquidatoren und Insolvenzverwaltern einzuhalten.⁵⁷⁾ Selbstverständlich saniert weder die Eröffnung eines Liquidations- noch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bereits vorgefallene Verstöße gegen die Kapitalerhaltungsregeln.⁵⁸⁾

Weist das Rekursgericht über Rechtsmittel des Schuldners den **Konkursantrag rechtskräftig ab**, werden damit der erstinstanzliche Eröffnungsbeschluss und sohin auch der Grund für die Auflösung der Gesellschaft beseitigt. Gleiches gilt für die **Aufhebung des Konkursverfahrens** mit Zustimmung aller Gläubiger gem § 123b IO sowie bei Aufhebung durch rechtskräftige Bestätigung eines Sanierungsplans gem § 152b Abs 2 IO.⁵⁹⁾ In all diesen Fällen können die Anteilseigner die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.⁶⁰⁾

2. Vergleich des Gläubigerschutzes zwischen Konkurs- und Liquidationsverfahren

Der für das **Konkursverfahren** spezifische Gläubigerschutz hat – im Vergleich zum allgemeinen Liquidationsverfahren – insb folgende Facetten:

(a) Die organschaftlichen Vertreter der Kapitalgesellschaft trifft bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die **gesetzliche Insolvenzantragspflicht** (§ 69 Abs 2, 3, 3a IO) Dies ist ein Unterschied zum gewöhnlichen Liquidationsverfahren, zu dessen Eröffnung die Liquidatoren nur bei *privatautonomer* Befristung der Gesellschaft in der Satzung und bei *privatautonomem* Beschluss der Anteilseigner auf Auflösung der Gesellschaft verpflichtet sind⁶¹⁾ (freilich weiters auch bei Nicht-Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens, s schon IV.G.1.).

(b) Forderungen der Anteilseigner aus ihrer Beteiligung sind gegenüber Ansprüchen der Gläubiger **nachrangig**. In diesem Punkt besteht kein prinzipieller Unterschied zwischen Konkurs und Liquidation.⁶²⁾

⁵⁵⁾ H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak in FAH, GmbHG² § 89 Rz 8 mwN.

⁵⁶⁾ Hoppel/Lind in FAH, GmbHG² § 84 Rz 18; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak in FAH, GmbHG² § 91 Rz 2 ff. Vgl differenzierend Told in Koller, Insolvenz-Forum 2024, 75 (101 ff).

⁵⁷⁾ Vgl Bachner, Creditor Protection 102f.

⁵⁸⁾ Vgl BGH 30. 3. 2023, IX ZR 121/22 NZI 2023, 543 (Lütcke) = EWiR 2023, 374 (Jacoby) = FD-InsR 2023, 457518 (Kiesel) = NJW-Spezial 2023, 437 (Dahl): „[Der gesellschaftsrechtliche Rückgewähranspruch besteht] nicht nur in der materiellen Insolvenz, sondern auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft fort [. . .].“ Vgl auch G. Eckert in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 8.36.

⁵⁹⁾ Hoppel/Lind in FAH, GmbHG² § 84 Rz 12.

⁶⁰⁾ Hoppel/Lind in FAH, GmbHG² § 84 Rz 11; vgl Bachner in Konecny, Insolvenz-Forum 2008, 145 (174). Ähnlich G. Kodek in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 215 Rz 6 ff; G. Eckert/Schopper/Wöss in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 215 Rz 6.

⁶¹⁾ Vgl differenzierend F. Mayer, Ueber den Minoritätenschutz bei Actiengesellschaften, GZ 1900, 399 (401 f). Biographisches zu Felix Mayer-Mallenau, meinem Ur-Ur-Großvater, s schon in FN 7.

⁶²⁾ Trenker in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschafterpflichten 123 (135).

(c) Im Konkursverfahren sind die Gläubiger grundsätzlich schematisch-mechanisch **gleich zu behandeln** und fallen daher alle auf die gleiche Konkursquote zurück. Demgegenüber können in der Liquidation die Gläubigerforderungen idR sukzessive, dh nach der Reihenfolge ihres Einlangens berichtigt werden.⁶³⁾ Anders ist dies mglw bei einer Liquidation nach Ablehnung der Durchführung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens.⁶⁴⁾

(d) Durch die **insolvenzrechtliche Anfechtung** können bestimmte vor Insolvenzeröffnung zum Nachteil der Gläubiger durchgeführte Vermögensverschiebungen – gewissermaßen rückwirkend – für unwirksam erklärt und damit rückgängig gemacht werden.⁶⁵⁾ „Das Insolvenzanfechtungsrecht hat die Aufgabe, den Bestand des den Gläubigern haftenden Schuldnervermögens dadurch wiederherzustellen, dass Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden, die insbesondere in der Zeit der Krise vor der Verfahrenseröffnung zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen worden sind.“⁶⁶⁾ In der gewöhnlichen Liquidation gibt es keine spezifischen Anfechtungsmöglichkeiten, die über das allgemeine Angebot der EO für die gläubigerseitige Anfechtung hinausgingen.

V. Warum das Kapitalerhaltungsrecht ein scharfes Schwert bietet

Das Kapitalerhaltungsrecht bietet ein scharfes Schwert, weil Verstöße gegen die Kapitalerhaltungsregeln definitionsgemäß weder Verschulden oder Bösgläubigkeit der handelnden Personen noch eine wirksame Durchführung des verpönten Vermögenstransfers voraussetzen.⁶⁷⁾ Der zweite Punkt ist eine Parallele zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, mit der auch bloße Rechtshandlungen und sogar **rechtswidrige** Handlungen wie auch **nichtige** Geschäfte aufgegriffen werden können.⁶⁸⁾

Ein kapitalerhaltungsrechtlich verbotener Vermögenstransfer besteht in einer „in Geld messbaren Vermögensminderung“ bei der Kapitalgesellschaft.⁶⁹⁾ Bereits die bloße Zusage eines unzulässigen Vermögenstransfers ist verboten, weil schon einer solchen Zusage ein Vermögenswert zuzumessen ist.⁷⁰⁾ Der Vermögenstransfer muss in die Vermögenssphäre eines Anteilseigners oder eines ihm nahestehenden Dritten zielen;⁷¹⁾ ob der Vermögenstransfer in der

⁶³⁾ Wasserer in *Torggler*, GmbHG § 91 Rz 6; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak in FAH, GmbHG² § 91 Rz 15.

⁶⁴⁾ Gelter in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 91 Rz 25; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak in FAH, GmbHG² § 91 Rz 15.

⁶⁵⁾ G. Kodek, *Insolvenzrecht²* Rz 354; Bachner, *Creditor Protection* 39; Astner/Hermann/Paterer in *Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (271).

⁶⁶⁾ BGH 30. 3. 2023, IX ZR 121/22 NZI 2023, 543 (Lütcke) = EWiR 2023, 374 (Jacoby) = FD-InsR 2023, 457518 (Kiesel) = NJW-Spezial 2023, 437 (Dahl).

⁶⁷⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 1; zur nicht erforderlichen Rechtswirksamkeit der Durchführung OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h wbl 2017, 655 (Harrer) = GesRZ 2018, 50 (Karollus) = EvBl 2018, 224 (Told) = Bollenberger, Zak 2018, 24; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 1, 13.

⁶⁸⁾ Bollenberger/Spitzer in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO² § 27 Rz 9f, 25; König/Trenker, *Anfechtung⁶* Rz 3.4; Thomale, ÖBA 2025, 912 (FN 14); Rebernig in *Konecny*, *Insolvenzgesetze* § 27 IO Rz 71; Astner/Hermann/Paterer in *Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (271, 274); vgl OGH 14. 3. 1995, 5 Ob 509/95.

⁶⁹⁾ Koppensteiner, *GesRZ* 2014, 3 (6).

⁷⁰⁾ OGH 24. 5. 2019, 8 ObA 53/18d; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 13 mwN.

⁷¹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 13; vgl OGH 29. 8. 2022, 6 Ob 234/21 m eolex 2022, 987 (Aschl/Zimmermann) = Klement/Fitz, *GES* 2022, 380 = *GesRZ* 2023, 191 (H. Hayden).

Sphäre des betroffenen Anteilseigners konkret und per saldo einen Vorteil entfaltet, ist freilich mE nicht relevant;⁷²⁾ auf Ebene des Anteilseigners genügt abstrakte Vorteilsgeneigntheit.⁷³⁾

Ebenso wenig ist grds von Bedeutung, ob die Vermögensminderung eine **konkrete** Gläubigerbenachteiligung iS des **Anfechtungsrechts** nach EO oder IO bewirkt.⁷⁴⁾ Für den kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruch ist nur auf den unzulässigen Vermögensabfluss und nicht auf einen kongruenten Schaden der Kapitalgesellschaft abzustellen.⁷⁵⁾

VI. Weshalb die kapitalerhaltungsrechtlichen Ansprüche bei der Gesellschaft konzentriert sind

Die Kapitalerhaltungsregeln schützen zwar die jeweilige Kapitalgesellschaft selbst als den Dreh- und Angelpunkt der Kapitalerhaltung; sie strahlen aber auf den Schutz der Interessen der Gläubiger und der (Minderheits-)Gesellschafter der Gesellschaft sowie potentieller Anleger aus. Der eigentliche Regelungszweck liegt auch gar nicht im Schutz der Gesellschaft – zumal diese durch Umgründung oder sonstige Auflösung jederzeit beendet werden kann, und die Anteilseigner auch nicht einmal zur Sanierung einer Gesellschaft in der Krise verpflichtet sind –, sondern eben im Schutz der Gläubiger, der (Minderheits-)Gesellschafter und der Anleger.⁷⁶⁾

Regelungstechnisch knüpft die Kapitalerhaltung freilich an den Schutz der Gesellschaft und ihres Vermögens an: Für die Dauer des Bestands der Gesellschaft ist daher die Wahrung der Interessen der Gläubiger und der Gesellschaft **in der Gesellschaft und bei deren Organen gebündelt** und wird exklusiv über diese kanalisiert, damit die Gläubiger hinsichtlich der Ansprüche gegen die Anteilseigner nicht in Konkurrenz zur Gesellschaft treten.⁷⁷⁾ Die paradox erscheinende Konsequenz der exklusiven Vermittlung des Gläubigerschutzes über die Gesellschaft ist mE, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr **kein Schutzgesetz zu Gunsten der Gläubiger** ist.⁷⁸⁾

Vermittelt über den Schutz der GmbH schützt das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht nur die Interessen der jeweils aktuellen, konkreten Gläubiger, sondern das **allgemeine, abstrakte, typisierte Interesse vorhandener oder zukünftiger Gläubiger** daran, dass eine Kapitalgesellschaft auch tatsächlich über einen Haftungsfonds verfügt⁷⁹⁾ – genauer daran, dass dieser Haftungsfonds nicht ungebührlich durch gewinnunabhängigen Zugriff der Anteilseigner geschmälert wird.⁸⁰⁾ Geschützt wird also die Gläubigergesamtheit unabhängig von Art und

⁷²⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 13 mwN.

⁷³⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 13.

⁷⁴⁾ OGH 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y, *Humanitas*, NZ 2015, 107 (*Till*) = *ecolex* 2015, 128 (*Brugger*) = *GesRZ* 2015, 130 (*Karollus*) = *Reisch/Hampel*, ZIK 2015, 91 = *Hermann*, *GES* 2016, 394 = *Prostor*, *ZfRV* 2019, 179; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 13.

⁷⁵⁾ OGH 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 15.

⁷⁶⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 8. Vgl *Told* in *Koller*, *Insolvenz-Forum* 2024, 75 (80).

⁷⁷⁾ Vgl OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b, 3 *Banken Gruppe*, *EvBl* 2023, 851 (*Drobnik*) = H. Foglar-Deinhardstein, *ÖJZ* 2023, 911 = NZ 2023, 571 (*Walch*) = *GesRZ* 2023, 382 (*Kalss*); H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 8 mwN.

⁷⁸⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 8 FN 30 mwN; vgl wohl auch OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b; aA OGH 23. 6. 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.

⁷⁹⁾ OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 252/02s *ecolex* 2003, 177 (*J. Reich-Rohrwig/Größl*).

⁸⁰⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 9.

aktuellem Bestand der Gläubigerstellung und unabhängig von der Situation der Gesellschaft und ihrer konkreten Gläubiger.⁸¹⁾

Nach Kapitalerhaltungsrecht verstößt freilich nicht jede für die Gläubiger nachteilige Transaktion einer Kapitalgesellschaft automatisch gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr; geschützt „werden die Gläubiger [. . .] nur vor einer unzulässigen Verteilung an die Gesellschafter, nicht hingegen vor einer Aufzehrung des Gesellschaftsvermögens durch wirtschaftlichen Misserfolg.“⁸²⁾ Die Schranken der Kapitalerhaltung gelten also nur für Vermögenstransfers in die Sphäre der Anteilseigner oder von diesen nahestehenden Dritten.

Auch außerhalb des Verbots der Einlagenrückgewähr kann eine gläubigerschädigende Maßnahme aber allenfalls **anfechtbar nach EO oder IO** sein oder allenfalls § 870 ABGB (listige Irreführung, zivilrechtlicher Betrug), § 879 ABGB und/oder § 146 (Betrug), § 153 (Untreue), § 158 (Gläubigerbegünstigung), § 156 (betrügerische Krida) oder § 159 StGB (fahrlässige Krida) verletzen.⁸³⁾

Die den Anteilseigner treffende **Treuepflicht** (§ 1186 iVm § 1175 Abs 4 ABGB) hat sich am Interesse der Gesellschaft auszurichten. Daher entfaltet die Treuepflicht mE auch eine gewisse reflexhafte Schutzwirkung zugunsten Dritter, nämlich der Gläubiger der Gesellschaft. IdS ergänzen einander Treuepflicht und Verbot der Einlagenrückgewähr und verschränken sich miteinander.⁸⁴⁾ Es würde freilich zu weit gehen, in Hinblick auf **insolvenzrechtliches Anfechtungsrecht** aus der Treuepflicht eine Pflicht zum Erhalt der künftigen Insolvenzmasse zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft ableiten zu wollen.⁸⁵⁾

VII. Die Gewinnausschüttung als erlaubter Vermögenstransfer

A. Die erlaubte Gewinnausschüttung und der Primat der Vollausschüttung

Aus dem Grundsatz der Kapitalerhaltung folgt, dass die Gesellschaft und ihre Anteilseigner bei der Gewinnausschüttung (a) **materiell** an den Maximalbetrag des im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinns und (b) **formell** an den ordnungsgemäß festgestellten Jahresabschluss gebunden sind.⁸⁶⁾ Unter diesen Voraussetzungen darf das Dividenden-Vöglein grds erlaubterweise aus dem Käfig des Gläubigerschutzes entfliehen.⁸⁷⁾

Der **abstrakte Anspruch** auf den Bilanzgewinn – also das fortdauernde Bezugsrecht oder Gewinnstammrecht – ist als Anwartschaftsrecht ein mitgliedschaftliches Vermögensrecht, das mE untrennbar mit der Mitgliedschaft verknüpft ist.⁸⁸⁾ Mit der **konkreten Abreifung**

⁸¹⁾ A. Wimmer, Differenz- und Existenzvernichtungshaftung bei Sanierungsfusionen im GmbH-Recht, GesRZ 2019, 143 (144).

⁸²⁾ Haberer in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 11.102. Gleichsinnig Thomale, RdFU 2026/26–4.

⁸³⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 9 mwN.

⁸⁴⁾ T. Bezenberger, Das Kapital der Aktiengesellschaft 79, 275 ff, 286, 298, 302 ff, 333 ff, 345 ff; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 10 mwN.

⁸⁵⁾ BGH 20. 4. 2023, IX ZR 44/22 = NZI 2023, 663 (Wazlawik) = BB 2023, 1617 (Schmittmann) = NZG 2023, 1019 (Haas) = FD-InsR 2023, 457998 (de Bra) = NJW-Spezial 2023, 437 (Dahl) = EWiR 2023, 400 (Bork) = GmbHR 2023, 730 (Blöse) = GmbH-StB 2023, 241 (Verhoeven).

⁸⁶⁾ OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 84/17x; 28. 3. 2018, 6 Ob 128/17t = GesRZ 2018, 242 (Ch. Nowotny) = Michtner, GES 2018, 233 = GES 2018, 237 (Fantur) = Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i, AE & E III = Fantur, GES 2021, 57 = RWZ, 2021, 186 (Wenger) = H. Foglar-Deinhardstein, GES 2021, 159 = GesRZ 2021, 186 (Artmann) = Gaggel, wbl 2021, 611.

⁸⁷⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 28.

⁸⁸⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 32. Offen OGH 21. 3. 2019, 6 Ob 216/18k = VbR 2019, 147 (Leupold/Gelbmann) = Walch, GesRZ 2019, 308.

der Dividende – bei der GmbH und der FlexCo je nach Regelung des Gesellschaftsvertrags schon durch Feststellung des Jahresabschlusses oder erst durch Gewinnverwendungsbeschluss der Gesellschafter, bei der AG und der SE immer nur durch Beschluss der Hauptversammlung – entsteht ein vom Mitgliedschaftsrecht des jeweiligen Anteilseigners unabhängiges Gläubigerrecht, dh ein selbständiger Anspruch gegenüber der Gesellschaft, der den rein verbandsinternen Bereich verlässt.⁸⁹⁾ Diese Forderung lautet grds auf Zahlung in Geld und ist unentziehbar, einklagbar, zedierbar – dh auch ohne die Beteiligung durch Zession übertragbar – sowie pfändbar und kann vom Anteilseigner grds auch zur Aufrechnung gegen Forderungen der Gesellschaft verwendet werden.⁹⁰⁾ Liegen die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für das Entstehen des Dividendenanspruchs vor und ist er fällig, so bildet seine Erfüllung durch die Gesellschaft aus **insolvenzrechtlicher** Sicht eine **kongruente Deckung** iSv § 30 IO.⁹¹⁾

Da der Bilanzgewinn nicht in der Schublade liegt, muss die Gesellschaft für die Finanzierung jener Liquidität sorgen, die für die Ausschüttungen erforderlich ist. Das kann auch bedeuten, dass Ausschüttungen fremdfinanziert werden müssen, in welchem Fall die Gesellschaft nicht nur die abfließenden Dividenden, sondern auch die Zinsen und sonstigen Kosten für die aufgenommenen Fremdmittel zu tragen hat.⁹²⁾ Mangels abweichender Regelung in der Satzung und mangels Eingreifens von gesetzlichen Ausschüttungssperren und/oder einer Sperrwirkung der Treuepflichten – dazu s noch VII.C. – ist die Fremdfinanzierung von Dividenden jedenfalls zulässig und geboten.⁹³⁾

Die Verwaltung der Gesellschaft, die den Jahresabschluss aufstellt, ist im Zuge dessen auch für die **Dotierung und Auflösung von Rücklagen** zuständig.⁹⁴⁾ Dadurch kann die Verwaltung – im Rahmen der Vorgaben von Gesetz und Satzung und abhängig von den sonstigen Bilanzpositionen – maßgeblichen Einfluss auf die Höhe des Bilanzgewinns oder -verlusts nehmen. Bei der Dotierung von Rücklagen hat die Verwaltung darauf zu achten, dass die Gewinnausschüttung der Gesellschaft nicht zu deren Zahlungsunfähigkeit führt.⁹⁵⁾

Bei der GmbH und der FlexCo ist die Ausschüttung des Bilanzgewinns – neben der ordnungsgemäßen Feststellung des Jahresabschlusses – nur dann von einem Beschluss der Gesellschafter abhängig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht; dies ist jedoch meistens der Fall. Bei der Aktiengesellschaft und der SE bedarf die Gewinnausschüttung immer eines Beschlusses der Hauptversammlung, wobei die Hauptversammlung grds den Bilanzgewinn

⁸⁹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 32; vgl Koller in Kodek/Koller, Insolvenz-Forum 2023, 39 (41).

⁹⁰⁾ Näher H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 32.

⁹¹⁾ Koller in Kodek/Koller, Insolvenz-Forum 2023, 39 (44).

⁹²⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 35 mwN.

⁹³⁾ Karollus, Debt Push Down bei der Akquisitionsfinanzierung, Verbot der Einlagenrückgewähr und Finanzierungsverbot, ecollex 2022, 868 (869, 873); H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 35 mwN.

⁹⁴⁾ OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h = RWZ 2007, 261 (Wenger) = GesRZ 2008, 22 (Linder) („Die Bildung von Rücklagen, auch freien Rücklagen (§ 224 Abs 3 HGB) fällt in die Kompetenz des Vorstands und des Aufsichtsrats der AG bei der Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses.“); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 8; Ch. Nowotny in FS W. Doralt 319 (324); Chalupsky/Ecker/Duursma in Aschauer/Bertl/Fröhlich/Mandl, HB RLG (27. Lfg) § 229 UGB Rz 122; Bergmann in Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr, HB Sonderbilanzen 4.1.1.5.; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 38.

⁹⁵⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 38 mwN.

nur dann (tw oder gänzlich) von der Verteilung ausschließen darf, wenn das in der Satzung vorgesehen ist (§ 104 Abs 4 AktG).

Innerhalb der von Gesetz und Satzung vorgegebenen Schranken sind die Anteilseigner der Kapitalgesellschaft bei der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung durch die **Treuepflichten** gebunden.⁹⁶⁾ Im Licht des **Vollausschüttungsgebots** hat sich die Treuepflicht – jedenfalls außerhalb von Krisensituationen – primär am Interesse der übrigen Anteilseigner auszurichten. Die Anteilseigner dürfen daher eine nicht gesetzlich oder satzungsmäßig gebotene Rücklagenbildung nur im unternehmerisch-betriebswirtschaftlich vertretbaren Ausmaß anordnen.⁹⁷⁾ In der Regel gebietet die Treuepflicht also die Vermeidung überzogener Thesaurierungen. Das liegt indirekt auch im eigenen Interesse der Gesellschaft: Ohne Anspruch auf Gewinnausschüttung wäre nämlich wirtschaftlich die Zufuhr von Eigenkapital durch Kapitalgeber in die Gesellschaft zumeist gar nicht denkbar.⁹⁸⁾ Eine pauschale Verpflichtung der Anteilseigner, Gewinne in der Gesellschaft zu belassen, stünde auch im Widerspruch zum (erweiterten) Haftungsprivileg der Anteilseigner, demgemäß sie eben nicht verhalten sind, der Gesellschaft zusätzliches Kapital zuzuführen⁹⁹⁾ (s schon IV.A.). Der Einbehalt von Gewinnen führt freilich zur Stärkung der Eigenkapitaldecke der Gesellschaft und damit grds zur Steigerung des Unternehmenswerts.¹⁰⁰⁾ Eine ungebührlich hohe, aus unternehmerischer Sicht nicht erforderliche Thesaurierung widerspricht aber idR in Hinblick auf das Vollausschüttungsgebot der Treuepflicht und kann daher durch **gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage** – und allenfalls auch durch **positive Beschlussfeststellungsklage** – bekämpft werden.¹⁰¹⁾

B. Kein Widerspruch der Judikatur zum Vollausschüttungsgebot

Dass eine ordnungsgemäß ermittelte Dividende ausschüttungsfähig und grds auch ausschüttungsbedürftig ist, wird auch durch einzelne Aussagen der Rsp nicht widerlegt:

In 6 Ob 198/15h¹⁰²⁾ heißt es: „[. . .] dass es in der Verantwortung eines jeden sorgfältigen organschaftlichen Vertreters einer Gesellschaft liegt, nach der Veräußerung wesentlicher Vermögensbestandteile der Gesellschaft nur so weit Veräußerungserlöse als Gewinn zu verteilen, als dadurch die Befriedigung der Gläubigeransprüche nicht vereitelt wird.“ Damit werden mE aber nur die allgemeinen Prinzipien unterstrichen, dass (a) die Gewinnausschüttung von der Verwaltung mit der gebotenen Sorgfalt vorbereitet werden muss, und (b) auch eine Gewinnausschüttung die Existenz der Gesellschaft nicht bedrohen darf (s VII.C.2.).

Nach einer Entscheidung des LG Frankfurt am Main¹⁰³⁾ sei eine vom Hauptaktionär ohne Sachgrund veranlasste Sonderdividende, die die Normaldividende um mehr als das Zwanzigfache überschreitet, als Sondervorteil für den Hauptaktionär anfechtbar. Diese Entscheidung

⁹⁶⁾ H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/60.

⁹⁷⁾ OGH 13. 5. 1959, 3 Ob 129/59; 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h.

⁹⁸⁾ H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/60.

⁹⁹⁾ Vgl F Mayer, GZ 1900, 399 (400f). Biographisches zu Felix Mayer-Mallenau, meinem Ur-Ur-Großvater, s schon in FN 7.

¹⁰⁰⁾ Ch. Nowotny in FS W. Doralt 319 (327); Walch, ÖJZ 2017, 368 (372).

¹⁰¹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 51 mwN.

¹⁰²⁾ OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h, AE & E II, NZ 2016, 413 (Brugger) = Bergmann/Schörghofer, GES 2017, 20 = I. Welsch, ecolex 2017, 1073 = Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i.

¹⁰³⁾ LG Frankfurt am Main 12. 10. 2004, 3–5 O 71/04 AG 2005, 545.

wurde in der österr Literatur zwar zur Kenntnis genommen, aber inhaltlich abgelehnt.¹⁰⁴⁾ Auch nach meinem Dafürhalten muss sich die Höhe der Dividende nicht an einer durchschnittlichen „Normaldividende“ aus früheren Geschäftsjahren messen lassen.

In 6 Ob 207/20i¹⁰⁵⁾ wird gesagt: „Zur Sachdividende weist H^ügel jedoch darauf hin, diese unterliege anders als Anschaffungs- und Veräußerungsvorgänge keinem Markttest (H^ügel aaO 124). Im Ergebnis tritt H^ügel mit dem Argument, das Spaltungsgesetz lasse den Entzug des Spaltungsvermögens – einen Vorgang, der einer Sachdividende weitgehend gleiche – nur bei Einhaltung besonderer Sicherungsmaßnahmen zu, letztlich für analoge Anwendung des Spaltungsgesetzes ein (H^ügel aaO 125, vgl auch 132ff mit praktischen Vorschlägen zur Umsetzung).“ Hier wird also zumindest für Sachdividenden die analoge Anwendung des spaltungsrechtlichen Gläubigerschutzes erwogen. Diese Ansicht basiert aber nicht nur auf einem Missverständnis von H^ügels Meinung,¹⁰⁶⁾ sondern ist auch inhaltlich abzulehnen, wie ich an anderer Stelle zu zeigen versucht habe.¹⁰⁷⁾ Eine Sachdividende ist nämlich nicht das Gleiche wie eine Spaltung, sondern geradezu deren Gegenteil.¹⁰⁸⁾

C. Rechtliche Kräfte, die der (Voll-)Ausschüttung entgegenwirken können

Die **Treuepflicht** verlangt also grds nicht, dass ein Anteilseigner immer schon dann *gegen* die Gewinnausschüttung stimmt, wenn die Thesaurierung für die Gesellschaft bloß günstiger als die Ausschüttung ist.¹⁰⁹⁾ Befindet sich die Gesellschaft allerdings in der Krise und/oder in einem Liquiditätseingpass, kann sich die Auswirkung der Treuepflicht auf die richtige Stimmrechtsausübung beim Gewinnverwendungsbeschluss ins Gegenteil verkehren.¹¹⁰⁾

1. Nachträgliche Verluste

Dabei ist zunächst an Verluste zu denken, die erst **nach dem Bilanzstichtag**, aber immerhin noch **vor den Beschlüssen über die Feststellung des Jahresabschlusses und die Gewinnverwendung** auftreten und den zum Stichtag ausgewiesenen Bilanzgewinn aufzehren: Gem § 82 Abs 5 GmbHG ist – als Ausnahme vom sonst maßgeblichen Stichtagsprinzip – der Bilanzgewinn im Ausmaß der erlittenen Vermögensschmälerung (wenn diese erheblich und voraussichtlich nicht nur vorübergehend ist) von der Verteilung ausgeschlossen und als Gewinnvortrag auf neue Rechnung vorzutragen; nur das übersteigende Delta darf an die Anteilseigner ausgeschüttet werden. § 82 Abs 5 GmbHG ist zwingend. Daraus folgt nach der Rsp

¹⁰⁴⁾ Koppensteiner, Einige Fragen zum „Squeeze-Out“, GeS 2006, 143 (149); Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out Rz 187; vgl auch Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 66a Rz 11.

¹⁰⁵⁾ OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i.

¹⁰⁶⁾ H. Foglar-Deinhardstein, Schwere Kost – Neues zur verbotenen Einlagenrückgewähr bei der verdeckten Kapitalgesellschaft und zur Abschlussprüferhaftung, GES 2021, 159 (163, 165).

¹⁰⁷⁾ H. Foglar-Deinhardstein, GES 2021, 159 (163ff).

¹⁰⁸⁾ H. Foglar-Deinhardstein, GES 2021, 159 (165f, 173). Versöhnlicher G. Eckert (in Kalls/Torggler, Einlagenrückgewähr 71 [80]), wenn er meint, Sachdividende und Spaltung seien „bloß ähnlich und nicht gleich.“

¹⁰⁹⁾ OGH 31. 1. 2013, 6 Ob 100/12t = RWZ 2013, 118 (Wenger) = EvBl 2013, 682 (Told) = GesRZ 2013, 219 (G. Moser) = ecolex 2013, 710 (J. Reich-Rohrwig); 27. 2. 2013, 6 Ob 17/13p = GesRZ 2013, 222 (G. Moser); 24. 10. 2016, 6 Ob 169/16w = NZ 2017, 26 (Diregger) = wbl 2017, 106 (Nicolussi) = GesRZ 2017, 57 (Weigand) = AnwBl 2017, 255 (Kacic/Nimmerfall) = EvBl 2017/52 (Rohrer; Walch); 19. 12. 2019, 6 Ob 105/19p, dm, GesRZ 2020, 210 (Arlt) = Hummer, ÖZK 2020, 65 = Gassler, ÖZK 2020, 72 = Reidlinger/Stenitzer, GesRZ 2020, 137 = wbl 2020, 162 (F. Schuhmacher) = NZ 2020, 65 (Walch) = ecolex 2020, 219 (Frank).

¹¹⁰⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 52.

des OGH, dass das Leitungsorgan bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 82 Abs 5 GmbHG die Auszahlung der Dividende selbst dann zu verweigern hat, wenn die Anteilseigner Gegenparteilich beschlossen haben sollten. Es liegt in der Verantwortung der Organe der Gesellschaft, bei der Beschlussfassung über den Jahresabschluss auf die zwischenzeitig eingetretenen Verluste aufmerksam zu machen und Ausschüttungen, die gegen § 82 Abs 5 GmbHG verstoßen, zu verhindern bzw zu unterlassen.¹¹¹⁾ Wenn die Anteilseigner vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 82 Abs 5 GmbHG wissen, sind sie durch die Treuepflicht verhalten, gegen die Ausschüttung des Bilanzgewinns zu stimmen, soweit diese in Widerspruch zu § 82 Abs 5 GmbHG stehen würde.¹¹²⁾

Ist die Gesellschaft bereits **materiell insolvent**, oder führt die Gewinnausschüttung die **Insolvenzreife** herbei, wird die Beschlussfassung und Ausschüttung einer Dividende idR schon in Hinblick auf § 82 Abs 5 GmbHG unzulässig sein.¹¹³⁾ *Koller* erwägt als flankierende Schutzmaßnahme, Gewinnausschüttungen **in der Krise** der Gesellschaft zeitlich unbeschränkt als durch § 82 Abs 5 GmbHG gesperrt zu sehen;¹¹⁴⁾ dieser Vorschlag überzeugt mE freilich gerade wegen des – von *Koller* kritisch betrachteten – engen sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereichs von § 82 Abs 5 GmbHG nicht, der aber de lege lata hinzunehmen ist. Jedenfalls sind aber Ausschüttungen *nach* Eintritt der materiellen Insolvenz der Kapitalgesellschaft insolvenzrechtlich anfechtbar (s noch VII.C.3.).

Nach mE zustimmungswürdiger, aber umstrittener Ansicht ist § 82 Abs 5 GmbHG im Aktienrecht analog anzuwenden.¹¹⁵⁾ Unter dieser Annahme ist § 82 Abs 5 GmbHG analog schon vom Aufsichtsrat bei der Feststellung des Jahresabschlusses zu beachten.¹¹⁶⁾ Nicht geboten ist hingegen eine analoge Anwendung von § 82 Abs 5 GmbHG auf die GmbH & Co KG.¹¹⁷⁾

2. Gefährdung der Liquiditätssituation oder des Bestands der Gesellschaft durch Fremdfinanzierung der Ausschüttung

Erst **nach den Beschlüssen über die Feststellung des Jahresabschlusses und die Gewinnverwendung** auftretende Verluste sind mE nicht vom Tatbestand des § 82 Abs 5 GmbHG (analog) erfasst.¹¹⁸⁾ Allerdings können auch der durch die Dividendenausschüttung herbeigeführte Liquiditätsabfluss aus der Gesellschaft und die allenfalls erforderliche Aufnahme von Fremdmitteln zur Finanzierung von Ausschüttungen problematisch sein. Die Aufnahme von Fremdkapital wird zwar idR als Bilanzverlängerung per se den Bilanzgewinn nicht mindern, kann aber die Liquiditätssituation und/oder die Verschuldung der GmbH verschlechtern, im Extremfall bis hin zur Herbeiführung der **Insolvenz**.¹¹⁹⁾ Wenn der aus der Gewinnausschüttung resultierende Liquiditätsabfluss oder die Aufnahme von Fremdmitteln zur Finanzierung von Dividendenausschüttungen unternehmerisch-betriebswirtschaftlich unvertretbar ist, kann die **Treuepflicht** daher die Anteilseigner zur Selbstbeschränkung – dh zum vorläufigen

¹¹¹⁾ OGH 31. 1. 2013, 6 Ob 100/12t.

¹¹²⁾ OGH 31. 1. 2013, 6 Ob 100/12t; 27. 2. 2013, 6 Ob 17/13p.

¹¹³⁾ Vgl *Koller* in *Kodek/Koller*, Insolvenzf-Forum 2023, 39 (45f); *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 123 (139).

¹¹⁴⁾ *Koller* in *Kodek/Koller*, Insolvenzf-Forum 2023, 39 (53).

¹¹⁵⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 53 mwN.

¹¹⁶⁾ *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 53 Rz 8.

¹¹⁷⁾ *Wenger/Ebner*, Zweifelsfragen zur Anwendung von § 82 Abs 5 GmbHG, RWZ 2020, 143 (149ff); *Wenger* in *FS Bertl II* 689 (691).

¹¹⁸⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 54 mwN.

¹¹⁹⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 54 mwN.

Liquiditätsverzicht – verpflichtet.¹²⁰⁾ Für die Relevanz dieses Problems ist es grds unerheblich, ob es schon **vor** oder erst **nach Abreifung der Dividende** hervortritt:

- Daher kann schon die Stimmausübung zugunsten der Gewinnausschüttung im Einzelfall dann treuwidrig sein, wenn die Interessen der Gesellschaft an der Thesaurierung die Interessen des Anteilseigners massiv überwiegen. Dies ist insb dann anzunehmen, wenn die Bildung einer Rücklage für die **Überlebensfähigkeit** der Gesellschaft erforderlich wäre.¹²¹⁾ Das bedeutet in erster Linie, dass die Anteilseigner eine Gewinnausschüttung in einem Ausmaß, das die Liquidität oder gar den Bestand der Gesellschaft gefährdet, gar nicht beschließen dürfen, und die Verwaltungsorgane eine solche Ausschüttung auch gar nicht vorschlagen dürfen.¹²²⁾
- Tritt die Liquiditäts- oder Bestandsgefährdung erst nach wirksamer Fassung des Gewinnverwendungsbeschlusses, aber noch **vor Auszahlung der Dividende** auf, bleibt das entstandene Gläubigerrecht auf Gewinnauszahlung bestehen. Es ist den Anteilseignern aber mE uU zumutbar, dass die Dividende – zumindest tw – vorerst nicht ausgezahlt wird.¹²³⁾ Diese Hemmung (Zwangsstundung) des Dividendenanspruchs erlischt, sobald sich die Lage der Gesellschaft wieder gebessert hat.¹²⁴⁾ Die Treuepflicht kann – nach den Umständen des konkreten Einzelfalls – auch einen einzelnen Anteilseigner verhalten, eine asymmetrische/alineare Hemmung/Stundung nur seines individuellen Dividendenanspruchs zu akzeptieren, wenn gerade die Dividendenausschüttung an diesen Anteilseigner die Gesellschaft in eine Krise oder gar eine Bestandsgefährdung stürzen könnte.¹²⁵⁾ Zu denken wäre etwa daran, dass gerade die Gewinnauszahlung an einen bestimmten Anteilseigner nach freilich noch unklarer Rechtslage einen potentiellen Verstoß gegen ausländisches Sanktionsrecht bedeuten könnte, der ggf unabsehbare rechtliche und wirtschaftliche Folgen für die Gesellschaft selbst nach sich ziehen könnte.¹²⁶⁾
- Eine **treuwidrige Entnahme von Dividenden** kann – insb bei vorsätzlicher Sittenwidrigkeit iSv § 1295 Abs 2 ABGB – einen Schadenersatzanspruch der Gesellschaft wegen existenzgefährdenden Eingriffs begründen.¹²⁷⁾

3. Insolvenzrechtlich anfechtbare Dividende

Auch noch nach Auszahlung ist die **Anfechtung** einer Dividendenausschüttung auf Basis der **EO** oder der **IO** grds denkbar.¹²⁸⁾

- Erfolgt die Gewinnausschüttung **nach Eintritt der materiellen Insolvenz**, kann sie als Befriedigung eines Gläubigers grds wegen Begünstigungsabsicht (§ 30 Abs 1 Z 2, 3 IO) oder Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 Abs 1 Z 1 Fall 1, Z 2 Fall 1 IO) angefochten

¹²⁰⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 54 mwN.

¹²¹⁾ OGH 31. 1. 2013, 6 Ob 100/12t; 27. 2. 2013, 6 Ob 17/13p; 19. 12. 2019, 6 Ob 105/19p.

¹²²⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 54 mwN.

¹²³⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 54 mwN.

¹²⁴⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 54; G. Moser, SWK 2020, 626 (631).

¹²⁵⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 54.

¹²⁶⁾ Vgl H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 54 FN 232.

¹²⁷⁾ Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 82 Rz 45; Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein in FS Torggler 1139 (1149).

¹²⁸⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 54.

werden.¹²⁹⁾ Dies gilt auch dann, wenn der ordnungsgemäß ermittelte Bilanzgewinn auf gesellschaftsrechtlich zulässige Weise verteilt worden ist.¹³⁰⁾

- **Gewinnausschüttungen vor Eintritt der materiellen Insolvenz** können insb mit der Absichtsanfechtung gem § 28 IO bekämpft werden.¹³¹⁾ Die Unentgeltlichkeitsanfechtung gem § 29 IO scheidet nach überzeugender Ansicht insoweit aus, als die Gewinnausschüttung gesellschaftsrechtlich zulässig ist, weil sie dann als verdiente Gegenleistung für den Kapitaleinsatz des Anteilseigners zu qualifizieren ist, weshalb die Dividende **keine unentgeltliche Leistung** ist.¹³²⁾

a. Dividendenauszahlungen sind grundsätzlich anfechtbar

In einer Entscheidung im Jahr 2013¹³³⁾ beschäftigte den OGH die Klage des Masseverwalters im Konkurs über das Vermögen einer GmbH, der Dividendenauszahlungen an den 25%-Gesellschafter und Geschäftsführer und die 75%-Gesellschafterin und Prokuristin angefochten hatte. Die Gewinnauszahlungen waren ca ein Jahr vor Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt. Gestützt wurde die Anfechtung auf § 28 Z 3 KO (heute: IO), der hinsichtlich der **Anfechtbarkeit bei Benachteiligungsabsicht** besagt: *„Anfechtbar sind alle Rechtshandlungen, durch welche die Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden und die er in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegenüber seinem Ehegatten – vor oder während der Ehe – oder gegenüber anderen nahen Angehörigen oder zugunsten der genannten Personen vorgenommen hat, es sei denn, daß dem anderen Teile zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners weder bekannt war noch bekannt sein mußte.“* Gem § 32 IO gehörten die beiden Beklagten zu den „nahen Angehörigen“ der Schuldnerin.

Der OGH hielt fest, dass demjenigen, der eine mögliche Insolvenz und Gläubigerbenachteiligung nicht bedenke, kein Vorsatz – der für die erfolgreiche Anfechtung wegen Benachteiligungsabsicht gegeben sein muss – unterstellt werden könne. Zum Zeitpunkt, als der gegenständlichen Gewinnverwendungsbeschluss gefasst wurde, habe es keine Hinweise auf einen bevorstehenden wirtschaftlichen Zusammenbruch gegeben. Mit einer Veränderung der Marktsituation und der Auftragslage müsse immer gerechnet werden, ohne dass deswegen eine Ausschüttung von Gewinnen unzulässig würde. Im konkreten Fall war die Anfechtungsklage des Masseverwalters daher abzuweisen.

Grundsätzlich ist aber nach dieser OGH-Entscheidung die **insolvenzrechtliche Anfechtung** auch **bereits ausbezahlter Dividenden** rechtlich möglich. Vertiefter Überprüfung bedürfte idZ auch, ob sich bei Insolvenz einer Kapitalgesellschaft die insolvenzrechtliche Anfechtungsklage auch gegen einen **indirekten Anteilseigner** – zB die Großmutter-Gesellschaft – richten könnte, wenn die Dividende – zumal etwa durch phasenkongruente Dividendenauszahlung¹³⁴⁾ oder durch Dividendenzession¹³⁵⁾ – an diesen mittelbaren Anteilseigner weitergereicht worden ist.

¹²⁹⁾ *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, *Gesellschafterpflichten* 123 (134).

¹³⁰⁾ *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, *Gesellschafterpflichten* 123 (135).

¹³¹⁾ *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, *Gesellschafterpflichten* 123 (135; näher 137 ff).

¹³²⁾ *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, *Gesellschafterpflichten* 123 (136).

¹³³⁾ OGH 20. 2. 2013, 3 Ob 209/12 z.

¹³⁴⁾ Vgl *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, *GmbHG*² § 82 Rz 31.

¹³⁵⁾ Vgl OGH 21. 3. 2019, 6 Ob 216/18 k; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, *GmbHG*² § 82 Rz 32.

Nach hA sind auch **mittelbar Begünstigte** in den Kreis der Anfechtungsgegner einzubeziehen, wenn (a) die Rechtshandlung unter ihrer Mitwirkung oder zu ihren Gunsten vorgenommen wurde oder (b) sie durch die Rechtshandlung mittelbar oder unmittelbar einen Vermögensvorteil erlangt haben oder ihnen zumindest so ein Vermögensvorteil zugebracht war.¹³⁶⁾ Nach *Trenker* sei das maßgebliche Kriterium im gesellschaftsrechtlichen Kontext, ob dem mittelbar Begünstigten – etwa einem Anteilseigner des Anfechtungsgegners – der Vorteil uno actu mit der Anfechtung gegen den unmittelbar Begünstigten entzogen wird; sei dies der Fall, komme lediglich die Anfechtung gegen den primären Anfechtungsgegner in Betracht.¹³⁷⁾ Diese Sichtweise deckt sich grds mit dem gesellschaftsrechtlichen Leitprinzip, dass die Haftung eines Anteilseigners für Verbindlichkeiten der Kapitalgesellschaft idR abgeschlossen ist.¹³⁸⁾

b. Anfechtung der nachträglichen Ausschüttung eines zunächst vorgetragenen Gewinns

Einen komplizierteren Sachverhalt wies ein Fall auf, den der BGH im Jahr 2021 zu entscheiden hatte:¹³⁹⁾ Der Alleingesellschafter einer dt GmbH hatte zunächst den Beschluss gefasst, einen festgestellten **Bilanzgewinn auf neue Rechnung vorzutragen**. Ein wenige Wochen später vom Alleingesellschafter herbeigeführter Beschluss zielte dann auf Ausschüttung des Gewinnvortrags.

Der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH machte gegenüber dem Alleingesellschafter geltend, der Zahlungsanspruch des Alleingesellschafters sei wirtschaftlich der Forderung auf Rückzahlung eines Darlehens gleichzuhalten. Daher sei die Zahlung der Dividende nach dt Insolvenzrecht wie die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens anfechtbar. Diese Ansicht wurde vom BGH bestätigt: Nach dt Recht ist die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens anfechtbar, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist (§ 135 dInsO). Nach Ansicht des BGH sei im Fall eines Alleingesellschafters der Anwendungsbe-
reich der Anfechtung der Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens (§ 39 Abs 1 Nr 5 dInsO) bei gebotener wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch dann eröffnet, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft durch einen Gewinnvortrag auf neue Rechnung liquide Mittel zur Verfügung stelle.¹⁴⁰⁾ Andernfalls könne der Alleingesellschafter durch geschickte gestaffelte Beschlussfassung das Anfechtungsrisiko umgehen: Statt Gewährung eines Darlehens könnte der Alleingesellschafter nämlich zunächst einen Gewinnvortrag beschließen und dann – nach Ablauf der hypothetischen Laufzeit des Darlehens – die Gewinnausschüttung des zunächst vorgetragenen Gewinns. Daher sei die Fassung eines Beschlusses auf Vortrag des Bilanzgewinns auf neue Rechnung durch den Alleingesellschafter wie die Gewährung eines Darlehens als Finanzierungsentscheidung zugunsten der Gesellschaft zu werten.

¹³⁶⁾ *Astner/Hermann/Paterer in Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (273).

¹³⁷⁾ Referierend *Astner/Hermann/Paterer in Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (273).

¹³⁸⁾ *Kalss/G. Eckert in Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65 (85).

¹³⁹⁾ BGH 22. 7. 2021, IX ZR 195/20 NZI 2021, 980 (*Primožic/Ruf*) = BB 2021, 2320 (*Wilhelm*) = GWR 2021, 388 (*Görner*) = NJW-Spezial 2021, 662 (*Dahl*) = EWiR 2021, 624 (*Berjasevic*) = GmbHR 2021, 1269 (*Blöse*) = GmbH-StB 2021, 345 (*Theiselmann*).

¹⁴⁰⁾ Zum Ausschluss der Anfechtung der Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens im Fall eines Zwerggesellschafters BGH IX ZR 44/22.

Das – mE doch sehr relevante – Gegenargument, dass ein vorgetragener Bilanzgewinn Eigenkapital der Gesellschaft darstellt, das durch spätere Verluste der Gesellschaft aufgezehrt werden kann und dann für eine Ausschüttung nicht mehr zur Verfügung steht, wurde vom BGH zwar angeführt, aber nicht als stichhaltig anerkannt. Hingegen hielt der BGH immerhin Folgendes fest: Die Qualifikation eines Gewinnvortrags, der später dann doch in eine Dividende konvertiert wird, als Forderung, die anfechtungsrechtlich einem Darlehen entspricht, scheidet nach dt Recht dann aus, wenn bereits zum Zeitpunkt des ersten Beschlusses – der auf den Vortrag des Gewinns auf neue Rechnung gerichtet war – eine Gewinnausschüttung aus rechtlichen Gründen – etwa wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der Kapitalerhaltung – gar nicht vorgenommen hätte werden dürfen. Bei einer rechtlich erzwungenen Stundung des Gewinnauszahlungsanspruchs liege nämlich keine freiwillige Entscheidung des Gesellschafters vor, der Gesellschaft das Kapital weiterhin zu überlassen.¹⁴¹⁾

Im österr Recht besteht kein auf die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen zugeschnittener insolvenzrechtlicher Anfechtungstatbestand. Selbstverständlich wäre ein **in der Krise der Gesellschaft gewährtes Gesellschafterdarlehen** gem § 14 EKEG rückzahlungsgesperrt. Diese Rückzahlungssperre kann aber nach überzeugender Ansicht auf einen Gewinnvortrag nicht anwendbar sein, weil dabei kein Kapital aus dem Vermögen des Gesellschafters an die Gesellschaft fließt.¹⁴²⁾ *Koller* erwägt daher, Gewinnausschüttungen in der Krise der Gesellschaft zeitlich unbeschränkt als durch § 82 Abs 5 GmbHG gesperrt zu sehen;¹⁴³⁾ dieser Vorschlag überzeugt mE freilich gerade wegen des – von *Koller* kritisch betrachteten – vom Gesetz bewusst eng gewählten sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereichs von § 82 Abs 5 GmbHG nicht (s schon VII.C.1.).

Dass das österr Recht keinen Tatbestand der insolvenzrechtlichen Anfechtung der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen kennt, könnte gewitzte Juristen auf die Idee bringen, dass ein **von einer österr an eine dt Gesellschaft gewährtes Gesellschafterdarlehen** – insb bei nach entsprechender Rechtswahlklausel auf das Darlehen anwendbarem österr Recht – als anfechtungsfest zu beurteilen sei. Genau zu einem solchen Sachverhalt – eine dGmbH hatte Tilgungs- und Zinszahlungen an eine beteiligungsmäßig verflochtene öGmbH geleistet, wobei die zugrundeliegenden Darlehensverträge gemäß entsprechender Vereinbarung österr Recht unterlagen – klagte ein dt Insolvenzverwalter vor dt Gerichten im Wege der Insolvenzanfechtung auf Rückgewähr der Tilgungs- und Zinsleistungen. Die beklagte öGmbH machte geltend, dass österr Recht es nicht erlaube, die betreffenden Rechtshandlungen anzugreifen.

Der Rechtsstreit landete in letzter Instanz vor dem BGH, der ein **Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH** richtete. Der rechtliche Rahmen wird europarechtlich durch Art 4 und 13 EuInsVO vorgegeben. Während Art 4 sowohl die Frage der Erlösverteilung, des Rangs der Forderungen und der dinglichen Gläubigerrechte in einem Insolvenzverfahren sowie die insolvenzrechtliche Anfechtung dem Recht des Staates der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (**Insolvenzstatut**) zuordnet, normiert Art 13 hinsichtlich des anwendbaren Rechts eine **Ausnahme für die insolvenzrechtliche Anfechtung**: Art 4 findet demgemäß im Anfechtungsrecht keine Anwendung, wenn der Anfechtungsgegner nachweist, (a) dass für die benachteiligende Handlung das Recht eines anderen Mitgliedstaats als des Staates der Verfahrenser-

¹⁴¹⁾ Vgl ähnlich zum österr Recht *Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein* in FS Torggler 1139 (1148f).

¹⁴²⁾ *Karollus* in *Buchegger* § 3 EKEG Rz 3; *Koller* in *Kodek/Koller*, Insolvenzf-Forum 2023, 39 (52f); *Trenker* in *Konecny*, Insolvenzf-Forum 2019, 161 (171f).

¹⁴³⁾ *Koller* in *Kodek/Koller*, Insolvenzf-Forum 2023, 39 (53); s schon bei FN 114.

öffnung maßgeblich ist und (b) dass im konkreten Fall die benachteiligende Handlung in keiner Weise nach diesem Recht angreifbar ist.¹⁴⁴⁾

Aus Sicht des dt Rechts sind für die Beurteilung des Sachverhalts insb § 39 dInsO und § 135 dInsO einschlägig. § 39 dInsO legt fest, dass Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, im Insolvenzverfahren in den Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger zurücktreten. Und § 135 dInsO normiert, dass eine Rechtshandlung anfechtbar ist, wenn sie – im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag oder nach diesem Antrag – für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens oder für eine wirtschaftlich gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt hat.

Der EuGH erließ dazu folgendes Urteil:¹⁴⁵⁾ Nach den dem EuGH vorgelegten Erläuterungen des BGH sei von einem engen Zusammenhang zwischen § 39 und § 135 dInsO auszugehen – beide Bestimmungen zielten also auf die Nachrangigkeit von Forderungen aus Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz ab.¹⁴⁶⁾ Die Möglichkeit der Anfechtung der Rückführung eines Darlehens solle gerade die Rangfolge der Gläubiger und die Verteilungsordnung ihrer Forderungen sicherstellen und nicht die Konkurrenz zwischen gleichberechtigten Gläubigern regeln. Die Ausnahmeregelung des Art 13 EuInsVO sei aber schon nach ihrem Wortlaut nicht auf Vorschriften über die Rang- und Verteilungsordnung der im Insolvenzverfahren anzumeldenden Forderungen anzuwenden. Somit sei Art 13 EuInsVO dahingehend auszulegen, dass sich eine Person, die Rückzahlungen auf ein Gesellschafterdarlehen erhalten hat, bei denen davon auszugehen ist, dass sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen, nicht auf diese Ausnahmeregelung berufen kann, um einem Rückforderungsanspruch des Insolvenzverwalters der darlehensnehmenden Gesellschaft zu begegnen, wenn der Anspruch des Insolvenzverwalters darauf abzielt, den nach dem Insolvenzstatut vorgesehenen Rang der Forderungen zu gewährleisten.

Im Ergebnis ist der **österr Darlehensgeberin** also **der Weg abgeschnitten**, sich **zur Abwehr der Anfechtungsklage** des dt Insolvenzverwalters vor dt Gerichten **auf Art 13 EuInsVO zu berufen**. Der Vorrang des dt vor dem österr Recht beruht in concreto aber offenbar nur darauf, dass Forderungen aus Gesellschafterdarlehen nach dt Insolvenzrecht ohnedies nachrangig zu behandeln sind.

Rechtsvergleichend kann noch darauf verwiesen werden, dass nach österr Recht gem § 57 a IO im Insolvenzverfahren Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen erst nach den Insolvenzforderungen zu befriedigen sind.¹⁴⁷⁾

c. Anfechtung bei Dividende auf Basis eines nichtigen Beschlusses

Wieder eine andere Sachverhaltskonstellation wurde 2023 an den BGH herangetragen:¹⁴⁸⁾ Im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer dKGaA klagte der Insolvenzverwalter eine Kommanditaktionärin – auf Grundlage der **Schenkungsanfechtung** gem § 134 dInsO – auf Rückgewähr der Dividendenzahlungen aus vier aufeinander folgenden Geschäftsjahren.

¹⁴⁴⁾ Zu Art 13 EuInsVO s schon G. Eckert in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 8.38.

¹⁴⁵⁾ EuGH 19. 3. 2026, C-43/25, *SML Maschinengesellschaft*.

¹⁴⁶⁾ So zB auch *Haas* in *Noack/Servatius/Haas*, InsO²⁴ § 35 Rz 1.

¹⁴⁷⁾ OGH 22. 11. 2021, 1 Ob 15/21 v = *Steiner*, GES 2022,284. Vgl *Trenker* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2019, 161 (162 ff, 168 ff); *N. Frizberg*, Nachrangige Forderungen 182 f.

¹⁴⁸⁾ BGH 30. 3. 2023, IX ZR 121/22 NZI 2023, 543 (*Lütcke*) = EWiR 2023, 374 (*Jacoby*) = FD-InsR 2023, 457518 (*Kiesel*) = NJW-Spezial 2023, 437 (*Dahl/Taras*).

Gerichtlich war für zwei dieser Geschäftsjahre nur, aber immerhin die Nichtigkeit der Gewinnverwendungsbeschlüsse, für die beiden anderen Geschäftsjahre die Nichtigkeit sowohl der Jahresabschlüsse und der Gewinnverwendungsbeschlüsse festgestellt worden. Der BGH traf hier eine scharfe Differenzierung: Ausgangspunkt ist die Festlegung, dass Dividendenzahlungen aufgrund eines wirksamen Gewinnverwendungsbeschlusses grundsätzlich **entgeltliche** Rechtsgeschäfte sind. Für Dividenden aus den Geschäftsjahren, in denen schon die Jahresabschlüsse ursprünglich nichtig gewesen waren, bestand bereits zum Zeitpunkt der Dividendenzahlungen kein wirksamer Rechtsgrund, sodass diese Leistungen nach Ansicht des BGH als **unentgeltlich** zu qualifizieren und somit anfechtbar waren. Für jene Geschäftsjahre, in denen bloß die Gewinnverwendungsbeschlüsse für nichtig erklärt worden waren, kam der BGH zu einer anderen Beurteilung, zumal die ursprünglichen Jahresabschlüsse mittlerweile ersetzt worden waren und keine gerichtliche Feststellung getroffen worden war, dass die Gewinnverwendungsbeschlüsse von Anfang an nichtig gewesen wären. Sollten die Gewinnverwendungsbeschlüsse freilich ursprünglich wirksam gewesen sein, wären die Dividendenzahlungen entgeltlich gewesen. Insolvenzanfechtungsrechtlich komme es aber nur auf den Zeitpunkt an, in dem die rechtlichen Wirkungen der fraglichen Rechtshandlung eingetreten sind.

Eine weitere Facette ergab sich aus der Frage, ob der **Schutz des gutgläubigen Dividendenempfängers** die insolvenzrechtliche Anfechtung ausschließt. Der Gutgläubensschutz des Dividendenempfängers ist auch im österr Recht verwirklicht: Gem § 56 Abs 3 AktG und § 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG trifft den Anteilseigner kein kapitalerhaltungsrechtlicher Rückersatzanspruch, wenn er Dividenden in gutem Glauben bezogen hat. Dieser Gutgläubensschutz nach österr Kapitalgesellschaftsrecht bezieht sich nur auf deklarierte Dividendenzahlungen im Zuge des regulären Ausschüttungsverfahrens.¹⁴⁹⁾ Der gute Glaube muss zum Zeitpunkt der Zahlungsannahme bestehen¹⁵⁰⁾ und zumindest Rechtmäßigkeit von Gewinnermittlung, Gewinnausweis und Gewinnauszahlung, die Höhe des Gewinnanspruchs und das Nichtbestehen von Auszahlungshindernissen umfassen.¹⁵¹⁾ Grob fahrlässiges Nichterkennen von Verstößen gegen Gesetz oder Satzung schließt guten Glauben jedenfalls aus.¹⁵²⁾ Strittig ist, wen die Beweislast für die vorliegende bzw fehlende Gutgläubigkeit trifft.¹⁵³⁾

Zurück zum dt Recht und zur genannten Entscheidung des BGH: Der BGH hielt sich fest, dass der **gesellschaftsrechtliche Gutgläubensschutz** des Dividendenempfängers eine **insolvenzrechtliche Anfechtung nicht ausschließt**. Der kapitalerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch greife nämlich ggf unabhängig von einer Insolvenz der Gesellschaft. Nur dieser Rückersatzanspruch sei aber durch den Gutgläubensschutz des Dividendenempfängers eingeschränkt. Neben den kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruch trete im Fall der Insolvenzeröffnung die insolvenzrechtliche Anfechtung, für die der Privilegierung des gutgläubigen Dividendenempfängers nicht relevant sei.

Dieser Grenzziehung kann zugestimmt werden, weil Eigenkapitalgeber von Gesetzes wegen ein höheres Ausfallrisiko als Fremdkapitalgeber zu tragen haben,¹⁵⁴⁾ und ihnen daher gerade

¹⁴⁹⁾ OGH 26. 4. 2016, 6 Ob 72/16f GesRZ 2016, 343 (*Ettmayer/St. Arnold*); 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*. Differenzierend *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 16.

¹⁵⁰⁾ OGH 26. 3. 1996, 1 Ob 2028/96h.

¹⁵¹⁾ OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 84/17x.

¹⁵²⁾ OGH 26. 3. 1996, 1 Ob 2028/96h. Zur Frage, ob auch leichte Fahrlässigkeit schädlich sein kann, OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p RWZ 2012, 321 (*Wenger*) = GesRZ 2013, 38 (*U. Torggler*).

¹⁵³⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 16 mwN.

¹⁵⁴⁾ *Dahl/Taras*, NJW-Spezial 2023, 437.

im Mangelfall der Insolvenz zugemutet werden kann, in den zeitlichen Grenzen der Anfechtungsfrist das Risiko eines fehlerhaften Gewinnverwendungsbeschlusses oder des Fehlens eines bereits verteilten Gewinns endgültig zu tragen.¹⁵⁵⁾ Das Anfechtungsrecht kennt seinen eigenen Redlichkeitsschutz, sodass für eine Anwendung des kapitalerhaltungsrechtlichen Gutgläubensschutzes mE auch wertungsmäßig kein Anlass besteht.¹⁵⁶⁾

Auch nach österr Recht sollte daher ein gutgläubig bezogener, aber tatsächlich nicht bestehender Gewinnanspruch insolvenzrechtlich anfechtbar sein, insb wegen **Inkongruenz** (§ 30 Abs 1 Z 1 IO),¹⁵⁷⁾ aber auch wegen **Unentgeltlichkeit** (§ 29 IO).¹⁵⁸⁾ Dem BGH ist mE insoweit rechtzugeben, dass Dividendenzahlungen auf Basis eines Rechtsgrunds **entgeltliche**, Gewinnausschüttungen **ohne Rechtsgrund** hingegen **unentgeltliche Rechtsgeschäfte** sind.¹⁵⁹⁾ Das Anfechtungsrecht bietet – auch im österr Recht – in § 39 Abs 3 IO seinen spezifischen Schutz des gutgläubigen Empfängers einer unentgeltlichen Leistungen, sodass für die Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Schutz des gutgläubigen Empfängers einer Dividende im Anfechtungsrecht weder Raum noch Notwendigkeit besteht.¹⁶⁰⁾

Die öRsp und Teile der Lehre verlangen bei der Anfechtung wegen unentgeltlicher Verfügung ergänzend zur Frage, ob der Schuldner objektiv ein Vermögensopfer erbracht hat, subjektiv ein freigebiges Bewusstsein des Schuldners und tw auch des Empfängers, dass eine Leistung unentgeltlich zugewendet werde.¹⁶¹⁾ Dieser Fokus auf ein zusätzliches subjektives Element ist aber nicht überzeugend.¹⁶²⁾ Für die Anfechtung wegen Inkongruenz ist diese Frage der Erkennbarkeit der Freigebigkeit jedoch naturgemäß nicht relevant.

4. Nach Insolvenzeintritt noch offene Dividendenansprüche

Ungeklärt ist, ob wirksam begründete, aber noch nicht befriedigte Dividendenansprüche **in der Krise oder in der Insolvenz** gegenüber Ansprüchen von Drittgläubigern ohne mitgliederschaftliche Position **nachrangig** zu behandeln sind. Dafür würde sprechen, dass die Dividendenansprüche – anders als echte Drittgläubigerforderungen – doch im Eigenkapital wurzeln.¹⁶³⁾

¹⁵⁵⁾ Lütcke, NZI 2023, 547.

¹⁵⁶⁾ Trenker in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschafterpflichten 123 (143).

¹⁵⁷⁾ Astner/Hermann/Paterer in Clavora/Kapp/Mohr, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (276). Trenker in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschafterpflichten 123 (140 f).

¹⁵⁸⁾ R. Wagner, Einlagenrückgewähr 41 ff; Trenker in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschafterpflichten 123 (140 f). Ähnlich Koller in Kodek/Koller, Insolvenz-Forum 2023, 39 (45 f, 51).

¹⁵⁹⁾ So auch Koller in Kodek/Koller, Insolvenz-Forum 2023, 39 (48 f); Trenker in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschafterpflichten 123 (135 ff, 140 ff).

¹⁶⁰⁾ Koller in Kodek/Koller, Insolvenz-Forum 2023, 39 (50). Vgl ähnlich Trenker in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschafterpflichten 123 (142 f).

¹⁶¹⁾ Astner/Hermann/Paterer in Clavora/Kapp/Mohr, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (276). Krit referierend Koller in Kodek/Koller, Insolvenz-Forum 2023, 39 (47).

¹⁶²⁾ Koller in Kodek/Koller, Insolvenz-Forum 2023, 39 (47 ff, 51); Trenker in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschafterpflichten 123 (143, 145).

¹⁶³⁾ Vgl OGH 15. 3. 2012, 6 Ob 28/12d GesRZ 2012, 252 (F. Schuhmacher) = EvBl 2012, 763 (Csoklich); 21. 5. 2013, 1 Ob 34/13a = Trenker, VbR 2013, 16 = Told, ZFR 2014, 109; Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA³ 1 (37); Trenker, ÖBA 2013, 187; Trenker, VbR 2013, 16; Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein in FS Torggler 1139 (1149) mwN; G. Kodek in FS Koppensteiner III 181 (184, 192); Trenker in Konecny, Insolvenz-Forum 2019, 161 (171); N. Frizberg, Nachrangige Forderungen 31 f; Prinz in FAH, GmbHG² § 57 Rz 5. **Abl** Fidler/Madari, ÖJA 2023, 322 (331).

In einer rezenten Entscheidung hat der BGH ausgesprochen, dass nach dt Recht die Aktionäre einer **insolventen Aktiengesellschaft** mit **kapitalmarktrechtlichen Schadenersatzansprüchen** nicht im gleichen Rang mit einfachen Insolvenzgläubigern an der Verteilung teilnehmen; vielmehr sind diese Ansprüche – wegen der notwendigen Nähe zur Beteiligung an der Gesellschaft – nur eine **nachrangige Insolvenzforderung**.¹⁶⁴⁾ Der Eintritt der Insolvenz bildet somit nach Auffassung des BGH die Zäsur, die die Aktionäre mit ihren Schadenersatzansprüchen in die hinteren Ränge zurücktreten lässt.¹⁶⁵⁾ Nimmt man diese Entscheidung als gegeben hin, wäre aus ihr – zumindest nach dt Recht – konsequenter Weise abzuleiten, dass auch – bzw umso mehr – **Gewinnauszahlungsansprüche in der Insolvenz** einer Kapitalgesellschaft **nachrangig** zu behandeln sind.¹⁶⁶⁾

ME ist nach österr Recht freilich keine pauschale Übernahme der BGH-Rsp erforderlich, sondern zu differenzieren.¹⁶⁷⁾ In der **Krise oder Insolvenz einer Kapitalgesellschaft** können mE sogar bereits **abgeriffte Dividenden** als **nachrangig** zu qualifizieren sein, weil die Abspaltung des Anspruchs auf Auszahlung der Dividende von der Mitgliedschaft bei Abreifung der Dividende die Verkehrsfähigkeit des Dividendenanspruchs herbeiführen soll, aber letztlich nichts daran ändert, dass die **Dividende in der Mitgliedschaft und im Eigenkapital wurzelt** und ihr somit weiterhin eine gewisse Nachrangigkeit anhaftet. Anderes gilt mE für Gläubigerrechte von Anteilseignern auf anderer – außergesellschaftlicher – Rechtsgrundlage, etwa aus einem Drittgeschäft, aber mE auch aus kapitalmarktrechtlichem Schadenersatz, für die grundsätzlich keine Nachrangigkeit eingreift.¹⁶⁸⁾

VIII. Das Verbot der Einlagenrückgewähr im Verhältnis zu Anteilseignern, unechten Dritten und echten Dritten

A. Primäre Adressaten

Adressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr sind in erster Linie die Anteilseigner sowie – als deren Gegenüber – die Kapitalgesellschaft selbst und deren Verwaltungsorgane.¹⁶⁹⁾

¹⁶⁴⁾ BGH 13. 11. 2025, IX ZR 127/24, *Wirecard*, NZG 2025, 1633 (*Wieneke/Penné*) = ZInsO 2026, 23 (*Baumert*) = NZI 2026, 14 (*Berjasevic*) = ZIP 2025, 2979 (*Bitter*) = BKR 2025, 1151 (*Eichinger/Konstant*) = ZIP 2026, 29 (*Priütting*) = *Mock*, NZG 2026, 311: „Jedoch schützt die Verteilungsordnung den Fremdkapitalgeber vor Ansprüchen der Eigenkapitalgeber aufgrund ihrer Beteiligung an der Gesellschaft. [. . .] Daher treten kapitalmarktrechtliche Schadenersatzansprüche der Aktionäre, die ihnen aufgrund des Erwerbs von Aktien gegen die Gesellschaft zustehen, hinter den Ansprüchen einfacher Insolvenzgläubiger zurück. Denn sie sind [. . .] mit der Stellung als Aktionär verknüpft [. . .]. Die Schadenersatzhaftung der Gesellschaft führt dazu, dass wirtschaftlich Altaktionäre die Neuktionäre entschädigen. [. . .] Im Insolvenzfall betrifft die Durchsetzung der kapitalmarktrechtlichen Schadenersatzansprüche nicht mehr die Haftung der Gesellschaft, sondern einen Verteilungskonflikt zwischen Fremdgäubigern und den an der Gesellschaft beteiligten Gläubigern; aus der gesellschaftsinternen Konkurrenz wird eine Gläubigerkonkurrenz. [. . .] In diesem Verteilungskonflikt weist die Gläubigerstellung der Aktionäre die notwendige Nähe zur Beteiligung an der Gesellschaft auf; [. . .].“

¹⁶⁵⁾ *Wieneke/Penné*, NZG 2025, 1642.

¹⁶⁶⁾ *Mock*, Gesellschafter als nachrangige Gläubiger, NZG 2026, 311 (313).

¹⁶⁷⁾ Krit zur BGH-Entscheidung nach dt Recht *Mock*, NZG 2026, 311.

¹⁶⁸⁾ *Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein* in FS Torggler 1139 (1149) mwN.

¹⁶⁹⁾ OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h, *Fehringer*, JBl 1997, 108 (*Hügel*) = *Saurer*, RdW 1998, 593; 12. 11. 1996, 4 Ob 2328/96y; 15. 12. 2014, 6 Ob 14/143y, *Humanitas*, NZ 2015, 107 (*Till*) = *ecolex* 2015, 128 (*Brugger*) = *GesRZ* 2015, 130 (*Karollus*) = *Reisch/Hampel*, ZIK 2015, 91 = *Hermann*, GES 2016, 394 = *Prostor*, ZfRV 2019, 179; 29. 3. 2017, 6 Ob 48/17b. Der OGH (28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*) nennt nunmehr auch **mittelbare Anteilseigner** als (**primäre**) **Normadressaten**.

B. Unechte Dritte

1. Allgemeines

Bei **unechten Dritten** ist – unabhängig von Kollusion oder grober Fahrlässigkeit – eine direkte Verantwortlichkeit für eine verbotene Einlagenrückgewähr möglich; der unechte Dritte haftet solidarisch mit dem involvierten Anteilseigner.¹⁷⁰⁾ 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 führt¹⁷¹⁾ – als unechte Dritte erachtet werden: ehemalige oder zukünftige Anteilseigner, mittelbare (indirekte) Anteilseigner, Schwestergesellschaften, Treugeber eines Anteilseigners, nahe Familienangehörige eines Anteilseigners¹⁷²⁾ sowie bestimmte Inhaber von Rechten an einer Privatstiftung (s noch VIII.B.5.).

2. Vermögenstransfer einer Kapitalgesellschaft an den indirekten Anteilseigner – Haftung eines direkten Anteilseigners?

In 6 Ob 98/24s¹⁷³⁾ hatte der OGH eine verbotene Einlagenrückgewähr zu beurteilen, die nicht in die Sphäre eines direkten Gesellschafters, sondern in den Einflussbereich eines indirekten Anteilseigners zielte. Der mittelbare Anteilseigner ist in einer solchen Konstellation nach recht unumstrittener Ansicht des OGH idR als unechter Dritter zu qualifizieren und daher zum Rückersatz gem § 83 GmbHG verpflichtet. Strittig ist hingegen, ob der direkte Anteilseigner, der die Verbindung zwischen Gesellschaft und mittelbarem Gesellschafter bildet, solidarisch mit dem indirekten Anteilseigner haftet, oder ob sich die Ansprüche der Gesellschaft nur gegen den mittelbaren Gesellschafter richten.

Jedenfalls für eine Konstellation, in der der indirekte Gesellschafter alleiniger Anteilseigner und Geschäftsführer der zwischengeschalteten Gesellschaft ist, bejahte der 6. Senat in der genannten Entscheidung die Solidarhaftung. Dies überzeugt mE schon deswegen, weil sich ja gerade aus der Zwischenstellung des direkten Gesellschafters und der daraus folgenden Einflussmöglichkeit die Ungebührlichkeit des Vermögenstransfers ergibt. Würde eine auf den kapitalerhaltungsrechtlichen Prüfstand gestellte Transaktion nämlich völlig unbeeinflusst von der Gesellschafterstellung erfolgen, läge gar kein Vermögenstransfer causa societatis und damit auch keine verdeckte Einlagenrückgewähr vor.¹⁷⁴⁾

Für die literarische Gegenposition, die die Solidarhaftung des unmittelbaren Gesellschafters bei einer Einlagenrückgewähr in die Sphäre des mittelbaren Anteilseigners verneint, zitierte der OGH in seinem Literatur-Referat *Karollus*, nach dem es „geradezu abwegig“ sei, einen bei der verpönten Leistung übersprungenen direkten Gesellschafter „für die Sünden seiner Ge-

¹⁷⁰⁾ Vgl OGH 13. 12. 2016, 3 Ob 167/16d; 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 (*Kalss*) = *V. Hügel*, JEV 2019, 54 = *H. Foglar-Deinhardstein*, ÖJZ 2019, 938; 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b; 6. 11. 2024, 6 Ob 98/24s = RWZ 2025, 14 (*Wenger/Ebner*) = *H. Foglar-Deinhardstein*, ÖJZ 2025, 219 = GesRZ 2025, 128 (*Milchrahm*) = *I. Vonkilch*, Zak 2025, 124; 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*. Eine Solidarhaftung auch im Fall von Seitwärts-Verbotsverstößen vorsichtig bejahend *Haglmüller* in FS Gitschthaler 177.

¹⁷¹⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 75 mwN auch zu krit Ansichten.

¹⁷²⁾ Zur Diskussion der analogen Anwendung von § 32 IO *Mann-Kommenda* in FS Gitschthaler 359; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 70.

¹⁷³⁾ OGH 6. 11. 2024, 6 Ob 98/24s.

¹⁷⁴⁾ *H. Foglar-Deinhardstein*, Verbotene Einlagenrückgewähr im Dachgeschoß: Solidarhaftung, Verjährung, (Unwirksamkeit der) Vertretungsbefugnis, ÖJZ 2025, 219 (220).

sellschafter büßen“ zu lassen. Dieses bedenkenwerte Argument resultiert mE aber nicht zwingend in einer Ablehnung der Solidarhaftung. Zunächst ist das Bestehen des kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruchs ja nie daran gebunden, dass schuldhaftes Verhalten vorlag oder sich beim betroffenen Gesellschafter tatsächlich ein Vermögensvorteil entfaltet hat. Insofern geht es nicht um das Abbüßen fremder Sünden, sondern normzweckgemäß darum, dass ein unzulässiger Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen rückgängig gemacht wird, wofür – zumindest im Verhältnis zur Gesellschaft – (auch) jener Gesellschafter verantwortlich ist, der die Einflussmöglichkeit eines unechten Dritten (wenn auch nur mechanisch und möglicherweise ohne eigenes Zutun oder gar Verschulden) aufgrund seiner Sandwich-Position überhaupt erst herstellt.

Vermittelnd vertritt *Fidler*, dass eine Solidarhaftung der Zwischengesellschaft einen Zurechnungsakt auf deren Ebene – wie zB personenmäßige Verflechtung – voraussetze.¹⁷⁵⁾ Dem ist aber mE entgegenzuhalten, dass der geforderte „Zurechnungsakt“ ja schon in der Sandwich-Position als direkte Anteilseignerin liegt, während die indirekte Anteilseignerin deswegen haftet, weil sie die verbotene Leistung erhalten hat.

3. Vermögenstransfer an den direkten Anteilseigner – Haftung eines indirekten Anteilseigners?

Von Interesse ist auch die umgekehrte Konstellation: Wenn eine direkte Anteilseignerin eine Leistung erhalten hat, die als verbotene Einlagenrückgewähr zu qualifizieren ist, können auch die unmittelbaren und mittelbaren Anteilseigner der Leistungsempfängerin zur Haftung herangezogen werden? Dagegen könnte sprechen, dass es sich ja hier nur um „Reflexvorteile“ aus der Beteiligung bzw der Beteiligungskette an der Leistungsempfängerin handelt.¹⁷⁶⁾ *Koppensteiner* allerdings bejaht eine **kapitalerhaltungsrechtliche Haftung der Obergesellschaft** zumindest für den Fall, dass die Untergesellschaft und Leistungsempfängerin **insolvent** und daher nicht mehr in der Lage ist, die Rückgewährforderung zu erfüllen.¹⁷⁷⁾

Dieses Szenario weiterdenkend, stellt sich die Frage, ob eine Haftung der Obergesellschaft in der Insolvenz der Untergesellschaft auch dann denkbar ist, wenn der kapitalerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch bereits verjährt ist. Eine Leistungskondition wird wegen Wegfalls der Bereicherung – die Beteiligung der Ober- an der Untergesellschaft wird nahezu wertlos sein – idR nicht darstellbar sein, sofern die Obergesellschaft nicht zB *nach* der verbotenen Einlagenrückgewähr, aber *vor* Eintritt der Insolvenz ihre Beteiligung gegen Erlös eines Kaufpreises veräußert hat.

Zu prüfen wäre freilich – auch bei weggefallener Bereicherung – ein **Verwendungsanspruch** gem § 1041 ABGB.¹⁷⁸⁾ Nach hA steht der nachträgliche Wegfall der Bereicherung einem An-

¹⁷⁵⁾ *Fidler* in *Amberger et al*, Leistungsbeziehungen 91 (96). Anders freilich zu Schwestergesellschaften (aaO 103f): „[Die Leistung an die Schwestergesellschaft ist] nur wegen der gemeinsamen Obergesellschaft [. . .] überhaupt tatbestandsmäßig [. . .] – die Schwestergesellschaft ist kein empfangender Gesellschafter. Ohne das verbindende Konzernmitglied wäre die Kreditierung vielleicht sorgfaltswidrig, aber kein Problem der Kapitalerhaltung.“

¹⁷⁶⁾ *Trenker*, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht, GesRZ 2014, 10 (16f).

¹⁷⁷⁾ *Koppensteiner* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Konzern 67 (70f, 81). Zur umgekehrten Konstellation – Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen bei **Schadensverlagerung** – allgm OGH 25. 3. 2020, 6 Ob 189/19s GesRZ 2020, 334 (*Schimka*); 20. 12. 2023, 6 Ob 78/23y GesRZ 2024, 188 (*Told*).

¹⁷⁸⁾ Vgl allgm zu **Verwendungsansprüchen** in **kapitalerhaltungsrechtlichen** Konstellationen *Ch. Nowotny* in *Kalss/Ch. Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 4/427; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 224 AktG Rz 29; *Schmidberger/Lipp*, Gruppenbesteue-

spruch nach § 1041 ABGB nicht entgegen und befreit den Schuldner nicht (vgl § 1041 ABGB aE).¹⁷⁹⁾ Eine Ausnahme soll nur dann bestehen, wenn die Sache **zufällig untergeht und der Bereicherungsschuldner noch keinen Nutzen aus der Sache gezogen hat**.¹⁸⁰⁾

4. Vermögenstransfer aus einer Tochtergesellschaft der Kapitalgesellschaft an einen Anteilseigner der Kapitalgesellschaft

Eine weitere Variante ergibt sich dann, wenn eine österr Kapitalgesellschaft eine Beteiligung an einer (nicht-österr) Gesellschaft hält, aus der es zu einem Vermögenstransfer an deren Großmuttergesellschaft – also die Mutter der österr Kapitalgesellschaft – kommt.

ME ist das Vermögen einer (ausländischen) Tochtergesellschaft der österr Kapitalgesellschaft nur, aber immerhin **nach dem auf die Tochter anwendbaren Gläubigerschutzregime geschützt**. Eine Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsregeln der Mutter-AG/SE/GmbH/FlexCo auf das Vermögen einer österr oder ausländischen Tochter ist mE nur ausnahmsweise denkbar, nämlich dann, wenn das Vermögen genau mit dem Zweck in die Tochter ausgelagert worden ist, das für die Mutter-AG/SE/GmbH/FlexCo anwendbare Verbot der Einlagenrückgewähr zu umschiffen.¹⁸¹⁾

Dies wird aber von manchen Literaturstimmen strenger betrachtet:

- Nach in D wohl hA sind bei Beteiligungen (jedenfalls iHv jeweils 100% oder in jeweils einem Ausmaß, das eine Abhängigkeit begründet) alle Glieder der Beteiligungskette nach unten kapitalerhaltungsrechtlich als **wirtschaftliche Einheit** zu betrachten, damit nicht durch das Einziehen von Zwischengesellschaften die Kapitalerhaltung umgangen werden kann.¹⁸²⁾ Im Fall einer Zuwendung der Tochter an die Großmutter könne daher – wegen der (mittelbaren) Verminderung des Vermögens der Mutter in Form der Reduktion des Beteiligungswerts der Tochter auf Ebene der Mutter – ein Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften **auf Ebene der Mutter** gegeben sein, der dann ggf einen Rückgewähranspruch der Mutter gegen die Großmutter hervorriefe.¹⁸³⁾ Dieser Gedanke steht freilich in Widerspruch zur strukturellen Nachrangigkeit: weder steht den Gläubigern der Mutter das Vermögen der Tochter unmittelbar als Haftungsfonds zur Verfügung, noch muss eine

rung und Gesellschaftsrecht, RdW 2011, 385 (389); *Aburumieh/Hoppel*, Beim Parkplatz hört die Freundschaft auf – aber § 82 GmbHG schützt sowieso bei Verkauf! GES 2021, 120 (124); *J. Reich-Rohrwig/Aschl*, Unzulässige Einlagenrückgewähr im Spiegel der Rechtsprechung 2013 bis 2022, *ecolex* 2022, 850 (862); *J. Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2022, 895f; *I. Vonkilch*, Einlagenrückgewähr oder Zivilrecht? *Zak* 2025, 124 (125f).

¹⁷⁹⁾ *Koziol/Spitzer* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, ABGB⁷ § 1041 Rz 14; *Apathy/St. Perner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1041 Rz 27; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.09} § 1041 Rz 21 ff, insb 23 (Stand 15. 9. 2023, rdb.at); *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1760; *Bollenberger/Spitzer* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO² § 39, 40 Rz 15; wohl auch OGH 28. 5. 2002, 4 Ob 114/02x; **aA** *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (2019) § 1041 Rz 8.

¹⁸⁰⁾ *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.09} § 1041 Rz 21; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1760.

¹⁸¹⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 4. Auch auf Umgehungsfälle abstellend *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 85.

¹⁸²⁾ Nachw bei *Wenger/Ebner*, RWZ 2025, 14 (20 FN 27). In Ö auch in diese Richtung *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 52 Rz 33 („Leistungen eines abhängigen Unternehmens an den Aktionär der herrschenden AG“).

¹⁸³⁾ Referierend *Wenger/Ebner*, RWZ 2025, 14 (20). **Krit bzw aA** *Koppensteiner* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Konzern 67 (70f); *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung³ 1 (25f, 74ff).

Zuwendung aus der Tochter an die Großmutter zwingend den Wert der Beteiligung der Mutter an der Tochter verringern.¹⁸⁴⁾ *Saurer* möchte daher die Perspektive der wirtschaftlichen Einheit auf Fälle der tatsächlichen Vermögensverminderung auf Ebene der Mutter einschränken.¹⁸⁵⁾

- Anders setzt die von *Karollus* vorgeschlagene Lösung an:¹⁸⁶⁾ Dieser geht grundsätzlich bei Ketten von aneinander beteiligten Gesellschaften von unten nach oben vor. Nur wenn auf einer Stufe kein hinreichender Schutz besteht, wird der Schutz – bei dortigem Bedarf – eine Ebene höher gezogen. Erfolgt etwa auf der untersten Stufe einer Beteiligungskette ein Vermögenstransfer, der durch das auf diese Stufe anwendbare gesellschaftsrechtliche Regime nicht verhindert wird, ist zu fragen, ob auf der nächsten Stufe oberhalb ein Schutzbedarf besteht. Dies wäre etwa dann zu bejahen, wenn nach dem auf die untere Gesellschaft anwendbaren ausländischen Recht ein Vermögenstransfer zulässig wäre, der aber aus Sicht der oberen österr Kapitalgesellschaft gegen österr Kapitalerhaltungsrecht verstieße.
- *G. Eckert* betrachtet die Frage aus kollisionsrechtlicher Perspektive.¹⁸⁷⁾ Nach seiner Ansicht entscheidet zunächst das Personalstatut der Gesellschaft, aus der verbotenerweise ausgeschüttet wird, über die Haftung des unmittelbaren Anteilseigners. Ob aber die Großmuttergesellschaft haftet, sei darüber hinaus auch nach dem Statut der Muttergesellschaft zu beurteilen, und zwar selbst dann, wenn die Großmutter unmittelbare Empfängerin ist. Die Frage, ob der mitgliedschaftliche Rückersatzanspruch weiter nach oben zugerechnet werden kann, es also zu einem Zurechnungsdurchgriff komme, sei im Ergebnis dann zu bejahen, wenn die Zurechnung nach beiden beteiligten Personalstatuten vorgesehen ist.
- Aus der OGH-E 6 Ob 233/24v¹⁸⁸⁾ lässt sich schließen, dass der 6. Senat den vorstehenden Literaturmeinungen nicht nähertreten möchte, wobei er sie freilich nicht referiert und daher auch nicht kritisiert hat. In der genannten Entscheidung klagte der Insolvenzverwalter einer öGmbH die beteiligungsmäßig verflochtene spanische Gesellschaft – nämlich die konzerneigene Finanzierungsgesellschaft – auf Rückersatz kapitalerhaltungswidriger Zahlungen. Die beklagte „Tanten“-Gesellschaft verteidigte sich mit dem Argument, die inkriminierten Zahlungen seien ohnedies schon zurückgeführt worden. Dem hielt wiederum der Insolvenzverwalter entgegen, dass es sich bei diesen Rückzahlungen nur um Scheinzahlungen gehandelt habe, weil diese durch die dt Tochtergesellschaften der öGmbH finanziert worden wären, womit die öGmbH im wirtschaftlichen Ergebnis nichts erhalten habe, was ihr nicht ohnedies schon gehört habe. Dieses Argument des klagenden Insolvenzverwalters wurde vom OGH aber verworfen: Allfällige Ansprüche aus rechtswidrigen Zahlungen der Tochtergesellschaften an die spanische Gesellschaft kämen nicht der öGmbH, sondern nur ihren Töchtern zu. Es sei nicht ersichtlich, dass die allenfalls verbotenen Zahlungen durch die Tochtergesellschaften auf einen Vermögensabfluss aus der öGmbH – und nicht aus ihren Töchtern – gerichtet gewesen sei. Diese Sichtweise des OGH deckt sich mit meiner vorstehend angeführten Ansicht,¹⁸⁹⁾ dass das Vermögen einer Toch-

¹⁸⁴⁾ *Wenger/Ebner*, RWZ 2025, 14 (20). Vgl allgm *Auer*, Gläubigerschutz 37f.

¹⁸⁵⁾ *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG³ § 52 Rz 40; tendenziell zust *Wenger/Ebner*, RWZ 2025, 14 (20). Offen *Koppensteiner* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Konzern 67 (71).

¹⁸⁶⁾ *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung³ 1 (25f, 78f).

¹⁸⁷⁾ *G. Eckert* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 8.32.

¹⁸⁸⁾ OGH 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*.

¹⁸⁹⁾ Siehe schon FN 181.

tergesellschaft nach dem auf sie anwendbaren Regime, aber nicht nach dem für die Muttergesellschaft einschlägigen Kapitalerhaltungssystem geschützt ist.

5. Kapitalgesellschaftsrechtliche Einlagenrückgewähr und Privatstiftung

Hält eine **Privatstiftung** Anteile an einer Kapitalgesellschaft, stellt sich die Frage, ob **Vermögenstransfers an die Stifter und/oder Begünstigten der Stiftung** in den Anwendungsbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr fallen können. ME wird die bloße Stifter- oder Begünstigtenposition für die Zurechnung nicht genügen.¹⁹⁰⁾ Vielmehr wird ein Durchgriff nur im konkreten Einzelfall in Hinblick auf die in der Stiftungserklärung grundgelegten und in der faktischen Umsetzung auch gelebten Einfluss- und Vermögensrechte möglich sein.¹⁹¹⁾ Sind diese Voraussetzungen gegeben, können auch Vermögenstransfers einer Kapitalgesellschaft, die von einer Privatstiftung gehalten wird, an die Schwester-Privatstiftung der Anteilseignerin – also eine andere Stiftung mit zB demselben Stifter und Begünstigten – in den Anwendungsbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr fallen.¹⁹²⁾

Umgekehrt stellt sich die Frage, ob das Verbot der Einlagenrückgewähr ausgeschaltet werden kann, wenn ein ansonsten verbotener Vermögenstransfer **nicht an einen Anteilseigner**, sondern an **eine diesem nahestehende Privatstiftung** erfolgt. Auch hier wird es auf die Einfluss- und Vermögensrechte des Anteilseigners bei der Privatstiftung im konkreten Einzelfall ankommen.¹⁹³⁾

C. Echte Dritte

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 Gesellschafters erbrachten Leistungen an die Gesellschaft verrechnet – sind nur ausnahmsweise Normadressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr, genauer gesagt: Adressaten einer – auf der Schlechtläubigkeit des echten Dritten gründenden – Drittwirkung des Verbots der Einlagenrückgewähr.¹⁹⁴⁾

Dafür ist zusätzlich erforderlich, dass **Kollusion** – also absichtliches Zusammenwirken des Vertreters der Kapitalgesellschaft mit dem Dritten zum Nachteil der Gesellschaft – vorliegt, oder der Dritte vom bewusst nachteiligen Handeln des Vertreters der Gesellschaft und des Anteilseigners wusste (**positives Wissen**), oder sich der Missbrauch ihm gegenüber geradezu

¹⁹⁰⁾ Vgl J. Reich-Rohrwig/Aschl, *ecolex* 2022, 850 (864).

¹⁹¹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in *FAH*, *GmbHG*² § 82 Rz 72 mwN. Vgl OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18x.

¹⁹²⁾ H. Foglar-Deinhardstein in *FAH*, *GmbHG*² § 82 Rz 72. Vgl VwGH 11. 2. 2016, 2012/13/0061 ZFS 2016, 127 (*Bergmann*).

¹⁹³⁾ *Karollus*, ZFS 2015, 145 (149); *Auer* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG*² § 82 Rz 31; *Kals* in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2015, 125 (129); *P. Csoklich/P. N. Csoklich*, *Verbotene Einlagenrückgewähr an Nichtgesellschaften*, insbesondere im Zusammenhang mit Privatstiftungen, *GesRZ* 2019, 54 (56); *G. Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, *AktG-ON* § 52 Rz 15. Vgl OGH 10. 7. 2019, 13 Os 128/18z, *Mayerhöfer*, *ZWF* 2019, 180 = *Brandstetter*, *ZWF* 2019, 218.

¹⁹⁴⁾ *Zehentmayer/Ronacher*, *Drittwirkung der verbotenen Einlagenrückgewähr und publizitätsloses Sicherungseigentum*, *RdW* 2023, 99 (100ff).

aufdrängen musste (**grobe Fahrlässigkeit**).¹⁹⁵) Die Beurteilung durch den Dritten ist grds für den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts vorzunehmen.¹⁹⁶)

IX. Verdeckte Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr – Vorrang der insolvenzrechtlichen Anfechtung vor gegenläufiger Kapitalerhaltung

A. Grundlagen des Verbots der verdeckten Einlagenrückgewähr

Das Verbot der Einlagenrückgewähr verbietet grds den Transfer von Vermögen aus der Gesellschaft in Richtung der Sphäre der Anteilseigner. Freilich sollen die Anteilseigner rechtlich nicht gehindert sein, ihrer Kapitalgesellschaft **als gewöhnliche Gläubiger auf Basis eines wirksamen Rechtsgrunds** gegenüberzutreten zu können¹⁹⁷) – zu denken ist exemplarisch an Schadenersatzansprüche eines Anteilseigners gegen die Gesellschaft oder an das Gehalt eines Anteilseigners, der als Organwalter für die Gesellschaft fungiert,¹⁹⁸) aber auch an Entgelt für Lieferungen und Leistungen aus Umsatzgeschäften zwischen der Gesellschaft und dem Anteilseigner.¹⁹⁹)

Die Balance zwischen diesen Gesichtspunkten findet das Verbot der verdeckten Einlagenrückgewähr, auch **Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung** genannt. Im Kern geht es darum, dass die Anteilseigner in ihrer Position als Gläubiger der Gesellschaft nicht anders – insb nicht besser – behandelt werden sollen als jeder Drittgläubiger, sondern „at arm's length“.²⁰⁰) Dabei erfasst das Verbot der Einlagenrückgewähr grds alle Vermögensverschiebungen in die Sphäre eines Anteilseigners, ob offen oder verdeckt. Verdeckte Vermögensverschiebungen sind solche im Gewand eines Drittgeschäfts, dh auf Basis eines Vertrags oder in

¹⁹⁵) OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f RWZ 2004, 38 (Wenger); 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p RWZ 2008, 260 (Wenger) = GesRZ 2008, 310 (Stingl) = GES 2008, 315 (Bauer) = ÖBA 2009, 60 (Bollenberger); 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p = ZFR 2011, 82 (Auer) = GesRZ 2011, 110 (Karollus) = RWZ 2010, 363 (Wenger); 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w, Kneisz I, ÖBA 2013, 601 (Wolkerstorfer/Gebetsberger) = ecolex 2013, 638 (F. Hörlberger/Rieder) = GesRZ 2013, 230 (Thurnher); 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v, MBO II, RWZ 2013/82, 315 (Wenger) = GesRZ 2013, 356 (Artmann) = ÖBA 2014, 52 (P. Bydlinski); 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; 24. 11. 2015, 1 Ob 28/15x, Kneisz II, NZ 2016, 147 (Auer) = GesRZ 2016, 219 (Arlt) = Mitterecker, GES 2016, 150; 29. 3. 2017, 6 Ob 48/17b; 2. 5. 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. 6. 2021, 6 Ob 61/21w; 14. 9. 2021, 6 Ob 26/21y EvBl 2022, 321 (Painsi; Rastegar) = Brugger, NZ 2022, 69; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 82 Rz 21, § 83 Rz 15f; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 82 Rz 88, § 83 Rz 19ff; J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 168; Köppl in Torggler, GmbHG § 82 Rz 17, § 83 Rz 11; Kalls in Konecny, Insolvenz-Forum 2015, 125 (130); tw aA Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA³ 1 (53 FN 288, 158). **Krit** zum Kriterium des Schädigungsvorsatzes des Vertreters und **objektive Evidenz der Pflichtwidrigkeit** genügen lassend Zehentmayer/Ronacher, RdW 2023, 99 (101ff).

¹⁹⁶) OGH 5. 8. 2009, 9 Ob 25/08d (9 Ob 26/08a); 29. 9. 2010, 7 Ob 33/10p ZFR 2011, 82 (Auer) = GesRZ 2011, 110 (Karollus) = RWZ 2010, 363 (Wenger); 17. 5. 2023, 6 Ob 24/23g ecolex 2023, 850 (Peissl/Prasser).

¹⁹⁷) OGH 15. 3. 2012, 6 Ob 28/12d; vgl OGH 21. 12. 2017, 6 Ob 187/17v GesRZ 2018, 121 (Brix/Wagner) = ecolex 2018, 435 (H. Foglar-Deinhardstein) = ZFR 2018, 284 (Schacherreiter).

¹⁹⁸) OGH 16. 6. 1920, 3 R 78/20; 14. 10. 1925, 2 Ob 861/25; 26. 7. 2016, 9 ObA 69/16m GES 2016, 348 (Fantur).

¹⁹⁹) Vgl OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 252/02s.

²⁰⁰) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 81 mwN.

sonstiger Weise, die einen Anteilseigner aufgrund des mitgliedschaftlichen Verhältnisses zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens bevorteilt.²⁰¹⁾

Im Umkehrschluss bedeutet das: Werden **echte und angemessene Gläubigerrechte** – zB Verzugszinsen – geltend gemacht, steht dem das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht entgegen. Das gilt nicht nur für **vertragliche**, sondern auch für **gesetzliche** Rechte wie zB Schadenersatz-, Prospekthaftungs- oder Pflichtteilergänzungsansprüche.²⁰²⁾

B. Vorrang der insolvenzrechtlichen Anfechtung

Zum Umstand, dass das Verbot der verdeckten Einlagenrückgewähr der Ausübung gesetzlich zustehender Gläubigerrechte nicht entgegensteht, passt, dass auch der **Beitritt eines Anteilseigners zur Kapitalgesellschaft** oder seine **Einlageleistung** oder seine **sonstigen Leistungen an die Gesellschaft** von Gläubigern dieses Anteilseigners oder in seiner Insolvenz vom Insolvenzverwalter **auf Basis der EO oder der IO** wirksam **angefochten** werden können, ohne dass dem das Verbot der Einlagenrückgewähr entgegengehalten werden könnte.²⁰³⁾

Im vom OGH zu 3 Ob 51/10m zu beurteilenden Fall hatte der Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH noch knapp vor Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens über sein Vermögen eine Einzahlung auf seine offene Stammeinlage in der GmbH zur notwendigen Verbesserung von deren Liquidität getätigt. Der Masseverwalter focht die Zahlung des Schuldners an die beklagte GmbH mit der Begründung an, der Schuldner sei zum Zahlungszeitpunkt – innerhalb von sechs Monaten vor Konkurseröffnung – bereits zahlungsunfähig gewesen. Die beklagte GmbH sei durch diese Rechtshandlung vor allen anderen Gläubigern des Schuldners begünstigt worden. Die Rechtshandlung sei überdies in der der Beklagten bekannten Absicht vorgenommen worden, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen.

Der OGH beurteilte diese Anfechtung als zulässig und berechtigt. Das Spannungsverhältnis zwischen den Kapitalerhaltungsvorschriften und den Regeln der Konkursanfechtung sei in Richtung eines **Vorrangs der Anfechtung** aufzulösen.²⁰⁴⁾ Das Verbot der Einlagenrückgewähr betreffe das Verhältnis der Gesellschaft und ihrer Gläubiger zum Gesellschafter, während es bei der Anfechtung um Interessen Dritter gehe. Dritte und somit auch Gläubiger des Gesellschafters seien aber grundsätzlich nicht, sondern vielmehr nur in Ausnahmefällen von den Kapitalerhaltungsregeln erfasst. Die Schranke der Kapitalerhaltung greife nur für unmittelbare oder mittelbare Vermögensleistungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter ein, die auf dem mitgliedschaftlichen Verhältnis beruhen. Stütze sich hingegen die Zahlung auf einen anderen Titel, so sei ein Kapitalfluss von der Gesellschaft an den Gesellschafter oder ihm nahestehende Personen grds zulässig. Die Regeln der Kapitalerhaltung gelten also nicht unbeschränkt, sondern betreffen nur das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft. Es seien die Gesellschafter, die durch das Prinzip der beschränkten Haftung privilegiert werden und

²⁰¹⁾ OGH 20. 1. 2000, 6 Ob 288/99f; 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f; 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p.

²⁰²⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 83, 105 mwN.

²⁰³⁾ OGH 26. 5. 2010, 3 Ob 51/10m ÖBA 2011, 407 (Karollus) = Rebernig/Schmidsberger, ZIK 2010, 162 = Zollner, GES 2010, 210 = Trenker, NZ 2012, 359; Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA³ 1 (37) mwN; Astner/Hermann/Pateter in Clavora/Kapp/Mohr, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (274); Rießler/Aburumieh/Lind in Jauffer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (94ff); G. Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 21.

²⁰⁴⁾ Generell zum Vorrang des Insolvenzrechts vor dem Gesellschaftsrecht Told in Koller, Insolvenz-Forum 2024, 75 (83f, 133).

nur sie müssen sich im Interesse des Rechtsverkehrs an ihren Beitrittsversprechen unter Verpflichtung zur Kapitalaufbringung und -erhaltung festhalten lassen. Bei der Anfechtung gehe es aber nicht um den Gesellschafter, sondern um Gläubiger, denen in keiner Weise gesellschaftsvertragliche Pflichten ihres Schuldners zuzurechnen sind. Der Rechtserwerb der GmbH aus der anfechtbaren Einlageleistung habe im Verhältnis zum Masseverwalter oder zum Gläubiger deshalb keinen Bestand, weil sich die GmbH kraft tatsächlicher oder vermuteter Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht des einbringenden Gesellschafters diese zu rechnen lassen muss. Die Folge einer zulässigen Konkursanfechtung liege darin, dass die anfechtbare oder angefochtene Einlageleistung eines Gesellschafters keine Erfüllungswirkung habe, und es werde daher auch nicht die freie Verfügung des Geschäftsführers nach § 10 GmbHG erwirkt.

Es kann somit festgehalten werden, dass nach Ansicht des OGH nicht nur Dividenden aus einer Kapitalgesellschaft (s schon VII.C.3.), sondern auch der **umgekehrte Vorgang der Einlage in eine Kapitalgesellschaft** grds insolvenzrechtlich anfechtbar sind. Wichtig für das Verständnis ist, dass die insolvenzrechtliche Anfechtung nur zur **Unwirksamkeit** der fraglichen Rechtshandlung **im Verhältnis zwischen Anfechtungskläger und Anfechtungsgegner** führt. Der mit einer anfechtungstauglichen Einlageleistung eines Anteilseigners allenfalls Hand in Hand gehende Vorgang der Gründung einer Kapitalgesellschaft oder des Beitritts zu einer Kapitalgesellschaft wird daher von einer erfolgreichen Anfechtung ebenso wenig tangiert wie der rechtliche Fortbestand der betroffenen Gesellschaft.²⁰⁵⁾

X. Nach welchen Kriterien das Vorliegen einer verdeckten Einlagenrückgewähr zu prüfen ist

A. Die zentralen Prüfkriterien des Drittvergleichs: betriebliche Veranlassung – objektive Angemessenheit – betriebliche Rechtfertigung

Primärer Maßstab für die Prüfung von Rechtsgeschäften in Hinblick auf einen verdeckten Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ist der **Dritt- oder Fremdvergleich**. Im Rahmen des Drittvergleichs ist das fragliche Rechtsgeschäft dahingehend zu prüfen,²⁰⁶⁾ ob ein derartiges Geschäft (a) überhaupt auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten (**betriebliche Veranlassung**) und bejahendenfalls (b) auch zu diesen Bedingungen (**objektive Angemessenheit**) geschlossen worden wäre,²⁰⁷⁾ wobei (i) vom üblichen Verhalten voneinander unabhängiger Personen in vergleichbaren Situationen auszugehen ist, und (ii) mangelnde objektive Angemessenheit durch allfällige **betriebliche Rechtfertigung** ausgeglichen werden kann.

B. Zur objektiven Angemessenheit

Um die objektive Angemessenheit darstellen zu können, müssen neben den **Hauptleistungspflichten** (zB Ware und Preis) auch die übrigen Konditionen der Leistungsbeziehung (zB **Zahlungsziele und sonstige Erfüllungsmodalitäten, Preis- und Zinsanpassungsklauseln, Gewährleistungen und Schad- und Klagloshaltungen, Informationsrechte, Laufzeit, Kün-**

²⁰⁵⁾ Kalss/G. Eckert in Kodek/Konecny, Insolvenzf-Forum 2007, 65 (80).

²⁰⁶⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 87.

²⁰⁷⁾ Vgl OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; 16. 11. 2012, 6 Ob 153/12m GesRZ 2013, 99 (Krejci); 4. 3. 2013, 8 Ob 20/13v GesRZ 2013, 286 (Milchrahm) = RWZ 2013, 139 (Wenger); 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w; 18. 12. 2024, 17 Ob 11/24b = EvBl 2025, 670 (Felzmann) = RdFU 2025, 48 (Arlt/Heinrich-Pendl); 18. 12. 2024, 17 Ob 12/24b = RdFU 2025, 48 (Arlt/Heinrich-Pendl); 26. 6. 2025, 17 Ob 8/25p; 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, Alpine.

digungsrechte, Tragung von Instandhaltungs- und Betriebskosten, Regelungen zum Schicksal getätigter Investitionen etc) drittvergleichsfähig sein.²⁰⁸⁾ Jüngst hatte der OGH²⁰⁹⁾ einen Fall zu beurteilen, in dem der Alleingesellschafter und -geschäftsführer einer GmbH dieser befristete, unkündbare, unverzinst und endfällige Darlehen gewährt hatte. Nach Eintritt der **materiellen Insolvenz** der Gesellschaft verkaufte diese vier Liegenschaften an den Alleingesellschafter, wobei idZ die aushaftenden Darlehen vorzeitig fällig gestellt und die Kaufpreise mit der Darlehensschuld verrechnet wurden, sodass im Ergebnis keine Liquidität floss. Der Masseverwalter im Konkursverfahren über das Vermögen der GmbH focht den Verkauf der Liegenschaften und die Aufrechnung der Kaufpreise mit den Gesellschafterdarlehen an, wobei das Klagebegehren auch auf verbotene Einlagenrückgewähr gestützt wurde (s zur Konkurrenz von Anfechtung und kapitalerhaltungsrechtlichem Rückersatzanspruch XV.B.).

Obwohl der Kaufpreis für die Liegenschaften als objektiv angemessen zu beurteilen war, hielt der OGH die Ansicht der Vorinstanzen aufrecht, „dass [. . .] der Liegenschaftserwerb ungeachtet der Angemessenheit der Kaufpreishöhe objektiv inäquivalent sei, das Geschäft zu diesen Konditionen nicht auch mit einem Nichtgesellschafter geschlossen worden wäre und keine betriebliche Rechtfertigung angenommen werden könne.“ Entscheidend war aus Sicht des OGH insb, dass der Erwerb nicht gegen marktübliche Zahlung des Kaufpreises, sondern gegen unübliche Aufrechnung mit nicht fälligen, unverzinsten Darlehensforderungen erfolgte. Dieser äußerst strengen Beurteilung²¹⁰⁾ könnte mE für den konkreten Fall insb dann zugestimmt werden, wenn und soweit die Werthaltigkeit der Forderungen aus den Darlehen angesichts der materiell eingetretenen Insolvenz der Gesellschaft nicht einmal mehr den Kaufpreis für die Liegenschaften erreicht haben sollte: Insoweit ist es nämlich tatsächlich zu einem Vermögensabfluss aus der Gesellschaft gekommen.²¹¹⁾

C. Zur betrieblichen Rechtfertigung

Die Figur der **betrieblichen Rechtfertigung** bedeutet, dass ein Geschäft, das mangels objektiver Wertäquivalenz ein Vermögensopfer der Gesellschaft bedeutet, damit gerechtfertigt wer-

²⁰⁸⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 91 mwN; Felzmann, EvBl 2025, 672 mwN.

²⁰⁹⁾ OGH 18. 12. 2024, 17 Ob 11/24b.

²¹⁰⁾ Das Verbot der Einlagenrückgewähr schützt grds den **Erhalt** und nicht die Zusammensetzung des **Vermögens**. Auch ein Tausch – bei dem, anders als bei einem Verkauf, der Gesellschaft keine Liquidität zugeführt wird – kann daher mE grds kapitalerhaltungskonform sein (so wohl auch Felzmann, EvBl 2025, 672). Richtig ist, dass bei der vorzeitigen Fälligkeit eines Darlehens, um gegen die Darlehensforderung aufrechnen zu können, der Abzinsungseffekt der zukünftigen Leistung reduziert wird (Felzmann, EvBl 2025, 672). Deswegen muss aber mE nicht zwingend jede vorzeitige Rückführung eines Gesellschafterdarlehens einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellen.

²¹¹⁾ So auch die gleichzeitig ergangene Parallel-E OGH 18. 12. 2024, 17 Ob 12/24b: „[. . .] die Vorinstanzen [erblickten] den Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§§ 82f GmbHG) nicht in der Rückzahlung eines der Schuldnerin gewährten Kredits [. . .], sondern darin, dass der Beklagte von der Schuldnerin eine werthaltige Leistung erhalten hat – die Anteile an der Tochtergesellschaft – und dafür nur einen Teil einer aufgrund der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin nicht mehr werthaltigen Forderung auf Rückzahlung eines der Schuldnerin gewährten Darlehens hingegeben hat. [. . .] [Der] Hinweis, der Kaufpreis [. . .] sei jedenfalls über dem Wert der Anteile [. . .] gelegen, ändert schon deshalb nichts an der Vertretbarkeit der „gesamthaften“ Beurteilung des Kaufvertrags und der Aufrechnungsvereinbarung als einem Fremdvergleich nicht standhaltend, weil die Kaufpreisschuld von vornherein durch Aufrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung getilgt werden sollte, was letztlich auch so erfolgte.“

den kann, dass besondere betriebliche Gründe im Interesse der Gesellschaft vorliegen, sodass das zu beurteilende Geschäft (a) entweder auch mit einem Außenstehenden – einem gesellschaftsfremden Dritten – geschlossen worden wäre²¹²⁾ oder (b) – wenn es sich um ein Geschäft handelt, das typischer Weise nicht mit Konzernfremden abgeschlossen wird – aus dem Blickwinkel der Gesellschaft und von deren Organwaltern der gebotenen Sorgfalt entspricht.²¹³⁾ MaW muss ein Verlustgeschäft nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, wenn ausnahmsweise – monetäre oder sonstige – Vorteile, die sich im objektiven Wert der ausgetauschten Leistungen nicht niederschlagen, den Wertabgang aufwiegen.²¹⁴⁾

D. Zum Gesamtplan, zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise und zum Nachteilsausgleich durch legitimierende Ausgleichsmaßnahmen

Bei der Beurteilung, ob gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wurde, ist nicht auf einzelne Abschnitte eines Sachverhalts, sondern auf die gesamte Konstruktion – den **Gesamtplan** – abzustellen; geboten ist eine **wirtschaftliche Gesamtbetrachtung**.²¹⁵⁾ Dabei kann ein Vorgang, der isoliert betrachtet eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt, durch **planmäßige Verknüpfung mit geeigneten Ausgleichsmaßnahmen** gerechtfertigt werden.²¹⁶⁾ Unzulässig wäre freilich die pauschale Berufung auf einen allgemeinen Nachteilsausgleich durch nicht näher spezifizierte Vorteile, die den die Gesellschaft treffenden Nachteil angeblich ausgleichen; erforderlich ist ein innerer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der nachteiligen und der ausgleichenden Maßnahme.²¹⁷⁾ In der Praxis empfiehlt sich daher eine von vornherein vorgenommene, explizit dokumentierte Verknüpfung, bei der idealer Weise auch der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Nachteil und Ausgleichsmaßnahmen (zB Gesellschaftszuschuss oder Unterlegung mit einer [Sach-]Dividende) dargestellt wird.²¹⁸⁾

Der **Ausgleich des Nachteils** muss mE nicht unverzüglich erfolgen; ein Nachteilsausgleich, der nicht innerhalb desselben Geschäftsjahrs erfolgt, ist mE aber nur im Ausnahmefall akzeptabel.²¹⁹⁾ Verzichtet die Gesellschaft auf die Geltendmachung und Einbringlichmachung einer von einem Anteilseigner zugesagten ausgleichenden Zahlung, liegt darin per se eine verdeckte Gewinnausschüttung.²²⁰⁾

²¹²⁾ OGH 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16k GesRZ 2017, 116 (*Zehetner*) = *Dejaco*, NZ 2019, 81; 22. 12. 2021, 6 Ob 89/21p ÖBA 2022, 370 (*A. Wimmer*) = *ecolex* 2022, 380 (*J. Reich-Rohrwig*); 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*.

²¹³⁾ OGH 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16k; 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p; 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*.

²¹⁴⁾ OGH 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16k; 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*.

²¹⁵⁾ OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p; 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w; 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; 24. 11. 2015, 1 Ob 28/15x; 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16k; 25. 1. 2023, 6 Ob 31/22k; 17. 5. 2023, 6 Ob 24/23g; 18. 12. 2024, 17 Ob 11/24b; 18. 12. 2024, 17 Ob 12/24b; 28.0.1.2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*.

²¹⁶⁾ Vgl OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i; *Milchrahm*, Kapitalerhaltung und Satzungsgestaltung in der dienenden Gesellschaft, GRAU 2020, 10 (13); *H. Foglar-Deinhardstein*, Anmerkungen zum (grenzüberschreitenden) Triangular Merger, GesRZ 2012, 326 (331); *Karollus*, Debt Push Down bei der Akquisitionsfinanzierung, Verbot der Einlagenrückgewähr und Finanzierungsverbot, *ecolex* 2022, 868 (870f). *T. Bezenberger* (Das Kapital der Aktiengesellschaft 235 ff) und *Fleischer* (in FS Krieger 253 [269ff]) stellen darauf ab, ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter ein Bündel wirtschaftlich, aber nicht rechtlich verbundener Verträge unter sonst gleichen Bedingungen auch mit einem unabhängigen Dritten abgeschlossen hätte.

²¹⁷⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 101 mwN.

²¹⁸⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 101 mwN.

²¹⁹⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 101 mwN.

²²⁰⁾ Vgl BFG 13. 3. 2023, RV/7102647/2020.

XI. Wie eine verbotene Einlagenrückgewähr geheilt (saniert) werden kann

Von einer **Ausgleichsmaßnahme**, die eine ansonsten verbotene Einlagenrückgewähr legitimiert, (s. oben X.D.) ist die **Sanierung (Heilung)** einer verbotenen Einlagenrückgewähr zu unterscheiden: Die Ausgleichsmaßnahme wird planvoll mit der kritischen Maßnahme verknüpft, um sie zu rechtfertigen; bei der Sanierung geht es darum, eine bereits geschehene Verletzung der Kapitalerhaltungsregeln ex post zu heilen.

Die Rsp erachtet die Heilung einer verbotenen Einlagenrückgewähr durch **nachträgliche Widmung eines Dividendenanspruchs** auf den ursprünglich unzulässigen Vermögenstransfer als zulässig.²²¹⁾ Folgerichtig muss mE auch die Sanierung durch nachträgliche Leistung eines **Gesellschafterzuschusses** möglich sein, zumal wenn dieser Zuschuss als Heilungsmaßnahme gewidmet ist.²²²⁾ Verstößt ein (zweiseitiges) Rechtsgeschäft wegen unangemessener Konditionen gegen die Kapitalerhaltung, sollte es – zumindest außerhalb der Insolvenz des Anteilseigners bzw. des unechten/echten Dritten – jedenfalls zulässig sein, dass die Kapitalgesellschaft und ihr rechtsgeschäftliches Gegenüber das **Rechtsgeschäft** zu nunmehr angemessenen Bedingungen **neu abschließen**.²²³⁾ Eine Rückabwicklung des ursprünglichen Geschäfts kann diesfalls unterbleiben, wenn **sämtliche negativen Folgen**, die der Kapitalgesellschaft erwachsen sind, **ausgeglichen** werden, und somit der Nichtigkeitsgrund entfällt, wobei dieser Ausgleich insb die Zahlung eines angemessenen Nutzungsentgelts und/oder angemessener Zinsen sowie den Ersatz sonstiger vermögenswerter Nachteile umfassen muss.²²⁴⁾ ME steht das Verbot des Verzichts auf den kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruch (§ 83 Abs 4 GmbHG [analog]) einer Vereinbarung zur Heilung (Sanierung) einer verbotenen Einlagenrückgewähr bei Wertausgleich für die Gesellschaft nicht entgegen.²²⁵⁾

R. *Wagner* argumentiert, eine Heilung von Rechtsgeschäften, die wegen des Verbots der Einlagenrückgewähr ex lege und ex tunc absolut nichtig seien, komme deswegen nicht in Frage, weil absolut nichtige Rechtsgeschäfte nur durch Neuabschluss zu sanieren seien.²²⁶⁾ Hier geraten mE verschiedene Ebenen durcheinander: Zunächst beruft sich R. *Wagner* auf eine OGH-Entscheidung,²²⁷⁾ in der lediglich – und richtiger Weise – festgehalten wird, dass *sachenrechtlich* die wegen eines nichtigen Pfandversprechens fehlgeschlagene Begründung eines Pfandrechts *nicht rückwirkend* repariert werden kann. Dass absolut nichtige *Geschäfte* saniert werden können, dies erkennt hingegen offenbar auch R. *Wagner* grundsätzlich an, obwohl er zunächst gegen diese Möglichkeit zu argumentieren scheint.²²⁸⁾ Im konkreten Einzelfall kann

²²¹⁾ OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 84/17x; OLG Innsbruck 27. 4. 2023, 3 R 26/23g.

²²²⁾ OLG Innsbruck 27. 4. 2023, 3 R 26/23g.

²²³⁾ H. *Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 168.

²²⁴⁾ OLG Innsbruck 27. 4. 2023, 3 R 26/23g. Zur nachträglichen Sanierung einer potentiell kapitalerhaltungswidrigen Akquisitionsfinanzierung OGH 24. 10. 2019, 6 Ob 184/19f. Allg zur nachträglichen Sanierung eines ursprünglich nichtigen Kaufvertrags durch angemessene Erhöhung des Kaufpreises OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 226/20h. Zur Sanierung der Nichtigkeit durch Neuabschluss eines ursprünglich nichtigen Vertrags OGH 13. 12. 2016, 3 Ob 167/16d.

²²⁵⁾ H. *Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 82 Rz 168.

²²⁶⁾ R. *Wagner*, Einlagenrückgewähr 26.

²²⁷⁾ OGH 13. 12. 2016, 3 Ob 167/16d.

²²⁸⁾ Er zitiert OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i. In dieser Entscheidung heißt es: „Auch wenn somit eine Heilung durch Aufrechnung grundsätzlich möglich sein kann (6 Ob 128/17t), so gilt dies nicht für einen Fall, in dem die Forderung der (hier) Konzernmutter gegen die Kommanditgesellschaft (hier: auf den ausschüttbaren Gewinn) aufgrund der absoluten Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nie entstanden ist.“ Das bedeutet aber nicht, dass die Heilung einer verbotenen Einlagenrückgewähr nicht möglich wäre, sondern nur – aber immerhin –, dass ein Geschäft, das gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr

eine solche Sanierung tatsächlich den Neuabschluss des Rechtsgeschäfts erfordern; anders mag dies mE insb im Fall der Teilnichtigkeit und/oder im Fall der vertraglichen Vorsorge für einen allfälligen Verstoß gegen die Kapitalerhaltung sein.

Eine offene Frage ist, ob die Kapitalgesellschaft auch einseitig an einem Geschäft, das gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, festhalten und dessen Durchführung zu korrigierten Bedingungen durchsetzen kann. ME sollte die Gesellschaft, wenn sie an sich – gemessen an der Sicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters – Interesse an dem fraglichen Geschäft hat, im Zweifel dessen korrigierte Aufrechterhaltung und damit die Durchführung zu angemessenen Konditionen durchsetzen können. Diese Ansicht ist aber in der Literatur umstritten.²²⁹⁾

Umgekehrt steht dem Anteilseigner grds kein Wahlrecht/Anpassungsrecht zu, allenfalls auch gegen den Willen der Gesellschaft zB auf einen angemessenen Preis aufzuzahlen und damit das Geschäft zu retten.²³⁰⁾ Auch dieser Grundsatz steht mE aber einer anderslautenden Vereinbarung, die dem Anteilseigner die geltungserhaltende Aufzahlung ermöglicht, nicht entgegen.²³¹⁾

XII. Der kapitalerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch

A. Grundlagen

§ 83 Abs 1 GmbHG – der im Aktienrecht analog anwendbar ist – sieht vor, dass bei Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr jener Anteilseigner, der die unzulässige Leistung empfangen hat (oder – falls die unzulässige Leistung von einem Dritten empfangen wurde – jener Anteilseigner, dessen Sphäre die Leistung zuzuordnen ist), zum Rückersatz der erhaltenen Leistung verpflichtet ist. Erfasst sind jegliche kapitalerhaltungswidrige Leistungen an Anteilseigner oder unechte/echte Dritte.²³²⁾

Der kapitalerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch steht der Kapitalgesellschaft – und nicht einzelnen Anteilseignern²³³⁾ – zu. Er wird von den **vertretungsbefugten Organen**, im Insolvenzverfahren ggf vom **Insolvenzverwalter** geltend gemacht.²³⁴⁾ Die Kapitalgesellschaft ist alleiniger Gläubiger des Rückersatzanspruchs, kann den Anspruch aber grds zedieren.²³⁵⁾ Die Abtretung von Rückersatzansprüchen an einen Anteilseigner ist nur zulässig, wenn dafür eine werthaltige Gegenleistung erbracht wird; die Zession an einen Anteilseigner ohne werthaltige Gegenleistung wäre ihrerseits ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.²³⁶⁾ Für die **Gesellschaftsgläubiger** ist direkt auf Basis des kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruchs kein unmittelbarer Zugriff auf die Anteilseigner möglich; die Gläubiger können den Erstattungsanspruch der Gesellschaft aber im Exekutionsverfahren pfänden und

verstößt, nicht selbst die Sanierung eben dieses nichtigen Geschäfts bewirken kann (grds zust, aber differenzierend *H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2021, 159 [166f]).

²²⁹⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG² § 82 Rz 168 mwN.

²³⁰⁾ OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18x.

²³¹⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG² § 82 Rz 168.

²³²⁾ Vgl OGH 25. 10. 1978, 1 Ob 719/78; 26. 3. 1996, 1 Ob 2028/96h.

²³³⁾ OGH 28. 3. 2018, 6 Ob 41/18z GesRZ 2018, 346 (*Bauer*); OLG Innsbruck 27. 4. 2023, 3 R 26/23g.

²³⁴⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG² § 83 Rz 8 mwN.

²³⁵⁾ OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h; OLG Innsbruck 27. 4. 2023, 3 R 26/23g.

²³⁶⁾ OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h.

sich überweisen lassen oder ggf gegen die Anteilseigner **Anfechtungsansprüche** gemäß EO oder IO (s noch XII.B.) richten.²³⁷⁾

Der Rückersatzanspruch trifft jenen Anteilseigner, in dessen Sphäre der Vermögenstransfer (an ihn selbst oder einen Dritten) zielt,²³⁸⁾ unabhängig davon, ob er in weiterer Folge aus der Gesellschaft ausgeschieden ist.²³⁹⁾ Gegenüber den übrigen Anteilseignern der Gesellschaft haftet der vom verbotenen Vermögenstransfer begünstigte Anteilseigner grds nicht.²⁴⁰⁾

Eine Erfassung von **unechten Dritten** als Schuldner des Rückersatzanspruchs kommt im Einzelfall in Frage.²⁴¹⁾ Diesfalls haften sie mE solidarisch mit dem involvierten Anteilseigner,²⁴²⁾ wobei – bei allfälligem Mitverschulden anteilige – Regressansprüche zwischen empfangendem und veranlassendem Rechtsträger denkbar sind, aber auch korrigierende kapitalerhaltungsrechtliche Binnenansprüche zwischen den Rechtsträgern.²⁴³⁾ Im Detail ist hier noch vieles unklar und strittig.

Echte Dritte haften hingegen grds nur bei Kollusion oder grober Fahrlässigkeit²⁴⁴⁾ oder bei sittenwidriger Schädigung.²⁴⁵⁾ Bei Haftung eines echten Dritten steht der Gesellschaft mE kein kapitalerhaltungsrechtlicher Rückersatzanspruch zu, aber allenfalls – insb wegen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gem § 879 ABGB – nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln ein **Kondiktions-, Vindikations- und/oder Schadenersatzanspruch**.²⁴⁶⁾ Die Rsp nimmt jedoch mglw einen kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruch auch gegen echte Dritte an.²⁴⁷⁾ Die allfällige Haftung des echten Dritten ist gegenüber der Gesellschaft mE ebenso solidarisch zu der des involvierten Anteilseigners.²⁴⁸⁾ Offen ist mE, ob zwischen Anteilseigner und echtem Dritten wechselseitige Regressansprüche denkbar sind, oder ob nur dem echten Dritten ein Regressanspruch gegen den Anteilseigner zustehen kann, weil er für eine materiell fremde Schuld haftet.²⁴⁹⁾

Zur **Geltendmachung** des kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruchs ist **keine Anfechtung** gemäß EO oder IO **erforderlich**.²⁵⁰⁾ Der Rückersatzanspruch entfällt mglw dann, wenn der Gesellschaft die einseitige Korrektur möglich ist, zB wenn eine GmbH eine unzulässige Zwischendividende – zzgl angemessener Zinsen – von der wirksam beschlossenen

²³⁷⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 8.

²³⁸⁾ Vgl OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h.

²³⁹⁾ Vgl OGH 8. 6. 2010, 4 Ob 11/10m; OLG Innsbruck 27. 4. 2023, 3 R 26/23g.

²⁴⁰⁾ Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA³ 1 (25f).

²⁴¹⁾ OGH 22. 12. 2021, 6 Ob 89/21p.

²⁴²⁾ Eine Solidarhaftung auch im Fall von Seitwärts-Verbotsverstößen vorsichtig bejahend Haglmüller in FS Gitschthaler 177.

²⁴³⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbH² § 83 Rz 10 mwN.

²⁴⁴⁾ OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f; 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p; 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p; 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w; 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v; 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; 24. 11. 2015, 1 Ob 28/15x; 11. 10. 2016, 10 Ob 61/16t; 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h; 23. 6. 2021, 6 Ob 61/21w; 14. 9. 2021, 6 Ob 26/21y. **Krit** zum Kriterium des Schädigungsvorsatzes des Vertreters und **objektive Evidenz der Pflichtwidrigkeit** genügen lassend Zehentmayer/Ronacher, RdW 2023, 99 (101 ff).

²⁴⁵⁾ OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 61/21w.

²⁴⁶⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 10 mwN.

²⁴⁷⁾ OGH 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w.

²⁴⁸⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 10 mwN.

²⁴⁹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 10.

²⁵⁰⁾ OGH 12. 11. 1996, 4 Ob 2328/96y.

Dividende abziehen kann.²⁵¹⁾ Grenzen einer solchen **Korrekturobliegenheit** sind mE aber jedenfalls die **Insolvenz** des Anteilseigners und das kapitalerhaltungsrechtliche **Aufrechnungsverbot** (zu diesem s noch XII.C.).²⁵²⁾

B. Inhalt des Rückersatzanspruchs

Der Rückersatzanspruch ist primär auf **Naturalrestitution** gerichtet.²⁵³⁾ Nach allgemeinem Zivilrecht ist der Anspruchsberechtigte bei der Naturalrestitution übrigens, wenn es nicht um die reale Beschädigung einer (körperlichen) Sache geht, nicht auf die Herstellung des Zustands vor der schädigenden Handlung beschränkt. Der Anspruchsberechtigte kann vielmehr verlangen, so gestellt zu werden, wie er „heute“ – also zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung in erster Instanz – nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge stünde, wenn der Haftpflichtige sein rechtswidriges Verhalten unterlassen hätte.²⁵⁴⁾ Eine Parallelwertung bei der **insolvenzrechtlichen Anfechtung** erschließt sich aus § 39 Abs 2 IO, demgemäß der zur Leistung aus einem Anfechtungsanspruch Verpflichtete grds als unredlicher Besitzer anzusehen ist. Für den Anfechtungsgegner folgt daher aus §§ 1437, 335 ABGB, dass er idR allenfalls gezogenen Früchte nicht behalten darf, sondern alle Vorteile und Nutzungen herauszugeben hat und für Schaden und Verlust haftet.²⁵⁵⁾

Wenn und soweit die Naturalrestitution nicht möglich oder ausreichend ist – unmöglich ist die Naturalrestitution etwa, wenn der Haftpflichtige gar nicht oder gar nicht mehr über jene Sache, die aus dem Vermögen der Gesellschaft transferiert wurde, verfügt –, besteht Anspruch auf **Wertersatz** in Höhe des Wertverlusts im Vermögen der GmbH.²⁵⁶⁾ Auch der Primat der Naturalrestitution ist grds eine Parallele zur **insolvenzrechtlichen Anfechtung**.²⁵⁷⁾ Für den kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruch ist es aber nicht von Bedeutung, ob beim Haftpflichtigen überhaupt eine Bereicherung eingetreten ist, und wenn ja, in welcher Höhe (während dies bei der Anfechtung im Einzelfall eine Rolle spielen kann, s XV.A.).

Für die Zeit vom verbotenen Vermögenstransfer bis zur Erfüllung des Rückersatzanspruchs stehen Verzugszinsen und/oder ein angemessenes Nutzungsentgelt zu.²⁵⁸⁾ Bei einer **offenen Einlagenrückgewähr** – das ist jener plumpe Vorgang, bei dem ein Vermögenstransfer aus der Gesellschaft in die Sphäre eines Anteilseigners getätigt wird, der weder von einem gesetzlichen Erlaubnistatbestand gedeckt noch in ein Umsatz- oder sonstiges Rechtsgeschäft gekleidet ist – ist nach hA die gewährte Leistung oder Sache zurückzugeben; in der **Insolvenz**

²⁵¹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 11 mwN.

²⁵²⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 11.

²⁵³⁾ OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i.

²⁵⁴⁾ Allgm OGH 19. 9. 2013, 1 Ob 140/13i Pkt 2.4; RIS-Justiz RS0030523. Zur grundsätzlichen Heranziehbarkeit **schadenersatzrechtlicher Wertungen** im Kontext des Verbots der Einlagenrückgewähr vgl U. Torggler in Kals/Torggler, Einlagenrückgewähr 89 (93).

²⁵⁵⁾ König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 2.7, 2.9, 15.16ff, 17.59; Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 39 IO Rz 70ff; vgl Bollenberger/Spitzer in Köller/Lovrek/Spitzer, IO² §§ 39, 40 Rz 13ff. Allgm zu Einlagenrückgewähr und unredlichem Besitz R. Wagner, Einlagenrückgewähr 100f.

²⁵⁶⁾ OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i. Fidler (in Amberger et al, Leistungsbeziehungen 91 [95]) betont den **Unterschied zum Schadenersatzrecht**: Der Anspruch auf Wertersatz sei nicht davon abhängig, ob die Naturalrestitution tunlich oder möglich sei. Vielmehr komme es darauf an, welche Anspruchsform den Verlust im Gesellschaftsvermögen bestmöglich ausgleicht. Die Herausgabe könne Wertersatz (tw) erübrigen, die Gesellschaft könne die Rechtsfolgen aber auch kombinieren, wenn sie nur dadurch ihr Vermögen minus kompensiert.

²⁵⁷⁾ Astner/Hermann/Paterer in Clavara/Kapp/Mohr, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (274).

²⁵⁸⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 12 mwN.

des Anteilseigners hat die Gesellschaft ein **Aussonderungsrecht**.²⁵⁹⁾ Bei einer **verdeckten Einlagenrückgewähr** richtet sich der Rückersatzanspruch nach hA nach dem Umfang der Nichtigkeit (s noch XIII.): Bei Gesamtnichtigkeit umfasst er die Rückabwicklung der gesamten Leistung der Gesellschaft, bei Teilnichtigkeit nur den Wertausgleich im Ausmaß der Inäquivalenz.²⁶⁰⁾

Gibt es mehrere zum Rückersatz Verpflichtete, entscheiden die Organwalter bzw der Insolvenzverwalter mit der gebotenen Sorgfalt, wer in Anspruch genommen wird; eine schematische Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Haftpflichtigen besteht nicht.²⁶¹⁾

Der Rückersatzanspruch löst sich mit seiner Entstehung von der Beteiligung und ist nicht mehr mit dieser verknüpft, dh er richtet sich gegen jene Person, die die Beteiligung zum Zeitpunkt des Verbotsverstößes hält.²⁶²⁾ Allerdings ist der Ersatzanspruch dennoch ein **mitgliedschaftlicher** – und daher weder ein schadenersatz- noch ein bereicherungsrechtlicher – **Anspruch**.²⁶³⁾ Für den Rückersatzanspruch ist daher nur auf den unzulässigen Vermögensabfluss und nicht auf einen kongruenten Schaden der Gesellschaft abzustellen.²⁶⁴⁾ Die Haftung ist unabhängig von Verschulden oder mangelnder Redlichkeit.²⁶⁵⁾ Es kommt auch nicht auf eine irrtümliche Leistungserbringung oder eine Bereicherung des Leistungsempfängers, sondern nur auf die **Entreicherung** der Gesellschaft an;²⁶⁶⁾ der Einwand des Wegfalls der Bereicherung scheidet somit im Anwendungsbereich von § 83 GmbHG (analog) aus.²⁶⁷⁾ Führt die Rückabwicklung freilich zu einer Bereicherung der Gesellschaft selbst, kann dies Bereicherungsansprüche eines enteicherten echten Dritten gegen die Gesellschaft auslösen.²⁶⁸⁾ Selbiges gilt wohl auch für den Anteilseigner selbst; die Rückabwicklung einer verbotenen Einlagenrückgewähr darf grds auch nicht zu einer Bereicherung der Gesellschaft zu seinen Lasten führen.²⁶⁹⁾

Hinsichtlich der **internationalen Gerichtszuständigkeit** für Klagen aus § 83 GmbHG (analog) ist nicht die EuInsVO, sondern Art 7 Z 1 EuGVVO 2012 anwendbar.²⁷⁰⁾ Nach einer OGH-Entscheidung ist die Vereinbarung eines nicht-österreichischen Gerichtsstands unwirksam, wenn bei Abschluss der Gerichtsstandsklausel die Vertretungsmacht der Organwalter der Gesellschaft fehlt, weil der Hauptvertrag gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt. Zu bevorzugen ist demgegenüber mE jene Ansicht, nach der die Wirksamkeit der Gerichts-

²⁵⁹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 12, 39 mwN.

²⁶⁰⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 12 mwN.

²⁶¹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 14 mwN.

²⁶²⁾ Vgl OGH 1. 9. 2010, 6 Ob 132/10w GesRZ 2011, 47 (Rüffler) = EvBl 2011, 167 (Feuchtmüller) = immolex 2011, 146 (Cerha); 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; OLG Innsbruck 27. 4. 2023, 3 R 26/23g.

²⁶³⁾ OGH 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; 21. 12. 2017, 6 Ob 206/17p GesRZ 2018, 125 (Stagl) = Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; OLG Innsbruck 27. 4. 2023, 3 R 26/23g.

²⁶⁴⁾ OGH 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17.

²⁶⁵⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 15 mwN.

²⁶⁶⁾ Köppl in Torggler, GmbHG § 83 Rz 1.

²⁶⁷⁾ OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h.

²⁶⁸⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 15.

²⁶⁹⁾ Fidler in Amberger et al, Leistungsbeziehungen 91 (95).

²⁷⁰⁾ OGH 23. 1. 2020, 6 Ob 202/19b = GesRZ 2020, 337 (Aburumieh) = ecolex 2020, 516 (Planitzer) = Cap in FS FL-OGH 119; 8. 4. 2022, 17 Ob 12/21w = ÖBA 2022, 916 (R. Wiedermann) = GesRZ 2022, 383 (Klein/Schmelzer) = Lind, ÖJZ 2022, 1239 = Richter, JBl 2023, 60.

standsvereinbarung losgelöst vom Hauptvertrag am Verbot der Einlagenrückgewähr zu messen ist.²⁷¹⁾

C. Verbot des Verzichts auf den Rückersatzanspruch, Aufrechnung gegen den und mit dem Rückersatzanspruch

Der Rückersatzanspruch ist zwingend und nicht disponibel; die Gesellschaft darf gem § 83 Abs 4 GmbHG (analog) **weder** auf ihn **verzichten noch ihn stunden**, sondern ist – bei sonstiger Haftung der unrechtmäßig agierenden Organwalter oder Insolvenzverwalter und Anteilseigner – zur Geltendmachung und Betreibung verpflichtet. Auf Erlass oder Stundung gerichtete Organ- oder Anteilseignerbeschlüsse sind gem § 83 Abs 4 GmbHG (analog) unbeachtlich.

Dem **Anteilseigner** ist auch eine **Aufrechnung** gegen den Rückersatzanspruch **untersagt**.²⁷²⁾ Dieses Aufrechnungsverbot gilt aber nicht, wenn zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung der Rückersatzanspruch bereits verjährt ist, und die Gesellschaft daher einen Anspruch auf Rückforderung einer verbotswidrigen Leistung nach allgemeinem Bereicherungsrecht geltend macht.²⁷³⁾

Die **Kapitalgesellschaft** hingegen **kann** – trotz allenfalls entgegenstehenden vertraglichen Aufrechnungsverbots – mit dem Rückersatzanspruch gegen Ansprüche des Anteilseigners **aufrechnen**.²⁷⁴⁾ Der Rückersatzanspruch ist daher zB gegen Dividendenansprüche des Anteilseigners aufrechenbar. Auch eine **drittvergleichsfähige Aufrechnungsvereinbarung** zwischen Kapitalgesellschaft und Anteilseigner ist zulässig.²⁷⁵⁾

Bei Unsicherheit in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht – und nur dann – darf die Gesellschaft mit dem Anteilseigner einen drittvergleichsfähigen **Vergleich** über Rückgewähransprüche (zzgl Zinsen)²⁷⁶⁾ abschließen.²⁷⁷⁾ Unzulässig wäre ein Vergleich, bei dem nicht der Sache, sondern nur der Form nach ein Vergleich vorliegt (versteckter Verzicht);²⁷⁸⁾ der Vergleich darf den Bereich des bei objektiver Beurteilung ernstlich Zweifelhaften nicht verlassen.²⁷⁹⁾ Drittvergleichsfähig ist ein nach Sach- und Streitstand gerechtfertigter Vergleich.²⁸⁰⁾ Dabei darf eine Rolle spielen, dass der Anspruch erkennbar fraglich, die Durchführung eines Prozesses langwierig und kostspielig oder die – zumindest tw – Nichtgeltendmachung des Anspruchs aus geschäftlichem Kalkül geboten ist.²⁸¹⁾ Umstritten ist, ob auch die zweifelhafte Zahlungsfähigkeit des Schuldners für einen Vergleich ins Gewicht fallen darf; mE ist dies der Fall, auch wenn die zweifelhafte oder nicht mehr gegebene Zahlungsfähigkeit des Schuldners

²⁷¹⁾ *Aburumieh*, GesRZ 2020, 340 (342f); *Cap* in FS FL-OGH 119 (128, 130f, 133); *aA Planitzer*, *ecolex* 2020, 518. Noch offener *R. Wiedermann*, ÖBA 2022, 922f.

²⁷²⁾ OGH 26. 4. 2016, 6 Ob 72/16f; 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h; 21. 12. 2017, 6 Ob 206/17p; 28. 3. 2018, 6 Ob 128/17t; 21. 11. 2018, 6 Ob 180/18s; 25. 11. 2020, 6 Ob 226/20h.

²⁷³⁾ OGH 21. 12. 2017, 6 Ob 206/17p; 28. 3. 2018, 6 Ob 128/17t; 21. 11. 2018, 6 Ob 180/18s; 23. 6. 2021, 6 Ob 61/21w.

²⁷⁴⁾ OGH 1. 9. 2010, 6 Ob 132/10w; 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; 26. 4. 2016, 6 Ob 72/16f; 29. 8. 2017, 6 Ob 84/17x; 28. 3. 2018, 6 Ob 128/17t; OLG Innsbruck 27. 4. 2023, 3 R 26/23g.

²⁷⁵⁾ OGH 28. 3. 2018, 6 Ob 128/17t.

²⁷⁶⁾ Zur **Verzinsung der Rückersatzansprüche** OGH 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v.

²⁷⁷⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 19 mwN.

²⁷⁸⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 19 mwN.

²⁷⁹⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 19 mwN.

²⁸⁰⁾ *Haberer* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 11.170.

²⁸¹⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 19 mwN.

nicht für sich allein genommen geeignet ist, einen Vergleich zu legitimieren.²⁸²) In die Gesamtbetrachtung darf mE auch einfließen, ob bei einer andauernden Geschäftsbeziehung zumindest für die Zukunft eine rechtskonforme Ausgestaltung vereinbart werden kann, sowie ob eine derartige Vereinbarung – wie jeder geglückte Vergleich – dauerhaft Rechtsfrieden und Rechtssicherheit bringen kann.²⁸³)

In der Praxis sollte bei einer Vergleichsvereinbarung jedenfalls besonderes Augenmerk darauf gerichtet werden, ob sie – insb bei mehreren potentiellen Solidarschuldnern – tatsächlich alle potentiellen Ansprüche der Gesellschaft aus einer allfälligen Einlagenrückgewähr erfassen soll oder nicht. Ein nicht kapitalerhaltungskonformer Vergleich über Ansprüche der Gesellschaft gegen einen Anteilseigner ist mit absoluter Nichtigkeit bedroht.²⁸⁴)

Gegenüber **echten Dritten** gelten die Einschränkungen von § 83 Abs 4 GmbHG (analog) nicht.²⁸⁵) Und auch einer **Vereinbarung zur Heilung (Sanierung)** einer verbotenen Einlagenrückgewähr (s schon XI.) steht § 83 Abs 4 GmbHG – bei Wertausgleich für die Gesellschaft – mE nicht entgegen.²⁸⁶) Unzulässig kann die Vereinbarung einer Zession des Rückersatzanspruchs an den Schuldner des Rückersatzanspruchs oder an einen anderen Anteilseigner sein, zumal wenn diese Zession zum Erlöschen der Rückgewährpflicht durch confusio führt, oder die wirtschaftlichen und rechtlichen Vorteile der Zession ausschließlich dem Zessionar zukommen, etwa weil dieser den abgetretenen Anspruch zur Abwehr von Prozessansprüchen durch Aufrechnung verwenden kann.²⁸⁷) Wird der Rückersatzanspruch wirksam an einen Dritten zediert, gilt das Verzichtsverbot gem § 83 Abs 4 GmbHG (analog) nicht mehr für den Zessionar.²⁸⁸)

D. Verjährung

Der Rückersatzanspruch gem § 83 GmbHG (analog) **verjährt** binnen fünf Jahren ab Empfang der verbotenen Leistung²⁸⁹) – bzw mE richtigerweise ab faktischem Vermögensabfluss aus der Gesellschaft.²⁹⁰) **Positive Kenntnis** der Widerrechtlichkeit durch den Empfänger führt allerdings bei der GmbH – nicht bei der AG – zur Anwendung der langen Verjährungsfrist von 30 bzw 40 Jahren (§ 83 Abs 5 GmbHG). Fahrlässige Unkenntnis reicht nicht für die Verlängerung der Verjährungsfrist.²⁹¹) Die Verjährung wird gem § 1494 ABGB analog **gehemmt**, wenn der Verpflichtete aus dem Rückersatzanspruch als einziges oder zumindest für die Vertretung notwendiges Mitglied des Vertretungsorgans fungiert.²⁹²) Besteht eine **Aufrechnungslage** zwischen dem Rückersatzanspruch der Gesellschaft und Gegenansprüchen des Anteilseigners, kann die Rückwirkung der Aufrechnungserklärung den Eintritt der Verjährung verhindern.²⁹³)

²⁸²) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 19 mwN.

²⁸³) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 19.

²⁸⁴) OGH 25. 10. 2018, 6 Ob 190/18m.

²⁸⁵) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 19 mwN.

²⁸⁶) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 19.

²⁸⁷) OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h; R. Wagner, Einlagenrückgewähr 32.

²⁸⁸) Schopper, Heilung von Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, *ecolex* 2019, 736 (744).

²⁸⁹) OGH 21. 12. 2017, 6 Ob 206/17p.

²⁹⁰) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 22.

²⁹¹) OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p.

²⁹²) OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; 20. 12. 2023, 6 Ob 170/23b, Leiner III, *EvBl* 2024, 432 (Hoskovec) = *GesRZ* 2024, 190 (Auer) = H. Foglar-Deinhardstein, *GES* 2024, 171 = M. Fellner/M. Müller, *GES* 2024, 180 = G. Kodek, *PSR* 2024, 97; 6. 11. 2024, 6 Ob 98/24s.

²⁹³) OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; 22. 12. 2021, 6 Ob 89/21p.

XIII. Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die eine verbotene Einlagenrückgewähr verdecken

A. Konkurrenz zwischen gesellschafts- und zivilrechtlichen Sanktionen

Nach stRsp ist die Regelung des § 83 Abs 1 GmbHG (analog) zum Rückersatzanspruch nicht abschließend. Verdeckt ein Rechtsgeschäft eine verbotene Einlagenrückgewähr, so zieht der Verstoß gegen das Gebot der Kapitalerhaltung nicht nur den Rückersatzanspruch, sondern parallel dazu **absolute und von Amts wegen wahrzunehmende Nichtigkeit** des verdeckten Rechtsgeschäfts nach sich (§ 879 ABGB).²⁹⁴ Die Nichtigkeit wirkt *ex tunc*²⁹⁵ und setzt keine Anfechtung des Rechtsgeschäfts voraus.²⁹⁶ Die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts schlägt auch auf das Verfügungsgeschäft (und damit auch auf die wirksame Begründung dinglicher Rechte, zB eines Pfandrechts) durch.²⁹⁷ Die Leistung einer wegen Kapitalerhaltungswidrigkeit nichtigen Zahlung kann nicht als Erfüllung iSd § 1412 ABGB gesehen werden und hat daher keine schuldbefreiende Wirkung.²⁹⁸ Die Nichtigkeitssanktion erfasst grds auch **Beschlüsse der Anteilseigner** (einschließlich Weisungs- und Genehmigungsbeschlüsse), die das Verbot der Einlagenrückgewähr verletzen.²⁹⁹

Zur **Vertretungsmacht der vertretungsbefugten Organe** bei kapitalerhaltungswidrigen Geschäften hat der OGH ausgesprochen, dass eine Kapitalgesellschaft im Rahmen der verbotenen Einlagenrückgewähr „*tatsächlich nie*“ wirksam vertreten sei.³⁰⁰ Dieses obiter dictum ist aber nach nahezu einhelliger Literaturmeinung so zu verstehen, dass es nur, aber immerhin im Umfang der jeweiligen Nichtigkeit an der Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft fehlt.³⁰¹

B. Grenzen der Nichtigkeitssanktion

Die Nichtigkeitssanktion beeinträchtigt mE weder die Regelungen zum **gutgläubigen Erwerb** der verbotswidrig an den Gesellschafter übertragenen Sache **durch einen Dritten** noch den **Bestandsschutz** nach erfolgter FB-Eintragung.³⁰² Die (konstitutive) Firmenbucheintragung

²⁹⁴ OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z RWZ 2011, 355 (*Wenger*) = GesRZ 2012, 122 (*U. Torggler*) = ÖBA 2012, 460 (*Bollenberger*) = ZFR 2012, 185 (*Köppel*); 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v; 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; 24. 11. 2015, 1 Ob 28/15x; 13. 12. 2016, 3 Ob 167/16d; 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16k; 25. 10. 2018, 6 Ob 190/18m; 20. 2. 2020, 6 Ob 18/20w = *Aburumieh/Hoppel*, GES 2021, 120; 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i; 14. 9. 2021, 6 Ob 26/21y; 18. 12. 2024, 17 Ob 12/24b; 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*.

²⁹⁵ OGH 1. 9. 2010, 6 Ob 132/10w; 4. 3. 2013, 8 Ob 20/13v; 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i; 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*.

²⁹⁶ OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h.

²⁹⁷ OGH 13. 2. 1997, 6 Ob 2110/96d *ecolex* 1997, 851 (*Zehetner*); 13. 12. 2016, 3 Ob 167/16d.

²⁹⁸ OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h; 23. 6. 2021, 6 Ob 61/21w; 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*. Vgl zum **Zurückweisungsrecht des Gläubigers Karollus** in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, HB vGA³ 1 (60).

²⁹⁹ OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f; 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p, *AE&E I*, RWZ 2016, 125 (*Wenger*) = EvBl-LS 2016/81 (*Rohrer*) = *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 = GesRZ 2016, 281 (*Schörghofer*) = ÖBA 2017, 621 (*Dellinger*) = *Bergmann/Schörghofer*, GES 2017, 20 = *Straube* in FS Bittner 657 = *Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2019, 3; 26. 4. 2016, 6 Ob 72/16f; 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h.

³⁰⁰ OGH 6. 11. 2024, 6 Ob 98/24s.

³⁰¹ *H. Foglar-Deinhardstein*, ÖJZ 2025, 219 (221f); *Milchrahm*, GesRZ 2025, 134f; *I. Vonkilch*, Zak 2025, 124 (124f); *Sator/U. Torggler*, RdW 2025, 865; *Rüffler*, Die Bank als Wächterin der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung? ÖBA 2026, 37 (46 FN 91). AA *R. Wagner*, Einlagenrückgewähr 12ff.

³⁰² *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 38.

einer gesellschaftsrechtlichen Maßnahme (zB einer Verschmelzung oder anderen Umgründung) führt nicht zur Heilung (Sanierung) einer verbotenen Einlagenrückgewähr.³⁰³) Ob dennoch – trotz Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr – die Wirkungen einer ins Firmenbuch eingetragenen Verschmelzung bestehen bleiben (**Bestandschutz**), oder die Verschmelzung rückgängig zu machen wäre, ist umstritten.³⁰⁴) ME bleibt der Bestand der Verschmelzung per se unberührt. Allfällige aus der verbotenen Einlagenrückgewähr resultierende Ansprüche bleiben aber grds erhalten.³⁰⁵)

C. Abgrenzung von Gesamt- und Teilnichtigkeit

Strittig ist, wann verdeckte Einlagenrückgewähr zu **gänzlicher** und wann zu **teilweiser Nichtigkeit** führt. ME gibt es keinen Grundsatz, dass iZw Gesamtnichtigkeit eintritt.³⁰⁶) Nach einer Rsp-Linie des OGH richtet sich die Antwort auf die Frage, ob ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu **Gesamt- oder Teilnichtigkeit** führt – ob also der Vertrag zur Gänze wegfällt oder aber der Vertrag selbst wirksam bleibt und lediglich ein Wertausgleich erfolgt, also zB das Entgelt entsprechend zu reduzieren/zu erhöhen ist –, nach dem **hypothetischen Parteiwillen** (wobei aber ein zumindest grob fahrlässiger Gesellschafter nicht mehr schutzwürdig sei und daher auch an einem von ihm nicht gewollten Geschäft festgehalten werden könne).³⁰⁷) Im Sinne einer anderen Linie der OGH-Rsp³⁰⁸) und der überwiegenden Literaturmeinung ist aber primär auf den **Verbotszweck** abzustellen. Auf den hypothetischen Parteiwillen kann es freilich immerhin ankommen, soweit dieser dem Normzweck nicht entgegensteht.³⁰⁹)

Der **Normzweck** des Verbots der Einlagenrückgewähr ist iSd Gläubigerschutzes zwar nicht in erster Linie auf gegenständliche Sicherung des Gesellschaftsvermögens, sondern primär auf **wertmäßige Wiederherstellung** des Vermögens der Gesellschaft gerichtet.³¹⁰) Ob aber dem Gläubigerschutz durch Gesamtnichtigkeit, die zu vollständiger Rückabwicklung führt, oder durch Teilnichtigkeit, die in einer Wertausgleichshaftung resultiert, besser gedient ist, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.³¹¹)

Zu fragen ist, ob ein sorgfältig handelnder Geschäftsleiter das fragliche Umsatzgeschäft überhaupt nicht oder dem Grunde nach schon, aber zu anderen Konditionen abgeschlossen hätte.³¹²) Wurde eine **unvertretbare, aber betriebsnotwendige Sache** (zB eine betriebsnotwendige Liegenschaft oder Anlage oder betriebsnotwendige Immaterialgüterrechte) – ohne vorherige Anpassung des Unternehmensgegenstands – an einen Gesellschafter transferiert, greift ein reiner Wertausgleichsanspruch wohl zu kurz.³¹³) Wurde eine Sache an den Anteilseigner

³⁰³) OGH 24. 11. 2015, 1 Ob 28/15x; 13. 12. 2016, 3 Ob 167/16d.

³⁰⁴) *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. E Rz 2 mwN.

³⁰⁵) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 41 mwN.

³⁰⁶) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 39 mwN.

³⁰⁷) OGH 1. 9. 2010, 6 Ob 132/10w; 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p.

³⁰⁸) OGH 4. 7. 2007, 7 Ob 142/07v RWZ 2009, 108 (*Wenger*); 29. 4. 2014, 9 Ob 18/14h; 27. 2. 2017, 6 Ob 239/16i GesRZ 2017, 263 (*H. Foglar-Deinhardstein*); 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18x; 25. 6. 2020, 6 Ob 225/19k NZ 2021, 144 (*H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh*) = *Spitzer/Schindl*, *ecolex* 2021, 826 = *G. Kodek*, NZ 2021, 674; 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*.

³⁰⁹) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 39 mwN.

³¹⁰) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 39 mwN.

³¹¹) Vgl *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 82 Rz 64f; *Auer*, Gläubigerschutz 126 ff; ähnlich auch *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, HB vGA³ 1 (109 ff); *Dejaco*, NZ 2019, 81 (87 f).

³¹²) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 39 mwN.

³¹³) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 39 mwN.

transferiert und ist dort **zufällig untergegangen**, wird der GmbH ein Wertausgleichsanspruch zuzubilligen sein.³¹⁴⁾ Im Fall der **Insolvenz** des Anteilseigners sollte der Gesellschaft iZw ein **Aussonderungsanspruch** gem § 44 IO zustehen.³¹⁵⁾

Wenn die Gesellschaft an sich – gemessen an der Sicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters – an dem fraglichen Geschäft ein Interesse hat, sollte sie mE iZw dessen **korrigierte Aufrechterhaltung** und somit Durchführung zu angemessenen Konditionen durchsetzen können (**str.**).³¹⁶⁾ Hat die Gesellschaft Dienstleistungen erbracht oder bereits Miet- und Pachtzinse geleistet und dafür jeweils keine drittvergleichsfähige Gegenleistung erhalten, kommt ohnedies nur Wertersatz in Betracht.³¹⁷⁾

Im Fall der Teilnichtigkeit wird der Vertrag ex lege auf ein **angemessenes Austauschverhältnis** korrigiert.³¹⁸⁾ Mit Blick auf den Schutzzweck des Verbots der Einlagenrückgewähr können auch einzelne vertragliche Rechte aufrecht bleiben: Verstößt ein Darlehen der Gesellschaft an einen Anteilseigner gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung, erfasst die Nichtigkeit grds nur die Pflicht auf Zuzählung und Belassung des Darlehens; das vertragliche Recht der Gesellschaft auf Rückzahlung des Darlehens zuzüglich Zinsen kann aber erhalten bleiben.³¹⁹⁾ Hat die Gesellschaft von einem Anteilseigner eine Liegenschaft angemietet, wobei die Anmietung im Interesse der Gesellschaft steht, und wurde ein überhöhter Mietzins vereinbart, ist der Mietvertrag im Umfang der Überschreitung des angemessenen Mietzinses teilnichtig.³²⁰⁾

Wurde das Rechtsgeschäft zwischen einer GmbH und ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer abgeschlossen und verwirklicht die Voraussetzungen des **verbotenen Insichgeschäfts**, ist jedenfalls – bis zu einer allfälligen nachträglichen Genehmigung gem § 25 Abs 4 GmbHG – Gesamtnichtigkeit anzunehmen.³²¹⁾ Fehlt einem Geschäft die **betriebliche Veranlassung** (s schon X.A.), indiziert dies die Gesamtnichtigkeit.³²²⁾

Es spricht für die Teilnichtigkeit, wenn bei angenommener Gesamtnichtigkeit einem von zwei oder mehreren gleichmäßig am verbotenen Vorgang Beteiligten materiell grundlos ein **Zufallsgewinn** auf Kosten des/der anderen zufiele.³²³⁾ Soweit eine Kapitalgesellschaft einem Rechtsgeschäft nur teilweise und/oder nachträglich beitrifft, wird die Nichtigkeitsfolge mE idR nur jene **Teile des Rechtsgeschäfts**, die sich auf die Kapitalgesellschaft beziehen, bzw nur den nachträglichen Beitrittsvertrag treffen.³²⁴⁾ Wenn zwischen den betroffenen Parteien Treuepflichten wirken, ist es denkbar, dass eine kapitalerhaltungswidrige Vereinbarung **nur qualitativ teilnichtig** und daher im Wege der Konversion in eine kapitalerhaltungskonforme Regelung umzudeuten ist, sodass die an sich verbotswidrige Regelung etwa auf Ebene der Anteilseigner erhalten werden kann und dort als Anspruchsgrundlage für einen Ausgleich unter den Anteilseignern nutzbar ist.³²⁵⁾ Bei einer **offenen Einlagenrückgewähr** ist nach hA

³¹⁴⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 39 mwN.

³¹⁵⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 39 mwN.

³¹⁶⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 39 mwN.

³¹⁷⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 39 mwN.

³¹⁸⁾ OGH 1. 9. 2010, 6 Ob 132/10w; 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p.

³¹⁹⁾ Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA³ 1 (114).

³²⁰⁾ OGH 4. 3. 2013, 8 Ob 20/13v; 21. 2. 2017, 4 Ob 196/16a; 29. 8. 2017, 6 Ob 240/16m.

³²¹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 39 mwN.

³²²⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 39 mwN.

³²³⁾ J. Reich-Rohrwig/Aschl, ecolex 2022, 850 (857).

³²⁴⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 39.

³²⁵⁾ Röffler in Artmann/Röffler/Torggler, GmbH & Co KG 99 (107f); Leupold in Torggler, UGB³ §§ 137, 138 Rz 5; Zollner/Hartlieb in Zib/Dellinger, UGB § 137 Rz 32; Röffler/Aburumieh/Lind in Jauffer/Nun-

die gewährte Leistung/Sache zurückzugeben; in der **Insolvenz** des Anteilseigners hat die Gesellschaft ein **Aussonderungsrecht**.³²⁶⁾

D. Haftung eines echten Dritten

Grundsätzlich kann sich ggf **jede(r)** – also auch ein unbeteiligter Dritter – auf die absolute Nichtigkeit eines Geschäfts berufen, ohne dass es einer besonderen Anfechtung bedürfte.³²⁷⁾ Wird wegen verbotener Einlagenrückgewähr auf **Feststellung der Nichtigkeit** eines Vertrags geklagt, bilden sämtliche Vertragsparteien – allenfalls einschließlich der entreicherten Gesellschaft – grds eine notwendige Streitgenossenschaft.³²⁸⁾ Ein **echter Dritter** haftet für eine verbotene Einlagenrückgewähr nur dann (solidarisch), wenn ihm Kollusion bzw Missbrauch der Vertretungsmacht zuzurechnen sind: Außer im Fall der Kollusion trifft die Haftung den Dritten nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht (und mE nach den Grundsätzen über den Eingriff in fremde Forderungsrechte) dann, wenn der Anteilseigner bewusst zum Nachteil der Gesellschaft handelt, und der Dritte davon weiß, oder sich der Missbrauch ihm geradezu aufdrängen muss, die Unkenntnis des Dritten somit auf grober Fahrlässigkeit beruht.³²⁹⁾ Die Beurteilung durch den Dritten ist grds für den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts vorzunehmen.³³⁰⁾

ner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (103); *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2018, 115; *H. Foglar-Deinhardstein/A. Gruber*, Querverbindungen zwischen Stiftungs-, Zivil- und Gesellschaftsrecht, PSR 2018, 52 (55); *Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein*, Die verdeckte Kapitalgesellschaft – eine unendliche Geschichte, GES 2019, 3 (6); *H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2021, 159 (167).

³²⁶⁾ *Koppensteiner* in FS Reich-Rohrwig 117 (119f, 124); *Krist*, Existenzvernichtungshaftung 31; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 12, 39.

³²⁷⁾ ZB OGH 22. 10. 2014, 1 Ob 142/14k; 30. 10. 2014, 8 Ob 28/14x; 26. 9. 2019, 6 Ob 166/18g; 22. 10. 2020, 6 Ob 44/20v; 20. 2. 2020, 6 Ob 18/20w; vgl (zur Parallelität v § 83 GmbHG und **Eigentumsfreiheitsklage**) OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z. Zum erforderlichen **Prozessvorbringen** bei Berufung auf das Verbot der Einlagenrückgewähr ggü einem **echten Dritten** OGH 24. 8. 2022, 7 Ob 99/22t = *Fantur*, GES 2022, 281 = *Zehentmayer/Ronacher*, RdW 2023, 99 = *Schmid*, ZFR 2022, 589 = *ZfRV-LS 2022/66 (Ofner)*; 17. 5. 2023, 6 Ob 24/23g.

³²⁸⁾ OGH 25. 6. 2020, 6 Ob 225/19k.

³²⁹⁾ OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p; 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16k; 29. 3. 2017, 6 Ob 48/17b; 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p; 23. 6. 2021, 6 Ob 61/21w; *Köpl* in *Torggler*, GmbHG § 82 Rz 15f; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 82 Rz 21; *Bollenberger*, Zum Kreis der Rückzahlungsverpflichteten bei verbotener Einlagenrückgewähr, Zak 2018, 24 (26); *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, HB vGA³ 1 (73f). **Krit** zum Kriterium des Schädigungsvorsatzes des Vertreters und **objektive Evidenz der Pflichtwidrigkeit** genügen lassend *Zehentmayer/Ronacher*, RdW 2023, 99 (101ff). Nach *Kalss* (in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2015, 125 [135]; ebenso in GesRZ 2020, 158 [162]) stellt sich gegenüber dem echten Dritten die Frage der **Teilnichtigkeit** nicht; das Rechtsgeschäft ist entweder wirksam oder zur Gänze unwirksam. **AA Artmann**, Einlagenrückgewähr und Sicherheiten von Gesellschaftern und Dritten, *ecolex* 2018, 146 (148ff): Teilnichtigkeit ist auch im Verhältnis zw Gesellschaft und Dritten möglich, insb dann, wenn sich der zu beurteilende SV in zulässige und unzulässige Komponenten teilen lässt. Skeptisch wiederum zu diesem Ansatz *Fidler*, ÖBA 2018, 600 (603f). Differenzierend *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, HB vGA³ 1 (115, 159f). Die Möglichkeit der Teilnichtigkeit auch beim echten Dritten befürwortend *Ch. Müller*, Schadenersatzrechtliche Haftung echter Dritter bei Mitwirkung an Verstößen gegen das Einlagenrückgewährverbot? ÖJA 2023, 129 (149f).

³³⁰⁾ OGH 5. 8. 2009, 9 Ob 25/08d (9 Ob 26/08a); 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p.

Bereits bestehende OGH-Rsp muss dem Organwalter einer Kapitalgesellschaft bekannt sein, weil er dem Haftungsmaßstab des § 1299 ABGB unterliegt.³³¹⁾

Offen ist, ob die Haftung des echten Dritten voraussetzt, dass eine **rechtsgeschäftliche (insb vertragliche) Beziehung** zwischen dem echten Dritten und der Gesellschaft besteht.³³²⁾

E. Nichtigkeit des Jahresabschlusses wegen verbotener Einlagenrückgewähr?

Strittig ist, ob eine verbotene Einlagenrückgewähr, die widerspruchlos in den **Jahresabschluss** Eingang findet, diesen mit Nichtigkeit infizieren kann. ME droht nur dann Nichtigkeit, wenn der im Jahresabschluss widerspruchlos umfasste Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln quantitativ und qualitativ wesentlich ist und dadurch ein zu hohes Ausschüttungspotential erzeugt wird.³³³⁾

XIV. Der kapitalerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch im Vergleich zum Bereicherungsrecht

A. Grundsätzliche Unterschiede zwischen Rückersatz- und Bereicherungsansprüchen

Neben dem Rückersatzanspruch bestehen nach der stRsp Ansprüche der Kapitalgesellschaft nach **allgemeinem Bereicherungsrecht**, insb gem §§ 877 und 1431 ABGB.³³⁴⁾

³³¹⁾ OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p; 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h; differenzierend *Rüffler*, GES 2016, 391 (392).

³³²⁾ Dies postulierend *Bollenberger*, Zak 2018, 24 (25 ff), nach dem im Fall, in dem der echte Dritte nur ein Vertragsverhältnis mit dem Anteilseigner, aber nicht mit der Gesellschaft hat, lediglich die Möglichkeit zur **Anfechtung** durch den Anteilseigner der an den echten Dritten geleisteten Zahlungen (nach EO oder IO) besteht. Plastisch *Ch. Müller*, ÖJA 2023, 129 (143): Für Ansprüche gem § 83 GmbHG genügen faktische Leistungsbeziehungen; für Ansprüche ggü echten Dritten sind rechtliche Leistungsbeziehungen ausschlaggebend. Im Ergebnis lässt aber *Ch. Müller* auch für echte Dritte die faktische Leistungsbeziehung für eine potentielle Haftung genügen (ÖJA 2023, 129 [149, 166 ff]).

³³³⁾ *R. Reiter*, Die Wesentlichkeit gem § 189a Z 10 UGB im Verhältnis zur Wesentlichkeit für die Nichtigkeit eines Jahresabschlusses nach § 202 Abs 1 Z 2 AktG, RWZ 2016, 231 (236); *G. Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 202 Rz 13, 15 f, 19 f; *Dirgger* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG³ § 202 Rz 24; *Milla/Stückler/Szaurer* in FS Bertl II 359 (371); *H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2021, 159 (168 f, 173); *G. Eckert/Wöss* in *Aschauer et al*, Niedrigverzinsung 71 (81 f). Nach **aA** führt jede Aufnahme eines Kapitalerhaltungsverstoßes in den Jahresabschluss zur Nichtigkeit des Jahresabschlusses und der Folgeabschlüsse (*Pummerer/Steller/Moßhammer*, Verbotene Einlagenrückgewähr, Wesentlichkeit und Nichtigkeit von Jahresabschlüssen, RWZ 2018, 245 [247 f]; *Pummerer/Steller*, Sanierung verbotener Einlagenrückgewähr und Jahresabschluss, GES 2022, 367), oder die Nichtigkeit des Jahresabschlusses setzt (nur, aber immerhin) einen wesentlichen Verstoß (*Dollenz/Lindbauer/Milla*, Nichtigkeit des Jahresabschlusses: Zur Relevanz von Wesentlichkeit bei verbotener Einlagenrückgewähr, RWZ 2018, 250 [252 ff, 255]; *Jaufer/Wesener* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 35 [56]; *Bertl/Aschauer*, Das Kriterium der Wesentlichkeit für die Nichtigkeit des Jahresabschlusses, RWZ 2008, 109 [110]; *Platzer*, Verdeckte Gewinnausschüttung im Jahresabschluß und bei der Jahresabschlußprüfung – Problematische Rückforderungsansprüche – Verbotene Einlagenrückgewähr, SWK 1985 H 16, 171 [175 f]; *Wenger* in *Bertl/Hirschler/Aschauer*, HB Wirtschaftsprüfung 825 [833 FN 32]; [differenzierend] *Bach* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, HB vGA³, 429 [462 ff, 473]) oder eine wesentliche Fehlbewertung (*Rüffler*, Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr: Jahresabschluss und Sanierung – Eine Entgegnung, GES 2022, 373) voraus. Zur **Heilung** eines nichtigen Jahresabschlusses *Ch. Nowotny* in FS Bertl II 647 (651 f).

³³⁴⁾ OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; 4. 3. 2013, 8 Ob 20/13v; 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w; 26. 4. 2016, 6 Ob 79/16k = GesRZ 2016, 412 (*Artmann*); 21. 12. 2017, 6 Ob 206/17p; 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*.

Rückersatz- und Bereicherungsanspruch unterscheiden sich insb darin, dass gegen den Bereicherungsanspruch der **Wegfall der Bereicherung** eingewendet werden kann, und dass für den Bereicherungsanspruch **kein Aufrechnungsverbot** für den Schuldner gilt.³³⁵⁾ Bereicherungsrechtlich können auch aus einer verbotenen Einlagenrückgewähr resultierende **Folgeschäden** geltend gemacht werden.³³⁶⁾ Führt die Rückabwicklung einer Einlagenrückgewähr zu einer Bereicherung der Gesellschaft selbst, kann dies wiederum **Bereicherungsansprüche eines enteicherten echten Dritten** (zB der finanzierenden Bank) gegen die Gesellschaft auslösen.³³⁷⁾

B. Verjährung

Durch die vom OGH angenommene parallele Anwendbarkeit des allgemeinen Bereicherungsrechts kann die Gesellschaft, auch wenn der Rückersatzanspruch bereits **verjährt** ist, grds – soweit die dafür erforderlichen Kriterien erfüllt sind – weiterhin Kondiktionsansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen.³³⁸⁾

Die Leistungskondition wegen ungerechtfertigter Bereicherung verjährt grds erst nach **30 bzw 40 Jahren** (§§ 1472, 1485 ABGB).³³⁹⁾ Die Verjährungsregelung des § 83 Abs 5 GmbHG schlägt nach der OGH-Rsp nicht auf das allgemeine Bereicherungsrecht durch.³⁴⁰⁾ Freilich kann – etwa bei Bestandverträgen gem § 27 Abs 3 MRG iVm § 5 Abs 4 KIGG (analog) – die bereicherungsrechtliche Verjährungsfrist bei Rückforderung von zu viel bezahltem Entgelt (Bestandzins) nur **drei Jahre** und somit kürzer als die Verjährungsfrist gem § 83 Abs 5 GmbHG (analog) sein.³⁴¹⁾

Nach dem OGH sind folgende Unterscheidungskriterien zu beachten:³⁴²⁾ Eine **lange Verjährungsfrist** sei insb dann legitim, wenn (a) dem Ersatzpflichtigen positive Kenntnis der Widerrechtlichkeit der Leistung zur Last falle (vgl § 83 Abs 5 GmbHG) 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 Dauer-schuldverhältnis oder um ein kontinuierlich mit der Dauer der Nutzung anwachsendes Benützungsentgelt handelt.

Selbst wenn die zivilrechtlichen Bereicherungsansprüche wegen eines kapitalerhaltungsrechtlichen Verstoßes ausnahmsweise schon nach drei Jahren verjähren, ändert sich freilich nichts

³³⁵⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 22 FN 110, Rz 42 – jew mwN.

³³⁶⁾ U. Torggler, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85 (96); U. Torggler, Zur Konzernhaftung nach österreichischem Recht, GesRZ 2013, 11 (13ff).

³³⁷⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 15.

³³⁸⁾ OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; 4. 3. 2013, 8 Ob 20/13v; 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w; 26. 4. 2016, 6 Ob 79/16k.

³³⁹⁾ OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p.

³⁴⁰⁾ OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; 21. 12. 2017, 6 Ob 206/17p; 23. 6. 2021, 6 Ob 61/21w.

³⁴¹⁾ OGH 4. 3. 2013, 8 Ob 12/13t immolex 2013, 208 (Prader) = ZRB 2013, 150 (Seeber); 25. 8. 2015, 5 Ob 25/15k immolex 2016, 51 (Prader) = wobl 2017, 92 (Pesek); 26. 4. 2016, 6 Ob 79/16k; 18. 11. 2022, 6 Ob 112/22x, Leiner II = Fantur, GES 2022, 365 = wobl 2023, 232 (Zott) = GesRZ 2023, 195 (Rauter).

³⁴²⁾ OGH 18. 11. 2022, 6 Ob 112/22x.

an der fünfjährigen Verjährungsfrist für (konkurrierende) Rückersatzansprüche gem § 83 GmbHG (analog).³⁴³⁾

XV. Der kapitalerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch im Vergleich zur insolvenzrechtlichen Anfechtung

A. Allgemeines

Sowohl das Verbot der Einlagenrückgewähr als auch das Anfechtungsrecht im Insolvenzverfahren der Gesellschaft bezwecken den **Schutz der Gläubiger der Gesellschaft** und ergänzen einander.³⁴⁴⁾ Wie die Kapitalerhaltung zielt die insolvenzrechtliche Anfechtung auf Sicherung und ggf wertmäßige Wiederherstellung des Vermögens der Kapitalgesellschaft.³⁴⁵⁾ Anders als die Kapitalerhaltung bezieht sich die insolvenzrechtliche Anfechtung aber nur auf einen beschränkten Zeitraum vor der Insolvenzeröffnung, während es im Kapitalerhaltungsrecht keine Rolle spielt, ob die Gesellschaft in der Krise, insolvent oder keines von beidem ist.³⁴⁶⁾

Ein weiterer Unterschied zwischen Kapitalerhaltung und Anfechtung besteht darin, dass bei der insolvenzrechtlichen Anfechtung der verpönte Vermögenstransfer definitionsgemäß nicht – wie beim Verbot der Einlagenrückgewähr – in die Sphäre eines Anteilseigners oder eines diesem nahestehenden Dritten zielen muss, sondern bei Zutreffen der von der Rechtsordnung missbilligten Umstände grds **jeder – nicht schutzwürdige – Empfänger** eines Vorteils aus der unerwünschten Vermögensverschiebung als Anfechtungsgegner in Frage kommt.³⁴⁷⁾

Als nächster wesentlicher Unterschied fällt ins Auge, dass eine Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr zu **absoluter Nichtigkeit** eines verdeckenden Rechtsgeschäfts führt,³⁴⁸⁾ während ein insolvenzrechtlich angefochtenes Geschäft zwischen schuldnerischer Gesellschaft und Drittem wirksam bleibt³⁴⁹⁾ und nur gegenüber dem Gläubiger **relativ unwirksam** erklärt wird, sodass die schuldnerische Gesellschaft nach allfälliger Aufhebung des Insolvenzverfahrens weiterhin an das angefochtene Rechtsgeschäft gebunden bleibt.³⁵⁰⁾ Nach § 41 Abs 1 IO kann der Anfechtungsgegner grds die Rückerstattung einer allenfalls von ihm erbrachten Gegenleistung verlangen.³⁵¹⁾

Weiters kann der kapitalerhaltungsrechtliche Haftung grds kein Einwand des Wegfalls der Bereicherung entgegengesetzt werden,³⁵²⁾ während der Anfechtungsanspruch immerhin unter der Voraussetzung des gutgläubigen unentgeltlichen Erwerbs auf die fortbestehende **Bereicherung** beschränkt ist (§ 39 Abs 3 IO).³⁵³⁾ Hingegen ist ansonsten – wegen der Fiktion

³⁴³⁾ OGH 20. 12. 2023, 6 Ob 170/23 b.

³⁴⁴⁾ König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 24.8; Koller in Kodek/Koller, Insolvenz-Forum 2023, 39 (42).

³⁴⁵⁾ Vgl G. Kodek, Insolvenzrecht² Rz 354; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 168 mwN.

³⁴⁶⁾ G. Kodek, Insolvenzrecht² Rz 359; Rüdfler/Aburumieh/Lind in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (95).

³⁴⁷⁾ G. Kodek, Insolvenzrecht² Rz 359, 377.

³⁴⁸⁾ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 38.

³⁴⁹⁾ Astner/Hermann/Paterer in Clavora/Kapp/Mohr, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (274); Kalss/G. Eckert in Kodek/Konecny, Insolvenz-Forum 2007, 65 (80).

³⁵⁰⁾ G. Kodek, Insolvenzrecht² Rz 354.

³⁵¹⁾ Astner/Hermann/Paterer in Clavora/Kapp/Mohr, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (274).

³⁵²⁾ OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12 p; 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17 h.

³⁵³⁾ Bollenberger/Spitzer in Koller/Lovrek/Spitzer, IO² §§ 39, 40 Rz 23; Rebernick in Konecny, Insolvenzgesetze § 39 IO Rz 80; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 15.15, 15.23 ff.

des § 39 Abs 2 IO³⁵⁴) – die tatsächliche Bereicherung des Anfechtungsgegners nicht relevant.³⁵⁵)

Das Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr ist **objektiv** zu beurteilen; die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten sind grds nicht relevant, auch wenn sie das objektiv unzulässige Geschäft irriger Weise für rechtmäßig halten.³⁵⁶) Die kapitalerhaltungsrechtliche Haftung ist somit unabhängig von Verschulden oder mangelnder Redlichkeit.³⁵⁷) Es kommt auch nicht auf eine irrtümliche Leistungserbringung oder eine Bereicherung des Leistungsempfängers, sondern nur auf die Entreicherung der Kapitalgesellschaft an.³⁵⁸) Demgegenüber enthalten die Anfechtungsregelungen gerade in den §§ 28 ff IO unterschiedliche **subjektive** Tatbestandselemente auf Seiten des Leistenden oder des Empfängers.³⁵⁹)

Zug-um-Zug-Geschäfte sind im Insolvenzanfechtungsrecht nach den Gläubigertatbeständen der §§ 30 und 31 Abs 1 Z 1 und Z 2 Fall 1 IO nicht anfechtbar; hingegen kann der Zug-um-Zug-Charakter eines Rechtsgeschäfts dieses nicht vor einer allfälligen Kapitalerhaltungswidrigkeit schützen.³⁶⁰) Kapitalerhaltungsrechtlicher Rückersatzanspruch und insolvenzrechtliche Anfechtung unterliegen unterschiedlichen **Verjährungsfristen**.

Sowohl der kapitalerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch als auch die insolvenzrechtliche Anfechtung sind im Konkursverfahren **exklusiv vom Insolvenzverwalter** geltend zu machen.³⁶¹) Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr kann – insb – auch vorliegen, wenn keine rechtswirksame Durchführung gegeben ist. Ebenso wenig setzt die insolvenzrechtliche Anfechtung ein (wirksames) Rechtsgeschäft voraus, sondern kann sich auch gegen tatsächliche und sogar widerrechtliche Handlungen sowie sogar gegen **nichtige** Rechtsgeschäfte richten.³⁶²) Der Insolvenzverwalter ist nicht auf eine insolvenzrechtliche Anfechtung von Rechtshandlungen beschränkt, sondern kann etwa auch eine Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Rechtshandlung geltend machen, insb gem § 879 Abs 1 ABGB.³⁶³) Die insolvenzrechtliche Anfechtung kann – ebenso wie die kapitalerhaltungsrechtliche Nichtigkeit³⁶⁴) – auch **Beschlüsse** der Anteilseigner erfassen.³⁶⁵)

³⁵⁴) „Der zur Leistung Verpflichtete ist als unredlicher Besitzer anzusehen, dessen Erbe jedoch nur dann, wenn ihm die Umstände, die das Anfechtungsrecht gegen den Erblasser begründen, bekannt waren oder bekannt sein mußten.“

³⁵⁵) Rebernig in Konecny, Insolvenzgesetze § 39 IO Rz 70; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 15.15.

³⁵⁶) OGH 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, Alpine; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 97.

³⁵⁷) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 15 mwN.

³⁵⁸) OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 15.

³⁵⁹) Koller in Kodek/Koller, Insolvenz-Forum 2023, 39 (43); Ruffler/Aburumieh/Lind in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (95).

³⁶⁰) Ruffler/Aburumieh/Lind in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (95). Vgl König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 10.3, 11.34; OGH 12. 7. 2022, 17 Ob12/22x.

³⁶¹) G. Kodek, Insolvenzverfahren² Rz 372; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 83 Rz 8 mwN; Koller in Kodek/Koller, Insolvenz-Forum 2023, 39 (42).

³⁶²) Bollenberger/Spitzer in Koller/Lovrek/Spitzer, IO² § 27 Rz 9f, 25; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 3.4; Thomale, ÖBA 2025, 912 (FN 14); Rebernig in Konecny, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 71; Astner/Hermann/Paterer in Clavora/Kapp/Mohr, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (271, 274); vgl OGH 14. 3. 1995, 5 Ob 509/95.

³⁶³) OGH 25. 2. 2026, 17 Ob 3/25b; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 24.1.

³⁶⁴) OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f; 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p; 26. 4. 2016, 6 Ob 72/16f; 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h.

³⁶⁵) Koller in Kodek/Koller, Insolvenz-Forum 2023, 39 (41).

Hinsichtlich der **insolvenzrechtlichen Anfechtung** ist das Szenario einer Insolvenz der Gesellschaft von jenem der Insolvenz eines Anteilseigners zu unterscheiden:

B. Insolvenz der Gesellschaft

In der **Insolvenz der Kapitalgesellschaft** stehen Anfechtungsansprüche uU in **Konkurrenz** zu kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzansprüchen.³⁶⁶⁾ Die aus der verbotenen Einlagenrückgewähr folgende **Nichtigkeit** des fraglichen Rechtsgeschäfts (s schon XIII.A.) steht einer insolvenzrechtlichen Anfechtung nicht im Weg.³⁶⁷⁾ Im Gegenteil: Die Anwendbarkeit der **Anfechtung wegen Inkongruenz** gem § 30 Abs 1 Z 1 IO beruht idR gerade auf der durch den Kapitalerhaltungsverstoß hervorgerufenen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, weil dadurch die faktische und nicht drittvergleichsfähige Leistung auch rechtlich inkongruent wird.³⁶⁸⁾

Liegt daher sowohl ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr als auch Anfechtbarkeit vor, steht dem Insolvenzverwalter hinsichtlich der Rechtsgrundlage des Anspruchs deren **kumulative oder wahlweise Geltendmachung** offen.³⁶⁹⁾ Dies kann für den Insolvenzverwalter insb auch wegen der – im Vergleich zur kapitalerhaltungsrechtlichen **Verjährung** – wesentlich kürzeren materiell-rechtlichen Präklusivfrist des § 43 Abs 2 IO interessant sein.³⁷⁰⁾ Die Nichtigkeit einer verbotenen Einlagenrückgewähr ist absolut, tritt **ex lege** ein und ist von Amts wegen wahrzunehmen, während bei der Anfechtung erst die **gerichtliche Rechtsgestaltung** zur Unwirksamkeit gegenüber den Insolvenzgläubigern führt.³⁷¹⁾

Der Kreis der **Passivlegitimierten** kann bei der Anfechtung – *abstrakt* gesprochen – weiter gezogen sein als beim kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruch, weil es auf eine Anteilseignerschaft oder eine Nahebeziehung zu einem Anteilseigner nicht ankommt.³⁷²⁾ *Konkret* ist es dafür bei der Einlagenrückgewähr idR unschwer möglich, mehrere Solidarschuldner gleichzeitig in Anspruch zu nehmen;³⁷³⁾ hingegen wird die Passivlegitimation von Personen, die an einer anfechtbaren Handlung bloß mitgewirkt haben, tendenziell skeptisch gesehen.³⁷⁴⁾

Der Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr enthält grundsätzlich keine **subjektiven Tatbestandsmerkmale**; unberechtigt bezogene Dividenden müssen aber bei Gutgläubigkeit

³⁶⁶⁾ Vgl OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p; 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p; 18. 12. 2024, 17 Ob 11/24b; s auch *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 24.8ff mwN; *G. Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 52 Rz 21; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 263 ff; *R. Wagner*, Einlagenrückgewähr 25; *Rebernig* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 111. Aus kollisionsrechtlicher Perspektive *G. Eckert* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 8.37 f.

³⁶⁷⁾ *Astner/Hermann/Paterer* in *Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (274).

³⁶⁸⁾ *Astner/Hermann/Paterer* in *Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (288).

³⁶⁹⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 24.8; *Rebernig* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 111.

³⁷⁰⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 24.8/3; *G. Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 52 Rz 21; *R. Wagner*, Einlagenrückgewähr 25; *Rüffler/Aburumieh/Lind* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (94f).

³⁷¹⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 24.8/1; *R. Wagner*, Einlagenrückgewähr 25.

³⁷²⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 24.8/3; *Astner/Hermann/Paterer* in *Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (273); *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 123 (133).

³⁷³⁾ *Rüffler/Aburumieh/Lind* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (95f); vgl *Astner/Hermann/Paterer* in *Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (273).

³⁷⁴⁾ *Astner/Hermann/Paterer* in *Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (276); *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 123 (132).

(§ 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG; § 56 Abs 3 AktG) nicht zurückbezahlt werden.³⁷⁵⁾ Demgegenüber spielt die **Gutgläubigkeit** bei einer Anfechtung des unberechtigten Bezugs von Gewinnanteilen wegen Inkongruenz keine Rolle.³⁷⁶⁾ Allgemein enthalten die Anfechtungstatbestände aber zahlreiche subjektive Merkmale.³⁷⁷⁾

Transaktionen, die den Befriedigungsfonds der Gläubiger nicht konkret durch Vereitelung, Erschwerung oder Verzögerung der Gläubigerbefriedigung geschmälert haben, können nicht angefochten werden, allenfalls aber sehr wohl gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen.³⁷⁸⁾ Für die erfolgreiche Anfechtung ist Voraussetzung, dass ein **objektiver Nachteil** für die Gläubiger eingetreten ist, und dass die Anfechtung befriedigungstauglich ist.³⁷⁹⁾

Ist nicht nur die Kapitalgesellschaft, sondern **auch der Anfechtungsgegner insolvent**, so ist von Bedeutung, dass der kapitalerhaltungsrechtliche Rückforderungsanspruch uU dinglich wirken kann, während jener aus der Anfechtung stets bloß obligatorisch operiert.³⁸⁰⁾ In der **Insolvenz des Anfechtungsgegners** begründet die erfolgreiche Anfechtung **keinen Vorrang** vor den übrigen Gläubigern des Anfechtungsgegners.³⁸¹⁾

C. Insolvenz des Anteilseigners

Im Fall der **Insolvenz eines Anteilseigners** der Kapitalgesellschaft ergibt sich ein **Konflikt** daraus, dass – anders als in der Insolvenz der Gesellschaft – die geschützten Personenkreise nicht identisch sind: Das Kapitalerhaltungsrecht schützt die Interessen der Gläubiger der Gesellschaft, das Anfechtungsrecht die Gläubiger der anfechtenden Insolvenzmasse des Anteilseigners.³⁸²⁾ **Kapitalerhaltung und Anfechtung** sind in diesem Szenario also **gegenläufig**.

Zur Auflösung dieses Konflikts besteht nach hA ein **Vorrang der Anfechtung** – und somit ein Vorrang der Gläubiger des insolventen Anteilseigners – gegenüber der Kapitalerhaltung der Kapitalgesellschaft.³⁸³⁾ Begründet wird dies ua mit dem akuten Charakter und den Notfall-Eigenschaften eines Insolvenzverfahrens: Die Gläubiger des insolventen Anteilseigners stehen in der Ausnahmesituation der „*Aussichtslosigkeit der [vollständigen] Befriedigung*“³⁸⁴⁾ und wurden durch die anfechtbare Rechtshandlung unmittelbar in ihrem Befriedigungsinteresse verletzt, die Gesellschaftsgläubiger werden durch die erfolgreiche Anfechtung indes nur reflexartig beeinträchtigt. Zudem wirkt der kapitalerhaltungsrechtliche Schutz abstrakt; seine Verletzung führt mglw gar nicht zur Beeinträchtigung der Interessen konkreter Gläubiger.³⁸⁵⁾ Oder mit den Worten von *Astner/Hermann/Pateter*: „[. . .] jene Gläubiger [erscheinen] schutz-

³⁷⁵⁾ OGH 28. 1. 2026, 6 Ob 233/24v, *Alpine*.

³⁷⁶⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 24/8.2.

³⁷⁷⁾ *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 123 (133, 142f).

³⁷⁸⁾ *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 111; *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 123 (133).

³⁷⁹⁾ *Astner/Hermann/Pateter* in *Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (272).

³⁸⁰⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 24.8/3; *R. Wagner*, Einlagenrückgewähr 21; RIS-Justiz RS0038454.

³⁸¹⁾ *Kalss/G.Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65 (82).

³⁸²⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.27/1.

³⁸³⁾ OGH 26. 5. 2010, 3 Ob 51/10m; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.27f mwN; *Kalss/G. Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65 (83) mwN; *Rebernik/Schmidsberger*, ZIK 2010, 162 (162ff); *G. Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 52 Rz 21. Generell zum Vorrang des Insolvenzrechts vor dem Gesellschaftsrecht *Told* in *Koller*, Insolvenz-Forum 2024, 75 (83f, 133).

³⁸⁴⁾ Vgl zur Ausnahmesituation der „*Aussichtslosigkeit der Befriedigung*“ *F. Bydlinski*, System 304; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 11.

³⁸⁵⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.27/1: „*Kurz gesagt ist der mittelbare, abstrakte und – streng dogmatisch – zeitlich später ansetzende Schutz der Gesellschaftsgläubiger dem durch das Anfechtungsrecht*

würdiger, welche als Insolvenzgläubiger jedenfalls um die (in aller Regel ohnehin nur quotenmäßige) Befriedigung ihrer Forderungen bangen müssen, während die Gläubiger der [Gesellschaft] in ihren Ansprüchen durch die Anfechtung nicht zwingend verkürzt werden.“³⁸⁶⁾

Liegen daher anfechtungstaugliche Leistungen des Anteilseigners an die Kapitalgesellschaft vor, kann die **Gesellschaft als Anfechtungsgegner** sich gegen den Anfechtungsanspruch nicht erfolgreich mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr verteidigen.³⁸⁷⁾ Das Verbot der Einlagenrückgewähr steht nach Ansicht des OGH grds nicht einmal der Insolvenzanfechtung des Einlageversprechens oder der Einlageleistung des Anteilseigners gegenüber der Gesellschaft entgegen.³⁸⁸⁾ Dies lässt sich auch damit begründen, dass die Anfechtung bloß relative Wirkung zeitigt, die auf den Bestand der Gesellschaft keine unmittelbare Auswirkung hat.³⁸⁹⁾

Ist freilich nicht nur der Anteilseigner, sondern auch die Gesellschaft selbst als Anfechtungsgegner insolvent, greift bremsend ein, dass die Anfechtung **kein Aussonderungsrecht** begründet.³⁹⁰⁾

Nach hA vermag auch die **Rückzahlungssperre des § 14 EKEG** die Rückforderung eines in anfechtbarer Weise gewährten eigenkapitalersetzenden Kredits nicht auszuschließen.³⁹¹⁾ Das soll trotz § 9 EKEG auch bei (zB gem § 30 IO) anfechtbarer Kreditgewährung zwischen Schwestergesellschaften gelten.³⁹²⁾

Umstritten ist, was in der Insolvenz des Anteilseigners zu gelten hat, wenn zunächst eine verbotene Einlagenrückgewähr stattgefunden hat, in weiterer Folge der Anteilseigner aber innerhalb der Anfechtungsfrist die **Rückersatzforderung** der Gesellschaft erfüllt hat.

Nach Ansicht des BGH³⁹³⁾ scheidet die Anfechtung durch den Insolvenzverwalter über das Vermögen des Anteilseigners aus: Schon die ursprüngliche Einlagenrückgewähr – die Leistung der Gesellschaft an den Anteilseigner – sei ja anfechtungstauglich gewesen. Die Rückstellung dieser Leistung sei daher die Befriedigung eines Anfechtungsanspruchs, der den Befriedigungsfonds der Gläubiger des Leistenden saniert. Diese Rückstellung könne somit nicht angefochten werden, weil damit die Sanierung der ursprünglich rechtswidrigen Leistung zerstört würde, und ja schon die ursprüngliche Leistung von vornherein mit Rückforderbarkeit belastet gewesen sei. Einem insolvenzrechtlichen Anfechtungsanspruch kann somit einredeweise entgegengehalten werden, dass schon die zugrundeliegende Leistung des Anfechtungsgegners anfechtbar gewesen ist,³⁹⁴⁾ und damit ja auch die eingeklagte Zahlung selbst wiederum anfechtbar wäre.

unmittelbar für den „Notfall“ konzipierten Schutz der Gläubiger eines insolventen Schuldners nachrangig.“

³⁸⁶⁾ *Astner/Hermann/Paterer in Clavara/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (285).

³⁸⁷⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.27/1; *G. Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 52 Rz 21.

³⁸⁸⁾ OGH 26. 5. 2010, 3 Ob 51/10m; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.27/1; *G. Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 52 Rz 21.

³⁸⁹⁾ *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der IO⁶ Rz 2.27/1.

³⁹⁰⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.27/1.

³⁹¹⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.27/2; *Astner/Hermann/Paterer in Clavara/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 259 (285).

³⁹²⁾ *Astner/Hermann/Paterer in Clavara/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 288; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.27/2.

³⁹³⁾ BGH 27. 6. 2019, IX ZR 167/18 (Rz 57) DStR 2019, 2029 (*Schluck-Amend*) = FD-InsR 2019, 419430 (*de Bra*) = GWR 2019, 329 (*Fuchs*) = LMK 2020, 425850 (*Mock*).

³⁹⁴⁾ Zust *Fuchs*, GWR 2019, 329.

Nach hL in Ö kann hingegen der Insolvenzverwalter über das Vermögen des Anteilseigners den geleisteten Rückersatz grds anfechten. Da verbotswidrige Rechtsgeschäfte wie die Einlagenrückgewähr aber nichtig sind, scheitert die Anfechtung des Verwalters an der fehlenden Gläubigerbenachteiligung, *wenn* die Gesellschaft die Rückstellung der Leistung auch im Wege der Aussonderung hätte herbeiführen können.³⁹⁵⁾ Begründet wird dies folgendermaßen: Ohne Rückstellung durch den Anteilseigner noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens hätte die Gesellschaft – wenn sie keinen Aussonderungsanspruch hat – ihren Anspruch als Insolvenzforderung anmelden müssen. Muss sie den Wert der Leistung nunmehr im Wege der Anfechtung zurückstellen, lebt ihre Forderung wieder auf (§ 41 Abs 2 Fall 2 IO); insofern hat sich ihre Position durch die erfolgreiche Anfechtung nicht verschlechtert.³⁹⁶⁾

Einigkeit zwischen den beiden Positionen besteht dahingehend, dass – soweit der Rückforderungsanspruch gem § 83 GmbHG dinglich wirkt – die Gesellschaft ein **Aussonderungsrecht** in der Insolvenz des Anteilseigners am verbotswidrig ausgekehrten Vermögen hätte; diesfalls ist das ausgekehrte Vermögen gar nicht Bestandteil des insolvenzunterworfenen Vermögens des Anteilseigners geworden; es fehlt daher an der Vermögenswirksamkeit der Rechtshandlung ebenso wie an der Befriedigungstauglichkeit der Anfechtung.³⁹⁷⁾

Die Position des BGH ist mE überzeugender, weil die Insolvenzmasse des Anteilseigners nach meinem Dafürhalten hinnehmen muss, dass der nunmehr insolvente Anteilseigner einen rechtswidrigen Zustand noch zu Zeiten der Solvenz saniert hat. Gerade die erfolgreiche Anfechtung der Rückzahlung einer verbotenen Einlagenrückgewähr würde ja wiederum einen auf Seiten der Gesellschaft anfechtungstauglichen Zustand herbeiführen. In den Worten des BGH: „*Wechselseitige Anfechtungsansprüche, welche einerseits die Leistung und andererseits die Rückgewähr dieses Vermögenswertes erfassen, beziehen sich in der Sache auf den gleichen Gegenstand. Der erste Erwerb ist haftungsrechtlich mit einer möglichen Anfechtung belastet. Wenn die eine Seite den ihr gewährten Vorteil bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens uneingeschränkt erstattet und damit zugleich die gläubigerbenachteiligenden Wirkungen beseitigt, stellt sich dies als vorweggenommene Befriedigung des Anfechtungsanspruchs der anderen Seite dar [. . .]. Die Rückforderung dieser Befriedigung als ihrerseits anfechtbar würde den Anfechtungsanspruch bezüglich der Gewährung des Vorteils erneut begründen. [. . .] Die Rückforderung dieser Befriedigung als ihrerseits anfechtbar würde den Anfechtungsanspruch erneut begründen und kann daher vom Beklagten einredeweise abgewehrt werden.*“³⁹⁸⁾

Die Unterscheidung zwischen dinglicher oder bloß auf Wertersatz gerichteter Wirkung des Rückersatzanspruchs greift mE zu kurz: in jedem der beiden Szenarien führt die Erfüllung des Rückersatzanspruchs zu keiner Verringerung des Vermögens des Anteilseigners, weil der Rückersatzanspruch zeitgleich mit der Vornahme der verbotenen Einlagenrückgewähr entsteht und sofort fällig wird. Zudem kann der Rückersatzanspruch nicht auf seinen – ihm zweifellos auch innewohnenden – dinglichen Charakter³⁹⁹⁾ reduziert werden, sondern richtet sich – schon ab der juristischen Sekunde des verbotenen Vermögensabflusses – auf vollständige wertmäßige Wiederherstellung des Vermögens der Gesellschaft. Insofern geht der kapi-

³⁹⁵⁾ *Trenker*, Insolvenzanfechtung 175 f; *König* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 141 (147); *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 3.12; vgl auch *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz versus Einlagenrückgewähr, GesRZ 1997, 14 (26); *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 110.

³⁹⁶⁾ *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 110.

³⁹⁷⁾ *Trenker*, Insolvenzanfechtung 176.

³⁹⁸⁾ Rz 54.

³⁹⁹⁾ Zum dinglichen Charakter *Trenker*, Insolvenzanfechtung 62 f, 176.

talerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch über die rei vindicatio hinaus,⁴⁰⁰) die ja ab Untergang des Eigentums ins Leere greift.⁴⁰¹)

XVI. Eigentumsklage

Strittig ist das Verhältnis zwischen der Eigentumsklage (rei vindicatio) gem § 366 ABGB einerseits und dem kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruch andererseits. ME schließt der Rückersatzanspruch die Eigentumsklage nicht aus, sondern beide Ansprüche können parallel geltend gemacht werden.⁴⁰²) Voraussetzung für die Eigentumsklage ist allerdings naturgemäß, dass der Anteilseigner kein Eigentum erworben hat; dies kann insb dann der Fall sein, wenn das Verpflichtungsgeschäft gesamtничtig ist, zumal die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts auch auf das Verfügungsgeschäft (und damit auch auf die wirksame Begründung dinglicher Rechte) durchschlägt.⁴⁰³) Hingegen kann der Anteilseigner Eigentümer geworden sein, wenn zB das Rechtsgeschäft nur teilnichtig ist, oder wenn er originär Eigentum erworben hat (zB durch gutgläubigen Erwerb gem § 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG oder durch Vermengung von Geld gem § 371 Fall 1 ABGB).⁴⁰⁴) Hat ein Dritter vom Anteilseigner gutgläubig Eigentum erworben (§ 367 ABGB; § 63 GBG), so ist Wertersatz zu leisten.⁴⁰⁵)

XVII. Schadenersatz

Ein Vermögensabfluss aus der Gesellschaft kann eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellen, aber auch Schadenersatzansprüche begründen. Eine verbotene Einlagenrückgewähr setzt voraus, dass der Transfer in die Sphäre eines Gesellschafters oder eines ihm nahestehenden Dritten zielt. Auf einen schädigenden Eingriff des Gesellschafters oder sein Verschulden kommt es hingegen nicht an.⁴⁰⁶) Demgegenüber setzt der Schadenersatzanspruch einen Schaden bei der Gesellschaft voraus, den der Gesellschafter unter Verletzung seiner gesellschaftlichen Treuepflichten oder des allgemeinen Deliktrechts schuldhaft verursacht hat, ohne dass hier in Betracht zu ziehen wäre, ob ein Vermögenstransfer in die Sphäre des Gesellschafters (oder eines ihm nahestehenden Dritten) oder aber an einen gesellschaftsfremden Dritten erfolgt.⁴⁰⁷) Nach Schadenersatzregeln kann – insb auch wegen der Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns gem § 349 UGB – mehr zustehen als aus der Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr; auch die schadenersatzrechtlichen Verjährungsregeln (§ 1489 ABGB) weichen vom Verbot der Einlagenrückgewähr ab.⁴⁰⁸) Der **Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens** ist rechtlich gegen einen Schadenersatzanspruch, aber nicht gegen den kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruch möglich.⁴⁰⁹)

⁴⁰⁰) Zum Wertausgleichsanspruch bei zufälligem Untergang der kapitalerhaltungswidrig transferierten Sache *Koppensteiner* in FS Reich-Rohrwig 117 (127); *U. Torggler* in *Kals/Torggler*, Einlagenrückgewähr 89 (96f); *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 39.

⁴⁰¹) *AA Trenker* (Insolvenzanfechtung 176): „Da der dingliche Ersatzanspruch kraft § 83 GmbHG nicht weiter reichen kann als die rei vindicatio, [. . .]“

⁴⁰²) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 43 mwN.

⁴⁰³) OGH 29. 5. 1991, 9 ObA 104/91; 13. 2. 1997, 6 Ob 2110/96d; 13. 12. 2016, 3 Ob 167/16d.

⁴⁰⁴) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 43 mwN.

⁴⁰⁵) *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 83 Rz 16.

⁴⁰⁶) *U. Torggler/H. Torggler* in FS Jud 723 (728).

⁴⁰⁷) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG² § 83 Rz 44 mwN.

⁴⁰⁸) OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 61/21 w.

⁴⁰⁹) *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, HB vGA³ 1 (57).

Erfüllt ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zugleich auch den strafrechtlichen Tatbestand der Untreue (§ 153 StGB), bildet dies aus zivilrechtlicher Sicht ebenfalls eine Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche der Gesellschaft⁴¹⁰⁾ (zur Verjährung bei Ersatzansprüchen wegen qualifiziert strafbaren Handelns s § 1489 ABGB). Echte Dritte und Organwalter eines echten Dritten haften schadenersatzrechtlich (§ 1295 Abs 2 ABGB), wenn sie massiv schädigend und insofern sittenwidrig handeln, als sie einen endgültigen Vermögensnachteil der betroffenen Gesellschaft zumindest billigend in Kauf nehmen und dadurch maßgeblich zu einem offensichtlichen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr beitragen.⁴¹¹⁾ Eine allgemeine schadenersatzrechtliche Haftung echter Dritter kann auch damit begründet werden, dass die Mitwirkung eines echten Dritten an einer Einlagenrückgewähr die Befriedigungsfähigkeit der Gesellschaft beeinträchtigt.⁴¹²⁾

Bei vorsätzlich sittenwidriger (§ 1295 Abs 2 ABGB) Entnahme von Mitteln aus der Gesellschaft durch einen Anteilseigner kann der Gesellschaft ein Schadenersatzanspruch wegen existenzgefährdenden Eingriffs zustehen.⁴¹³⁾

XVIII. Fazit

- Sowohl über dem Kapitalerhaltungs- als auch über dem Insolvenzrecht steht als rechtspolitischer und -dogmatischer Leitstern der **Gläubigerschutz**.
- Beim kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz können als grundlegende Bausteine **vier** einander ergänzende und ineinandergreifende **Regelwerke** unterschieden werden, nämlich der **Bestandschutz des fehlerhaften Verbands**, das Recht der **Kapitalaufbringung**, das Recht der **Kapitalerhaltung** und das Recht der **Auflösung der Gesellschaft**, wobei dem letztgenannten – zumindest aus der gesellschaftsrechtlichen Perspektive – auch der **Konkurs** der Gesellschaft zugeordnet werden kann.
- Wird legitimerweise in den Bestand der Kapitalgesellschaft eingegriffen – insb im Zuge der Liquidation, der Verschmelzung, der Aufspaltung, der übertragenden oder errichtenden Umwandlung oder des **Konkurses** – bleiben die Kapitalerhaltungsregeln bis zur Vollbeendigung der Gesellschaft anwendbar und sind daher von Liquidatoren und Insolvenzverwaltern einzuhalten.
- **Verstöße gegen die Kapitalerhaltungsregeln** setzen weder Verschulden oder Bösgläubigkeit der handelnden Personen noch eine wirksame Durchführung des verpönten Vermögenstransfers voraus. Der zweite Aspekt ist eine Parallele zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, mit der auch bloße Rechtshandlungen und sogar **rechtswidrige** Handlungen wie auch **nichtige** Geschäfte aufgegriffen werden können.

⁴¹⁰⁾ *G. Kodek* in *Kodek*, Untreue NEU 21 (37 ff); *St. Huber* in *Foglar-Deinhardstein*, HB vGA Rz 5/8 ff; vgl OGH 1. 9. 2015, 6 Ob 3/15g, *Bawag*, GES 2015, 405 (*Neubauer*) = GesRZ 2016, 57 (*Durstberger*); 25. 6. 2020, 6 Ob 21/20m GesRZ 2021, 41 (*R. Gruber*) = ÖBA 2021, 266 (*Edelmann*) = *ecolex* 2021, 134 (*J. Reich-Rohrwig*); ähnlich zu **Bilanzdelikten** (§§ 163 a ff StGB) und Schadenersatz *G. Kodek* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2017, 165 (177 f). Zivilrechtliche Ansprüche der Gesellschaft gegen **echte Dritte** bei strafrechtswidriger verbotener Einlagenrückgewähr verneinend *Bollenberger*, Zak 2018, 24 (27 f).

⁴¹¹⁾ OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 61/21w.

⁴¹²⁾ *Ch. Müller*, ÖJA 2023, 129 (166 ff).

⁴¹³⁾ *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 45; *Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein* in FS Torggler 1139 (1149).

- Die den Anteilseigner treffende **Treuepflicht** (§ 1186 iVm § 1175 Abs 4 ABGB) hat sich am Interesse der Gesellschaft auszurichten. Daher entfaltet die Treuepflicht mE auch eine gewisse reflexhafte Schutzwirkung zugunsten Dritter, nämlich der Gläubiger der Gesellschaft. IdS ergänzen einander Treuepflicht und Verbot der Einlagenrückgewähr und verschränken sich miteinander. Es würde freilich zu weitgehen, in Hinblick auf **insolvenzrechtliches Anfechtungsrecht** aus der Treuepflicht eine Pflicht zum Erhalt der künftigen Insolvenzmasse zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft ableiten zu wollen.
- ME ist das Vermögen einer (ausländischen) Tochtergesellschaft einer österr Kapitalgesellschaft nur, aber immerhin **nach dem auf die Tochter anwendbaren Gläubigerschutzregime geschützt**. Eine Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsregeln der Mutter-AG/SE/GmbH/FlexCo auf das Vermögen einer österr oder ausländischen Tochter ist mE nur ausnahmsweise denkbar, nämlich dann, wenn das Vermögen genau mit dem Zweck in die Tochter ausgelagert worden ist, das für die Mutter-AG/SE/GmbH/FlexCo anwendbare Verbot der Einlagenrückgewähr zu umschiffen. Die pauschale kapitalerhaltungsrechtliche Betrachtung der Beteiligungskette nach unten als **wirtschaftliche Einheit** mit der jeweiligen Obergesellschaft ist mE **abzulehnen**. Diese Ansicht passt gut zu den Aussagen des OGH in der rezenten E 6 Ob 233/24v.
- **Dividendenauszahlungen** können insolvenzrechtlich angefochten werden. Erfolgt die Gewinnausschüttung **nach Eintritt der materiellen Insolvenz**, kann sie als Befriedigung eines Gläubigers grds wegen Begünstigungsabsicht (§ 30 Abs 1 Z 2, 3 IO) oder Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 Abs 1 Z 1 Fall 1, Z 2 Fall 1 IO) angefochten werden. Dies gilt auch dann, wenn der ordnungsgemäß ermittelte Bilanzgewinn auf gesellschaftsrechtlich zulässige Weise verteilt worden ist. Gewinnausschüttungen **vor Eintritt der materiellen Insolvenz** können insb mit der Absichtsanfechtung gem § 28 IO bekämpft werden. Die Unentgeltlichkeitsanfechtung gem § 29 IO scheidet nach überzeugender Ansicht insoweit aus, als die Gewinnausschüttung gesellschaftsrechtlich zulässig ist, weil sie dann als verdiente Gegenleistung für den Kapitaleinsatz des Anteilseigners zu qualifizieren ist, weshalb die Dividende **keine unentgeltliche Leistung** ist. Der *gesellschaftsrechtliche* Gutglaubensschutz schließt eine *insolvenzrechtliche* Anfechtung einer Dividendenauszahlung nicht aus. Ein gutgläubig bezogener, aber tatsächlich nicht bestehender Gewinnanspruch kann daher anfechtbar sein, insb wegen **Inkongruenz** (§ 30 Abs 1 Z 1 IO), aber auch wegen **Unentgeltlichkeit** (§ 29 IO). **Gewinnausschüttungen ohne Rechtsgrund** sind nämlich als **unentgeltliche Rechtsgeschäfte** zu qualifizieren. Vertiefter Überprüfung bedürfte idZ, ob sich bei Insolvenz einer Kapitalgesellschaft die insolvenzrechtliche Anfechtungsklage auch gegen einen **indirekten Anteilseigner** – zB die Großmutter-Gesellschaft – richten könnte, wenn die Dividende – zumal etwa durch phasenkongruente Dividendenauszahlung oder durch Dividendenzession – an diesen mittelbaren Anteilseigner weitergeleitet worden ist.
- In der **Krise oder Insolvenz einer Kapitalgesellschaft** können mE (sogar bereits **abgereifte Dividenden**) als **nachrangig** zu qualifizieren sein, weil die Abspaltung des Anspruchs auf Auszahlung der Dividende von der Mitgliedschaft bei Abreifung der Dividende die Verkehrsfähigkeit des Dividendenanspruchs herbeiführen soll, aber letztlich nichts daran ändert, dass die **Dividende in der Mitgliedschaft und im Eigenkapital wurzelt** und ihr somit weiterhin eine gewisse Nachrangigkeit anhaftet. Anderes gilt mE für Gläubigerrechte von Anteilseignern auf anderer – außergesellschaftlicher – Rechtsgrundlage, etwa aus einem Drittgeschäft, aber mE auch aus kapitalmarktrechtlichem Schadenersatz, für die grundsätzlich keine Nachrangigkeit eingreift.

- Nach dt Recht gibt es einen auf die Rückführung von **Gesellschafterdarlehen** zugeschnittenen Tatbestand der insolvenzrechtlichen Anfechtung. Dieser Anfechtungstatbestand kann nach der Rsp des BGH auch auf das vorläufige Vortragen eines Bilanzgewinns, der später doch noch ausgeschüttet wird, angewendet werden. Im österr Recht besteht kein spezifisch auf die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen zugeschnittener insolvenzrechtlicher Anfechtungstatbestand. Freilich ist ein **in der Krise der Gesellschaft gewährtes Gesellschafterdarlehen** gem § 14 EKEG **rückzahlungsgesperrt**. Diese Rückzahlungssperre kann aber mE auf einen Gewinnvortrag nicht anwendbar sein, weil dabei kein Kapital aus dem Vermögen des Gesellschafters an die Gesellschaft fließt. Wird die **Rückzahlung des von einem österr Darlehensgeber an eine dt Gesellschaft gewährten Gesellschafterdarlehens**, das entsprechend der vereinbarten Rechtswahl österr Recht unterliegt, in der Insolvenz der dt Darlehensnehmerin vom Insolvenzverwalter vor dt Gerichten fristgerecht angefochten, **kann sich nach der Rsp des EuGH der österr Darlehensgeber zur Abwehr der Anfechtungsklage nicht auf Art 13 EuInsVO berufen**.
- Der **Beitritt eines Anteilseigners zur Kapitalgesellschaft** oder seine **Einlageleistung** oder seine **sonstigen Leistungen an die Gesellschaft** können in der Insolvenz des Anteilseigners insolvenzrechtlich **angefochten** werden, ohne dass dem das Verbot der Einlagenrückgewähr entgegengehalten werden könnte.
- Sowohl der kapitalerhaltungsrechtliche Rückersatzanspruch als auch die insolvenzrechtliche Anfechtung richten sich primär auf **Naturalrestitution**, wobei der Anspruchsberechtigte verlangen kann, so gestellt zu werden, wie er „heute“ – also zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung in erster Instanz – nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge stünde, wenn der Haftpflichtige sein rechtswidriges Verhalten unterlassen hätte.
- In der **Insolvenz der Kapitalgesellschaft** stehen Anfechtungsansprüche uU in **Konkurrenz** zu kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzansprüchen der Gesellschaft. Die aus der verbotenen Einlagenrückgewähr folgende **Nichtigkeit** des fraglichen Rechtsgeschäfts ist kein Hindernis für eine insolvenzrechtliche Anfechtung. Im Gegenteil: Die Anwendbarkeit der **Anfechtung wegen Inkongruenz** gem § 30 Abs 1 Z 1 IO beruht idR gerade auf der durch den Kapitalerhaltungsverstoß hervorgerufenen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, weil dadurch die faktische und nicht drittvergleichsfähige Leistung auch rechtlich inkongruent wird.
- Liegen in der **Insolvenz des Anteilseigners** anfechtungstaugliche Leistungen des Anteilseigners an die Kapitalgesellschaft vor, kann die **Gesellschaft als Anfechtungsgegner** sich gegen den Anfechtungsanspruch idR nicht erfolgreich mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr verteidigen. Hat eine verbotene Einlagenrückgewähr stattgefunden, und hat der Anteilseigner innerhalb der Anfechtungsfrist die **Rückersatzforderung erfüllt**, kann jedoch in der Insolvenz des Anteilseigners diese Rückzahlung mE – entgegen der hL – nicht erfolgreich angefochten werden.