

# Begebung von Bankgarantien durch Kapitalgesellschaften zugunsten ihrer derzeitigen und ehemaligen unmittelbaren wie mittelbaren Gesellschafter im Rahmen einer Spaltung gem SpaltG

Verpflichtet sich die Obergesellschaft einer an einer Spaltung beteiligten Gesellschaft zum Zweck der Besicherung der Spaltungshaftung zur Beauftragung einer Bankgarantie, und wird diese vertragliche Verpflichtung dann von der spaltungsbeteiligten Gesellschaft selbst übernommen und umgesetzt, verstößt dieser Vorgang prima facie gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Eine in diesem Sinne verbotswidrige Bankgarantie ist im Verhältnis zu Gesellschaftern und unechten Dritten mit absoluter Nichtigkeit bedroht und ist nicht zu honorieren. Zahlt das Kreditinstitut dennoch aus, steht ihm bei Verletzung seiner Nachforschungsobliegenheiten kein Aufwandsersatzanspruch gegen den Auftraggeber zu.

**Deskriptoren:** Entflechtende Spaltung, Besicherung der Spaltungshaftung durch Bankgarantien, verdeckte Einlagenrückgewähr, Nichtigkeit des Deckungsverhältnisses.  
**Normen:** § 82 GmbHG; § 52 AktG; § 15 SpaltG; § 1014 ABGB.

Von Friedrich Rüffler und  
 Heinrich Foglar-Deinhardstein

## 1. Problemstellung

In der Praxis lässt sich beobachten, dass sich die an einer Spaltung (gemäß dem SpaltG) beteiligten Gesellschaften wechselseitig ihre Ansprüche aus der Spaltungshaftung zusätzlich durch Bankgarantien oder andere Instrumente besichern lassen. Bei der Bestellung derartiger Besicherungen ist auf beteiligungsmäßige Verflechtungen zwischen den spaltungsbeteiligten Gesellschaften Bedacht zu nehmen. Kommt es nämlich diesbezüglich zu Unachtsamkeiten, können diese weitreichende Konsequenzen für die beteiligten Gesellschaften nach sich ziehen. Grundsätzlich rechtlich risikolos ist es, wenn vertraglich vorgesehen wird, dass die Bankgarantie durch die Mutter der zu spaltenden Gesellschaft beauftragt wird. Fehlt es dieser Mutter (etwa bedingt durch ihre reine Holdingfunktion) jedoch an der notwendigen Bonität, liegt die Versuchung nahe, dass die jeweilige Bankgarantie (nach erfolgter Spaltung und Unterfertigung der entsprechenden Nebenvereinbarungen) durch den Primärschuldner iSd § 15 SpaltG selbst beauftragt wird.

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen Bankgarantien, ausgestellt durch

den Primärschuldner, dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen können, und ob ein allfälliger Verstoß auch gegenüber dem ehemaligen Gesellschafter wie auch gegenüber dem ausstellenden Kreditinstitut wirkt.

Den Untersuchungen in diesem Beitrag liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die A AG ist eine österreichische Aktiengesellschaft. Vor der gesellschaftsrechtlichen Trennung sind am Grundkapital der A AG mit je 50% die AA GmbH und die BB GmbH beteiligt. Durch die „wirtschaftliche Aufspaltung“ der A AG soll ihr Vermögen auf die beiden Aktionäre AA GmbH und BB GmbH aufgeteilt werden. Zu diesem Zweck werden zwei Spaltungen im Sinne des SpaltG durchgeführt. In Spaltung I wird aus der CC GmbH, die eine 100%ige Konzerntochter der A AG ist, Vermögen im Wege der Spaltung zur Aufnahme sowohl auf die Mutter A AG als auch auf eine Tochter der CC GmbH, die C Project GmbH, als übernehmende Gesellschaften übertragen. Mit Spaltung II wird aus der CC GmbH der gesamte Geschäftsanteil an der C Project GmbH auf die C NewCo, eine 100%ige Tochter der BB GmbH, als übernehmende Gesellschaft übertragen. Spaltung II ist eine nicht verhältnismäßige, entflechtende Spaltung, sodass es zu keiner Anteilsgewähr zu Gunsten der A AG an der C NewCo kommt.<sup>1</sup>

In einem begleitenden Abtretungsvertrag wird vereinbart, dass zum Zeitpunkt des Vermögensübergangs von der CC GmbH auf die C NewCo im Zuge der Spaltung II alle von der BB GmbH an der A AG gehaltenen Aktien auf die AA GmbH übergehen.

In der Entflechtungsvereinbarung wird ein besonderer Mechanismus als Absicherung der Vertragspartner davor vorgesehen, dass eine spaltungsbeteiligte Gesellschaft der

<sup>1</sup> Zur Vermeidung einer Entreicherung der A AG ist ein geeigneter Wertausgleich herzustellen (vgl. H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 144 mwN).

einen Gruppe als gemäß § 15 SpaltG solidarisch haftende Gesellschaft für eine Verbindlichkeit in Anspruch genommen wird, die einer spaltungsbeteiligten Gesellschaft der anderen Gruppe als Primärschuldnerin zugewiesen worden ist. Die Absicherung soll durch Bankgarantien erfolgen, die die Verbindlichkeiten der jeweiligen Primärschuldnerin gegenüber der Solidarschuldnerin im Umfang der Solidarhaftung gemäß § 15 SpaltG besichern, wodurch im Ergebnis das Risiko der Solidarschuldnerin aus § 15 SpaltG wegfällt. Gemäß dieser Entflechtungsvereinbarung wären zur Beauftragung dieser Bankgarantien die AA GmbH und die BB GmbH verpflichtet.

Die Ausstellung der Bankgarantien auf Seiten der AA-Gruppe wird jedoch in Folge nicht durch die AA GmbH, sondern durch A AG bzw CC GmbH beauftragt, weil die Bank die AA GmbH als reine Holding nicht als Garantiekreditnehmer akzeptiert. Die Bankgarantien werden auch nicht zugunsten der C NewCo bzw der C Projekt GmbH, sondern zugunsten der BB GmbH bestellt. Die BB GmbH soll in der Lage sein, die Bankgarantie zu ziehen, wenn ihre Tochter C NewCo aus der Spaltungshaftung in Anspruch genommen wird.

## 2. Rechtliche Würdigung

### 2.2. Verbot der Einlagenrückgewähr

#### 2.2.1. Tatbestand

Der Tatbestand des Verbots der Einlagenrückgewähr ist im GmbHG und im AktG in den hier relevanten Aspekten ident, sodass ein potentieller Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr durch eine GmbH und/oder AG zusammen behandelt werden kann. Gemäß § 82 Abs 1 GmbHG und § 52 AktG haben die Gesellschafter einer GmbH sowie Aktionäre einer AG lediglich Anspruch auf Auszahlung ihrer Gewinnanteile. Abgesehen von den Fällen der Kapitalherabsetzung und der Auszahlung eines Liquidationserlöses dürfen ihnen demnach außerhalb der Gewinn-

verteilung keine vermögenswerten Leistungen zukommen. Verboten sind nicht nur offene Ausschüttungen, sondern eben auch die sog verdeckte Einlagenrückgewähr. Darunter versteht man vereinfacht gesprochen Vermögenszuwendungen, die in ein Austauschgeschäft zwischen Gesellschafter und Gesellschaft gegossen sind, wobei der Gesellschafter für seine Leistung ein „Zuviel“ an Gegenleistung erhält<sup>2</sup>. Unzulässig ist – wie es der OGH und die Literatur formulieren – jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter in Vertragsform oder auf andere Weise, der den Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses zulasten des gemeinsamen Sondervermögens bevorteilt<sup>3</sup>. Gleichgültig ist, ob die Vermögensauskehr in der Handelsbilanz der Gesellschaft einen Niederschlag findet<sup>4</sup>.

Ob ein solcher Vermögenstransfer durch verdeckte Leistungen einer Gesellschaft vorliegt, kann sich zunächst aus einem objektiven Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ergeben. So kann insbesondere vorgegangen werden, wenn Waren oder Dienstleistungen mit Markt- oder Börsenpreisen ausgetauscht werden. Lassen sich solche Preise jedoch nicht ermitteln, muss auf den Drittvergleich zurückgegriffen werden. Zu fragen ist, ob ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer dieses Geschäft zu eben diesen Konditionen auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hätte<sup>5</sup>. Das Ergebnis des Vergleichs kann jedoch auch lauten, dass, obwohl ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, dennoch kein Verbotsvorstoß vorliegt. Wird dargelegt, dass ein sorgfältiger Geschäftsführer das Geschäft trotz objektiver Unausgeglichenheit auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hätte, dann ist die mit der Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung verknüpfte Vermutung eines verpönten Gesellschaftergeschäftes widerlegt<sup>6</sup>. Hier kommt die sog betriebliche Rechtfertigung zum Tragen. Kann dargestellt werden, dass betriebliche, im Eigeninteresse der Gesellschaft liegende Gründe vorliegen, die auch einen sorgfältig handelnden Geschäftsführer veranlassen hätten, das Geschäft mit einem gesellschaftsfremden Dritten abzuschließen, liegt kein Verbotsvorstoß vor<sup>7</sup>. Letztendlich

2 Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014) 1, 57 ff; Koppensteiner/Rüdfler, GmbHG<sup>3</sup> (2007), § 82 Rn 12 ff; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> (2017), Rn 4/407 ff; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 116 ff.  
3 OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z, GES 2011, 491 = RWZ 2011, 355 mit Anm Wenger; 29.9.2010, 7 Ob 35/10p, GES 2010, 217 = GesRZ 2011, 110 mit Anm Karollus; 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBl 2006 mit Anm Artmann = ÖBA 2006, 293 mit Anm Karollus; 22.10.2003, 3 Ob 287/02f, wbl 2004, 192; 20.1.2000, 6 Ob 288/99t, wbl 2000, 330; Koppensteiner/Rüdfler, GmbHG<sup>3</sup>, § 82 Rn 15; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 119.  
4 OGH jeweils aaO; Karollus, Einlagenrückgewähr (FN 1) 60 ff.  
5 Vgl zB OGH 16.11.2012, 6 Ob 153/12m, GesRZ 2013, 99 mit Anm Krejci; 4.3.2013, 8 Ob 20/13v, GesRZ 2013, 286 mit Anm

Milchrahm; Artmann in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> (2019), § 52 Rn 11 ff; Koppensteiner/Rüdfler, GmbHG<sup>3</sup>, § 82 Rn 15.  
6 OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z, GES 2011, 491 = RWZ 2011, 355 mit Anm Wenger; 29.9.2010, 7 Ob 35/10p, GES 2010, 217 = GesRZ 2011, 110 mit Anm Karollus; 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBl 2006, 388 mit Anm Artmann = ÖBA 2006, 293 mit Anm Karollus; 20.1.2000, 6 Ob 288/99t, wbl 2000, 330; Koppensteiner/Rüdfler, GmbHG<sup>3</sup>, § 82 Rn 16.  
7 Grundlegend OGH 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBl 2006, 388 mit Anm Artmann = ÖBA 2006, 293 mit Anm Karollus; ferner 14.9.2011, 6 Ob 29/11z, GES 2011, 491 = RWZ 2011, 355 mit Anm Wenger; 29.9.2010, 7 Ob 35/10p, GES 2010, 217 = GesRZ 2011, 110 mit Anm Karollus; 16.11.2012, 6 Ob 153/12m, GesRZ 2013, 99 mit Anm Krejci; 22.12.2016, 6 Ob 232/16k, GesRZ 2017, 116 mit Anm Zehetner; 20.11.2018, 10 Ob 86/18x; 2.5.2019, 17 Ob 5/19p.

kommt es damit ausschließlich auf den Fremdvergleich und das daraus abgeleitete Ergebnis an. Die betriebliche Rechtfertigung muss nicht als ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal, sondern kann als ein immanenter Bestandteil des Fremdvergleichs gesehen werden<sup>8</sup>.

Das Verbot umfasst Leistungen der Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter. Aber auch Leistungen an ehemalige oder zukünftige Gesellschafter sind verboten, wenn sie im Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung erfolgen (i.e. *causa societatis*)<sup>9</sup>. Von besonderer praktischer Bedeutung sind Leistungen im konzernalen Verbund. Auch eine Leistung an eine andere Konzerngesellschaft als die (un)mittelbar beteiligte Mutter ist vom Verbot erfasst, jedenfalls dann wenn sie vom Gesellschafter (der Konzernmutter) veranlasst worden ist<sup>10</sup>. Erklären lässt sich dies durch den Umstand, dass diesfalls eine veranlassende Mutter die Leistungswege lediglich „abgekürzt“ hat. Hätte die Konzernobergesellschaft verlangt, dass die Leistung – in einem ersten Schritt – an sie selbst zu erbringen ist, damit sie diese in einem weiteren Schritt an eine andere Konzerngesellschaft weiterleiten kann, wäre der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr evident. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Veranlassung vermutet werden kann, ist ebenso noch nicht endgültig geklärt wie die Frage, ob es einer Veranlassung überhaupt bedarf<sup>11</sup>. Einigkeit besteht uE jedenfalls dahingehend, dass es einer Veranlassung dann nicht bedarf, wenn eine Enkelin an ihre Großmutter leistet<sup>12</sup>. Wie bemerkt, haben A AG und CC GmbH ihren unmittelbaren und mittelbaren Gesellschafter AA GmbH von einer vertraglichen Verpflichtung, nämlich jener zur Stellung einer Bankgarantie, befreit. Befreit aber eine Gesellschaft ihren unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafter von einer Verbindlichkeit, nämlich *in concreto* von der Verpflichtung zur Stellung einer Bankgarantie im Zuge einer Spaltung, wird sie mit Kosten und Gebühren und einem allfälligen Aufwandsersatzanspruch bei Abruf der Garantie (§ 1014 ABGB) belastet, und ihr unmittelbarer bzw mittelbarer Gesellschafter eben dadurch be-

günstigt. Da die Gesellschaft belastet und die Gesellschafter begünstigt (da entlastet) werden, ist mangels Ausgleichsmaßnahmen ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu bejahen – auch in der Übernahme einer Verbindlichkeit (oder Eventualverbindlichkeit), die der Sphäre eines Gesellschafters zuzuordnen ist, durch die GmbH, kann nämlich ein verpönter Vermögenstransfer liegen.<sup>13</sup> Der Umstand, dass die AA GmbH zur CC GmbH nicht unmittelbarer, sondern bloß mittelbarer Gesellschafter ist, ändert an diesem Umstand nichts. Auf eine Veranlassung dürfte es in dieser Konstellation nicht ankommen. Darüber hinaus ist es kaum denkbar, dass CC GmbH aus Eigenem, ohne Wissen und Willen der AA GmbH, die entsprechende Bankgarantie beauftragt hat.

Der Qualifikation als verbotene Einlagenrückgewähr könnte der Umstand entgegenstehen, dass durch die Bankgarantie Schulden besichert werden, für die die jeweilige Gesellschaft selbst als Primärschuldnerin gemäß § 15 SpaltG haftet. Zu bedenken ist jedoch, dass zwar durch die Ziehung der Bankgarantie und Befriedigung eines Schuldners auch die Primärschuld der Gesellschaft verringert wird; allerdings ist die Gesellschaft diesfalls auch einem Aufwandsersatzanspruch der beauftragten Bank gem § 1014 ABGB ausgesetzt.<sup>14</sup> Es verbleibt außerdem die Übernahme der Kosten und Gebühren der Bankgarantie sowie des Risikos, dass die Bankgarantie zu Unrecht gezogen und damit gar keine Schuld, für die sie als Primärschuldner haftet, vermindert wird. Diese wirtschaftlichen Risiken wären nach der Entflechtungsvereinbarung von der AA GmbH zu tragen gewesen. Auch wenn die beauftragende Gesellschaft (A AG und CC GmbH) bei missbräuchlicher Ziehung der Bankgarantie einen Schadersatzanspruch gegen den Begünstigten hätte,<sup>15</sup> so wird ihr dadurch doch ein Insolvenzrisiko bzw. eine gegebenenfalls mühsame Rechtsverfolgung aufgebürdet. Argumentieren ließe sich allenfalls, dass deswegen kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorliegt, weil die beauftragende Gesellschaft

8 OGH 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBl 2006 mit Anm Artmann = ÖBA 2006, 293 mit Anm Karollus; Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>3</sup>, § 52 Rn 13, 19; Artmann, Urteilsanmerkung, JBl 2006, 392; M. Doralt, Management Buyout (2001) 135 ff; anders noch Sauerer, Sicherheitsleistungen zugunsten eines Gesellschafters, RdW 1998, 593 ff, 596.

9 OGH 1.9.2010, 6 Ob 132/10w, GesRZ 2011, 47 mit Anm Rüdfler; 13.9.2012, 6 Ob 110/12p, GesRZ 2013, 38 mit Anm U. Torggler; 15.12.2014, 6 Ob 14/14y – Humanitas, GesRZ 2015, 130 mit Anm Karollus; 29.8.2017, 6 Ob 114/17h, GesRZ 2018, 50 mit Anm Karollus; 17.1.2018, 6 Ob 199/17h, GesRZ 2018, 179 mit Anm Durstberger; 20.12.2018, 6 Ob 195/18x – Leiner, ZFS 2019, 8 mit Anm Karollus; Karollus, Einlagenrückgewähr (FN 1) 33 f; Koppensteiner/Rüdfler, GmbHG<sup>3</sup>, § 82 Rn 18.

10 OGH 6 Ob 288/99t, GesRZ 2000, 89; 3 Ob 287/02f, wbl 2004, 192; 7 Ob 35/10p, GES 2010, 217; 6 Ob 29/11z, GES 2011, 491.

11 Koppensteiner/Rüdfler, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 18; Rüdfler in Kalss/Rüdfler, Eigenkapitalersatz 128 ff. Grundlegend Cabn, Kapitalerhaltung im Konzern (1998), insb 31 ff.

12 Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG (Stand 1.12.2017), § 82 Rn 85; Karollus, Einlagenrückgewähr (FN 1) 32; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> (2019), § 82 Rn 20.

13 Kalss in Konecny, Insolvenz-Forum 2015, 125 (127); Stanek, GesRZ 2018, 158 (160); H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 13.

14 Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht V<sup>2</sup> (2009), Rn 3/67; Zöchling-Jud in von Westphalen/Zöchling-Jud, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr<sup>4</sup> (2014), Kapitel I Rn 13.

15 Zöchling-Jud in von Westphalen/Zöchling-Jud, Die Bankgarantie<sup>4</sup>, Kapitel I Rn 55.

letztlich eine Sicherheit für eine materiell eigene Schuld – nämlich die ihr gemäß § 15 SpaltG zugeordneten Verbindlichkeiten – bestellt.<sup>16</sup> Dieser Aspekt ändert aber nichts daran, dass die Beauftragung der Bankgarantie vertragliche Pflicht der AA GmbH gewesen wäre; das Argument, dass materiell eine eigene Schuld besichert wird, könnte uE daher nur dann als tragfähig erachtet werden, wenn den Auftraggeberinnen der Bankgarantien im Innenverhältnis ein werthaltiger (insb ausreichend besicherter) Binnenanspruch gegen die AA GmbH zustünde. Selbst wenn aber zB gemäß § 1042 oder § 1422 ABGB (unbesicherte und daher wohl nicht werthaltig) Binnenansprüche der A AG und der CC GmbH gegen die AA GmbH bestünden, bliebe es immer noch dabei, dass der A AG und der CC GmbH das Insolvenzrisiko der AA GmbH und die Eintreibungslast aufgebürdet worden wäre.<sup>17</sup>

A AG und CC GmbH haben also zur Befriedigung einer Verbindlichkeit ihrer unmittelbaren und mittelbaren Gesellschafterin Kosten aufgewendet und Risiken übernommen. Eine Gegenleistung dafür haben sie nicht erhalten. Eine betriebliche Rechtfertigung ist nicht ersichtlich. Vielmehr hätte ein sorgfältiger Geschäftsführer einem gesellschaftsfremden Dritten nicht die Verpflichtung abgenommen, eine Bankgarantie zu beauftragen, und die Übernahme fremder Verbindlichkeiten ist auch keine konzerntypische Vereinbarung.<sup>18</sup> Die Beauftragung der Bankgarantie kann daher den Voraussetzungen des Drittvergleichs nicht standhalten.

Zudem liegt auch im Verhältnis zur BB GmbH ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor. Auch wenn die Bankgarantien gelegt worden sind, als BB GmbH als unmittelbare Gesellschafterin der A AG und als mittelbare Gesellschafterin der CC GmbH bereits ausgeschieden war, so ist diese Leistung ohne Zweifel im Zusammenhang mit ihrer Gesellschafterstellung und somit *causa societatis* er-

folgt. Auch die Bestellung von Sicherheiten für einen ehemaligen Gesellschafter stellt einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr dar.<sup>19</sup>

## 2.2.2. Rechtsfolgen

Primäre Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ist ein Rückerstattungsanspruch gegen den begünstigten Gesellschafter (§ 83 Abs 1 GmbHG, § 56 Abs 3 AktG). Im vorliegenden Fall zielt der Anspruch darauf, von der Position als Auftraggeber einer Bankgarantie „befreit“ zu werden.<sup>20</sup> Hat der Auftraggeber bereits Zahlungen geleistet, so richtet sich der Anspruch zudem auf Ersatz derselben.

Bei Begünstigung des mittelbaren Gesellschafter richtet sich der Anspruch auch gegen diesen<sup>21</sup>. Wurden sowohl gegenwärtige als auch ehemalige Gesellschafter begünstigt, so besteht gegenüber beiden ein belastbarer Anspruch. Wesentliche Folge daraus ist uE, dass ein ehemaliger Gesellschafter, zugunsten dessen eine Bankgarantie unter Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr begeben wurde, diese nicht abrufen darf. Denn das widerspräche der Verpflichtung, den Geschädigten eben von jener Bankgarantie zu befreien. Nach stRsp sind darüber hinaus Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, nichtig<sup>22</sup>. Das betrifft aber zunächst nur das Verhältnis Gesellschaft zum unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafter. Das Auftragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und den Banken (also das Deckungsverhältnis) ist davon zunächst nicht betroffen. Denn die Banken sind von den Kapitalerhaltungsregeln nicht erfasste echte Dritte<sup>23</sup> und daher kann die Nichtigkeit nicht ohne Weiteres aus einem Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln folgen.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist außerdem nicht ein gesamter Vertrag, der gegen das Verbot der Einlagen-

16 Vgl zur Sicherheitenbestellung für eine materiell eigene Schuld H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 107.

17 Vgl zur Forderungseinlösung H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2017, 264 (266).

18 Zur betrieblichen Rechtfertigung bei konzerntypischen Vereinbarungen am Beispiel Cash Pooling OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p NZ 2019, 222 (H. Foglar-Deinhardstein).

19 Vgl OGH 1.9.2010, 6 Ob 132/10w, GesRZ 2011, 47 (Rüdler) = EvBl 2011, 167 (Feuchtmüller) = immolex 2011, 146 (Cerba); 14.9.2011, 6 Ob 29/11z, RWZ 2011, 355 (Wenger) = GesRZ 2012, 122 (U. Torggler) = ÖBA 2012, 460 (Bollenberger) = ZFR 2012, 185 (Köppl); 13.9.2012, 6 Ob 110/12p, GesRZ 2013, 38 (U. Torggler) = RWZ 2012, 321 (Wenger); 15.12.2014, 6 Ob 14/14y – Humanitas, NZ 2015, 107 (Till) = ecolex 2015, 128 (Brugger) = GesRZ 2015, 130 (Karollus) = Reisch/Hampel, ZIK 2015, 91 = Hermann, GES 2016, 394; 29.8.2017, 6 Ob 114/17h, wbl 2017, 655 (Harrer) = GesRZ 2018, 50 (Karollus) = EvBl 2018, 224 (Told) = Bollenberger, Zak 2018, 24; 17.1.2018, 6 Ob 199/17h, ecolex 2018, 433 (Kapsch) = Zebentmayer, ZFR 2018, 218 = GesRZ 2018, 179 (Durstberger) = Chladek/GraffSeeber, GesRZ 2018, 221;

20.12.2018, 6 Ob 195/18x – Leiner, ZFS 2019, 8 (Karollus) = Dejaco, NZ 2019, 81 = P. Csoklich/P.N. Csoklich, GesRZ 2019, 54 = GesRZ 2019, 193 (Kals); Köppl in Torggler, GmbHG § 82 Rz 11; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 20; Karollus in Leitner, HB vGA2, 1 (33 f); Kals in Konecny, Insolvenz-Forum 2015, 125 (129); Koppensteiner, GesRZ 2017, 6 (12).

20 Der Rückersatzanspruch richtet sich primär auf Naturalrestitution. Vgl H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 83 Rz 12 mwN.

21 Karollus, Einlagenrückgewähr (FN 1) 36 f; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 83 Rz 10.

22 Vgl etwa OGH 6 Ob 14/14y, GesRZ 2015, 130 mit Anm Karollus; 3 Ob 167/16d, NZ 2017, 3.

23 Zur Unterscheidung zwischen echten und unechten Dritten vgl OGH 20.12.2018, 6 Ob 195/18x – Leiner, ZFS 2019, 8 (Karollus) = Dejaco, NZ 2019, 81 = P. Csoklich/P.N. Csoklich, GesRZ 2019, 54 = GesRZ 2019, 193 (Kals); Köppl, Das Verbot der „Einlagenrückgewähr“ 2, 49 ff, 104 ff, 111 ff, 127, 159; Kals in Konecny, Insolvenz-Forum 2015, 125 (129); Kals in Kals/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/1042; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 74 ff.

rückgewähr verstößt, nichtig, sondern beschränkt sich die Rechtsfolge auf die Teilnichtigkeit desselben. Diesfalls richtet sich auch der Rückerstattungsanspruch nur auf den verbotswidrigen Teil der Leistung<sup>24</sup>. Auch im Verhältnis zu echten Dritten könnte diese Beschränkung Bedeutung haben, wenn auch dort, soweit ersichtlich, immer nur die gänzliche Unwirksamkeit vom OGH angenommen worden ist<sup>25</sup> (was wegen der Rechtsgrundlage der Unwirksamkeit, des Fehlens der Vertretungsmacht, auch folgerichtig erscheint<sup>26</sup>). *In concreto* muss im vorliegenden Fall die Frage beantwortet werden, ob nur die Tragung der Kosten und Gebühren für die Bankgarantie durch den Primärschuldner gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, und somit die Beauftragung der Bankgarantie isoliert – bei voller Kostenübernahme durch einen (aktuellen, ehemaligen oder mittelbaren) Gesellschafter – nicht als Verstoß zu qualifizieren wäre.

Im Sinne einer jüngst bestätigten Linie der OGH-Rsp<sup>27</sup> und der überwiegenden Literaturmeinung<sup>28</sup> ist uE für die Beurteilung, ob Gesamt- oder Teilnichtigkeit vorliegt, primär auf den Verbotszweck abzustellen. Auf den hypothetischen Parteiwillen kann es freilich immerhin ankommen, soweit dem der Normzweck nicht entgegensteht.<sup>29</sup> Der Normzweck von § 82 GmbHG (bzw § 52 AktG) ist iSd Gläubigerschutzes zwar nicht in erster Linie auf gegenständliche Sicherung des Gesellschaftsvermögens, sondern primär auf wertmäßige Wiederherstellung des Vermögens der Gesellschaft gerichtet.<sup>30</sup> Ob aber dem Gläubigerschutz durch Gesamtnichtigkeit, die zu vollständiger Rückabwicklung führt, oder durch Teilnichtigkeit, die in einer Wertausgleichshaftung resultiert, besser gedient ist, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu be-

urteilen.<sup>31</sup> Zu fragen ist, ob ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer das fragliche Geschäft überhaupt nicht oder dem Grunde nach schon, aber zu anderen Konditionen abgeschlossen hätte.<sup>32</sup> Konkret auf den gegenständlichen Sachverhalt ist daher zu prüfen, ob ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer des Primärschuldners die Beauftragung der Bankgarantie(n) auch für den Fall übernommen hätte, wenn er die dafür entstehenden Kosten durch seinen Gesellschafter ersetzt bekommen hätte. Die Frage uE ist zu verneinen. Denn selbst eine solche vertragliche Zusicherung, nämlich die Kosten zu ersetzen, kann den Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht vermeiden. Bei einem rechtmäßigen Abruf der Bankgarantie, wenn also ein Gläubiger gemäß § 15 Abs 1 SpaltG von der mithaftenden spaltungsbeteiligten Gesellschaft Zahlung verlangt, wird diese zwar von ihrer Primärschuld befreit, doch bleibt das Risiko eines unberechtigten Abrufs der Bankgarantie und somit einer Inanspruchnahme durch das Kreditinstitut gemäß § 1014 ABGB, ohne dass der Primärschuldner diesfalls einen Vorteil hätten, trotzdem bestehen. Zudem bestünde nach wie vor das Risiko einer nachfolgenden Verweigerung des Kostenersatzes und das Insolvenzrisiko (im konkreten Fall evident, nachdem die mangelnde Bonität des eigentlich Verpflichteten ja erst zur dieser Situation geführt hat). Man muss uE sohin davon ausgehen, dass der Primärschuldner auch gegen Kostenersatz, eine Bankgarantie nicht beauftragt hätte. Vergleiche lassen sich zu den vom OGH entschiedenen Fällen eines Mietvertrages mit einem zu hohen Mietzins nicht ziehen<sup>33</sup>. Die vom OGH zu beurteilenden Sachverhalte ließen leicht erkennen, dass eine Gesellschaft, die das Bestandsobjekt grundsätzlich benötigt, auch zu den geänderten Konditionen, die vom Ge-

24 *Karollus*, Einlagenrückgewähr (FN 1) 41, 80; *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 83 Rz 17; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 12, 39.

25 OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z, GesRZ 2012, 122 mit Anm *Torggler*.

26 Nach *Kalss* (in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2015, 125 [135]) stellt sich gegenüber dem echten Dritten die Frage der **Teilnichtigkeit** nicht; das Rechtsgeschäft ist entweder wirksam oder zur Gänze unwirksam. *AA Artmann*, *ecolex* 2018, 146 (148 ff): Teilnichtigkeit ist auch im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Dritten möglich, insb dann, wenn sich der zu beurteilende Sachverhalt in zulässige und unzulässige Komponenten teilen lässt. Skeptisch wiederum zu diesem Ansatz *Fidler*, *ÖBA* 2018, 600 (603 f).

27 OGH 4.7.2007, 7 Ob 142/07v; 29.4.2014, 9 Ob 18/14h; 27.2.2017, 6 Ob 239/16i, GesRZ 2017, 263 (*H. Foglar-Deinhardstein*); 20.12.2018, 6 Ob 195/18x – *Leimer* = *Dejaco*, NZ 2019, 81 = *P. Csoklich/P.N. Csoklich*, GesRZ 2019, 54 = ZFS 2019, 8 (*Karollus*) = GesRZ 2019, 193 (*Kalss*); DRdA 2015, 328 (*Kühteubl*) = ZAS 2016, 40 (*Ludvik*).

28 Vgl *G. Kodek/P. N. Csoklich* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB<sup>2</sup> Rz 47; *Bollenberger*, RdW 2008, 7 (9); *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 64 ff mwN; *Bauer/Zebetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 76; *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 159 f; *U. Torggler* in *Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 89 (95 ff); *Karollus* in *Leitner*, HB vGA<sup>2</sup>, 1 (77); *Köppl* in *Torggler*, GmbHG

§ 83 Rz 3; *Zoidl*, GesRZ 2014, 87 (88, 90 f); *Haberer in Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 11.212; *Dejaco*, NZ 2019, 81 (87); *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 83 Rz 39; aA (immer Gesamtnichtigkeit) *Koppensteiner* in FS Reich-Rohrwig 117 (125 ff).

29 Vgl allgemein *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 871 Rz 18, § 878 Rz 12; *St. Foglar-Deinhardstein*, VbR 2017, 44 (47); OGH 27.9.2017, 9 Ob 62/16g, EvBl 2018, 458 (*Spitzer*) = ÖBA 2018, 335 (*Liebel*). So auch *Artmann*, *ecolex* 2018, 146 (149).

30 *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 64 mwN; *Bauer/Zebetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 219; *Karollus* in *Leitner*, HB vGA<sup>2</sup>, 1 (77 f); *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 118.

31 Vgl *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 64 f; *Auer*, Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen down-stream 126 ff; ähnlich auch *Karollus* in *Leitner*, HB vGA<sup>2</sup>, 1 (77 ff); *Dejaco*, NZ 2019, 81 (87 f).

32 *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 83 Rz 17; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 122.

33 OGH 6 Ob 132/10w, GesRZ 2011, 47 mit Anm *Rüdfler*; 6 Ob 110/12p, GesRZ 2013, 38 mit Anm *Torggler*.

sellschafter gewollt waren (ein Vermieter ist grundsätzlich dankbar, das Bestandsobjekt zu drittvergleichsfähigen, dh marktkonformen Konditionen vermieten zu können), abgeschlossen hätte und dies uE im Licht des Normzwecks dem Grunde nach auch durfte. Eine Bankgarantie, aus der der Gesellschaft kein Vorteil erwächst, sondern ausschließlich Kosten und Risiken, beauftragt ein sorgfältig handelnder Geschäftsmann gewiss nicht und zwar auch dann nicht, wenn Kostenersatz in Aussicht gestellt wird (und dieser Kostenersatz nicht etwa *back-to-back* durch eine weitere Bankgarantie oder eine dingliche Sicherheit ausreichend abgesichert wird). Außerdem wird, wie erwähnt, uE auch im Verhältnis zum ehemaligen Gesellschafter ein Verbotsvorstoß begründet. Dieser liegt uE evident in der Begünstigtenstellung aus der Bankgarantie. Selbst wenn man also einen Kostenersatz im Verhältnis zum verbliebenen Gesellschafter für ausreichend hielte, gilt das selbstredend nicht für den Verbotsvorstoß im Verhältnis zum vormaligen Gesellschafter<sup>34</sup>. Aus all diesen Gründen besteht ein Rückerstattungsanspruch auf Befreiung von der Bankgarantie und nicht auf bloßen Kostenersatz. Ein Vertrag zwischen der (auf-)gespaltenen Gesellschaft einerseits und den (vormaligen) Gesellschaftern andererseits ist uE daher zur Gänze nichtig.

Im Verhältnis zu Dritten, hier der beauftragten Bank, kommt es nach stRsp darauf an, ob dem Dritten der Verbotsvorstoß bekannt war oder bekannt hätte sein müssen<sup>35</sup>. Letzteres ist dann der Fall, wenn sich ein Verbotsvorstoß geradezu aufdrängen muss, er also evident ist. Das ergibt sich aus den Grundsätzen über den sog Missbrauch der Vertretungsmacht. Wenn eine Dritter weiß oder es ihm evident ist, dass ein Geschäftsführungsorgan einen Vertrag nicht abschließen darf, dann fehlt für diesen Vertrag die Vertretungsmacht<sup>36</sup>.

Dass ein Verbotsvorstoß evident ist, wird in der Regel zu bejahen sein, denn kein Kreditinstitut wird sich heutzutage zur Ausstellung einer Bankgarantie bewegen lassen, ohne die zugrundeliegenden Vereinbarungen zu kennen und geprüft zu haben. Ergibt sich somit die Verpflichtung zur Ausstellung von Bankgarantien aufgrund entsprechender vertraglicher Vereinbarung für die Gesellschafter (ie. AA GmbH und BB GmbH) und nicht

die eigentlichen Primärschuldner und ist dieser Vertrag dem ausstellenden Kreditinstitut bekannt, so hat dieses auch Kenntnis davon, dass eine Verpflichtung zugunsten des (vormaligen Gesellschafters) abgenommen wurde; somit ist ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verwirklicht. Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn der Bank die ursprüngliche vertragliche Verpflichtung der Gesellschafter nicht bekannt war und aufgrund der geprüften Unterlagen auch nicht bekannt sein musste.

### 2.2.3. Auswirkungen auf die Bankgarantien im Speziellen

Zwischen dem Kreditinstitut und dem Begünstigten, also dem (vormaligen) Gesellschafter (BB GmbH), sollte ein Garantievertrag abgeschlossen werden. Die Voraussetzungen seines Zustandekommens richten sich nach den allgemeinen dafür geltenden Grundsätzen<sup>37</sup>. Festzuhalten ist nochmals, dass auch ehemalige Gesellschafter als unechte Dritte unmittelbar durch das Verbot der Einlagenrückgewähr gebunden sind und daher die Nichtigkeitsanktion verbotswidriger Verträge ihm gegenüber unmittelbar wirkt. Einem Kreditinstitut gegenüber kann der Verbotsvorstoß nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht entgegengehalten werden. Es ist daher keine wirksamer Garantie zustande gekommen, weil den Organen der begünstigten Gesellschaften für die (regelmäßig stillschweigende<sup>38</sup>) Akzeptanz der Garantieverklärung die Befugnis fehlte, ihre diesbezügliche Willenserklärungen wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nichtig waren und das Kreditinstitut das wusste bzw es ihm evident sein musste, sodass ihm gegenüber keine Vertretungsmacht der Organe der begünstigten Gesellschaft bestand.

Der Garantievertrag ist daher nie wirksam zustande gekommen. Gleiches gilt im Übrigen auch für das Deckungsverhältnis zwischen den Auftraggebern einerseits und den Banken andererseits. Die Willenserklärungen der Organe der A AG und CC GmbH sind nichtig, weil sie gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, wegen der Evidenz des Verbotsvorstoßes sind sie trotz der grundsätzlichen Unbeschränktheit der Vertretungsmacht der vertretungsbefugten Organe auch gegenüber dem/den Kreditinstitut(en) unwirksam. Selbiges muss

34 Das gälte nach Ansicht des OGH selbst dann, wenn das Vermögen des Auftraggebers nicht gemindert würde. Denn nach Ansicht des OGH kommt es nur auf den Vermögenszufluss an die Gesellschaft und nicht auf einen kongruenten Schaden der Gesellschaft an: Vgl OGH 15.12.2014, 6 Ob 14/14y, GesRZ 2015, 130 mit Anm Karollus.

35 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBl 2006, 388 mit Anm Artmann = ÖBA 2006, 293 mit Anm Karollus; 17.7.2013, 14.9.2011, 6 Ob 29/11z, GesRZ 2012, 122 mit Anm Torggler; 3 Ob 50/13v, GesRZ 2013, 356 mit Anm Artmann; RIS-Justiz RS0105536; RS0105537.

36 Vgl dazu OGH 5.8.2009, 9 Ob 25/08d, ÖBA 2010, 540; grundlegend nunmehr Zehentmayer, Missbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht (2017) 45 ff und 135 ff.

37 Zöchling-Jud in von Westphalen/Zöchling-Jud, Die Bankgarantie<sup>4</sup>, Kapitel I Rn 20; Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht V<sup>2</sup>, Rn 3/70 ff; Koziol, Der Garantievertrag (1981) 53 f.

38 Vgl dazu Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht V<sup>2</sup> (2009), Rn 3/71 f.

auch für das Valutaverhältnis (also zwischen AA GmbH und BB GmbH auf der einen Seite und A AG und CC GmbH auf der anderen Seite) Anwendung finden. Hier folgt die Nichtigkeit wieder daraus, dass beide, Gesellschaften und Gesellschafter, Verbotsadressaten sind und demgemäß ganz unabhängig von irgendeinem Kenntnisstand der Beteiligten wegen des Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr keine wirksamen Verbindlichkeiten entstehen können. Die Besonderheit einer Bankgarantie als Sicherheit besteht in ihrer „Abstraktheit“, nämlich darin, dass das verpflichtete Kreditinstitut dem Begünstigten gegenüber grundsätzlich keine Einwendungen aus dem Deckungs- oder dem Valutaverhältnis entgegenhalten kann<sup>39</sup>. Selbstverständlich bleibt aber die Einwendung, dass der Garantievertrag nicht wirksam zustande gekommen ist<sup>40</sup>.

Vor diesem Hintergrund könnte die Bank jedenfalls die Auszahlung verweigern. Zu prüfen bleibt insofern noch, ob diese auch dazu verpflichtet ist. In der österreichischen Literatur und der höchstgerichtlichen Judikatur wird die Verpflichtung zur Nichtauszahlung bei rechtsmissbräuchlichem Abruf der Garantie dann angenommen, wenn der Rechtsmissbrauch evident ist bzw liquide beweisbar ist<sup>41</sup>. Wenn auch unser Fall nicht der klassische, in der Praxis zumeist vorkommenden Fall ist, dass ein Abruf der Bankgarantie nur nach dem Valutaverhältnis zwischen Auftraggeber der Bankgarantie und Begünstigtem unzulässig ist, sondern in unserem Fall zusätzlich auch der Garantievertrag und das Deckungsverhältnis nichtig sind, so weist diese Judikatur und Literatur doch den richtigen Weg.

Wie haben festgehalten, dass die Begünstigten die Bankgarantie nicht abrufen dürfen, weil schon die Beauftragung und die daraus folgende Legung der Garantie, erst recht ihr Abruf gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt. Der Verbotsverstoß war und ist dem Kreditinstitut bei Kenntnis der zugrundeliegenden Vereinbarungen wie begründet evident, erklärt sie doch schon in der Bankgarantie eine Leistung zugunsten eines (ehemaligen) Gesellschafters und zu Lasten des Primärschuldners zu erbringen.

Das Kreditinstitut darf daher nicht nur, sondern ist vielmehr verpflichtet, die Auszahlung zu verweigern. Mit der österreichischen Literatur kann das freilich präzisiert werden: nicht die Auszahlung der Bankgarantie, sondern nur die Auszahlung auf Rechnung des Auftraggebers ist untersagt<sup>42</sup>. Das Kreditinstitut könnte sohin auszahlen, nur steht ihnen dann gegen den Primärschuldner kein Aufwandsersatzanspruch zu, was freilich praktisch nicht denkbar ist, setzte sich doch ein Organ mit einer Auszahlung im Wissen davon, dass kein Regressanspruch besteht, dem Vorwurf der Untreue (§ 153 StGB) aus. Gleiches (dh das Fehlen eines Aufwandsersatzanspruches/ Regressanspruches) folgt im Übrigen auch aus dem Umstand, dass das Auftragsverhältnis (das Deckungsverhältnis) zwischen Auftraggeber (Primärschuldner) einerseits und dem Kreditinstitut andererseits nicht wirksam zustande gekommen ist. Somit kann bei Bezahlung auch kein Aufwandsersatzanspruch gemäß § 1014 ABGB zustehen, weil ja kein wirksamer Auftragsvertrag abgeschlossen worden ist.

## Conclusio

Die Komplexität von unternehmensrechtlichen Umstrukturierungen und Spaltungen nimmt stetig zu. Naturgemäß ist es im Interesse der Beteiligten, ihr jeweiliges Haftungsrisiko so weit wie möglich zu minimieren. Zunehmend lassen sich die an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften wechselseitig ihre Ansprüche aus der Spaltungshaftung zusätzlich

durch Bankgarantien oder andere Instrumente besichern. Bei derartigen Besicherungsstrukturen ist jedoch auf die konzernale Verflechtungen zwischen den spaltungsbeteiligten Gesellschaften Bedacht zu nehmen, und zwar sowohl bei der vertraglichen Gestaltung als auch bei der Abwicklung derselben. Kommt es nämlich diesbezüglich zu Unachtsamkeiten, können

39 Koziol in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht V<sup>2</sup>, Rn 3/95.

40 *Zöchling-Jud* in *von Westphalen/Zöchling-Jud*, Die Bankgarantie<sup>4</sup>, Kapitel I Rn 37 ff; Koziol in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht V<sup>2</sup>, Rn 3/96 ff.

41 *Zöchling-Jud* in *von Westphalen/Zöchling-Jud*, Die Bankgarantie<sup>4</sup>, Kapitel I Rn 49 ff und 59 ff; Koziol in *Apathy/Iro/Koziol*,

Österreichisches Bankvertragsrecht V<sup>2</sup>, Rn 3/62 ff und 106 ff; OGH 11.11.1981, 3 Ob 577/81, EvBl 1982/23; 16.12.1981, 1 Ob 789/81, SZ 54/189; 14.11.1984, 1 Ob 680/84, JBl 1985, 425;

42 *Zöchling-Jud* in *von Westphalen/Zöchling-Jud*, Die Bankgarantie<sup>4</sup>, Kapitel I Rn 61; Koziol in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht V<sup>2</sup>, Rn 3/63

diese weitreichende Konsequenzen für die beteiligten Gesellschaften und besichernden Kreditinstitute nach sich ziehen. Fehlt es jener Konzerngesellschaft, die zur Ausstellung der Sicherheit verpflichtet wäre, an der notwendigen Bonität, liegt die Versuchung nahe, dass die jeweilige Bankgarantie (nach erfolgter Spaltung und Unterfertigung der entsprechenden Nebenvereinbarungen) durch den Primärschuldner iSd § 15 SpaltG selbst beauftragt wird. Eine so beauftragte Bankgarantie ver-

stößt gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Der Garantievertrag ist nie wirksam zustande gekommen. Gleiches gilt auch für das Deckungsverhältnis zwischen den Auftraggebern einerseits und der Bank andererseits.

**Korrespondenz:**

Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüdfler, LL.M.,  
friedrich.rueffler@univie.ac.at

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