

schlussfeststellungsklage eines Aktionärs zuvorzukommen. Das ist wahrlich kein sinnvoller Ansatz, was die Richtigkeit der Entscheidung unterstreicht.

Christoph Diregger

NZ 2019/74

§ 82 GmbHG; §§ 30 f IO

Zum (fiktiven) Cash Pooling im Konzern

1. Internationales (fiktives) Cash Pooling im Konzern samt Übernahme einer Haftung für sämtliche Poolteilnehmer ist zwar aus Sicht einer beteiligten österreichischen Gesellschaft kapitalerhaltungsrechtlich bedenklich, aber nicht jedenfalls unzulässig.

2. Der Fremd- oder Drittvergleich ist für Cash Pooling-Vereinbarungen kein entscheidendes Kriterium, weil derartige Vereinbarungen mit Konzernfremden „wohl kaum“ geschlossen werden. Im Vordergrund der rechtlichen Prüfung steht vielmehr die betriebliche Rechtfertigung der Vereinbarung.

3. Normadressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter, nicht aber Dritte. Dritte sind nur bei grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig. Aus Sicht der Bank liegt beim Cash Pooling aber eine betriebliche Rechtfertigung nahe, weshalb der Cash Pooling-Vertrag gegenüber der Bank wirksam sein kann.

OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p (OLG Wien 24. 12. 2018, 3 R 46/18h-72; LG Wiener Neustadt 12. 6. 2018, 26 Cg 63/16v-72)

Zurückweisung o Revision

Aus den Entscheidungsgründen:

I. Im Hinblick auf die auch im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich zulässige (RS0039644 [T 1]) Klageeinschränkung in der Revision war gem §§ 483 Abs 3, 513 ZPO auszusprechen, dass die Urteile der Vorinst im Umfang der Klageeinschränkung wirkungslos sind.

II. Der Kl ist IV einer GmbH mit Sitz in Österreich (im Folgenden: Schuldnerin), der Tochtergesellschaft eines Großhandelskonzerns mit Sitz in Australien. Die Mehrheitsgesellschafterin der Schuldnerin war eine niederländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im Folgenden: Muttergesellschaft), die 99,99% der Anteile hielt. Den verbleibenden Anteil hatte eine weitere niederländische GmbH (sog europäische Konzernmutter) inne.

Die bekl Bank ist eine AG mit Sitz in den Niederlanden. Sie schloss im April 2010 mit der als „Leitgesellschaft“ bezeichneten Muttergesellschaft als Koordinatorin und mehreren europäischen Tochtergesellschaften des Konzerns einen Cash Pooling Vertrag, der vereinbarungsgemäß niederländischem Recht unterliegt (Punkt 19.1).

Die Ausgestaltung entsprach einem sog fiktiven Cash Pooling, das dadurch gekennzeichnet ist, dass zwischen den Poolkonten der Teilnehmer kein tatsächlicher Liqui-

ditätstransfer stattfindet. Dementsprechend bestimmt 2.2 der Vereinbarung, dass die Konten der Teilnehmer einen Haben- oder Solsaldo aufweisen dürfen, solange der Gesamtsaldo jederzeit ein Null- oder Habensaldo ist.

In dem mit „Sicherheit“ überschriebenen Punkt 8.1 der Vereinbarung verpfändeten die Teilnehmer für die Zahlung der gesicherten Verbindlichkeiten (gemeint: Gesamtverbindlichkeiten aller Teilnehmer) im Wege eines erstrangigen Pfandrechts ihre gegenwärtigen und künftigen Forderungen an die Bank, die aus oder im Zusammenhang mit den Konten entstehen.

Die Bekl kontrahierte nur mit Kunden, die eine erstklassige Bonität und ein hohes Umsatzvolumen aufwiesen und zu denen ein Vertrauensverhältnis bestand. Dabei prüfte sie im Rahmen ihres Risikomanagements laufend das Vorliegen dieser Voraussetzungen und insb die wirtschaftliche Situation des gesamten Konzerns, nicht jedoch die wirtschaftliche Situation der einzelnen Tochtergesellschaften.

Die Bekl erteilte weder den am Cash Pool teilnehmenden Gesellschaften noch der Muttergesellschaft als Leitgesellschaft Vorgaben über den Stand der einzelnen Teilnehmerkonten. Wesentliche Verpflichtung der Muttergesellschaft war es jedoch, dafür zu sorgen, dass am Ende jeden Geschäftstages der Gesamtsaldo aller Teilnehmerkonten nicht negativ war, also ein Guthaben aufwies oder zumindest Null betrug. Die Durchführung dieses Kontenausgleichs und das konzerninterne Management des Cash Pools übernahm die Muttergesellschaft, die Überblick über und Einsicht in alle Teilnehmerkonten hatte. Die Muttergesellschaft war als Ansprechpartnerin das Bindeglied zwischen der Bekl und den Teilnehmergesellschaften. Eine Kommunikation zwischen der Bekl und den Teilnehmergesellschaften fand nicht statt.

Wegen eines höheren Finanzierungsbedarfs trat die Schuldnerin dem Vertrag im Jahr 2012 mit Blick auf die damit verbundene Möglichkeit der raschen und günstigen Liquiditätsbeschaffung bei. Neben ihrem Teilnehmerkonto beim Cash Pool behielt sie ein separates Konto bei einer österr Bank, auf das die Bekl keinen Zugriff hatte. Ein automatischer Saldenausgleich („Sweeping“) mit ihrem Teilnehmerkonto fand nicht statt. Die Schuldnerin hatte das Recht, ihre Teilnahme am Vertrag jederzeit zu kündigen. Die Bekl buchte während der Laufzeit des Vertrags nicht selbsttätig Beträge vom Teilnehmerkonto der Schuldnerin ab. Gegenüber der Bekl konnte die Schuldnerin frei entscheiden, welchen Betrag sie am Teilnehmerkonto und welchen am lokalen Konto beließ.

Im Innenverhältnis unterlag die Schuldnerin aber den Weisungen der Muttergesellschaft. Danach war der von der Schuldnerin erzielte Liquiditätsüberschuss dem Cash Pool zur Verfügung zu stellen. Während die Schuldnerin selbständig Beträge auf das Teilnehmer-

konto buchen konnte (und auch buchte), musste sie bei der Muttergesellschaft ansuchen, um Geld aus dem Cash Pool zu erhalten. Es steht nicht fest, dass die Bekl von diesen Beschränkungen im Innenverhältnis wusste.

Der Cash Pool verbesserte die Liquidität der Schuldnerin. Vom Jahr 2012 bis Mitte des Jahres 2013 wies ihr Teilnehmerkonto durchgehend einen negativen Saldo auf, danach bis Mai 2014 immer wieder. Nach einer konzerninternen Transaktion wies das Konto ab Juni 2014 ein Guthaben im Ausmaß von rund 2 Mio Euro auf.

Ab dem Jahr 2014 geriet der Konzern wirtschaftlich unter Druck, hatte nicht mehr ausreichend liquide Mittel und entsprach nicht mehr den Anforderungen der Bekl. Im März 2015 kündigte die Bekl den Vertrag gegenüber den teilnehmenden Gesellschaften mit Ausnahme der Muttergesellschaft. Diese nahm in der Folge entgegen den Erwartungen der Bekl (bzw trotz deren Aufforderung) keinen Kontenausgleich auf Null vor, zumal sie im teilgekündigten Vertrag für sich keinen Vorteil sah. Die Bekl verlor das Vertrauen in die Zusammenarbeit mit der Muttergesellschaft und kündigte den Vertrag am 14. April 2015 auch ihr gegenüber. Die Bekl verwendete am selben Tag das auf dem Teilnehmerkonto der Schuldnerin bestehende (streitgegenständliche) Guthaben von € 2.146.276,18 gem Punkt 9.2 des Vertrags, der diese Vorgehensweise vorsieht, zur „Glattstellung“ (gemeint: Aufrechnung aufgrund der Verpfändung).

Noch vor der Kündigung bemühte sich die Schuldnerin im Frühjahr 2015 bei der Muttergesellschaft – insb wegen einer bevorstehenden Steuerzahlung von € 500.000,- – im Hinblick auf den positiven Kontostand von rund 2,3 Mio Euro um möglichst hohe Mittel aus dem Cash Pool. Sie erhielt am 10. 4. 2015 jedoch nur € 200.000,-, worauf sich ihre Situation zusehends verschlechterte. Am 14. 4. 2015 stellte die Schuldnerin fest, dass ihr Teilnehmerkonto kein Guthaben aufwies.

Über das Vermögen der Schuldnerin wurde vom LG Wiener Neustadt am 30. 4. 2015 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Muttergesellschaft wurde am 31. 7. 2015, die europäische Konzernmutter am 24. 6. 2015 für zahlungsunfähig erklärt.

Der Bekl lagen weder zum Zeitpunkt des Beitritts der Schuldnerin zum Vertrag noch bei der Durchführung des Kontenausgleichs Hinweise auf eine schlechte wirtschaftliche Situation der Schuldnerin vor. Der Bekl war nicht bewusst, dass die Umbuchung des Bankguthabens der Schuldnerin deren Insolvenz zur Folge haben würde.

Gestützt auf das gesellschaftsrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr und – soweit für das Revisionsverfahren noch wesentlich – auf die Anfechtungstatbestände des § 30 Abs 1 Z 1 und § 31 Abs 1 Z 2 Fall 1 IO begehrt der Kl die Zahlung von € 2.146.276,18 und die Feststellung, dass die Herstellung der Aufrechnungslage den Insolvenzgläubigern gegenüber unwirksam sei. Der Cash Pooling Vertrag sei nichtig, weshalb die Abbu-

chung durch die Bekl unzulässig gewesen sei. Die entstandene Aufrechnungslage zugunsten der Bekl stehe mit dem Grundsatz der Kapitalerhaltung nach dem GmbHG in Widerspruch.

Der Beitritt der Schuldnerin zum Cash Pool habe für sie und ihre Gläubiger zu einer äußerst nachteiligen Situation geführt. Die Schuldnerin habe mit ihrem Bankguthaben für die Verbindlichkeiten anderer am Cash Pool teilnehmender Gesellschaften gehaftet. Sie habe für die Zurverfügungstellung ihres gesamten Bankguthabens und für das damit einhergehende Risiko eines Totalverlusts im Fall der Insolvenz anderer Konzerngesellschaften keine Gegenleistung erhalten. Das in Rede stehende Bankguthaben habe die Schuldnerin nach einer Gewinnausschüttung im Jahr 2013 durch die Erzielung von Liquiditätsüberschüssen und einer Darlehensrückzahlung aufgebaut. Über ihr Bankguthaben im Cash Pool habe sie aber nicht uneingeschränkt verfügen können. Vor Beendigung des Vertrags durch die Bekl im März 2015 habe die Schuldnerin die Muttergesellschaft auf ihren akuten Liquiditätsbedarf hingewiesen und – mit nur geringem Erfolg – versucht, das Guthaben abzurufen. Die Bekl hingegen habe zu jedem beliebigen Zeitpunkt das Bankguthaben der Schuldnerin zur Tilgung anderer Kreditforderungen gegen Konzerngesellschaften verwenden können. Das habe sie bei Vertragsbeendigung auch getan.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr gelte auch für einen Dritten, dem sich Verdachtsmomente eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften aufdrängten und der daher grob fahrlässig handle, wenn er sie ignoriere. Da die risikoreiche und nicht abgegoltene Teilnahme der Schuldnerin am Cash Pool für die Bekl erkennbar höchst verdächtig gewesen sei, sei dieser Beitritt unwirksam. Die Bekl habe ihre Erkundigungspflicht schuldhaft verletzt.

Zudem sei der Anfechtungstatbestand nach § 30 Abs 1 Z 1 IO wegen inkongruenter Deckung erfüllt. Die Bekl habe Gläubigerstellung. Aufgrund der Nichtigkeit der Beitrittsvereinbarung und damit der Nichtigkeit der Verpfändung iSd Punkt 8.1 des Vertrags wegen des Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr habe die Bekl die Leistung nicht zu beanspruchen gehabt.

Darüber hinaus lägen auch die Voraussetzungen für die Anfechtung nach § 31 Abs 1 Z 2 Fall 1 IO vor, weil die Bekl den Klagebetrag nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit abgebucht habe und diese auch erkennen hätte müssen.

Die Bekl und der auf ihrer Seite beigetretene Nebenintervenient (früherer Geschäftsführer der Schuldnerin) wandten ein, die Schuldnerin sei mit dem Beitritt zum Vertrag keine automatische Haftung für Verbindlichkeiten ihrer Muttergesellschaft oder anderer am Cash Pool teilnehmender Gesellschaften eingegangen. Die Schuldnerin habe mit nur einem Konto am Cash Pool teilgenommen und daneben ein lokales Konto bei einer

österr Bank besessen. Laut Vertrag sei nur das jeweils bestehende Bankguthaben am Teilnehmerkonto dem Cash Pool und der Verpfändung unterlegen, wobei die Schuldnerin täglich frei entscheiden habe können, ob und in welcher Höhe sie überhaupt ein Bankguthaben aufbaue. So habe das Teilnehmerkonto der Schuldnerin in den ersten zwei Jahren einen negativen Saldo aufgewiesen. Die Schuldnerin habe bis zuletzt ihr Guthaben vom Teilnehmerkonto auf ihr lokales Konto übertragen können, dies aber unterlassen. Die Umbuchung des gesamten Bankguthabens am Teilnehmerkonto der Schuldnerin nach Beendigung des Vertrags sei zulässig gewesen, weil der Cash Pool insgesamt einen das Bankguthaben der Schuldnerin übersteigenden Negativsaldo aufgewiesen habe. Durch die Umbuchung sei das Bankguthaben der Schuldnerin zulässigerweise ihrer Muttergesellschaft zugeordnet worden.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr richte sich an die Gesellschaft und ihre Gesellschafter. Nur bei – hier unstreitig nicht vorliegender – Kollusion oder grober Fahrlässigkeit sei ein Dritter für empfangene Leistungen rückgabepflichtig. Grobe Fahrlässigkeit sei der Bekl, der die Teilnahme der Schuldnerin am Cash Pool betrieblich gerechtfertigt erschienen sei, nicht anzulasten. Abgesehen davon, dass Art 13 EulnsVO 2000 einer Anfechtung nach österr Insolvenzrecht wegen der Unanfechtbarkeit nach niederländischem Recht entgegenstehe, seien die Voraussetzungen der §§ 30, 31 IO nicht erfüllt. Zum einen sei die Bekl weder Gläubigerin noch Insolvenzgläubigerin der Schuldnerin gewesen. Zum anderen liege keine inkongruente Deckung vor, weil die Beitrittsvereinbarung zum Cash Pool nicht wichtig sei, und daher eine vertraglich vereinbarte Leistung vorliege, die keine Begünstigung begründe. Die Bekl habe die angebliche Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin weder gekannt noch kennen müssen.

Das ErstG wies die Klage ab. Es beurteilte die gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen nach österr Recht. Das Verbot der Einlagenrückgewähr sei daher für die Schuldnerin zu beachten, auch wenn der Cash Pooling Vertrag die Anwendung niederländischen Rechts vorsehe. Das ErstG analysierte die konkrete Ausgestaltung des Vertrags umfassend und kam zum Ergebnis, dass die Teilnahme der Schuldnerin am Cash Pool aus betrieblichen Gründen nachvollziehbar und gerechtfertigt sei. Es sei anzunehmen, dass ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer der Schuldnerin an einem Cash Pool zu denselben wie den festgestellten Bedingungen auch mit konzernfremden Gesellschaften teilgenommen hätte. Der Vertrag halte daher im Ergebnis einer Überprüfung nach dem Fremdvergleichsgrundsatz stand. Normadressaten des in § 82 GmbHG enthaltenen Verbots der Einlagenrückgewähr seien im Übrigen die Gesellschaft und der Gesellschafter, Dritte seien nur bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig. Rückgabepflicht bestehe in jenen Fällen, in denen der Gesellschafter bewusst zum Nachteil der Gesellschaft

handle und sich der Missbrauch dem Dritten geradezu aufdrängen müsse; die Unkenntnis müsse dabei auf grober Fahrlässigkeit beruhen. Eine allgemeine Erkundigungs- und Prüfpflicht einer Bank bestehe jedoch nicht für alle Fälle denkmöglicher Einlagenrückgewähr, eine solche werde nur dort gefordert, wo sich der Verdacht schon so weit aufdränge, dass er nahezu einer Gewissheit gleichkomme. Eine Erkundigungspflicht werde für den Fall bejaht, dass besondere Umstände den Verdacht des Missbrauchs der Vertretungsmacht nahelegten. Selbst bei Bejahen eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungspflichten träfe die Bekl keine Erkundigungspflicht, weil ihr die betriebliche Rechtfertigung der Teilnahme der Schuldnerin am Cash Pool schon bei erstem Anschein plausibel erscheinen durfte und nach den Feststellungen keine Verdachtsmomente gegeben gewesen seien, die zu Zweifeln am Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung Anlass gegeben hätten.

Die Bekl habe die Rolle einer Dienstleisterin im Cash Pool inne gehabt, ihr komme daher keine Gläubigerstellung gegenüber der Schuldnerin zu, weshalb eine Anfechtung ausscheide. Selbst wenn man eine Gläubigerstellung der Bekl bejahte, läge keine inkongruente Deckung iSd § 30 Abs 1 Z 1 IO vor, weil der Bekl das Recht zur Umbuchung des Guthabens aus dem wirksamen Cash Pooling Vertrag zugestanden sei. Eine Anfechtung nach § 31 Abs 1 Z 2 Fall 1 IO scheitere überdies an der der Bekl nicht vorwerfbaren Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin.

Das BerG bestätigte diese E. Es schloss sich den Ausführungen des ErstG im Wesentlichen an und sprach aus, dass die Revision mangels höchstgerichtl Rsp zum Verbot der Einlagenrückgewähr und zur insolvenzrechtlichen Anfechtung jeweils im Zusammenhang mit einem Cash Pooling Vertrag zulässig sei.

[...]

[Rechtliche Beurteilung]

[...]

1. Die Vorinst sind übereinstimmend davon ausgegangen, dass sich die gesellschafts- und anfechtungsrechtlichen Fragestellungen nach österr Recht richten. Insoweit die Bekl in ihrer Revisionsbeantwortung bezüglich der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften Gegenteiliges (Anwendung des für sie angeblich vorteilhaften niederländischen Rechts) vertritt und bezüglich der Anfechtung nach österr Recht ihren Einwand nach Art 13 EulnsVO 2000 aufrecht hält, musste darauf nicht näher eingegangen werden: Bereits die vom Kl für sein Begehren herangezogenen österr Anspruchsgrundlagen können nämlich eine Klagestattgebung nicht stützen. Ein für ihn günstigeres Ergebnis bei Anwendung niederländischen Rechts hat der Kl nicht behauptet (vgl 6 Ob 233/18k; 6 Ob 145/17 t).

2. Die konkrete Vertragsgestaltung erweckt auf Basis der getroffenen Feststellungen zwar Bedenken an ihrer

Zulässigkeit aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht, die (Un-)Zulässigkeit muss aber (vgl. 3.) nicht abschließend geklärt werden, weshalb es auch keiner Sachverhaltsergänzung zu offen gebliebenen Fragen bedarf.

2.1 Cash Pooling zielt darauf ab, das konsolidierte Finanzergebnis der Gruppe zu optimieren und/oder die Liquiditätsplanung und -steuerung zu erleichtern. Zu diesem Zweck werden die einzelnen Konten der Konzerngesellschaften über ein zentrales Konto (Master Account) auf Null ausgeglichen. Im Gegensatz zum effektiven Cash Pooling wird dieser Vorgang beim fiktiven Cash Pooling von der Bank nur rechnerisch ohne tatsächliche Transferierung des Geldes vorgenommen (Bauer/Zehetner in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG [Stand 1. 12. 2017, rdb.at] § 82 Rz 91; Foglar-Deinhardstein in *Foglar-Deinhardstein/Abrumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG [2017] § 82 Rz 131 je mwN).

2.2 Explizite Rsp des OGH zum Cash Pooling aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht fehlt. Es liegt jedoch nahe, die allgemeinen kapitalerhaltungsrechtlichen Grundsätze für konzerninterne Darlehen bzw Sicherheitenbestellungen heranzuziehen (*Obradovi/Wietrzyk* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht [Stand 1. 7. 2016, rdb.at] Kap 12.94; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² [2018] § 82 Rz 59).

2.3 Der von den Vorinst für maßgeblich erachtete Fremdvergleich wird allerdings betreffend das hier unstr vorliegende fiktive Cash Pooling kein entscheidendes Kriterium sein, weil derartige Vereinbarungen mit Konzernfremden wohl kaum geschlossen werden (*Obradovi/Wietrzyk* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Kap 12.96 mwN).

2.4 Im Vordergrund der Prüfung wird daher zu stehen haben, ob die Vereinbarung betrieblich gerechtfertigt ist (vgl 6 Ob 271/05 d; 3 Ob 50/13 v). In der Lit wird betont, dass fiktives Cash Pooling zwar aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht weniger problematisch als effektives Cash Pooling sei (*Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Abrumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 82 Rz 133 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ [2007] § 82 Rz 17 c), dass aber unter bestimmten Umständen trotz fehlenden Zahlungszuflusses, etwa wegen nachteiliger (Zins-)Konditionen, ein Verstoß gegen § 82 GmbHG vorliegen könne (*Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 94 mwN).

2.5 Problematisch ist aber jedenfalls die Übernahme eines Ausfallsrisikos. Ein derartiges Risiko hat die Schuldnerin hier dadurch übernommen, dass sie als Sicherheit für die Zahlung der Verbindlichkeiten (sämtlicher Teilnehmer) ihre gegenwärtigen und künftigen Forderungen an die Bekl verpfändete, die aus oder im Zusammenhang mit den Konten entstehen.

2.6 In der E 6 Ob 271/05 d hatte der OGH zu beurteilen, ob die Sicherheitsleistung einer Gesellschaft, die ein Strickwarenunternehmen betrieb, zugunsten ihres Minderheitengeschafters als verbotene Einlagenrückge-

währ zu qualifizieren ist. Der OGH verneinte diese Frage unter Hinweis auf die im konkreten Fall festgestellte enge wirtschaftliche Zusammenarbeit: Die Gesellschaft konnte ihren nach Auftragslage schwankenden Bedarf an Schneide- und Näharbeiten beim Gesellschafter abrufen. Dazu war es erforderlich, dass der Gesellschafter seine Fachkräfte auch bei schlechter Auftragslage nicht abbaute, um den Bedürfnissen der Gesellschaft jederzeit nachkommen zu können. Mit dem bloßen Hinweis auf das Risiko der Haftungsübernahme für die Gesellschaft im Insolvenzfall (des Gesellschafters) könne nicht entkräftet werden, dass die einer Zusammenarbeit von Unternehmen im Konzern ähnelnde Zusammenarbeit von Gesellschaft und Gesellschafter für erstere von hohem wirtschaftlichem Wert gewesen sei. Lediglich dann, wenn in der Haftungsübernahme ein besonderes, allenfalls existenzbedrohendes Risiko gelegen wäre, hätte ein gewissenhafter Geschäftsführer auf getrennter Finanzwirtschaft bestanden.

2.7 In der Lit wird dazu die Auffassung vertreten, der FachSen des OGH habe mit dieser E den Sorgfaltsmaßstab gegenüber der E 4 Ob 2078/96 h („Fehringer“) darauf reduziert, dass bei Übernahme eines Ausfallsrisikos ein Verstoß gegen § 82 GmbHG nur anzunehmen sei, wenn die Gesellschaft den Haftungsfall als „geradezu wahrscheinlich“ einschätzen müsse. Die betriebliche Rechtfertigung könne nicht bereits mit dem bloßen Hinweis auf das potentielle Risiko im Insolvenzfall entkräftet werden (*Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 94; *Artmann*, JBl 2006, 391 [EAnm]; *Karollus*, ÖBA 2006/1337, 295 ff [EAnm]; vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ [2007] § 82 Rz 17 b, die die Auffassung des OGH als „tendenziell großzügiger“ als die eigene Meinung qualifizieren).

2.8 Folgende Bedenken bestehen gegen die Zulässigkeit der konkreten Vertragsgestaltung aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht:

a) Die Schuldnerin war im Innenverhältnis an die Weisung der Muttergesellschaft gebunden, den Liquiditätsüberschuss dem Cash Pool zur Verfügung zu stellen. Die ihr im Cash Pooling Vertrag eingeräumte Möglichkeit, Beträge vom Teilnehmerkonto zu entnehmen bzw auf ein lokales Konto umzubuchen, wurde dadurch unterlaufen. Sie besicherte somit mit ihrem Guthaben, über das sie nur nach Weisung der Muttergesellschaft verfügen durfte, in Wahrheit den Gesamtsaldo. Das ist nach einigen Literaturmeinungen jedenfalls unzulässig (vgl *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Abrumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 82 Rz 133 mwN).

b) Es fehlen konkrete Feststellungen über die wirtschaftliche Situation der Muttergesellschaft und der anderen Poolgesellschaften, die beurteilen lassen, ob die mit der Haftungsübernahme verbundenen Gefahren schon bei Vertragsabschluss von der Schuldnerin als existenzbedrohendes Risiko einzuschätzen gewesen