

AUFSÄTZE

Schwere Kost – Neues zur verbotenen Einlagenrückgewähr bei der verdeckten Kapitalgesellschaft und zur Abschlussprüferhaftung

Gemäß gefestigter OGH-Rechtsprechung ist das Verbot der Einlagenrückgewähr auch auf die GmbH (oder AG) & Co KG, der keine natürliche Person als Vollhafter angehört, anwendbar. In 6 Ob 207/20i hatte der OGH erstmals zu beurteilen, wie sich Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr bei einer AG & Co KG auf die Haftung des Abschlussprüfers auswirken können. In seiner Entscheidung streift der 6. Senat zahlreiche brandaktuelle Fragen der Kapitalerhaltung und vertritt zu vielen Fragen eine äußerst strenge Linie.

Deskriptoren: Einlagenrückgewähr, Kapitalerhaltung, Bilanzgewinn, Einbringung, Realteilung, GmbH & Co KG, Jahresabschluss, Abschlussprüfung, Redepflicht, Prüferhaftung, Bestätigungsvermerk, Sachdividende, Spaltung, Ausgleichsmaßnahme, Sanierung (Heilung), Legalitätspflicht, Business Judgement Rule.

Normen: § 1311 ABGB; § 1409 ABGB; §§ 38 f UGB; § 189a Z 10 UGB; § 235 UGB; § 273 UGB; § 275 UGB; §§ 82 f GmbHG; §§ 52 ff AktG; § 25 Abs 1a GmbHG; § 84 Abs 1a AktG; §§ 3; 4 SpaltG; § 15 SpaltG; § 17 SpaltG.

Von Heinrich Foglar-Deinhardstein

1. „Case Law“ zur verdeckten Kapitalgesellschaft (unechten Personengesellschaft)

1.1. Die OGH-Rechtsprechung zur GmbH & Co KG

Nach ständiger – wenn auch mE nicht zutreffender – Rechtsprechung des OGH ist das kapitalgesellschaftsrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr auch auf sog verdeckte Kapitalgesellschaften – auch als „unechte Personengesellschaften“ bezeichnet – anzuwenden.¹ Unter verdeckten Kapitalgesellschaften sind nach der Judikatur (jedenfalls) Kommanditgesellschaften zu verstehen, unter deren unbeschränkt haftenden Gesellschaftern sich keine

1 OGH 29.05.2008, 2 Ob 225/07p = RWZ 2008, 260 (Wenger) = GesRZ 2008, 310 (Stingl) = GeS 2008, 315 (Bauer) = ÖBA 2009, 60 (Bollenberger); 15.04.2010, 6 Ob 226/09t = RWZ 2010, 264 (Wenger) = GesRZ 2010, 276 (Wimmer/Obradovic) = ZFR 2011, 128 (Rubm) = Aburumiehl/H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2010, 328; 23.02.2016, 6 Ob 171/15p – AE&E I = RWZ 2016, 125 (Wenger) = Schopper/Walch, NZ 2016, 163 = GesRZ 2016, 281 (Schörghofer) = Bergmann/Schörghofer, GES 2017, 20 = ÖBA 2017, 621 (Dellinger) = Straube in FS Bittner 657 = Aburumiehl/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; 30.08.2016, 6 Ob 198/15h – AE&E II = NZ 2016, 413 (Brugger) = EvBl-LS 2017/9 (Rohrer) = Bergmann/Schörghofer, GES 2017, 20 = I. Welsler, ecolex 2017, 1073 = Aburumiehl/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; 26.09.2017, 6 Ob 204/16t – Imperial = RWZ, 2017, 344 (Wenger) = GesRZ 2017, 391 (Hochedlinger) = NZ 2017, 473 (H. Foglar-Deinhardstein) = EvBl-LS 2018/3 (Rohrer) = VbR 2018, 35 (Told) = ZFR 2018, 88 (Keppinger) = AnwBl 2018, 255 (Hollaender) = ÖBA 2018, 2018, 277 (Edelmann) = Trenker, ÖBA 2018, 612 = Straube in FS Bittner, 657 = Aburumiehl/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; 21.11.2017, 6 Ob 161/17w = RWZ 2018, 241 (Wenger) = GesRZ 2018, 112 (H. Foglar-Deinhardstein) = Aburumiehl/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3 = ÖBA 2019, 519 (Edelmann);

21.12.2017, 6 Ob 206/17p = GesRZ 2018, 125 (Stagl) = Aburumiehl/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; 28.03.2018, 6 Ob 128/17t = GesRZ 2018, 242 (Ch. Nowotny) = Michtner, GES 2018, 233 = GES 2018, 237 (Fantur) = Aburumiehl/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; 26.04.2018, 6 Ob 5/18f = ecolex 2018, 837 (H. Foglar-Deinhardstein) = Aburumiehl/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3; 23.01.2020, 6 Ob 202/19b = GesRZ 2020, 337 (Aburumiehl) = ecolex 2020, 516 (Planitzer); 25.06.2020, 6 Ob 21/20m = GesRZ 2021, 41 (R. Gruber) = ÖBA 2021, 266 (Edelmann). AA Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 161 Rz 21; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 20; G. Eckert in Torggler, UGB³ § 161 Rz 17 ff; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 82 Rz 68; Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/1058; Ch. Nowotny, RdW 2009, 326 (327); Diregger/G. Eckert, RdW 2013, 579 (583); U. Torggler, GesRZ 2013, 11 (15); Auer, Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen down-stream 159; Bergmann, Genussrechte 158 f, 334; Schummer in FS Koppensteiner III, 303; Bergmann/Schörghofer, GES 2017, 20; H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/189; Gaggl, Gläubigerschutz bei Umgründungen der GmbH & Co KG 4 ff. Skeptisch mittlerweile auch G. Nowotny in Torggler, Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen 33 (39 f).

natürliche Person befindet – das betrifft also insbesondere die GmbH & Co KG und die AG & Co KG.²

Einen besonders prominenten Beitrag zur Weiterentwicklung der OGH-Rechtsprechung zur verdeckten Kapitalgesellschaft hat die Insolvenz der **AE&E Austria GmbH & Co KG** geleistet. Nunmehr bereits zum dritten Mal wurden Fragen zur Einlagenrückgewähr, die sich in diesem Sanierungsverfahren stellten, an den OGH hergetragen. Freilich: Da in allen drei Fällen die als verbotene Einlagenrückgewähr beurteilte Transaktion zwischen der KG einerseits und der Gesellschafterin der Komplementär-GmbH bzw -AG andererseits erfolgte, hätte sich die (potentielle) Kapitalerhaltungsproblematik mE bei diesen drei Urteilen wohl auch dann gestellt, wenn der OGH nicht in 2 Ob 225/07p das Verbot der Einlagenrückgewähr auch auf das Verhältnis zwischen GmbH & Co KG und Nur-Kommanditisten erstreckt gehabt hätte.³

1.2. Die ersten beiden OGH-Entscheidungen zur AE&E GmbH & Co KG

In der ersten der drei Entscheidungen⁴ hatte der OGH ausgesprochen, dass die unbesicherte Ausreichung eines Darlehens durch eine GmbH & Co KG an die Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH eine verbotene Einlagenrückgewähr darstelle. Wenn die wesentliche Aufgabe der Komplementär-GmbH in der Führung der Geschäfte der GmbH & Co KG liegt, resultiere eine solche Verletzung der Kapitalerhaltungsregeln in einer direkten Haftung des Geschäftsführers der Komplementärin gegenüber der GmbH & Co KG.

In der zweiten Entscheidung⁵ wurde die *up-stream*-Einbringung einer Beteiligung, die von einer AG & Co KG gehalten worden war, in die einzige Kommanditistin – und zugleich Allein-Gesellschafterin der Komplementärin – ohne Gegenleistung als unzulässige Einlagenrückgewähr identifiziert. Den OGH beschäftigten dabei potentielle Haftungsansprüche gegen die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat der Komplementärin.

1.3. Haftung der Abschlussprüferin? Die OGH-Entscheidung 6 Ob 207/20i

Das nun vorliegende dritte OGH-Judikat,⁶ das Gegenstand dieses Besprechungsaufsatzes ist, dreht sich um dieselbe *up-stream*-Einbringung wie die zweite Entscheidung. Durch die entgeltfreie Übertragung der einzubringenden Beteiligung an die Allein-Kommanditistin kam es bei der AG & Co KG zu einem Wertabgang in Höhe von zumindest EUR 325 Mio. Diesbezüglich hatte der OGH nunmehr auch Haftungsansprüche zu untersuchen, die gegen die Abschlussprüferin geltend gemacht werden.

Die Abschlussprüferin hatte nämlich hinsichtlich des Geschäftsjahrs, in dem die Einbringung durchgeführt worden war, für den Jahresabschluss der AG & Co KG einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk erteilt. Dabei war im Bericht der Abschlussprüferin die Einbringung ausdrücklich gewürdigt und als rechtskonform beurteilt worden. Zentrales Argument für diese Einschätzung war anscheinend, dass es im Zuge der Einbringung in der Bilanz der übertragenden AG & Co KG zu einer Aufwertung der einbringungsgegenständlichen Beteiligung auf den Verkehrswert gekommen sei; somit habe sich für die AG & Co KG aber ein ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn ergeben, der eine Entnahme des Aufwertungsgewinns durch die Kommanditistin gerechtfertigt habe. Dadurch sei die Einbringung letztlich rechtswirksam erfolgt; eine Aufrechnung allenfalls temporär unzulässiger Vorab-Entnahmen gegen später fällig werdende Gewinnausschüttungsansprüche sei nämlich zulässig (näher noch unter 4.2).

Die im Sanierungsverfahren bestellte Treuhänderin gemäß § 157g IO nahm im gegenständlichen Verfahren die Abschlussprüferin wegen Verletzung der Redepflicht gemäß § 273 UGB⁷ in Anspruch. Durch diese Pflichtverletzung sei der AG & Co KG zwar Vermögen im Wert von mindestens EUR 325 Mio entzogen worden; gemäß § 275 Abs 2 UGB sei die Haftung der Beklagten aber mit EUR 12 Mio beschränkt.

2 Auf die GmbH (AG) & Still ist das Verbot der Einlagenrückgewähr grds nicht anzuwenden (OGH 26.09.2017, 6 Ob 204/16t – *Imperial*; *Leupold* in *Torggler*, UGB³ § 138 Rz 5). Für die GmbH (AG) & Co OG ist die Rechtslage noch ungeklärt (vgl *Aburumiehl/H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2019, 3 [11 ff, 15 ff]). Dass der OGH die Rechtsbeziehung zwischen Personengesellschaft und Komplementär noch nie explizit angeführt hat, wenn er jene Gesellschafterbeziehungen aufzählt, die bei der unechten Personengesellschaft den kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregeln unterliegen, spricht freilich dafür, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr für die GmbH (AG) & Co OG nicht gilt (vgl *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein*, HB vGA Rz 1/190 FN 800, FN 803; *H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 12/167).

3 Vgl *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein*, HB vGA Rz 1/187 ff.

4 OGH 23.02.2016, 6 Ob 171/15p – *AE&E I*.

5 OGH 30.08.2016, 6 Ob 198/15h – *AE&E II*.

6 OGH 18.02.2021, 6 Ob 207/20i – *AE&E III* = *Fantur*, GES 2021, 57 = RWZ 2021, 186 (Wenger).

7 § 273 Abs 2 UGB lautet: „*Stellt der Abschlussprüfer bei Wahrnehmung seiner Aufgaben Tatsachen fest, die den Bestand des geprüften Unternehmens oder Konzerns gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können oder die schwerwiegende Verstöße der gesetzlichen Vertreter oder von Arbeitnehmern gegen Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Satzung erkennen lassen, so hat er darüber unverzüglich zu berichten. Darüber hinaus hat er unverzüglich über wesentliche Schwächen bei der internen Kontrolle des Rechnungslegungsprozesses zu berichten.*“

Der 6. Senat hält in der vorliegenden Entscheidung eine Haftung der Abschlussprüferin für möglich, verweist das Verfahren aber an das Erstgericht zurück und trägt diesem ergänzende Feststellungen auf, damit die Fragen der Kausalität, des Verschuldens und der Schadenshöhe rechtlich beurteilt werden können.

Der Beschluss des OGH berührt zahlreiche hochaktuelle Fragen zur verbotenen Einlagenrückgewähr bei der (verdeckten) Kapitalgesellschaft, von denen nachstehend einige aus Sicht der Praxis näher beleuchtet werden.

2. Ausgleichsmaßnahmen (1): Allgemeines

2.1. Grundsatz: Prüfung des Gesamtplans, Anwendung einer Netto-Betrachtungsweise

Wie allgemein anerkannt ist, kann ein Vorgang, der isoliert betrachtet eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt, dadurch gerechtfertigt werden, dass er – im Zuge der Einbettung in einen Gesamtplan – mit geeigneten Ausgleichsmaßnahmen verknüpft wird.⁸ Durch die Vornahme einer oder mehrerer angemessener Ausgleichsmaßnahmen wird der betroffenen Kapitalgesellschaft nämlich *per saldo* kein vermögenswerter Nachteil zugefügt, oder – anders ausgedrückt – es kommt netto zu keinem Abfluss eines vermögenswerten Vorteils in die Sphäre der Anteilseigner oder von diesen nahestehenden Dritten.

Der OGH bestätigt in der gegenständlichen Entscheidung, dass dieser Grundsatz naturgemäß nicht nur für GmbH, AG und SE nutzbar ist, sondern auch für die verdeckte Kapitalgesellschaft gelten muss. Dies ist auch schon in 6 Ob 161/17w so ausgesprochen worden.⁹ Als mögliche Ausgleichsmaßnahmen bei der *up-stream*-Einbringung eines (Teil-)Betriebs nennt der 6. Senat vorliegend

- die Unterlegung des Vorgangs mit einer (Sach-)Dividende (näher dazu unten unter 3.1),
- die Durchführung einer ordentlichen Kapitalherabsetzung gemäß §§ 54 ff GmbHG¹⁰ mit Sachauskehr,
- die Einhaltung der Vorschriften für eine Liquidation mit Sachauskehr oder
- einen Gesellschafterzuschuss, der den Wertabgang ausgleicht.¹¹

ME kommen weiters auch die Zustimmung oder der qualifizierte Rangrücktritt der Gläubiger oder das bestätigte Fehlen von Gläubigern in Betracht.¹² Schließlich kann selbstverständlich auch eine ausreichende betriebliche Rechtfertigung¹³ eine aus Sicht der Kapitalerhaltung kritische Maßnahme legitimieren.

Der Nachteilsausgleich muss mE nicht unverzüglich nach der – oder gar Zug-um-Zug mit der – auszugleichenden Maßnahme erfolgen; die Ausgleichsmaßnahme hat aber spezifizierbar zu sein und in wirtschaftlichem und auch gewissem zeitlichen Zusammenhang mit der nachteiligen Transaktion zu stehen.¹⁴

Erkennt man mit dem OGH die Zulässigkeit von legitimierenden Ausgleichsmaßnahmen an, so folgt daraus eine allgemein im Kapitalerhaltungsrecht anzuwendende Netto-Betrachtungsweise: Zu fragen ist, ob der (verdeckten) Kapitalgesellschaft im Rahmen eines Gesamtplans *per saldo* ein Nachteil erwächst oder eben nicht. Diese Perspektive ist aus dem Umgründungsrecht bestens bekannt, wo auch – zumindest in einem ersten Prüfschritt – gefragt wird, ob das bewegte Vermögen insgesamt einen positiven Verkehrswert hat, was nicht ausschließt – sondern im Gegenteil gerade ermöglicht –, dass etwa eine Tochtergesellschaft im Zuge einer Umgründung – und eingehüllt in ein insgesamt positives (Netto-)Vermögen – eine Verbindlichkeit ihrer Muttergesellschaft übernimmt.¹⁵

8 Artmann in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 52 Rz 14, Rz 21/2; Karollus in Leitner, HB vGA², 1 (73); Ch. Nowotny in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 15.35; Kals in Konecny, Insolvenz-Forum 2015, 125 (131); P. Csoklich/P.N. Csoklich, GesRZ 2019, 54 (55); H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/119, Rz 1/189.

9 Vgl H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2018, 115 f.

10 Der 6. Senat stellt hier auf die Kapitalherabsetzungsvorschriften des GmbHG ab, obwohl die gegenständliche verdeckte Kapitalgesellschaft zum Zeitpunkt der Einbringung als AG & Co KG organisiert war. Dies deutet darauf hin, dass nach Ansicht des OGH auf unechte Personengesellschaften – unabhängig von der Rechtsform des Komplementärs/der Komplementäre – immer das GmbHG analog anwendbar ist. Vgl schon Ch. Nowotny, RdW 2009, 326 (327); (tw krit) Ruffler/Aburumieb/Lind in Jauffer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (78 ff) mwN; (tw krit) Jabornegg/Artmann in Artmann, UGB³ § 161 UGB Rz 55 mwN.

11 So schon P. Doralt in FS Kastner 123 (126); OLG Wien 29.03.1996, 28 R 3/96h = RdW 1997, 597 = AnwBl 1998, 214 = Hügel, RdW 1997, 579.

12 H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/189.

13 Allgemein zur betrieblichen Rechtfertigung OGH 01.12.2005, 6 Ob 271/05d – Strickwarenerzeugung, ÖBA 2006, 293 (Karollus)

= JBl 2006, 388 (Artmann); 29.09.2010, 7 Ob 35/10p, ZFR 2011, 82 (Auer) = GesRZ 2011, 110 (Karollus) = RWZ 2010, 363 (Wenger); 16.11.2012, 6 Ob 153/12m, GesRZ 2013, 99 (Krejci); 15.12.2014, 6 Ob 14/14y – Humanitas, NZ 2015, 107 (Till) = ecolex 2015, 128 (Brugger) = GesRZ 2015, 130 (Karollus) = Reisch / Hampel, ZIK 2015/100 = Hermann, GES 2016, 394; 23.02.2016, 6 Ob 171/15p – AE&E I; 22.12.2016, 6 Ob 232/16k, GesRZ 2017, 116 (Zehetner); 02.05.2019, 17 Ob 5/19p, NZ 2019, 222 (H. Foglar-Deinhardstein) = Fantur, GES 2019, 169 = RWZ 2019, 288 (Wenger) = Obradović /Demian, ZFR 2019, 451 = Reisch, ZIK 2019, 122 = ÖBA 2019, 741 (Scheuwimmer) = Engin-Deniz, ecolex 2019, 751 = GesRZ 2019, 344 (Edel/Welten).

14 H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/119. Zu dieser Diskussion Koppensteiner in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr 59 (60 f); Artmann in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 52 Rz 14, Rz 21/3.

15 Aburumieb/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VII.C Rz 8, Rz 25 aE. Vgl Grünwald, Probleme des Rechtsüberganges bei Spaltungen, GesRZ 1995, 110 (111); Ton, Verbotene Einlagenrückgewähr bei der Abspaltung zur Aufnahme im Konzern, ecolex 1999, 172; J. Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 332; H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/119, Rz 1/162.

2.2. Bewirken umgehängte Gesellschafterdarlehen automatisch eine verbotene Einlagenrückgewähr?

Vor diesem Hintergrund erscheint folgendes Argument der Klägerin doch allzu streng, das der 6. Senat in den ErwGr 65 f der hier analysierten Entscheidung aufgreift: Jene Darlehen, die die einbringende AG & Co KG an ihre Tochtergesellschaften gewährt hat, seien durch die *upstream*-Einbringung der Töchter in die Mutter der einbringenden Gesellschaft zu *side-stream*-Darlehen geworden und verstießen daher nunmehr – offenbar *ipso facto* – gegen die anwendbaren Kapitalerhaltungsvorschriften. Richtig ist, dass bei einer Transaktion unter fremden Dritten die bestehenden Gesellschafterdarlehen, die der Veräußerer der Zielgesellschaft gewährt hat, üblicher Weise zurückgezahlt oder an den Erwerber mitübertragen werden. Aus einem Abweichen von dieser fremdüblichen Vorgangsweise folgt aber mE nicht automatisch ein Kapitalerhaltungsverstoß. Zwar trifft die Darlehensgeberin zweifelsohne ein gewisser Nachteil, soweit sie die Darlehensschuldnerin nach vollzogener Veräußerung nicht mehr kontrolliert. Es ist aber durchaus möglich, dass ein angemessener Ausgleich erfolgt, der diesen Nachteil aufwiegt. Hier könnte an eine Anpassung der Konditionen des Darlehens (Zinssatz, Besicherung, Laufzeit etc), aber auch an eine Ausgleichszahlung – oder eine zusätzliche Besicherung – durch die gemeinsame Obergesellschaft gedacht werden. Auch wenn die Gesamttransaktion *per saldo* aus Sicht der veräußernden Gesellschaft insgesamt angemessen und/oder betrieblich gerechtfertigt ist, muss dies mE ausreichen, um die Aufrechterhaltung der Darlehen gegenüber den vormaligen Tochter- und nunmehrigen Schwestergesellschaften als rechtswirksam zu qualifizieren. Jedoch legt sich der 6. Senat zu dieser Frage noch nicht fest, sondern spricht nur aus, dass das geführte Argument noch nicht verjährt ist, und überlässt die inhaltliche Prüfung den Untergerichten.

3. Ausgleichsmaßnahmen (2): Die Sachdividende als exemplarische Ausgleichsmaßnahme

3.1. Grundzüge der Sachdividende

Eine – nicht nur in der Umgründungspraxis – bestens bewährte und vom OGH anerkannte Ausgleichsmaßnahme,

die eine Einlagenrückgewähr legitimieren kann, ist die Sachdividende (siehe schon oben unter 2.1). Grundsätzlich lautet der Dividendenanspruch bei der (verdeckten) Kapitalgesellschaft auf Zahlung in Geld. Bei entsprechender Satzungsregelung oder Zustimmung des betroffenen Anteilseigners¹⁶ kann aber statt Geld auch eine Sache – etwa ein konkreter Gegenstand des Anlage- oder Umlaufvermögens der Gesellschaft, bestimmte Forderungen, ein (Teil-) Betrieb oder eine Beteiligung – als Gewinn ausgeschüttet werden. Eine solche Sachdividende ist auch geeignet, rechtlich die Übernahme einer Verbindlichkeit oder eines anderen negativen Vermögens eines Gesellschafters durch die (verdeckte) Kapitalgesellschaft zu ermöglichen, indem die Dividende auf die Übernahme des negativen Werts gewidmet wird und die Dividendenverbindlichkeit der Gesellschaft dadurch erlischt.¹⁷

Nicht vom OGH erörtert wird in der gegenständlichen Entscheidung die alte Streitfrage, ob der Verkehrswert oder bloß der Buchwert der auszuschüttenden Gegenstände im verteilbaren Bilanzgewinn der (verdeckten) Kapitalgesellschaft gedeckt sein muss. ME ist mit der hA auf den Verkehrswert abzustellen.¹⁸ Für die Richtigkeit dieser Meinung ließ der OGH schon in 6 Ob 198/15h – *AE&E II* gewisse Sympathie erkennen, indem er dort auf die Ansicht *Hügels* zur „*Maßgeblichkeit des Verkehrswerts*“ verwies.

3.2. Analoge Anwendung des SpaltG auf die Sachdividende?

3.2.1. Der OGH zitiert *Hügel*

In Hinblick auf die Sachdividende zitiert der 6. Senat in der nunmehrigen Entscheidung noch viel ausführlicher aus dem großen Vortrag von *Hügel*¹⁹ bei der ersten Tagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung Österreichs (GVÖ) im Jahr 2011.²⁰ Angekündigt worden waren damals zwar „nur“ Ausführungen *Hügels* zur „*Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividende und Realteilung der GmbH & Co KG*“. Unter diesem Titel bot der Vortragende – der angesichts der von ihm jahrzehntelang rechtspraktisch, -dogmatisch und -politisch geübten enzyklopädischen Zusammenschau von Gesellschafts- und Steuerrecht als „Humboldt

16 H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/70. AA (Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich) *Rüffler/Aburumieb/Lind* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (106); *Rüffler* in FS *Hügel* 323 (325).

17 H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/70. Vgl zur Widmung einer (alinearen) Dividende auf eine von der Gesellschaft zu leistende Abfindung eines Gesellschafters OGH 21.11.2017, 6 Ob 161/17w.

18 *Rüffler/Aburumieb/Lind* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (106 f); *Rüffler* in FS

Hügel 323 (326); *Gaggl*, Gläubigerschutz bei Umgründung der GmbH & Co KG 56 ff, 68 ff, 285 f; H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/70 mwN (auch zur Gegenmeinung).

19 RA Univ.Prof. Dr. Hanns F. Hügel, + 20.11.2017. Biographische Notizen: *Kirchmayr/G. Mayr/Oberhammer/Rüffler/U. Torggler*, Vorwort, in FS *Hügel V*; *Kirchmayr/G. Mayr/Oberhammer/Rüffler/U. Torggler*, RdW 2017/12, III; *Kalss*, GesRZ 2017, 341; *Wenger*, RWZ 2017, 369.

20 *Hügel* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, GmbH & Co KG 111.

der österreichischen Jurisprudenz“ bezeichnet werden könnte – aber in Wirklichkeit und erwartungsgemäß einen umfassenden und detailreichen Generalüberblick über die Geschichte der GmbH & Co KG und ihre Rolle in Rechtsprechung und Beratungspraxis.

Gerade in einem Punkt, den der OGH in der vorliegenden Entscheidung *obiter* aus dem Vortrag *Hügels* (wie zu zeigen sein wird: allzu komprimiert) rezipiert, ist aber – mit *G. Eckert, Rüdfler/Aburumieh/Lind* und *Gaggl* – energischer Widerspruch anzumelden.²¹ Der 6. Senat referiert in *ErwGr 29* wie folgt: „Zur Sachdividende weist Hügel jedoch darauf hin, diese unterliege anders als Anschaffungs- und Veräußerungsvorgänge keinem Markttest (Hügel aaO 124). Im Ergebnis tritt Hügel 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 (Hügel aaO 125, vgl auch 132 ff mit praktischen Vorschlägen zur Umsetzung).“

3.2.2. Kritische Stellungnahme

Richtig ist, dass *Hügel* – übrigens ein vehementer Kritiker der OGH-Rsp zur verdeckten Kapitalgesellschaft²² – in seinem Vortrag 2011 eine solche Analogie zur Spaltung erwog,²³ wobei aber – anders als im zusammenfassenden Referat seiner Überlegungen durch die vorliegenden Entscheidung – letztlich offen blieb, ob er die Analogie tatsächlich auch für Realteilungen einer GmbH & Co KG mit Sachdividende oder nur für solche *ohne* Sachdividende bejahen wollte.

Jedenfalls vermag ich aber die behauptete „*weitgehende Gleichheit*“²⁴ von Spaltung und Sachdividende nicht zu sehen:

- Auszugehen ist davon, dass das SpaltG mit der Abspaltung eine Umgründungsform legalisiert, die mangels gesetzlicher Regelung als glatte Einlagenrückge-

währ zu gelten hätte: Durch die Abspaltung wandert Vermögen aus der abspaltenden Gesellschaft in die übernehmende (neu gegründete oder aufnehmende) Gesellschaft, wobei im Gegenzug die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erhalten, während die übertragende Gesellschaft ohne jegliche Entschädigung leer ausgeht. Es kommt also – in eklatanter Durchbrechung der Kapitalerhaltungsregeln – zu einer Vermögensverlagerung aus der übertragenden Gesellschaft in die Sphäre der Anteilseigner und der mit diesen beteiligungsmäßig verflochtenen übernehmenden Gesellschaft.²⁵ Bemerkenswert ist dabei vor allem, dass der Abspaltungsvorgang nicht durch Gewinne der übertragenden Gesellschaft gedeckt sein muss. Auch eine Gesellschaft mit nur kleinen Gewinnen oder sogar in einer Verlustsituation darf grundsätzlich eine Abspaltung durchführen. Ebenso wenig ist ein Gläubigeraufruf erforderlich.

Da der ganze Vorgang offensichtlich massives Potential zur Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen hat, ordnet das SpaltG spaltungsspezifische Gläubigerschutzbestimmungen an: Geschäftsleitungs- und Aufsichtsorgan haben die Spaltung zu prüfen; ein gerichtlich bestellter Restvermögensprüfer hat festzustellen, ob der Verkehrswert des bei der übertragenden Gesellschaft verbleibenden Vermögens deren gebundenes Kapital deckt (Restvermögensprüfung oder „*Gründungsprüfung der abspaltenden Gesellschaft*“²⁶); die Gründung oder Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft ist einer Gründungsprüfung zu unterziehen (gemäß § 3 Abs 3, 4 SpaltG bei der Spaltung zur Neugründung; gemäß § 17 Z 3a SpaltG bei der Spaltung zur Aufnahme);²⁷ die Mitglieder des Geschäftsleitungs- und des Aufsichtsorgans trifft eine besondere Gründungshaftung (§ 3 Abs 4, 5 SpaltG);²⁸ die Nachfolgesellschaften haften den Gläubigern solidarisch, sodass der im

21 Im Einzelnen siehe sogleich unter 3.2.2.

22 Vgl nur *G. Nowotny* in FS *Hügel* 297 (298 f, 302 f).

23 Die Stoßrichtung des ganzen *Hügel*'schen Vortrags war freilich, die Unrichtigkeit der analogen Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf die GmbH & Co KG nachzuweisen. Die von ihm überlegte analoge Anwendung des SpaltG auf die Sachdividende wurde daher von *Hügel* sarkastisch als „*wunderbare Analogienvermehrung*“ bezeichnet (*Hügel* in *Artmann/Rüdfler/Torggler*, GmbH & Co KG 111 [125 f]).

24 *Hügel* in *Artmann/Rüdfler/Torggler*, GmbH & Co KG 111 (125).

25 *Koppensteiner/Rüdfler*, GmbHG³ § 82 Rz 17f; *Rüdfler* in FS *Hügel* 323 (324); *Bauer/Zebetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 143; *J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 331 ff; *Ton*, *ecolex* 1999, 172; *Auer*, Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen down-stream 161, 236; *Ch. Nowotny* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 15.34; *Rüdfler/Aburumieh/Lind* in *Jaufer/Nummer-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (105); *Napokoj* in FS

Hügel 271; *H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2016, 52 (54); *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein*, HB vGA Rz 1/78.

26 OLG Wien 11.10.2007, 28 R 112/07g = GesRZ 2008, 173 (*Inwinkl*); *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 3 SpaltG Rz 46; *Hügel* in *Artmann/Rüdfler/Torggler*, GmbH & Co KG 111 (129 FN 54).

27 *H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand Rz 31/212, Rz 31/221 ff. Zur Gründungsprüfung bei der Spaltung zur Neugründung *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 3 SpaltG Rz 30, 35 ff, 43 f; *Brix* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 3 SpaltG Rz 20ff. Zur Kapitalaufbringungsprüfung bei der Spaltung zur Aufnahme *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 17 SpaltG Rz 98 f; *Brix* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 17 SpaltG Rz 33 ff.

28 *H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand Rz 31/244 ff.

Spaltungszeitpunkt allen Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds durch die Spaltung nicht reduziert wird, sondern die Vermögensbindung auf die Gesamtheit der Nachfolgesellschaften projiziert wird;²⁹ die Gläubiger haben Anspruch auf Sicherheitsleistung nach den näheren Bestimmungen von § 15 Abs 2 SpaltG und § 17 Z 4 iVm § 226 AktG.

Der Summengrundsatz (§ 3 Abs 1, 2 SpaltG) ist nur bei der Spaltung zur Neugründung – nicht aber bei der Spaltung zur Aufnahme – anwendbar. Er ist – entgegen einem häufig anzutreffenden Missverständnis – keine Gläubigerschutzvorschrift; ganz im Gegenteil untergräbt er die Kapitalerhaltungsgrundsätze noch zusätzlich, indem er anlässlich der Spaltung zur Neugründung eine vereinfachte Kapitalherabsetzung der übertragenden Gesellschaft ohne Einhaltung von Kapitalherabsetzungs- oder Liquidationsvorschriften (insb ohne Gläubigeraufruf) ermöglicht.³⁰ Die Restvermögensprüfung hat dann nur mehr die Deckung des vereinfacht herabgesetzten gebundenen Kapitals zu bestätigen.

Unter Ausnützung des Summengrundsatzes kann also bei der Spaltung zur Neugründung Vermögen „ausgeschüttet“ werden, das sonst gebunden wäre.³¹ Dadurch erleichtert der Summengrundsatz zwar die Durchführung einer Spaltung zur Neugründung, setzt aber die Interessen der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft noch stärker aufs Spiel als es dem Vorgang der Spaltung ohnedies schon wesensimmanent ist.

Der Gesetzgeber kann sich dies aus zwei bereits genannten Gründen erlauben: Zum einen greift zum Schutz der Gläubiger die vorhin beschriebene Spaltungshaftung ein, sodass der Haftungsfonds insgesamt durch die Spaltung nicht verringert wird. Zum anderen aber wird der Vorgang der Spaltung zur Neugründung zwar aus der Anwendbarkeit der Kapitalerhaltung herausgenommen, jedoch im Gegenzug dem Bereich der Kapitalaufbringung zugeordnet: Bei einer Spaltung zur Neugründung ist bei der übertragenden Gesellschaft eine Kapitaldeckungskontrolle in Form der Restvermögensprüfung³² und bei der übernehmenden Gesellschaft eine Gründungsprüfung nach den für die Rechtsform der neuen Gesellschaft geltenden Gründungsvorschriften (vgl § 3 Abs 3 SpaltG) durchzuführen.

Missverständlich könnte daher die Formulierung *Hügels* sein, wenn seine Erläuterung des Summengrundsatzes mit dem Einleitungssatz beginnt: „Zusätzlich achtet das SpaltG auf die Kapitalerhaltung“.³³ Vielmehr substituiert das SpaltG die Kapitalerhaltung durch eine Kapitalaufbringungskontrolle. Kurz darauf folgt aber ohnedies die glasklare Einordnung: „Das SpaltG lässt die Abspaltung ohne Einhaltung der Kapitalherabsetzungsvorschriften zu, wenn die Stammkapitalien (und gebundenen Rücklagen) der Nachfolgesellschaften ‚in Summe‘ dem Stammkapital und den gebundenen Rücklagen der spaltenden Gesellschaft vor der Spaltung entsprechen. Somit durchbricht § 3 SpaltG den Grundsatz der Erhaltung des Kapitals bei der spaltenden Gesellschaft“³⁴ (Hervorhebungen hinzugefügt).

Im Ergebnis zeigt sich, dass der Gesetzgeber die der Abspaltung innewohnende glatte Einlagenrückgewähr legalisiert hat, indem er den Vorgang der Spaltung als Ausnahme von der Regel dem Bereich der Kapitalerhaltung entzogen und dem Bereich der Kapitalaufbringung – dessen Regeln sonst nur bei der Schaffung neuen Nennkapitals anwendbar sind – zugewiesen hat.³⁵ Flankierend greifen zum Schutz der Gläubiger die Vorschriften zur Haftung und zur Sicherstellung gemäß § 15 SpaltG ein. Daher kann durch die Abspaltung auch Vermögen der abspaltenden Gesellschaft in die Sphäre der Anteilseigner transferiert werden, das nicht vom Bilanzgewinn gedeckt ist.

- Einer völlig anderen und diametral entgegengesetzten Logik folgt die Sachdividende, bei der es sich um einen Vorgang handelt, der den Kapitalerhaltungs- und nicht – wie die Abspaltung – den Kapitalaufbringungsregeln zu gehorchen hat. § 52 AktG und § 82 GmbHG sichern das Vermögen der Gesellschaft ja nur gegen den „gewinnunabhängigen Zugriff“ der Anteilseigner;³⁶ hingegen ist die Verteilung des Bilanzgewinns, der im ordnungsgemäß auf- und festgestellten Jahresabschluss ausgewiesen ist, – mangels Eingreifens einer Ausschüttungssperre – durch Dividendenausschüttung immer zulässig: Das Dividenden-Vöglein darf erlaubter Weise dem Gläubigerschutz-Käfig entfliehen. Ob die Dividende in Geld oder als Sachdividende geleistet wird, spielt dabei grundsätzlich keine Rolle.³⁷ Freilich darf weder

29 *Hügel* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, GmbH & Co KG 111 (126, 129).

30 *P. Doralt* in FS Kastner 123 (149 f); *Strimitzer* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen Q 3 Rz 83; *H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand Rz 31/202, Rz 31/205, Rz 31/212, Rz 31/222. Vgl *Napokoj*, Spaltung², 202 ff; *Hügel* in FS Nowotny 573 (580); *Napokoj* in FS Hügel 271 (275 f); *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VII. A Rz 11 FN 32, VII. C Rz 54; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein*, HB vGA Rz 1/78.

31 *G. Eckert* in *Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 71 (80).

32 Vgl OLG Wien 11.10.2007, 28 R 112/07g = GesRZ 2008, 173 (*Inwinkl*).

33 *Hügel* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, GmbH & Co KG 111 (126).

34 *Hügel* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, GmbH & Co KG 111 (129).

35 OLG Wien 11.10.2007, 28 R 112/07g = GesRZ 2008, 173 (*Inwinkl*); *G. Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht 660 FN 2670, 661 („...[die] spaltungsrechtliche Kapitalerhaltung [erfordert] eine Kapitalaufbringungskontrolle...“); *H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2016, 52 (53 f); *H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand Rz 31/213. Vgl *P. Doralt* in FS Kastner 123 (149).

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

37 *G. Eckert* in *Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 71 (79).

die Geld- noch die Sachdividende zu einem Vermögens-transfer führen, die den ausgewiesenen Bilanzgewinn übersteigt. Genau darin liegt aber eben der Unterschied zum Wesen der Abspaltung, bei der es – wie erwähnt – irrelevant ist, ob der Bilanzgewinn der übertragenden Gesellschaft das abgehende Vermögen deckt.³⁸ Anders als die Abspaltung kann also die Sachdividende niemals in das gebundene und damit ausschüttungssperre Kapital der übertragenden Gesellschaft einschneiden.

Wenn der OGH bei der Sachdividende das Eingreifen eines Markttests vermisst (ErwGr 29, ErwGr 42), so kann dem entgegeng gehalten werden, dass eine gewisse Marktverprobung der Sachdividende immerhin darin besteht, dass der betroffene Anteilseigner die Tilgung seiner Dividendenforderung durch Auskehr eines Vermögensgegenstands akzeptiert.³⁹

Es kann also nicht von „*weitgehender Gleichheit*“ zwischen Spaltung und Sachdividende gesprochen werden; vielmehr bildet die Sachdividende richtiger Weise das *weitgehende Gegenteil* der Abspaltung.⁴⁰ Eine analoge Anwendung des SpaltG auf die Sachdividende scheidet daher mE aus, zumal (i) die Dividendenausschüttung von § 52 AktG und § 82 GmbHG – sofern keine Ausschüttungssperre (zB nach § 235 UGB, siehe ErwGr 37 ff) entgegenwirkt – stets gestattet ist und damit *a priori* kein unzulässiger Eingriff in Gläubigerinteressen vorliegen kann, (ii) ein und derselbe Vorgang nur entweder den Kapitalaufbringungsregeln (wie die Abspaltung) oder den Kapitalerhaltungsregeln (wie eben die Sachdividende), aber nicht beiden Schutzsys-

temen zugleich unterliegen kann,⁴¹ und (iii) bei der Übertragung eines „*Vermögens*“ oder eines Unternehmens(teils) durch Sachdividende mglw ohnedies die Gläubigerschutzbestimmungen des § 1409 ABGB und der §§ 38 f UGB eingreifen.⁴² Genügt es bei der Spaltung schon, wenn der *Verkehrswert* des bei der übertragenden Gesellschaft verbleibenden Restvermögens das gebundene Kapital deckt, ist die Sachdividende insofern ohnedies an deutlich strengere Regeln geknüpft, als dort die *Buchwerte* des „Restvermögens“ das gebundene Kapital decken müssen und nur das diese „*Staumauer*“ übersteigende Vermögen als Dividende abgeschmolzen werden darf.⁴³

All dies findet sich in kompakter Form übrigens auch bei *Hügel*, der in seinem vom OGH zitierten Vortrag festhielt: „§ 3 SpaltG durchbricht somit auch die Vermögensbindung [...] [Die Spaltung] ermöglicht den ‚stillen Entzug‘ stiller Reserven, etwas, was die Sachdividende [...] nicht leisten kann.“⁴⁴ Genau an diesem fundamentalen Unterschied lässt sich aber ablesen, dass eine zwingende analoge Anwendung des SpaltG auf die Sachdividende ausscheidet.⁴⁵

Konsequenter Weise nennt auch *Hügel* in der Zusammenfassung seines Tagungsbeitrags Sachdividende und analoge Anwendung des SpaltG als zwei unterschiedliche Varianten der kapitalerhaltungskonformen Umsetzung der Realteilung einer GmbH & Co KG.⁴⁶ Im selben Sinn bejahen *Rüffler/Aburumieb/Lind* „*selbstverständlich [die] Frage, ob Sachdividende und Kapitalherabsetzung mit Sachauskehr frei wählbare Alternativen neben einer allfälligen analogen Anwendung des SpaltG sind.*“⁴⁷

38 Vgl *G. Eckert in Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 71 (80).

39 *Gaggl*, Gläubigerschutz bei Umgründung der GmbH & Co KG 74, 286.

40 Verbindlicher formuliert *G. Eckert* (in *Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 71 [80]), wenn er meint, Sachdividende und Spaltung seien „*bloß ähnlich und nicht gleich.*“

41 *Koppensteiner*, GesRZ 2017, 6 (11 FN 72); *H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein*, HB vGA Rz 1/31; vgl zur GmbH & Co KG *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2018, 116. Deswegen ist zB die Viertelregelung des § 10 Abs 1 GmbHG – als Kapitalaufbringungsregel – auf Kapitalherabsetzungen nicht anwendbar (vgl § 54 Abs 3 GmbHG, § 59 Abs 2 GmbHG sowie *e contrario* § 60 Abs 1 S 2 GmbHG) (HG Wien 17.06.2019, 75 Fr 7026/19y).

42 Skeptisch zu diesem Argument *Rüffler* in FS *Hügel* 323 (330). Nach hA sind § 1409 ABGB und § 38 UGB aber grds auch auf die Übertragung von Sondervermögen bzw von Unternehmensteilen/(Teil-)Betrieben anwendbar (*Neumayr in Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB⁶ §§ 1409, 1409a ABGB Rz 3 ff; *Lukas in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1409 Rz 12 f; *Heidinger in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1409 Rz 19 f; *Dehn in Torggler*, UGB³ § 38 Rz 15; *Fuchs/W. Schuhmacher in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 38 Rz 27; *Karollus in Artmann*, UGB³ § 38 Rz 15; *Dellinger in Zibl/Dellinger*, UGB § 38 Rz 14 ff). Die Anwendbarkeit von § 1409 ABGB und §§ 38 f UGB auf die Realteilung der (GmbH & Co) KG bejahend *Grünwald/Ch. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen, Art V Rz 31; *Gaggl*, Gläubigerschutz bei Umgründung der GmbH & Co KG 16 ff, 20 f, 24 ff, 29 ff. Ebenso zur Einbringung *Grünwald/Ch. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr*,

HB Umgründungen, Art III Rz 4; *H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand, Rz 31/166. Demgegenüber werden im Anwendungsbereich des SpaltG § 1409 ABGB und §§ 38 f UGB verdrängt (*Grünwald/Ch. Nowotny in Wiesner/Hirschler/Mayr*, HB Umgründungen, Art VI UmgrStG Rz 19). Gegen die Anwendbarkeit von § 1409 ABGB und §§ 38 f UGB auf eine Sachdividende könnte allerdings mE sprechen, dass die ordnungsgemäße Ausschüttung einer Dividende eben gerade aus dem Bereich des Gläubigerschutzes herausfällt. Dieses Argument fielle aber erst recht gegen eine Analogie zu den Gläubigerschutzvorschriften des SpaltG in die Waagschale.

43 *G. Eckert in Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 71 (80). Zum Bild der *Staumauer*/der *Stauschleuse*/des *Speicherraums* vgl *T. Bezenberger*, Erwerb eigener Aktien durch die AG, Rz 68; *G. Eckert*, GeS 2006, 383; *Rüffler in Artmann/Rüffler/Torggler*, GmbHG & Co KG 99 (101); *H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein*, HB vGA Rz 1/23, Rz 1/30.

44 *Hügel in Artmann/Rüffler/Torggler*, GmbH & Co KG 111 (129).

45 Im Ergebnis ebenso ablehnend zu einer analogen Anwendung des SpaltG auf die Realteilung einer GmbH & Co KG durch Sachdividende *Rüffler/Aburumieb/Lind in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (106 FN 150) sowie – mit jeweils ausführlicher Begründung – *G. Eckert in Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 71 (79 ff); *Gaggl*, Gläubigerschutz bei Umgründung der GmbH & Co KG 99 ff, 288 f.

46 *Hügel in Artmann/Rüffler/Torggler*, GmbH & Co KG 111 (135 f).

47 *Rüffler/Aburumieb/Lind in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (106 FN 150).

Somit kann das SpaltG mE zwar freiwillig analog angewendet werden, um eine ansonsten nach der OGH-Rsp allenfalls unzulässige Realteilung einer GmbH (AG) & Co KG zu ermöglichen; eine solche freiwillige analoge Anwendung ist aber nicht notwendig, wenn die Realteilung ohnedies auf Basis einer Sachdividende oder einer Sachkapitalherabsetzung erfolgt.⁴⁸

4. Sanierung (Heilung) einer verbotenen Einlagenrückgewähr

4.1. Eine verbotene Einlagenrückgewähr kann nachträglich saniert werden

Von einer *Ausgleichsmaßnahme*, die eine ansonsten verbotene Einlagenrückgewähr abfedert, (siehe oben 2. und 3.) ist die *Sanierung* einer verbotenen Einlagenrückgewähr zu unterscheiden. Die Ausgleichsmaßnahme wird planvoll mit der kritischen Maßnahme verknüpft, um sie zu legitimieren. Bei der Sanierung stellt sich hingegen die Frage, ob eine bereits geschehene Verletzung der Kapitalerhaltungsregeln *ex post* geheilt werden kann.

Die Frage nach der rechtlichen Möglichkeit der Sanierung einer unzulässigen Einlagenrückgewähr wurde von Schopper noch 2020⁴⁹ als zwar schon entdeckter, aber von Rechtsprechung und Lehre bislang weitgehend „*unbefahrener Tiefschnee*“ bezeichnet.⁵⁰

Sehr erfreulich ist, dass in der vorliegenden Entscheidung – an 6 Ob 128/17t anknüpfend – anerkannt wird, dass eine nachträgliche Sanierung einer verbotenen Einlagenrückgewähr grundsätzlich möglich ist. Dieses Ziel kann insbesondere erreicht werden, indem die Gesellschaft mit ihren Ansprüchen aus Einlagenrückgewähr gegen Forderungen eines Anteilseigners (zB Dividendenforderungen) aufrechnet (ErwGr 30). Wie der 6. Senat betont, führt eine solche Aufrechnung zur nachträglichen Heilung des ursprünglich nichtigen Rechtsgeschäfts (ErwGr 32).

Folgerichtig muss mE auch die Sanierung durch die nachträgliche Leistung eines Gesellschafterzuschusses oder durch nachträgliche Anpassung der unangemessenen Konditionen eines Rechtsgeschäfts samt Beseitigung aller negativen Fol-

gen für die Gesellschaft in der Vergangenheit möglich sein.⁵¹ § 83 Abs 4 GmbHG, der im Aktienrecht mE analog anzuwenden ist und sowohl einen Verzicht auf den kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruch als auch eine Aufrechnung gegen diesen Rückersatzanspruch durch den Anteilseigner untersagt, steht einer Sanierung durch Aufrechnung und/oder Wertausgleich dann nicht entgegen, wenn die Aufrechnung einseitig durch die Gesellschaft – und nicht durch den Anteilseigner – erfolgt oder die Sanierung durch eine Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Anteilseigner umgesetzt wird.⁵² Zulässig ist mE weiters auch eine Vertragsklausel, die dem Anteilseigner einseitig die Sanierung des betroffenen Rechtsgeschäfts mit der Gesellschaft – etwa durch Ausgleichszahlungen – zubilligt.⁵³

4.2. Keine Sanierung einer Einlagenrückgewähr durch sich selbst

Im gegenständlichen Fall hat der OGH freilich die nachträgliche Sanierung der *up-stream*-Einbringung durch eine nachträgliche Dividendenausschüttung verneint. Begründet wird dies *in concreto* damit, dass jener Gewinn, dessen sanierende Ausschüttung beabsichtigt war, gerade durch die Einbringung – nämlich durch eine anlässlich der Einbringung vorgenommenen Aufwertung der übertragenen Beteiligung auf den Verkehrswert – erzeugt werden sollte (siehe schon oben 1.3). Dem hält der OGH (in ErwGr 30 ff) entgegen, dass aus einem *ex tunc* absolut nichtigen Rechtsgeschäft wie der gegenständliche Einbringung kein ausschüttbarer Gewinn entstehen kann, und setzt hinzu, dass ein Geschäft, das gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, nicht selbst die Heilung eben dieses nichtigen Geschäfts bewirken kann. Diese Begründung überzeugt;⁵⁴ das Argument, dass die Einbringung durch Aufwertung jenen Bilanzgewinn herbeiführt, der *ex post* die Einlagenrückgewähr sanieren soll, erinnert doch allzu sehr an den Baron Münchhausen, der sich selbst samt seinem Pferd am eigenen Zopf aus dem Sumpf gezogen haben will.⁵⁵

Dennoch sind die gegenständlichen Rechtssätze des 6. Senats mE zu apodiktisch formuliert. Sie passen gut auf den

48 So auch G. Eckert in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr 71 (79 ff); Rüdfler/Aburumieh/Lind in Jauffer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (106 FN 150, 109). Vgl H. Foglar-Deinhardstein, ecoloex 2018, 838; Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3 (7 f).

49 Statement zum Thema „Sanierung von Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr“ bei der Buchpräsentation des von B. Twardosz, J. Prinz, St. Huber und mir verfassten Handbuchs Verdeckte Gewinnausschüttung am 17.02.2020.

50 Erste Sondierungen des Themas: OGH 13.12.2016, 3 Ob 167/16d; Tanzer, GesRZ 1985, 70, 112; H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 82 Rz 168; Schopper, ecoloex 2019, 736.

51 H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/197.

52 Schopper, ecoloex 2019, 736 (741 f); H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/197.

53 H. Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2019, 938; H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/197.

54 Selbstverständlich nur unter der vom OGH zu Grunde gelegten Prämisse, dass die kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregeln auch auf eine verdeckte Kapitalgesellschaft (unechte Personengesellschaft) anzuwenden sind. S schon FN 1.

55 Ähnlich hält auch Gaggl (Gläubigerschutz bei Umgründung der GmbH & Co KG 75, 286) fest, dass sich eine Sachdividende nicht ihre eigene Ausschüttungsgrundlage schaffen kann.

gegenständlichen Fall, wenn man – wie der OGH wohl impliziert – Gesamtnichtigkeit annimmt. Anders könnte die Sache aber zu sehen sein, wenn das kapitalerhaltungswidrige Geschäft in Hinblick auf den Verbotszweck bloß teilnichtig⁵⁶ oder aber – wie in 6 Ob 239/16i und in 6 Ob 161/17w angedeutet – wegen qualitativer Teilnichtigkeit in eine kapitalerhaltungskonforme Regelung umzudeuten wäre.⁵⁷ Käme es wegen quantitativer oder qualitativer Teilnichtigkeit zu einem Wertausgleich zu Gunsten der Gesellschaft, der einen Bilanzgewinn erzeugt, so wäre nicht einzusehen, warum die Ausschüttung dieses Gewinns nicht zur rückwirkenden (Teil-)Sanierung des Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verwendet werden dürfte.

5. Haftung des Abschlussprüfers

Die vorliegende Entscheidung enthält äußerst strenge Aussagen zur Haftung des Abschlussprüfers bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.

5.1. Verletzung der Redepflicht

Der 6. Senat hält Folgendes fest: Die Redepflicht gem § 273 Abs 2 UGB⁵⁸ ist als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zu verstehen, dessen Zweck der Schutz der geprüften Gesellschaft vor Vermögensschäden ist (ErwGr 44). Gemäß § 275 Abs 2 iVm § 273 Abs 2 UGB haftet der Prüfer für Schäden, die im Zusammenhang mit der Verletzung der Redepflicht entstehen (ErwGr 43). Der Mitverschuldens einwand ist dem Abschlussprüfer verschlossen, weil der Sinn der Abschlussprüfung ja gerade ist, Fehler von Organen und Mitarbeitern aufzudecken (ErwGr 45).⁵⁹ Ist der Jahresabschluss fehlerhaft, und wird dies vom Abschlussprüfer wegen seines pflichtwidrigen Verhaltens nicht aufgedeckt, so ist die geprüfte Gesellschaft als Geschädigte so zu stellen, wie sie ohne das schädigende Ereignis stünde; der konkrete Schaden ist mit der Differenzmethode zu errechnen (ErwGr 50).

Ist ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr erkennbar, muss der Abschlussprüfer die Redepflicht ausüben (ErwGr 48). Damit folgt der OGH der strengsten Linie in der Literatur.⁶⁰ Mildere Vorschläge, nach denen vom Abschlussprüfer nur konkret als verdächtig erkannte (und im Umkehrschluss daher wohl nicht alle erkennbaren) Verstöße⁶¹ zu melden seien, oder die Redepflicht nur bei schwerwiegender Einlagenrückgewähr eingreife,⁶² werden vom erkennenden Senat nicht aufgegriffen. Dass die Abschlussprüferin in ihrem Prüfbericht sogar ausdrücklich auf die kritische Einbringung eingegangen ist und diese gewürdigt hat (siehe auch ErwGr 64), genügt dem OGH *per se* noch nicht. Gefordert wäre offenbar zumindest (a) materiell ein ausdrückliches Problembewusstsein für das sich stellende Thema der Einlagenrückgewähr sowie (b) formell eine Redepflichtausübung mit expliziter Erwähnung der Kapitalerhaltungsfragen.

Freilich setzt eine Haftung des Abschlussprüfers voraus, dass die gebotene Ausübung der Redepflicht den Schadenseintritt verhindert hätte, weil die zuständigen Organe bei pflichtgemäßer Berichterstattung Maßnahmen zur Schadensabwendung getroffen hätten (ErwGr 53 f), wobei dem Abschlussprüfer der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens offensteht (ErwGr 54). Für diesen Einwand genügt es etwa, wenn die ausführenden Organe fachliche Auskünfte zur Zulässigkeit der fraglichen Maßnahme eingeholt haben und daher auch im Fall von Einwänden durch den Abschlussprüfer nicht anders gehandelt hätten (ErwGr 56 f).

5.2. Pflichtverletzung iZm dem Bestätigungsvermerk

Haftungsbegründend kann nach Ansicht des OGH auch ein pflichtwidrig erteilter Bestätigungsvermerk sein. Der Schaden der Gesellschaft kann etwa darin liegen, dass ein zu hoher Gewinnausweis im Jahresabschluss zu einer überhöhten Dividendenauszahlung führt, die dann – wegen des Gutgläuberschutzes von § 56 Abs 1 AktG oder § 83 Abs 1 S 2 GmbHG – nicht mehr rückforderbar ist (ErwGr 51).⁶³

56 Zur Teilnichtigkeit einer kapitalerhaltungswidrigen Transaktion OGH 04.07.2007, 7 Ob 142/07v; 29.04.2014, 9 Ob 18/14h; 27.02.2017, 6 Ob 239/16i, GesRZ 2017, 263 (H. Foglar-Deinhardstein); 20.12.2018, 6 Ob 195/18x – Leimer = Dejacco, NZ 2019, 81 = P. Csoklich/P. N. Csoklich, GesRZ 2019, 54 = ZFS 2019, 8 (Karollus) = GesRZ 2019, 193 (Kals) = V. Hügel, JEV 2019, 77 = H. Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2019, 938; 25.06.2020, 6 Ob 225/19k = NZ 2021, 144 (H. Foglar-Deinhardstein/Aburumiehl); G. Kodek/P. N. Csoklich in Höpfl/Ratz, WK StGB² Rz 47; Bollenberger, RdW 2008, 7 (9); Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 82 Rz 64 ff mwN; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 82 Rz 76; J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 159 f; U. Torggler in Kals/Torggler, Einlagenrückgewähr 89 (95 ff); Karollus in Leitner, HB vGA², 1 (77); Köppl in Torggler, GmbHG § 83 Rz 3; Zoidl, GesRZ 2014, 87 (88, 90 f); Haberer in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 11.212; Dejacco, NZ 2019, 81 (87); Rüdfler/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 228 (231 f); H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/240.

57 Zu Konversion, qualitativer Teilnichtigkeit und Treupflicht siehe Rüdfler in Artmann/Rüdfler/Torggler, GmbH & Co KG 99 (107 f); H. Foglar-Deinhardstein/A. Gruber, PSR 2018, 52 (55); Aburumiehl/H. Foglar-Deinhardstein, GES 2019, 3 (6).

58 Zum Wortlaut der Bestimmung siehe bereits FN 7.

59 So auch schon OGH 29.03.2016, 8 Ob 76/15g = Reckenzaun, ZIK 2016, 128; Völkl in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 275 Rz 65 ff. Differenzierend Wenger in Bertl/Hirschler/Aschauer, HB Wirtschaftsprüfung 825 (840 f).

60 Wenger in Bertl/Hirschler/Aschauer, HB Wirtschaftsprüfung 825 (833); Haberer, GesRZ 2019, 294 (297).

61 Karollus in Leitner, HB vGA² 1 (50 FN 266).

62 Jaufer/Wesener in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 35 (56 f). Vgl Köll/Milla in Zib/Dellinger, UGB § 273 Rz 52

63 So auch schon Völkl in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 275 Rz 37 Krit in concreto Wenger, RWZ 2021, 189.

Diese rudimentären Rechtssätze zur Haftung wegen fehlerhafter Erteilung des Bestätigungsvermerks können mE noch durch Aussagen in der Literatur ergänzt werden: Sind im Jahresabschluss Rückerersatzansprüche wegen erfolgter verbotener Einlagenrückgewähr nicht aktiviert, muss der Abschlussprüfer seinen Bestätigungsvermerk einschränken oder – bei in Bezug auf den gesamten Jahresabschluss gravierenden Fällen – sogar versagen.⁶⁴ Ein Verstoß, der keine Auswirkung auf den Jahresabschluss hat, kann aber nicht zu einer Einschränkung oder gar Verweigerung des Jahresabschlusses führen.⁶⁵ Für eine Verletzung der Redepflicht haftet der Abschlussprüfer nur gegenüber der zu prüfenden Gesellschaft; eine Dritthaftung setzt einen unrichtigen Bestätigungsvermerk voraus.⁶⁶

6. Nichtigkeit des Jahresabschlusses

6.1. Meinungsstand

De facto ist davon auszugehen, dass bei nahezu jeder Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses einer (verdeckten) Kapitalgesellschaft Fragen der Einlagenrückgewähr zu überlegen und zu untersuchen sind.⁶⁷ Zusätzlich zum Thema der Haftung des Abschlussprüfers, der eine erkennbare Einlagenrückgewähr nicht aufgreift (siehe oben 5.1 und 5.2), erhebt sich daher die Frage, ob eine verbotene Einlagenrückgewähr, die widerspruchslos in den Jahresabschluss Eingang findet, diesen mit Nichtigkeit infizieren kann.

Der Meinungsstand zu dieser wichtigen Frage präsentiert sich erstaunlich zerklüftet.

Nach einer – sehr strengen – Ansicht ist jeder Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln *per se* ein wesentlicher Verstoß gegen den Gläubigerschutz. Daher wäre jeder Jahresabschluss nichtig, in dem Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Anteilseignern abgebildet sind, die als verbotene Einlagenrückgewähr zu qualifizieren sind.⁶⁸ Nach abweichender Meinung ist der Jahresabschluss nur dann nichtig, wenn im Jahresabschluss ein gesetzwidriger

Buchungsvorgang enthalten ist (oder ein gesetzeskonformer Buchungsvorgang fehlt), der einen *wesentlichen* Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr betrifft.⁶⁹ Die Wesentlichkeit soll sich aus einer qualitativen Beurteilung, aber auch quantitativ aus dem Umfang des Verstoßes im Verhältnis zu den übrigen Bilanzpositionen ergeben;⁷⁰ es biete sich an, die Wesentlichkeitsgrenze des § 189a Z 10 UGB heranzuziehen.⁷¹

Nach dritter Ansicht führen nur solche – wesentlichen – Mängel zur Nichtigkeit, die den ausgewiesenen Gewinn fälschlicher Weise erhöhen – bzw den ausgewiesenen Verlust in einen Gewinn verkehren – und damit eine kapitalerhaltungswidrige Dividendenausschüttung ermöglichen.⁷²

6.2. Stellungnahme

Die rechtspraktische Erfahrung lehrt, dass sich nahezu bei jeder Kapitalgesellschaft eine verbotene Einlagenrückgewähr finden lässt.⁷³ Das Risiko einer kapitalerhaltungswidrigen Handhabung, die dann unsaniert in den Jahresabschluss einfließt, ist wohl bei jenen Kapitalgesellschaften besonders groß, die gesetzlich von der Pflicht zur Abschlussprüfung befreit sind. Ginge man daher davon aus, dass wirklich jeder Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, der – ohne gegenläufige Aktivierung eines Rückerersatzanspruchs – in den Jahresabschluss Eingang findet, in dessen gänzlicher Nichtigkeit resultierte, würde dies nahezu jegliches Vertrauen in das bewährte österreichische System der Erstellung und Veröffentlichung von Jahresabschlüssen zerstören.

Ein solcher *overkill* wäre aber nicht nur aus rechtspraktischer, sondern ebenso aus rechtsdogmatischer Sicht unerwünscht: Auch dem Gläubigerschutz wäre letztlich nicht gedient, wenn über einer unübersehbaren Zahl von Jahresabschlüssen – zumal über den ungeprüften – das Damoklesschwert der Nichtigkeit hinge.⁷⁴ Vor diesem Hintergrund sind jene Meinungen zu befürworten, die einerseits für das Eintreten der Nichtigkeitsanktion das Überschreiten einer qualitativen und quantitativen *de-mi-*

64 Pilz, RWZ 1996, 252 (254). Auch auf die (fehlende) Aktivierung des Rückerersatzanspruchs als Kriterium abstellend, aber zusätzlich Wesentlichkeit voraussetzend R. Reiter, RWZ 2016, 231 (236); Ch. Nowotny, RdW 1988, 23 (23 f); Platzer, SWK 1985 H 16, 171 (175). Die Pflicht zur Einschränkung des Bestätigungsvermerks nur bei schwerwiegender Einlagenrückgewähr bejahend Jaufer/Wesener in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 35 (58 f). Eine pauschale Pflicht zur Aktivierung von Rückerersatzansprüchen aus verbotener Einlagenrückgewähr ablehnend Fantur, GES 2021, 57.

65 Karollus in Leitner, HB vGA² 1 (50 f).

66 Karollus in Leitner, HB vGA² 1 (50 f); vgl OGH 27.11.2001, 5 Ob 262/01t – Riegerbank; 11.12.2013, 7 Ob 194/13z; 17.12.2013, 10 Ob 48/13a; 29.09.2015, 8 Ob 93/14f; Ch. Nowotny in Bertl/Hirschler/Aschauer, HB Wirtschaftsprüfung 921 (936 ff).

67 Vgl Fantur, GES 2021, 57.

68 Pummerer/Steller/Moßhammer, RWZ 2018, 245 (247 f).

69 Dollenz/Lindbauer/Milla, RWZ 2018, 250 (252 ff, 255); Jaufer/Wesener in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 35 (56); Bertl/Aschauer, RWZ 2008, 109 (110); Platzer, SWK 1985 H 16, 171 (175 f); Wenger in Bertl/Hirschler/Aschauer, HB Wirtschaftsprüfung 825 (833 FN 32).

70 Dollenz/Lindbauer/Milla, RWZ 2018, 250 (254 f); Bertl/Aschauer, RWZ 2008, 109 (111 f).

71 Dollenz/Lindbauer/Milla, RWZ 2018, 250 (254 f).

72 R. Reiter, RWZ 2016, 231 (236); G. Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 202 Rz 13, 15 f, 19 f; Dregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 202 Rz 31.

73 Vgl Fantur, GES 2021, 57.

74 Vgl Bertl/Aschauer, RWZ 2008, 109 (110); Dollenz/Lindbauer/Milla, RWZ 2018, 250 (253 f);

nimis-Schwelle verlangen, und andererseits darauf abstellen, ob der unrichtige Jahresabschluss überhaupt das Ausschüttungspotential in fehlerhafter Weise erhöht hat.

7. Haftung für Unkenntnis der Rechtslage

7.1. Überstrenge Aussagen zur verpflichtenden Kenntnis und Befolgung neuester Rechtsprechung

Schon in der früher ebenfalls zur gegenständlichen Einbringung ergangenen E 6 Ob 198/15h – *AE&E II* hat der OGH ausgesprochen, dass bereits bestehende höchstgerichtliche Rechtsprechung dem Organwalter einer Kapitalgesellschaft bekannt sein muss; zu berücksichtigen sei jeweils die zum Zeitpunkt des Abschlusses des fraglichen Rechtsgeschäfts geltende Rechtslage und herrschende Judikatur.

Diese Rechtssätze werden in der nun vorliegenden Entscheidung wiederholt und auch auf die Abschlussprüfer angewendet. Dabei bleibt der OGH leider auch beim mE überzogenen Postulat, dass eine Gerichtsentscheidung schon dann zu berücksichtigen sei, wenn sie im über das Internet zugänglichen RIS-Justiz veröffentlicht worden sei. Das geht denn doch zu weit, zumal es über die bloße Veröffentlichung einer Entscheidung hinaus ja wesentlich auch auf die – notwendiger Weise zeitversetzte – Rezeption in Fachzeitschriften, Lehre und Folgejudikatur ankommen muss.⁷⁵ Nach überzeugender Meinung verlangt der Vertrauensschutz bei der Anwendung neuer Rechtsprechung die Einhaltung einer Übergangsfrist.⁷⁶ Gerade bei der Entscheidung 2 Ob 225/07p, die nach Ansicht des OGH schon Wochen nach ihrer Publikation im RIS-Justiz zu berücksichtigen gewesen wäre, kommt dazu, dass sie von Anfang an unter heftiger Kritik der Literatur stand und etwa noch Ende 2015 – also knapp vor der *AE&E I*-Entscheidung, mit der 2 Ob 225/07p erstmals durch den 6. Senat übernommen wurde – vom LG Linz als „*vereinzelt und mittlerweile überholte Entscheidung*“ qualifiziert wurde.⁷⁷

7.2. Ein Hoffnungsschimmer: Fundierte Auseinandersetzung mit bestehender Rechtsprechung kann für Haftungsbefreiung genügen

Beruhigend ist zumindest, dass der 6. Senat in einzelnen Passagen seiner nunmehrigen Entscheidung doch gewisse geeignete Wege zur Flucht vor der Haftungskeule ausbildet. So wird etwa klargestellt, dass bei Fragen, die

„*bilanzrechtlich, betriebswirtschaftlich oder prüfungstechnisch strittig*“ sind, der Abschlussprüfer nicht rechtswidrig handelt, wenn er eine objektiv vernünftige Rechtsmeinung vertritt. Naturgemäß ist freilich – worauf der OGH ergänzend hinweist – ein Rechtsirrtum, der bei fachgerechter Recherche vermeidbar gewesen wäre, nicht haftungsbefreiend (ErwGr 49).

Der 6. Senat hält es aber immerhin für möglich, dass die Haftung entfällt, wenn der Abschlussprüfer einen bestimmten Vorgang als *potentielle* Einlagenrückgewähr erkennt, ihn unter diesem Gesichtspunkt und unter Beachtung der bereits ergangenen Rechtsprechung prüft und letztlich – nach Einholung von Informationen und allenfalls von Rechtsgutachten – überlegt zur Auffassung gelangt, dass im Ergebnis kein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften vorliegt (ErwGr 61 ff).⁷⁸ Jedenfalls wird vom Abschlussprüfer nicht verlangt, erst Jahre nach dem fraglichen Prüfungsvorgang ergangene OGH-Entscheidungen vorhersehen zu müssen (ErwGr 61). ME wäre im gegenständlichen Fall bei der *ex post*-Betrachtung auch ins Kalkül zu ziehen, dass sowohl Erst- als auch Instanzgericht eine Haftung der Abschlussprüferin verneint haben, woraus zwanglos der Schluss gezogen werden kann, dass die von der beklagten Prüferin vertretene Position durchaus als vertretbar zu qualifizieren ist.⁷⁹ Die OGH-E ist mE so zu verstehen, dass bei vereinzelter – noch nicht ständiger – Rsp oder wohl auch bei ständiger Judikatur, die aber noch Detailfragen offen lässt, die fundierte Bildung einer eigenen Rechtsmeinung haftungsbefreiend ist, selbst wenn diese letztlich nicht von der zukünftigen ständigen bzw detaillierten Rechtsprechung bestätigt wird.

7.3. Exkurs: Verhältnis von Business Judgement Rule und Legalitätsprinzip

Die vorstehend erwähnten Aussagen des 6. Senats lassen sich auch als interessante Hinweise zum – durchaus komplexen – Verhältnis von Business Judgement Rule und Legalitätsprinzip lesen.

Der Gesetzgeber hat die Business Judgement Rule in § 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG kodifiziert. Sie bietet dem Organwalter einer Kapitalgesellschaft einen haftungsfreien Schutzschirm, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener

75 Vgl *Brugger*, NZ 2016, 419 f; *I. Welsch*, *ecolex* 2017, 1073 (1075 ff); *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein*, HB vGA Rz 1/92, Rz 1/232 FN 977, Rz 1/241.

76 *Hügel* in *Artmann/Rüffler/Torgler*, GmbH & Co KG 111 (120 f FN 33).

77 LG Linz 21.12.2015, 44 Ns 1/15t.

78 Ähnlich schon OGH 30.08.2016, 6 Ob 198/15h – *AE&E II*.

79 Ähnlich zu FL OGH 07.09.2018, 08 CG.2015.438 *Karollus*, ZFS 2020, 3 (11). Vergleichbar wird auch zum Lauterkeitsrecht (UWG) vertreten, dass eine „*vertretbare Rechtsauffassung*“ – die den Rechtsbruch iSd UWG ausschließt – schon dann vorliegt, wenn eine kompetente Behörde einen (freilich rechtskräftigen) Bescheid erlassen hat, auch wenn der Instanzenzug noch nicht ausgeschöpft ist (*Görg*, RdW 2019, 88 [89]).

ner Information annehmen darf, zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. Die Business Judgement Rule ermöglicht es somit den Organen einer Kapitalgesellschaft, bei einer unternehmerischen (und gesetzeskonformen) Ermessensentscheidung im Rahmen des Ermessensspielraums unternehmerische Risiken einzugehen, ohne dass dadurch Haftungsrisiken ausgelöst werden. Vom OGH ist die Business Judgement Rule als rechtsformübergreifender Grundsatz anerkannt worden.⁸⁰

Unternehmerische Entscheidungen iSv § 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG sind jene Entscheidungen, in denen sich das spezifische Unternehmensrisiko verwirklicht, und alle sonstigen Entscheidungen, die aufgrund der notwendigen Prognose unter Unsicherheit und ohne (präzise und abschließende) rechtliche Determinierung getroffen werden. Im Bereich der unternehmerischen Entscheidungen sind die Organmitglieder nur, aber immerhin verpflichtet, mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu agieren. Der OGH definiert in 6 Ob 160/15w unternehmerische Entscheidungen als Entscheidungen, die „infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und ‚nicht justiziable‘ Einschätzungen gekennzeichnet [sind]; unternehmerischen Entscheidungen wohnt daher ein gewisses Risiko inne.“

Häufig wird vertreten, dass – im Gegensatz zu unternehmerischen Entscheidungen – sogenannte *rechtlich gebundene* Entscheidungen nicht in den Genuss der Business Judgement Rule kommen könnten. Durch die sogenannte Legalitätspflicht seien die Organwalter einer Kapitalgesellschaft nämlich verhalten, alle zwingend anwendbaren Rechtsvorschriften einzuhalten und für deren Einhaltung durch die Gesellschaft zu sorgen.⁸¹ Eine Verletzung der Legalitätspflicht führe daher immer zu persönlicher Haftung der Organmitglieder.

Die Abgrenzung zwischen unternehmerischen und rechtlich gebundenen Entscheidungen ist selbstverständlich im Grundsatz richtig,⁸² wäre jedoch als strenge Schwarz-

Weiß-Unterscheidung mE zu undifferenziert. In der vorliegenden Entscheidung gibt es gewisse – wenn auch zurückhaltende – Anhaltspunkte, dass auch der OGH hier eine ein facettenreicheres Bild vor Augen hat:

- Zunächst ist – worauf der OGH gegenständlich mangels Entscheidungserheblichkeit nicht eingeht – eine Ansicht im Vordringen, die das Bestehen einer allzu pauschalen Legalitätspflicht ablehnt und dafür plädiert, für die Frage einer allfälligen Haftung der Organe zwischen *internen* und *externen* Pflichten zu unterscheiden.⁸³ Bei *internen* Pflichten handelt es sich um jene unternehmens-, gesellschafts-, firmenbuch- und insolvenzrechtlichen sowie dienstvertraglichen Pflichten, die direkt an die Organe adressiert sind. *Externe* Pflichten sind demgegenüber solche Pflichten, die die Gesellschaft im Außenverhältnis treffen, wie etwa aus Vorschriften des Aufsichtsrechts, des Kapitalmarktrechts, des Wettbewerbsrechts, des Arbeitsschutzrechts oder des Datenschutzrechts. Hinsichtlich dieser externen Pflichten ist es tatsächlich zweifelhaft, auf welcher rechtsdogmatischen Grundlage eine undifferenzierte Geltung der Legalitätspflicht behauptet wird, nach der jede Pflichtverletzung durch die Gesellschaft *im Außenverhältnis* automatisch in eine Pflichtwidrigkeit der Organmitglieder *im Innenverhältnis* gegenüber der Gesellschaft umzumünzen sein soll. Richtiger Weise sollte die Verletzung einer externen Pflicht durch die Organwalter nur dann zu einer Organhaftung führen, wenn diese Pflichtverletzung nach ihrem Schutzzweck zugleich auch eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft darstellt.⁸⁴
- Weiters können sich bei Eingreifen einer gesetzlichen Pflicht oder sonstiger gesetzlicher Rahmenbedingungen – insb bei gesetzlichen Zielvorgaben – für die konkrete Umsetzung inwendig legitime Beurteilungs- und Ermessensspielräume eröffnen. Ist der Sachverhalt, der unter eine Rechtspflicht zu subsumieren ist, hin-

80 OGH 23.02.2016, 6 Ob 160/15w = ZFS 2016, 58 (Karollus) = Konwitschka, GesRZ 2016, 113 = G. Schima/Toscani, JEV 2016, 74 = eclex 2016, 695 (J. Reich-Rohrwig), 30.08.2016, 6 Ob 198/15h – AE&E II; 25.04.2019, 6 Ob 35/19v = ZFS 2019, 46 (Karollus) = Kodek, PSR 2019, 56 = Zehentmayer, ZFR 2019, 398 = GesRZ 2019, 361 (W. Doralt) = Baumgartner, RdW 2019, 597 = Hayden, PSR 2019, 172 = Kalss, GesRZ 2020, 158 = eclex 2020, 212 (Rizzi); 15.09.2020, 6 Ob 58/20b; 25.11.2020, 6 Ob 218/20g.

81 Vgl OGH 23.02.2016, 6 Ob 160/15w: „Die Verletzung zwingender rechtlicher Vorgaben [...] begründe[t] eine Pflichtwidrigkeit.“ RIS-Justiz RS0059774: „Zu den Pflichten des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehört es, das Unternehmen unter Beachtung aller maßgebenden Rechtsvorschriften zu leiten.“

82 Vgl zB Fleischer in BeckOGK (01.02.2021) AktG § 93 Rz 85; F. Hörlsberger in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 25 Rz 27.

83 Insb U. Torggler in Kalss/Torggler, Compliance 97 (100 f, 105 ff, 118, 125 ff); J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 211 ff; Adensamer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 84 Rz 23 f, Rz 28; Adensamer/Sternig/Wöss in Adensamer/Mittrecker, HB Gesellschafterstreit Rz 9/13; Hasselbach/Ebbinghaus, AG 2014, 873 (874 f, 877 f).

84 J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 219; U. Torggler in Kalss/Torggler, Compliance 97 (100 f, 105 ff, 118, 125 ff); Adensamer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 84 Rz 23 f, Rz 28; Hasselbach/Ebbinghaus, AG 2014, 873 (875, 877 f); vgl tendenziell auch OGH 28.08.2014, 6 Ob 108/13w = ÖBA 2015, 53 (Seeber) = eclex 2015, 107 (Schoditsch) = Bollenberger, ZWF 2018, 74. Zum Ausscheiden der Ersatzpflicht, wenn eine Norm nur regulatorischen Charakter hat, J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 221. AA zB Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 253 (259 f), die aus der Verletzung einer außergesellschaftsrechtlichen Norm einen internen Sorgfaltsverstoß ableiten.

reichend komplex und mit Unsicherheit verbunden, sodass ein Beurteilungsspielraum besteht („*tatbestandlicher Ermessensspielraum*“), ist die Business Judgement Rule nach mE richtiger Ansicht anwendbar. Gleiches gilt mE, wenn auf der Rechtsfolgenseite ein gesetzlich eingeräumter Ermessensspielraum besteht.⁸⁵ *Hasselbach/Ebbinghaus* sprechen treffend von „*rechtlich vorgeprägten unternehmerischen Entscheidungen*“, bei denen zwar gesetzliche Vorgaben, nicht aber das konkret rechtlich korrekte Verhalten oder dessen Rechtsfolgen feststehen.⁸⁶ Auch der OGH hat schon in 6 Ob 160/15w bestätigt, dass es grundsätzlich Ermessensentscheidungen gibt, die zwar keine unternehmerischen Entscheidungen „*im eigentlichen Sinn*“ sind, für die aber derselbe haftungsfreie Beurteilungsspielraum wie nach der Business Judgement Rule gilt. Daraus kann gefolgert werden, dass die Business Judgement Rule bei jeder Entscheidung zur Anwendung gebracht werden kann, die keiner strengen (präzisen und abschließenden) Pflichtenbindung unterliegt, zumal wenn Abwägungsmaterial zusammenzutragen und verschiedene Interessen zu berücksichtigen sind.⁸⁷

Mit anderen Worten: Enthält eine Entscheidung sowohl gesetzgebundene als auch prognoseabhängige Elemente, kann die Business Judgement Rule für die prognoseabhängigen Entscheidungsteile zur Anwendung gebracht werden.⁸⁸ Es gibt daher Entscheidungen, die zwar durch gesetzliche Vorgaben gebunden, aber dennoch – innerhalb des vom Gesetz vorgezeichneten Rahmens – unternehmerische Entscheidungen sind. Die Verletzung zwingender rechtlicher Vorgaben ist grundsätzlich nicht vom Schutzschirm der Business Judgement Rule erfasst;⁸⁹ die Business Judgement Rule erkennt einen Freiraum für unternehmerische Entscheidungen nur, aber immerhin an, soweit dieser Freiraum vom zwingenden Recht ge-

währt wird. Entscheidungen, die innerhalb geltender Rechtsvorschriften einen legitimen Beurteilungs- und Ermessensspielraum ausnützen, sind aber auch unternehmerische Entscheidungen. Umgekehrt kann eine rechtlich ungebundene unternehmerische Grundsatz-Entscheidung in ihrer nachgelagerten Umsetzung wiederum in eine oder mehrere rechtlich gebundene Entscheidungen münden.⁹⁰

- Unabhängig von der Unterscheidung zwischen internen und externen Pflichten und der Differenzierung zwischen rechtlich gebundenen, unternehmerischen und rechtlich vorgeprägten unternehmerischen Entscheidungen hilft das Postulat der Legalitätspflicht jedenfalls nicht über die Frage hinweg, wie sich die Organwalter ohne haftungsbegründende Pflichtverletzung verhalten sollen, wenn die Rechtslage noch objektiv zweifelhaft (unklar/unsicher) ist. Dass sich diese Situation in der Praxis sehr häufig stellt, kann angesichts der Vielzahl nicht eindeutig formulierter Gesetzesbestimmungen, unbestimmter Rechtsbegriffe, gesetzlicher Regelungen mit Beurteilungsspielräumen und immer wieder neuer Gesetze, des häufig unklaren Zusammenspiels verschiedener gesetzlicher Regelungen und des gar nicht so seltenen Fehlens einschlägiger Rechtsprechung, Behördenpraxis und Literatur nicht verwundern.⁹¹

Ist die Rechtslage – auch nach Einholung von Expertenrat zur Ermittlung vertretbarer Rechtsmeinungen – zweifelhaft (unklar/unsicher), dürfen sich nach mE überzeugender Literaturmeinung⁹² die Organwalter grundsätzlich auf den für die Gesellschaft günstigeren Standpunkt stellen (soweit dieser Standpunkt rechtlich vertretbar ist). Allerdings müssen sie das Risiko, dass der Gesellschaft nachträglich eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, berücksichtigen und die Ausnützung einer zweifelhaften Rechtslage unterlassen, wenn sich aus einer Entscheidung zu Un-

85 *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 179, 182 mwN; vgl *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand Rz 41/12. Differenzierend *Hüffer/Koch* (AktG¹⁵ § 93 Rz 11) und *Fleischer* (in BeckOGK [01.02.2021] AktG § 93 Rz 88), die aber „*vergleichbare Spielräume*“ bzw „*Überlappungen*“ konzedieren. Ähnlich *Ch. Nowotny* in FS Koppensteiner III 193 (204 f) zu Situationen, in denen eine gesetzliche Handlungspflicht besteht, sodass keine Entscheidungsfreiheit besteht, ob überhaupt agiert wird.

86 *Hasselbach/Ebbinghaus*, AG 2014, 873 (875 f, 877 f).

87 *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 179, 182 mwN; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 31; ähnlich *P. Doralt/W. Doralt* in *Semler/u. Schenck/Wilsing*, HB Aufsichtsratsmitglieder⁵ § 16 Rz 101. Vgl auch *Karollus* in *Kodek*, Untreue NEU, 43 (67): Der Anwendungsbereich der Business Judgement Rule sei nicht auf unternehmerische Entscheidungen „im technischen Sinn“ zu beschränken: „*Jede Entscheidung, bei der dem Organmitglied ein Ermessensspielraum zukommt, ist potentiell nach § 84 Abs 1a AktG [...] zu beurteilen.*“

88 *Ibrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands² Rz 38/1524b.

89 OGH 25.04.2019, 6 Ob 35/19v unter beispielhafter Bezugnahme auf (*in concreto* stiftungsrechtliche) Organisationsvorschriften und Ausschüttungssperren.

90 *Brugger*, NZ 2016, 419.

91 Vgl *Hasselbach/Ebbinghaus*, AG 2014, 873 (876); *Ch. Nowotny* in FS Koppensteiner III 193 (204). Ähnlich auch *Leupold/Ramharter*, GesRZ 2009, 253 (264 f).

92 *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 128, 185; *Fleischer* in BeckOGK (01.02.2021) AktG § 93 Rz 36 ff; *Adensamer* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 84 Rz 26; *Graewelv. Harder*, BB 2017, 707 (710 ff); ähnlich zu Situationen, in denen eine gesetzliche Handlungspflicht besteht, sodass es keine Entscheidungsfreiheit gibt, ob überhaupt agiert wird, *Ch. Nowotny* in FS Koppensteiner III 193 (204 f).

gunsten der Gesellschaft unverhältnismäßig schwere Nachteile ergeben könnten und diese nicht unwahrscheinlich sind. Dies soll insbesondere auch dann gelten, wenn sich die Organwalter in einem Entscheidungsdilemma befinden, in dem sie entscheiden müssen, ohne mit Sicherheit zu wissen, was rechtens ist. Nach anderer Ansicht ist der Bezugspunkt für das Verhalten des Vorstands nicht *nur* das Wohl der Gesellschaft, sondern diesem *vorgelagert* das objektiv vertretbare Vertrauen darauf, dass dem Zweck der Vorschrift entsprochen wird, und somit die Rechtssicherheit.⁹³ Dieser postulierte Maßstab überspannt mE aber die Anforderungen an die gebotene Sorgfalt eines Organwalters, zumal sich das Handeln der Organmitglieder primär am Interesse der Gesellschaft und nicht in erster Linie an der abstrakten und umfassenden Wahrung der Rechtsordnung auszurichten hat.⁹⁴ Die Organe sind dem Interesse der Gesellschaft und dem Wohl des von ihr betriebenen Unternehmens verpflichtet,⁹⁵ wobei unter „Wohl des Unternehmens“ typischer Weise das Erzielen von Erträgen – noch allgemeiner gesprochen: das Tätigwerden am Markt – ohne Gefährdung der Zielsetzung des langfristigen Fortbestands verstanden wird.⁹⁶ Selbstverständlich geben der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand, die Gesetze, die Satzung und die rechtskonforme Organbeschlüsse den rechtlichen Rahmen für dieses Tätigwerden am Markt vor. Das kann aber nicht bedeuten, dass jede auch nur theoretisch anwendbare rechtliche Schranke bei sonstiger Haftung zu beachten ist. Praktisch gesprochen könnte das vorgelagerte Abstellen auf die Rechtssicherheit leicht zu völliger Selbstlähmung des Managements einer Gesellschaft führen, weil bei der Vorbereitung einer (allenfalls auch rasch zu treffenden) Entscheidung selten 100%ige Rechtssicherheit erreicht werden kann und häufig rechtliche Restrisiken verbleiben.⁹⁷ Überzeugender erscheint daher die in der deutschen Literatur im Vordringen befindliche Meinung (die letztlich wieder zum Unternehmenswohl als Bezugspunkt zurückführt), dass die Organwalter bei zweifelhafter Rechtslage eine Abwägungsentscheidung zu treffen haben, in die folgende Kriterien einfließen sollen: (1.) die Wahrscheinlichkeit der

Rechtmäßigkeit aus *ex ante*-Sicht, (2.) das Gewicht der drohenden Nachteile bei Verzicht auf die fragliche Handlung und (3.) die Schwere der drohenden Rechtsgutsverletzung, wenn der eingenommene Rechtsstandpunkt sich als fehlerhaft erweist.⁹⁸ Zusammenfassend besteht somit jedenfalls eine herrschende Lehrmeinung, dass die Legalitätspflicht in ihrer vollen Strenge nur bei hinreichend klarer (eindeutiger) Rechtslage eingreifen kann.⁹⁹

Diese Ansicht wird auch dadurch unterstützt, dass sich in sie auch gewisse Aussagen des OGH einfügen. So hat der 6. Senat schon in 6 Ob 198/15h – *AE&E II* ausgesprochen: „*Ein Konflikt [der aus einer betrieblichen Notwendigkeit] für sie als Organe der Kommanditgesellschaft resultierenden Verpflichtungen mit einem allenfalls für sie noch nicht sicher erkennbaren Verbot könnte ihnen [...] insoweit zum Vorteil gereichen, als ihre Abwägungsentscheidung nicht durch sachfremde – etwa eigene – Interessen beeinflusst wurde (vgl allgemein zu der bei klaren rechtlichen Verpflichtungen naturgemäß nicht anwendbaren Business Judgement Rule 6 Ob 160/15w)*“ (Hervorhebungen hinzugefügt). Diese zarten Andeutungen werden in der nun vorliegenden Entscheidung bestätigend verstärkt, wenn es dort heißt: „*Keine Rechtswidrigkeit besteht, wenn eine Frage in bilanzrechtlicher, betriebswirtschaftlicher oder prüfungstechnischer Sicht strittig ist und der Abschlussprüfer eine objektiv vernünftige Rechtsmeinung vertreten hat. [...] Damit stellt sich im vorliegenden Fall die Frage, ob die Rechtslage zur Einlagenrückgewähr im März 2009 so eindeutig war, dass die Beklagte bei Verneinung einer solchen keinesfalls eine objektiv vernünftige Rechtsmeinung vertreten hat.*“ (ErwGr 49; Hervorhebungen hinzugefügt).

Insgesamt ist die Unterscheidung zwischen unternehmerischen und rechtlich gebundenen Entscheidungen somit im Grundsatz hilfreich. Entgegen der apodiktischen Annahme, dass auf rechtlich gebundene Entscheidungen die Business Judgement Rule gänzlich unanwendbar sei, ist aber von einer deutlich vielschichtigeren Betrachtungsweise auszugehen, nach der die Business Judgement Rule durchaus auch für rechtlich gebundene Entscheidungen relevant ist, soweit sich Auslegungs- oder Beurteilungsspielräume ergeben.

93 *Winner in Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand Rz 41/12; *Ch. Nowotny* in FS Koppensteiner III 193 (203 ff).

94 *Hasselbach/Ebbinghaus*, AG 2014, 873 (877); *Adensamer/Sternig/Wöss* in *Adensamer/Mitterecker*, HB Gesellschafterstreit Rz 9/14.

95 *Told* in FS Koppensteiner III, 339 (346 f); ähnlich *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 70 Rz 91.

96 *Ch. Nowotny* in FS Koppensteiner III, 193 (195); vgl *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand Rz 41/31; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 36.

97 *Hasselbach/Ebbinghaus*, AG 2014, 873 (876, 877 ff).

98 *Hüffer/Koch*, AktG¹⁵ § 93 Rz 45a; *Verse*, ZGR 2017, 174 (181 ff, 190, 194 f). Vgl *Hasselbach/Ebbinghaus*, AG 2014, 873 (879).

99 *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 209; *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand Rz 41/12; *Ch. Nowotny* in FS Koppensteiner III 193 (201 f, 204); *U. Torggler* in *Kalss/Torggler*, Compliance 97 (101, 126 f); *Adensamer* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 84 Rz 26. Vorsichtig in diese Richtung auch *Karollus* in *Kodek*, Untreue NEU 43 (65 FN 109).

Zusammenfassung

Ein Vorgang, der isoliert betrachtet eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt, kann im Zuge der Einbettung in einen Gesamtplan mit geeigneten Ausgleichsmaßnahmen verknüpft und dadurch gerechtfertigt werden. Dieses Prinzip gilt nach zustimmungswürdiger Ansicht des OGH auch für verdeckte Kapitalgesellschaften (unechte Personengesellschaften). Eine solche vom OGH in 6 Ob 207/20i grundsätzlich anerkannte und in der Praxis bestens bewährte Ausgleichsmaßnahme ist die Sachdividende. Ist die Realteilung einer GmbH (AG) & Co KG durch eine Sachdividende – oder eine Sachkapitalherabsetzung – legitimiert, bedarf es nach überzeugender Ansicht keiner weiteren Ausgleichsmaßnahmen; das SpaltG ist nicht analog anwendbar. Ist eine Sachdividende/Sachkapitalherabsetzung nicht möglich oder nicht ausreichend, kann die Realteilung der GmbH (AG) & Co KG unter freiwilliger analoger Anwendung des SpaltG bewerkstelligt werden.

Während eine Ausgleichsmaßnahme planvoll mit einer kritischen Maßnahme verknüpft wird, um sie zu legitimieren, geht es bei der Sanierung darum, eine bereits geschehene Verletzung der Kapitalerhaltungsregeln nachträglich zu heilen. Der OGH bestätigt in 6 Ob 207/20i, dass eine solche Sanierung grundsätzlich rückwirkend möglich ist, etwa indem die Gesellschaft mit ihren Ansprüchen aus Einlagenrückgewähr gegen Forderungen eines Anteilseigners (zB Dividendenforderungen) aufrechnet. Freilich kann ein wegen Verletzung der Kapitalerhaltungsregeln gänzlich nichtiges Geschäft mit seinen Erträgen nicht selbst seine eigene Heilung herbeiführen. Anderes kann mE bei bloß teilnichtigen Geschäften gelten. Nach Ansicht des OGH muss der Abschlussprüfer bei jedem erkennbaren Verstoß gegen

das Verbot der Einlagenrückgewähr die Redepflicht ausüben, wobei er das Thema der Einlagenrückgewähr explizit adressieren muss.

Umfasst der Jahresabschluss Vorgänge, die einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln darstellen, folgt daraus mE nur dann eine Nichtigkeit des Jahresabschlusses, wenn der Verstoß quantitativ und qualitativ wesentlich ist und dadurch in unrichtiger Weise ein zu hohes Ausschüttungspotential erzeugt wird.

Der Abschlussprüfer haftet, wenn er die geltende Rechtslage und herrschende Rechtsprechung schuldhaft verkennt. Die OGH-Rechtsprechung darf aber mE so verstanden werden, dass bei vereinzelter – noch nicht ständiger – Rsp oder wohl auch bei ständiger Judikatur, die aber noch Detailfragen offen lässt, die fundierte Bildung einer eigenen Rechtsmeinung haftungsbefreiend ist, selbst wenn sie letztlich nicht von der zukünftigen ständigen bzw detaillierten Rechtsprechung bestätigt wird.

Entgegen der apodiktischen Annahme, dass auf rechtlich gebundene Entscheidungen der Schutzschirm der Business Judgement Rule gänzlich unanwendbar sei, ist von einer deutlich vielschichtigeren Betrachtungsweise auszugehen, nach der die Business Judgement Rule durchaus auch für rechtlich gebundene Entscheidungen relevant ist, soweit sich Auslegungs- oder Beurteilungsspielräume ergeben. Die Prinzipien der Business Judgement Rule sind mE insbesondere auch dann nutzbar, wenn die Rechtslage (noch) nicht eindeutig ist.

Korrespondenz:

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