

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 Klage stattgebung 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

wären. Allerdings fehlen ebenso konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen eines derartigen Risikos.

c) Ungeklärt blieb auch, ob und welche Einsichts- und Informationsrechte der Schuldnerin in die Konzerngesellschaften zustand (vgl. *Obradovi/Wietrzyk* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Kap 12.100) und ob ihr – im Verhältnis zur Muttergesellschaft – die im Vertrag an sich eingeräumte Kündigungsmöglichkeit aufgrund interner Weisung entzogen wurde. Letzteres ist nach den Feststellungen allerdings naheliegend.

d) Auf der anderen Seite darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Schuldnerin in den beiden ersten Jahren ab ihrer Teilnahme am Cash Pool ihre Liquidität entscheidend verbesserte und erst ab Juni 2014 ihre überschüssigen Mittel rechnerisch dem Pool zur Verfügung stellte. Inwiefern sie dafür eine Gegenleistung erhielt, ist nicht geklärt.

3. Wie die Vorinst zutr. erkannten, kann der Bekl ein allfälliger Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften nicht entgegengehalten werden.

3.1 Normadressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter, nicht aber auch ein Dritter. Geschäfte sind in der Regel gültig, wenn sich das Verbot nur an den einen der beiden Geschäftspartner richtet (4 Ob 2078/96 h). Dritte sind – neben hier nicht behaupteter Kollusion – bei grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig (RS0105536). Voraussetzung für die Rückgabepflicht ist, dass sich dem Dritten der Missbrauch „geradezu aufdrängen“ musste (4 Ob 2328/96 y; RS0105536 [T 2]).

3.2 Eine allgemeine Erkundigungs- und Prüfpflicht eines Dritten besteht, wie der OGH in der E 6 Ob 271/05 d (JBl 2006, 388 [zust. Artmann] = ÖBA 2006/1337 [zust. Karollus]) und in Folge E (9 Ob 25/08 d; 7 Ob 35/10 p; 6 Ob 29/11 z ÖBA 2012/1818 [Bollenberger]; 3 Ob 50/13 v RZW 2013, 315 [Wenger] = GesRZ 2013, 356 [Artmann] = ÖBA 2014/1983 [Bydlinski]) betonte, nicht für alle Fälle denkmöglicher Einlagenrückgewähr, sondern nur dort, wo sich der Verdacht eines Missbrauchs schon so weit aufdrängt, dass er nahezu einer Gewissheit gleichkommt, etwa bei einer Kreditgewährung an (3 Ob 50/13 v) oder bei einer Sicherheitenbestellung durch die Zielgesellschaft (4 Ob 2078/96 h) zu dem der Bank bekannten Zweck der Finanzierung des Anteilskaufs (vgl. auch 6 Ob 271/05 d: in diesen Fällen dränge sich in der Regel für die Bank ein Verstoß gegen § 82 GmbHG auf).

3.3 Im hier zu beurteilenden Fall musste sich der Bekl hingegen ein derartiger Verdacht nicht aufdrängen: Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass bei Cash Pooling – anders als etwa bei einer Sicherheitenbestellung zur Finanzierung des Anteilskaufs – für die Bank eine betriebliche Rechtfertigung nahe liegt, jedenfalls aber nicht auszuschließen ist. Ferner ist zu berücksichtigen, dass Rsp des OGH zum Cash Pooling fehlt und weder in der Rsp noch in der Lit die generelle Unzulässigkeit

einer Sicherheitenbestellung des Gesellschafters für die Gesellschaft vertreten wird.

3.4 Ganz wesentlich ist im konkreten Fall, dass nach den den OGH bindenden Feststellungen der Vorinst nicht feststeht, dass die Bekl Kenntnis von den internen Vereinbarungen zwischen der Schuldnerin und der Muttergesellschaft hatte. Sie konnte daher davon ausgehen, dass die Schuldnerin den Vertrag jederzeit kündigen und auch selbst entscheiden konnte, mit welchem Betrag sie am Cash Pool teilnimmt und sich damit dem Verlustrisiko unterwirft, zumal keine automatische Verrechnung der Konten erfolgte. Die Schuldnerin war gegenüber der Bekl auch nicht verpflichtet, Guthaben am Konto zu belassen.

3.5 Auch wenn der Cash Pooling Vertrag iVm den internen Absprachen der Schuldnerin mit der Muttergesellschaft den österr. Kapitalerhaltungsvorschriften widersprechen sollte, ist er der Bekl gegenüber daher mangels sich „aufdrängenden Verdachts“ auch unter Zugrundelegung österr. Rechts wirksam. Es bedarf daher keiner Auseinandersetzung damit, ob wegen des engen Zusammenhangs dieser Frage mit den österr. Kapitalerhaltungsvorschriften österr. Recht auf das Verhältnis zwischen der Schuldnerin und der Bekl anzuwenden ist.

4. Auch die in dritter Inst. noch geltend gemachten Anfechtungsgründe des § 30 Abs 1 Z 1 IO und des § 31 Abs 1 (richtig:) Z 2 Fall 1 IO können die Klageforderung nicht begründen.

Die Bekl hat ein Absonderungsrecht am Guthaben (an den Forderungen der Schuldnerin gegen die Bank) der Schuldnerin erworben und sich daraus befriedigt. Der Kl hat die Wirksamkeit des Absonderungsrechts ausschließlich im Hinblick auf den behaupteten Verstoß gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze bestritten, der der Bekl, selbst wenn er vorliegen sollte, aus den zu 3. dargelegten Gründen nicht entgegen gehalten werden kann. Sonstige Gründe für eine Unwirksamkeit der Verpfändung (Punkt 8.1 der Vereinbarung) hat der Kl nicht geltend gemacht. Die Befriedigung des Anfechtungsgegners, dessen Absonderungsrecht insolvenzfest ist, aus den diesem haftenden Pfandsachen oder deren Erlös ist nach den hier geltend gemachten Tatbeständen der §§ 30 Abs 1 Z 1, 31 Abs 1 Z 2 Fall 1 IO nicht anfechtbar (vgl. 6 Ob 280/00 w; 8 Ob 528/85; RS0064489; 6 Ob 560/90 = RS0064369; König, Anfechtung⁵ Rz 10/129, 11/60 ff; Koziol/Bollenberger in Buchegger, InsR I [2000] § 30 KO Rz 13 und § 31 KO Rz 8; Rebernik in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze [23. Lfg, 2006] § 30 KO Rz 78 und § 31 KO Rz 14).

[...]

Anmerkung:

Jedes intakte Unternehmen muss laufend eine Vielzahl von Zahlungsverpflichtungen erfüllen und hat daher ein vitales Interesse an einem funktionierenden Liquiditätsmanagement. Dazu gehört insb. auch, dass

keine überschüssige Liquidität im Unternehmen brach liegt. Die unternehmerische Notwendigkeit einer vorausschauenden Planung und Steuerung der Liquiditätserfordernisse hat sich noch verschärft, seit angesichts der globalen Wirtschaftssituation nicht mehr unbesehen und ausnahmslos davon ausgegangen werden kann, dass mit ungenützten Bankguthaben zumindest laufende Zinserträge erwirtschaftet werden (vgl. *H. Foglar-Deinhardstein*, *ecolex* 2017, 1173 [1176]; *Radke*, *BKR* 2019, 178).

Auch in jedem Unternehmensverbund besteht auf der übergeordneten Ebene der Gruppe großes wirtschaftliches Interesse, dass überschüssige Liquidität nicht ungenutzt bleibt, sondern durch zweckentsprechende Maßnahmen dort gebündelt wird, wo sie für die Bedienung von Zahlungsverpflichtungen verwendet werden kann. Effizientes Cash Management zielt idS darauf ab, die erforderliche Liquidität „jederzeit und *‘just in time’* am richtigen Konto der richtigen Konzerngesellschaft zu haben, überschüssige Liquidität optimal zu veranlagen und fehlende Liquidität günstig zu beschaffen“ (*Polster in Polster*, *HB Cash Pooling V*).

Aus kapitalgesellschaftsrechtlicher Sicht ist dabei freilich das Problem zu bewältigen, dass die einzelnen Gesellschaften, die einer Unternehmensgruppe angehören, immer separate Rechtsträger bleiben. Eine ausschließlich konzernweite Betrachtung der Liquiditätsreserven – die betriebswirtschaftlich sinnvoll und geboten sein mag (vgl. *Thewanger/Stefaner in Polster*, *HB Cash Pooling* 45) – greift daher aus rechtlicher Sicht zu kurz. Will der Konzern – in der rechtlichen Gestalt der Konzernspitze oder einer anderen Konzerngesellschaft – die Liquidität einer bestimmten Konzerngesellschaft „anzapfen“, muss dafür eine geeignete Rechtsgrundlage geschaffen werden.

In der Praxis besteht diese Rechtsgrundlage häufig in einer konzernweiten Cash Pooling-Vereinbarung. Eine derartige Vereinbarung sieht vor, dass über ein zentrales Konto (*master account*) die positiven Banksalden der Mitglieder abgeschöpft und die negativen Banksalden ausgeglichen werden (vgl. *Auer in Gruber/Harrer*, *GmbHG*² § 82 Rz 57; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 82 Rz 17 c; *Obradović/Wietrzyk in Haberer/Krejci*, *Konzernrecht* Rz 12.1 ff; *St. Frotz in Polster*, *HB Cash Pooling* 73; aus steuerlicher Sicht *Pfund/Schröger in Mittendorfer/Mittermair*, *HB Unternehmensfinanzierung* AT 5/246 ff). Das entsprechende Vertragswerk wird manchmal zwischen allen teilnehmenden Gesellschaften und der Bank, manchmal aber auch nur zwischen den teilnehmenden Gesellschaften und einer zentralen Finanzierungsgesellschaft einerseits sowie dieser zentralen Gesellschaft und der Bank andererseits abgeschlossen. Effektives (physisches) Cash Pooling (*cash concentration*) bedeutet, dass die Zahlungsströme zwischen *master account* und Konten der Teilnehmer real durchgeführt

werden (in der Variante des *Zero Balancing* werden die Konten aller Teilnehmer bankarbeitstäglich auf Null gestellt; in der Variante des *Target Balancing* verbleibt auf jedem Konto ein Sockelbetrag); fiktives (virtuelles) Cash Pooling (*notional pooling*) bedeutet, dass reine Rechenvorgänge ohne tatsächlichen Geldfluss vorgenommen werden (*Karollus in Leitner*, *HB vGA*² 1 [121]; *Artmann in Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2009, 131 [132 f]; *Winder*, *GesRZ* 2019, 28).

Im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht bestehen mit § 57 Abs 1 S 3 dAktG und § 30 Abs 1 Satz 2 dGmbHG privilegierende Sonderbestimmungen für Cash Pooling-Systeme. Derartige Bestimmungen fehlen im österreichischen Recht, sodass in Österreich Cash Pooling-Systeme grundsätzlich am strengen Maßstab von § 52 AktG / § 82 GmbHG (Verbot der Einlagenrückgewähr) zu messen sind.

Da die Geltendmachung von Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr mittlerweile als eine der schärfsten Waffen des Insolvenzverwalters gelten kann (vgl. *H. Foglar-Deinhardstein in FAH*, *GmbHG* § 83 Rz 1, 11), war es nur eine Frage der Zeit, bis Cash Pooling – erwartbarer Weise in Folge einer Insolvenz – zum ersten Mal auch den OGH beschäftigen würde (zu einer E des OLG Düsseldorf zu Fragen von Insolvenz und Cash Pooling s schon *Schopper in Haberer/Krejci*, *Konzernrecht* Rz 16.75). Nunmehr liegt endlich die erste E des OGH zu diesem äußerst praxisrelevanten Thema vor.

Anlassfall war ein grenzüberschreitender Cash Pooling-Vertrag unter Einbindung einer niederländischen Bank, einer niederländischen Muttergesellschaft als „Leitgesellschaft“ und Koordinatorin des Cash Pools und weiterer europäischer Konzerngesellschaften, darunter auch einer österreichischen GmbH. Die konkrete Ausgestaltung bewirkte ein lediglich fiktives Cash Pooling, sodass zwischen den Poolkonten der Teilnehmer kein tatsächlicher Liquiditätstransfer stattfand.

Als Sicherheit für die Gesamtverbindlichkeiten aller Teilnehmer gegenüber der Bank verpfändete jeder Teilnehmer alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen im Zusammenhang mit seinem jeweiligen Poolkonto an die Bank. Die Muttergesellschaft verpflichtete sich gegenüber der Bank, am Ende eines jeden Geschäftstags den Gesamtsaldo aller Teilnehmerkonten auf zumindest Null auszugleichen.

Im Innenverhältnis, das der Bank nicht bekannt war, wurde die österreichische GmbH von der Muttergesellschaft einerseits verpflichtet, alle Liquiditätsüberschüsse dem Cash Pool zur Verfügung zu stellen, und andererseits angewiesen, jeweils die Genehmigung der Mutter einzuholen, bevor sie überhaupt Geld aus dem Cash Pool erhalten konnte.

Als der Konzern wirtschaftlich unter Druck geriet, kündigte die Bank zunächst den Vertrag im Verhältnis zu den teilnehmenden Tochtergesellschaften, darunter auch die österreichische GmbH, und forderte die Muttergesellschaft auf, die Konten des Cash Pools auf Null auszugleichen. Dieser Aufforderung kam die Muttergesellschaft nicht nach. Daraufhin kündigte die Bank auch den Vertrag mit der Muttergesellschaft und behielt das verpfändete Guthaben auf dem Cash Pool-Konto der österreichischen GmbH (rund 2 Mio Euro) „zur Glattstellung“ ein.

Da die niederländische Mutter die finanzielle Unterstützung der österreichischen GmbH einstellte, ging die österreichische Gesellschaft in Konkurs. Der Insolvenzverwalter versuchte nunmehr, die Bank, gestützt auf das Verbot der Einlagenrückgewähr, in Anspruch zu nehmen: Der Cash Pooling-Vertrag sei nichtig; die Abbuchung des Cash Pool-Guthabens der österreichischen GmbH sei daher unzulässig gewesen; der von der Bank „zur Glattstellung“ abgebuchte Betrag sei daher zurückzuzahlen.

Die vom Insolvenzverwalter geführte Klage blieb letztlich auch vor dem OGH erfolglos. In seiner eher knappen, aber präzisen rechtlichen Beurteilung hielt der 17. Sen fest, dass der Bank ein allenfalls vorliegender Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr im konkreten Fall nicht angelastet werden konnte, und formulierte wichtige Leitlinien zur Beurteilung von Cash Pooling-Konstruktionen, die mE zustimmungswürdig sind:

1. Grundsätzlich „*liegt es nahe*“, die allgemeinen kapitalerhaltungsrechtlichen Grundsätze für konzerninterne Darlehen und Sicherheitenbestellungen für die Beurteilung von Cash Pooling-Konstruktionen heranzuziehen. Dieser Ausgangspunkt der Analyse des 17. Sen deckt sich mit der ganz herrschenden Literaturmeinung (vgl nur *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 82 Rz 59; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 133 mwN; differenzierend *St. Frotz*, HB Cash Pooling 73 [81 ff]).

2. Die Anwendbarkeit der für konzerninterne Darlehen und Sicherheitenbestellungen entwickelten Kriterien gilt nach dem OGH auch für *fiktives* Cash Pooling. Zwar werde in der Lit betont, dass *fiktives* Cash Pooling wegen fehlender Zahlungsflüsse aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht weniger problematisch sei als *effektives* Cash Pooling; dennoch könne – etwa wegen nachteiliger (Zins-)Konditionen oder Übernahme eines Ausfallsrisikos – auch bei fiktivem Cash Pooling ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorliegen. Auch diese Aussage ist mE richtig; Kapitalgesellschaften müssen ihre Leistungs- und Austauschbeziehungen mit ihren Anteilseignern und diesen nahestehenden Dritten immer kapitalerhaltungskonform ausgestalten, und das gilt grds auch dann, wenn die jeweilige Leistungs- und

Austauschbeziehung (noch) keine Zahlungsflüsse bewirkt (*H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 16, 62, 98 mwN).

3. Der Fremd- oder Drittvergleich ist nach Ansicht des OGH für Cash Pooling-Vereinbarungen schon deswegen kein entscheidendes Kriterium, weil derartige Vereinbarungen mit Konzernfremden „*wohl kaum*“ geschlossen werden. Daraus ist jedoch nicht schematisch auf eine Unzulässigkeit im Licht des Verbots der Einlagenrückgewähr zu schließen. Im Vordergrund der rechtlichen Prüfung steht vielmehr, ob die Vereinbarung betrieblich gerechtfertigt ist (zum Kriterium der betrieblichen Rechtfertigung s etwa OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05 d – *Strickwarenerzeugung*, ÖBA 2006, 293 [Karollus] = JBI 2006, 388 [Artmann]; 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10 p ZFR 2011, 82 [Auer] = GesRZ 2011, 110 [Karollus] = RWZ 2010, 363 [Wenger]; 16. 11. 2012, 6 Ob 153/12 m GesRZ 2013, 99 [Krejci]; 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16 k GesRZ 2017, 116 [Zehetner]; 20. 11. 2018, 10 Ob 86/18 x). Diese zentrale Aussage der E trifft für Cash Pooling als typisches Instrument der Konzernsteuerung (vgl VwGH 31. 1. 2018, Ro 2016/15/0020; *P. Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 43, 153 f) zu, kann aber mE auch für andere Vertragstypen angewendet werden, die nach Natur und Zweck auf dem arbeitsteiligen Zusammenwirken zwischen verbundenen Unternehmen – insb auf der Aufgabenteilung im Konzern – beruhen und daher typischer Weise überhaupt nicht oder nicht in dieser Form mit konzernfremden Dritten abgeschlossen werden (zB Konzernumlagen, konzerninterne [Sub-]Lizenzvereinbarungen über Immaterialgüterrechte, Lieferung/Abnahme von halbfertigen Produkten im Konzern, konzerninterne Erbringung von sonstigen vor- oder nachgelagerten Leistungen in der Produktions- oder Vertriebskette, Bezug von Infrastruktur-, Stabstellen- oder Forschungs- und Entwicklungsleistungen oder IT-Services im Konzern) (vgl *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 96, 125 ff). Die betriebliche Rechtfertigung solcher Vereinbarungen kann immer dann bejaht werden, wenn die jeweilige Transaktion aus dem Blickwinkel der Gesellschaft objektiv der gebotenen Sorgfalt iSv § 84 AktG und § 25 GmbHG entspricht (OGH 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16 k, GesRZ 2017, 116 [Zehetner]; *Karollus* in *Leitner*, HB vGA² 1 [63]; *U. Torggler/H. Torggler* in *FS Jud* 723 [729 f, 735]; *Hügel* in *Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 19 [42 ff]; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/414; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 82 Rz 38; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 92, 96, 125). Der Umstand, dass eine konzerninterne Leistungs- und Austauschbeziehung hinsichtlich einzelner Konditionen oder sogar in ihrer Gesamtheit einem Angemessenheitstest nicht standhält, hat selbstverständlich in die Beurteilung der be-

trieblichen Rechtfertigung einzufließen (wie dies der OGH in der vorliegenden E auch vorexerziert – siehe sogleich unter 4. und 5.), schließt aber mE gerade nicht aus, dass die betriebliche Rechtfertigung letztlich trotzdem bejaht werden kann; die Figur der betrieblichen Rechtfertigung soll ja gerade anerkennen, dass im konkreten Einzelfall auch ein objektiv sorgfältig handelnder Geschäftsleiter aus guten Gründen ein wertinäquivalentes Geschäft abschließen wird. Das Konzerninteresse als solches begründet keine betriebliche Rechtfertigung; wohl aber ist zu berücksichtigen, wenn eine Gesellschaft nicht autonom agiert, sondern juristisch und wirtschaftlich in einen Verbund eingegliedert ist, weil durch diese Einbindung in den Verbund die wirtschaftliche Tätigkeit dieser Gesellschaft darauf ausgerichtet ist, eine ganz bestimmte Rolle im Verbund – oft in einer Aufgaben- und Arbeitsteilung – einzunehmen (*H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 115*). Jedenfalls empfiehlt sich mE, den Umstand, dass eine Gesellschaft am Konzerninteresse orientiert ist, auch im Unternehmensgegenstand festzuhalten (so auch *Fellner/Rüffler, GES 2019, 59 [64 ff]*).

4. Als im zu würdigenden Fall kapitalerhaltungsrechtlich bedenklich wurde vom OGH eingestuft, dass die am Cash Pool teilnehmende GmbH im Innenverhältnis an die Weisung der Muttergesellschaft gebunden war, ihren Liquiditätsüberschuss dem Cash Pool zur Verfügung zu stellen; damit wurde die vertraglich eingeräumte Möglichkeit, Beträge aus dem Cash Pool zu entnehmen, unterlaufen – im Ergebnis besicherte die österreichische GmbH mit ihrem Guthaben den Gesamtsaldo des Cash Pools. Dies ist aber – mE zumindest mangels entsprechender Ausgleichsmaßnahmen – unzulässig. Freilich ist immerhin denkbar, dass im Einzelfall sogar eine solche überschießende Sicherheitenbestellung betrieblich gerechtfertigt sein kann.

5. Weiters wäre es nach Ansicht des 17. Sen kapitalerhaltungsrechtlich auch bedenklich, wenn aufgrund der wirtschaftlichen Situation der Muttergesellschaft und der anderen Poolgesellschaften schon bei Vertragsabschluss die Gefahren, die mit der von der österreichischen GmbH übernommenen Haftung verbunden waren, als existenzbedrohendes Risiko für die österreichische Teilnehmerin einzuschätzen gewesen wäre. Damit folgt der OGH dem Postulat der *Strickwarenerzeugung-E*, dass das Eingehen eines existenzbedrohenden Risikos die betriebliche Rechtfertigung jedenfalls ausschließt (mE zu Recht krit zu diesem Grenz-Kriterium *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 207 f*). Aus dem Blickwinkel des Verbots der Einlagenrückgewähr ist – so der OGH – ferner auch relevant, ob der teilnehmenden GmbH Einsichts- und Informationsrechte gegenüber den anderen Poolgesellschaften sowie Kündigungsrechte, die nicht durch interne

Weisungen ausgehebelt worden sind, zustehen, und ob die GmbH für (rechnerisch) dem Pool zur Verfügung gestellte Liquidität eine Gegenleistung erhält. Freilich verweist die E auch darauf, dass auch Vorteile durch die Teilnahme am Cash Pool – etwa eine Verbesserung der Liquiditätssituation – nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Für die Zulässigkeit spricht nach Ansicht des entscheidenden Sen weiters, wenn die teilnehmende Gesellschaft selbst entscheiden kann, mit welchem Betrag sie am Cash Pool und damit am Verlustrisiko teilnimmt, sowie wenn die teilnehmende Gesellschaft nicht einmal verpflichtet ist, ein allfälliges Guthaben am Cash Pool-Konto zu belassen. Ob die Cash Pooling-Vereinbarung im konkreten Fall gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, hat der OGH letztlich mangels hinreichender Feststellungen zu den angesprochenen bedenklichen Aspekten offen gelassen; die Lösung ergab sich für ihn schon aus der Stellung des Dritten (dazu siehe sogleich unter 6.).

6. Dritte – gemeint sind mE „echte Dritte“ (zur Unterscheidung zwischen echten und unechten Dritten vgl OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18 x – *Leiner, ZFS 2019, 8 [Karollus] = Dejaco, NZ 2019, 81 = P. Csoklich/P.N. Csoklich, GesRZ 2019, 54; Köppl, Das Verbot der „Einlagenrückgewähr“ 2, 49 ff, 104 ff, 111 ff, 127, 159; Kalss in Konecny, Insolvenz-Forum 2015, 125 [129]; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 3/1042; *H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 74 ff*) – haften aus Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nur bei Kollusion oder grober Fahrlässigkeit. Grobe Fahrlässigkeit ist anzunehmen, wenn sich dem echten Dritten der Missbrauch geradezu aufdrängen muss, wobei eine allgemeine Erkundigungs- und Prüfpflicht nicht für alle Fälle denkmöglicher Einlagenrückgewähr anzunehmen ist, sondern nur dort, wo sich der Verdacht des Missbrauchs schon so weit aufdrängt, dass er nahezu einer Gewissheit gleichkommt. Bei Finanzierungen im Zusammenhang mit Anteilskäufen unter Einbindung der Zielgesellschaft in die Finanzierungsstruktur drängt sich nach der bisherigen OGH-Rsp ein derartiger Verdacht auf; demgegenüber – und diese Aussage des 17. Sen ist bemerkenswert – liegt bei Cash Pooling aus Sicht der Bank eine betriebliche Rechtfertigung nahe. Daher kann der Cash Pooling-Vertrag – selbst wenn es konzerninterne, der Bank nicht bekannte Nebenabsprachen zum Cash Pooling-Vertrag gibt, die den österreichischen Kapitalerhaltungsvorschriften widersprechen – gegenüber der Bank wirksam sein (und zwar – so ist der OGH mE zu verstehen – losgelöst von der Frage, ob der Vertrag zwischen den teilnehmenden Konzerngesellschaften wirksam ist). Aus Sicht der Bank ist somit offenbar bei Akquisitionsfinanzierungen größere Vorsicht geboten als bei der Finanzierung von Cash Pooling.*

Die Aussagen des 17. Sen können mE auch auf effektives Cash Pooling angewendet werden. Aus der E kann insgesamt der Schluss gezogen werden, dass Cash Pooling-Konstruktionen keinesfalls generell rechtlich unzulässig sind. Konzerne und Banken können insofern erleichtert aufatmen. Dringend zu empfehlen ist freilich, bestehende Cash Pooling-Vereinbarungen auf Konformität mit den vom OGH formulierten Beurteilungskriterien zu überprüfen, und diese Kriterien natürlich auch bei der zukünftigen Gestaltung von Cash Pooling-Konstruktionen zu beachten.

Vergleichbare kapitalerhaltungsrechtliche Schwierigkeiten wie bei Cash Management-Systemen können

sich übrigens auch bei der Einbindung einer Kapitalgesellschaft in die konzernweite Versicherung ergeben. Auch hier ist darauf zu achten, dass es aus Sicht der einzelnen Gesellschaft nicht zu einer unangemessenen Belastung zu Gunsten der übrigen Konzerngesellschaften, etwa durch Überversicherung oder überhöhte Prämien, kommt.

Auch beim konzernweiten Pooling von Daten ist mE auf eine im Licht des Verbots der Einlagenrückgewähr rechtskonforme Gestaltung zu achten (vgl schon H. Foglar-Deinhardstein, *ecolex* 2017, 1173 [1176]).

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Vertragsrecht

NZ 2019/75

§ 165 a Abs 1 VersVG idF BGBl 1993/90 Rücktrittsrecht bei einer im Inland geschlossenen Lebensversicherung

Mit § 165 a VersVG idF BGBl 1993/90 wollte der Gesetzgeber die Zweite RL Lebensversicherung (RL 90/619/EG) umsetzen, die ein Rücktrittsrecht nur für Fälle vorsah, in denen der Versicherer im europäischen Dienstleistungsverkehr tätig ist. Wenn der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund ausdrücklich ein Rücktrittsrecht des Versicherungsnehmers nur für den Fall einräumt, dass der Vertrag durch eine nicht in Österreich gelegene Niederlassung geschlossen wird, so kann weder mit dem insoweit völlig klaren Wortlaut der Bestimmung noch mit dem Willen des Gesetzgebers die Umsetzung der späteren RL 92/96/EWG – und damit die Einräumung eines Rücktrittsrechts auch bei Inlandsverträgen – in Einklang gebracht werden. Mangels planwidriger Unvollständigkeit besteht somit keine Gesetzeslücke, die durch Analogie geschlossen werden könnte.

OGH 30. 1. 2019, 7 Ob 241/18 v (OLG Wien 26. 9. 2018, 5 R 83/18 i; HG Wien 19. 4. 2018, 34 Cg 75/15 m)

Zulassung o Revision

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Kl hat mit der Bekl einen Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen. Versicherungsbeginn war der 1. 12. 1996. Der Versicherungsvertrag enthält keinen Hinweis auf und keine Belehrung über ein Rücktrittsrecht. Bis zum Tag der Klageeinbringung am 5. 12. 2017 bezahlte der Kl Prämien von insgesamt € 11.500,-.

Mit Schreiben vom 11. 10. 2017 erklärte der Kl durch seinen Rechtsvertreter den Rücktritt vom Versicherungsvertrag. Mit Schreiben vom 24. 10. 2017 wies die Bekl den Rücktritt als verspätet zurück.

Der Kl begehrt die Zahlung von € 11.500,- sowie die Verpflichtung der Bekl, dadurch Rechnung zu legen, dass sie sämtliche seit dem 1. 12. 1996 bis zum Datum der Klagszustellung erfolgten, aus dem Bereicherungstatbestand resultierenden, tatsächlich gezogenen Nutzungen, also Zinsen auf die durch den Kl eingezahlten Prämien in Höhe von insgesamt € 11.500,- bekannt gebe. Weiters sei sie schuldig, dem Kl den sich aufgrund der Rechnungslegung ergebenden Betrag zu zahlen.

Die Bekl habe den Kl vor der Stellung seines Antrags auf Abschluss der Lebensversicherung nicht schriftlich über das ihm zustehende Rücktrittsrecht entsprechend § 165 a VersVG belehrt. Dem Kl wäre ein Rücktrittsrecht von 30 Tagen zugestanden, wovon er mangels Belehrung keine Kenntnis gehabt habe. Ihm stehe daher ein bereicherungsrechtlicher Rückabwicklungs- und Rückzahlungsanspruch nach § 1435 ABGB zu. Der Versicherungsvertrag sei ex tunc aufzulösen. § 165 a VersVG sei richtlinienkonform zu interpretieren.

Die Bekl beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses 1996 habe § 165 a VersVG nur für jene Verträge gegolten, die nicht durch eine in Österreich gelegene Niederlassung des Versicherers geschlossen worden seien. Die Richtlinie 92/96/EWG entfalte keine unmittelbare Wirkung.

Im Übrigen wäre die Rücktrittsfrist des § 165 a VersVG wegen Kenntnis des Rücktrittsrechts abgelaufen und dieses verjährt. Zudem wäre die Erklärung des Rücktritts missbräuchlich. Der Kl habe sich auch widersprüchlich verhalten. Durch die Vinkulierung sämtlicher Rechte und Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrag stünde ihm kein Rücktrittsrecht mehr zu. Selbst wenn ihm noch ein Rücktrittsrecht zustünde, hätte er nur Anspruch auf den Rückkaufswert. Bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung seien die Versicherungssteuer von monatlich 4% und die Risikokosten in Abzug zu bringen. Die Bereicherungszinsen verjähren innerhalb von drei Jahren. [...]