nen auf EU-Ebene bei der Eröffnung eines Bankkontos bzw Durchführung von Bankgeschäften einheitlichen AML/CFT-Regeln unterliegen. Diese Harmonisierung wird sich auch positiv auf EU-weit agierende Konzerne auswirken. Diese werden nicht mehr mit Regelungsunterschieden in den Niederlassungsstaaten konfrontiert sein. Allerdings müssen die Institute zu Beginn mit einem hohen Implementierungsaufwand rechnen. Die wesentlichsten Neuerungen für die Institute betreffen die Organisation (zB Stärkung der Rolle des Compliance-Officers sowie Erweiterung dessen Aufgabenbereichs), die Sorgfaltspflichten (zB Änderung der wirtschaftlichen Eigentümerdefinition ab inklusive 25% statt wie bisher bei mehr als 25%) und die Systeme (zB Anpassung des Transaktionsmonitoring-Systems iZm den neuen Sorgfaltspflichten). Außerdem resultiert das Paket in einer Erweiterung des Anwendungsbereichs (zB Hinzufügen neuer Verpflichteter, Einbeziehung von Finanzsanktionen in die Strategien/Verfahren). Zudem wird es zunächst noch keine gängige Umsetzungspraxis geben. Insb zu Beginn ist deswegen mit Anwendungsunsicherheiten bei den Verpflichteten zu rechnen.

Trotz dieser Neuerungen und der Chance, die damit verbunden ist, wird sich erst in ein paar Jahren der tatsächliche Erfolg des EU-AML-Pakets abzeichnen. Jedenfalls positiv ist, dass aufgrund des EU-AML-Pakets das Bewusstsein für AML/CFT nochmals gestärkt wird und damit auch ein eindeutiger Kurswechsel auf EU-Ebene eingeleitet wurde.

Plus

ÜBER DIE AUTORINNEN

Shahanaz Müller hat Rechtswissenschaften und Politikwissenschaften an der Universität Wien studiert. Sie ist Partner bei Deloitte Forensic in Wien und zeichnet für den Bereich AML und Sanctions-Compliance verantwortlich. Als Certified Anti-Money Laundering Specialist berät sie Finanzinstitute, Banken und Versicherungen entlang des gesamten Compliance Life Cycles, dh vom Aufbau von Abteilungen über die Analyse von KYC-Daten bis hin zur Begleitung bei FMA-Prüfungen. Sie war Mitglied der Technical Expert Group – Restrictive Measures Regimes/Sanktionen (TEG-RMRs) der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA), trägt laufend bei (inter-)nationalen Veranstaltungen vor und publiziert in renommierten Fachzeitschriften/-werken.
E-Mail: shamueller@deloitte.at
Noémi Bartsch studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien. Sie ist bei Deloitte Forensic in Wien im Bereich AML und Sanctions-Compliance tätig. Ihr Fokus liegt in den Bereichen Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, Sanctions-Compliance und Whistleblowing im Finanzdienstleistungssektor. Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist die Durchführung von fundierten Recherchetätigkeiten im Bereich AML/CFT sowie strukturierte Aufbereitung dieser Ergebnisse. Des Weiteren verfügt sie über fundierte Erfahrung in der Analyse von Treffern aus dem Monitoringsystem.
E-Mail: nbartsch@deloitte.at

Kurzbeitrag

Verbotene Einlagenrückgewähr im Dachgeschoß: Solidarhaftung, Verjährung, (Unwirksamkeit der) Vertretungsbefugnis

Anmerkung OGH 6. 11. 2024, 6 Ob 98/24 s[1]

Mag. HEINRICH FOGLAR-DEINHARDSTEIN, LL.M. (KCL), ist Rechtsanwalt in Wien und Partner der CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH.

Gesellschaftsrecht; Schuldrecht
§§ 20, 82 f GmbHG; §§ 52 ff AktG; § 879 ABGB
ÖJZ 2025/34

A. Einleitung, entscheidungsgegenständlicher Sachverhalt

Zu 6 Ob 98/24 s beschäftigten den OGH – einmal mehr zu einem Fall mit Dachgeschoßwohnungen[2] – brennende Fragen des GmbH-Kapitalerhaltungsrechts im Grenzgebiet zwischen Zivil- und Gesellschaftsrecht.

Im Kaleidoskop des Kapitalerhaltungsrechts der Kapitalgesellschaften zeigen sich immer wieder andere – altbekannte oder neu auftretende – Muster des Zusammenspiels von Zivil- und Gesellschaftsrecht. In der Entscheidung vom 6. 11. 2024 idF des Beschlusses vom 11. 12. 2024, 6 Ob 98/24 s hatte sich der OGH mit mehreren solcher Querschnittsthemen zu befassen.

Zu beurteilen war folgender Sachverhalt: An einer GmbH (A GmbH) sind mit jeweils 50% zwei weitere GmbHs (G1 GmbH und G2 GmbH) beteiligt. Der Alleingesellschafter und Geschäftsführer der G1 GmbH (GF1) ist zugleich einer der beiden kollek-

[1] Siehe auch EvBl 2025/70 (in diesem Heft auf Seite 234).
[2] Auch in den zu kapitalerhaltungsrechtlichen Fragen ergangenen E 6 Ob 29/11 z; 6 Ob 195/18 x; 6 Ob 112/22 x und 6 Ob 170/23 b drehten sich die SV um Dachgeschoßwohnungen.

tiv vertretungsbefugter Geschäftsführer der A GmbH. Der Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer der G2 GmbH (GF2) ist der zweite kollektiv vertretungsbefugte Geschäftsführer der A GmbH. Die A GmbH errichtete eine Wohnhausanlage mit 47 Wohn- und Büroeinheiten und 22 Kfz-Abstellplätzen. Ohne Zustimmung durch GF2 zog GF1 selbst in eine der Dachgeschoßwohnungen in der Wohnhausanlage ein und stellte dem Sohn seiner Lebensgefährtin eine weitere Dachgeschoßwohnung zur Verfügung. Nach Streitigkeiten zwischen GF1 und GF2 über die Nutzung dieser Wohnungen gelang schließlich eine Streitbeilegung durch Verkauf der beiden Wohnungen an GF1. Damit war die Angelegenheit aber aus Sicht der G2 GmbH noch nicht erledigt, die in weiterer Folge die Bestellung eines Kollisionskurators herbeiführte.[3] Dieser Kollisionskurator klagte namens der A GmbH die G1 GmbH und GF1 auf Zahlung für die unberechtigte Nutzung der beiden Wohnungen. In der gegenständlichen Entscheidung hob der OGH das klagsabweisende Urteil des BerG über Revision der klagenden A GmbH auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das ErstG zurück.

In der Entscheidung finden sich verschiedene hochinteressante Aussagen zu Fragen der Einlagenrückgewähr im GmbH-Recht, von denen im Folgenden drei kurz besprochen werden:

B. Solidarhaftung von Gesellschafter und unechtem Dritten

Zielt eine von §§ 82f GmbHG verbotene Einlagenrückgewähr nicht in die Sphäre eines direkten Gesellschafters, sondern in den Einflussbereich eines indirekten Anteilseigners, ist dieser mittelbare Gesellschafter nach den Umständen des Einzelfalls idR als unechter Dritter[4] zu qualifizieren und daher zum Rückersatz gem § 83 GmbHG verpflichtet. Umstritten ist, ob der direkte Anteilseigner, der die Verbindung zwischen Gesellschaft und mittelbarem Gesellschafter bildet, solidarisch mit dem indirekten Anteilseigner haftet, oder ob sich die Ansprüche der Gesellschaft nur gegen den mittelbaren Gesellschafter richten.[5]

Jedenfalls für eine Konstellation, in der der indirekte Gesellschafter (hier GF 1) alleiniger Anteilseigner und Geschäftsführer der zwischengeschalteten Gesellschaft (hier der G1 GmbH) ist, bejaht der erkSen in ErwGr 45 der ggst Entscheidung die Solidarhaftung. Dies überzeugt mE schon deswegen, weil sich ja gerade aus der Zwischenstellung des direkten Gesellschafters und der daraus folgenden Einflussmöglichkeit die Ungebührlichkeit des Vermögenstransfers ergibt.[6] Würde eine auf den kapitalerhaltungsrechtlichen Prüfstand gestellte Transaktion nämlich völlig unbeeinflusst von der Gesellschafterstellung erfolgen, läge gar kein Vermögenstransfer causa societatis und damit auch keine verdeckte Einlagenrückgewähr vor.[7]

Für die literarische Gegenposition, die die Solidarhaftung des unmittelbaren Gesellschafters bei einer Einlagenrückgewähr in die Sphäre des mittelbaren Anteilseigners verneint, zitiert der OGH in seinem Literatur-Referat in ErwGr 39 *Karollus,*[8] nach dem es *„geradezu abwegig"* sei, den bei der verpönten Leistung übersprungenen direkten Gesellschafter *„für die Sünden ihrer Gesellschafter büßen"* zu lassen. Dieses bedenkenswerte Argument resultiert mE aber nicht zwingend in einer Ablehnung der Solidarhaftung. Zunächst ist das Bestehen des kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruchs ja nie daran gebunden, dass schuldhaftes Verhalten vorlag oder sich beim betroffenen Gesellschafter tatsächlich ein Vermögensvorteil entfaltet hat.[9] Insofern geht es nicht um das Abbüßen fremder Sünden, sondern normzweckgemäß darum, dass ein unzulässiger Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen rückgängig gemacht wird, wofür – zumindest im Verhältnis zur Gesellschaft – (auch) jener Gesellschafter verantwortlich ist, der die Einflussmöglichkeit eines unechten Dritten (wenn auch nur mechanisch und möglicherweise ohne eigenes Zutun oder gar Verschulden) überhaupt erst vermittelt. Weiters werden im Fall der Solidarhaftung ohnedies Regressansprüche[10] oder korrigierende kapitalerhaltungsrechtliche Binnenansprüche[11] des nicht bereicherten direkten gegen den bereicherten indirekten Gesellschafter zu erwägen sein. Schließlich ist generell bei *„der Bestimmung der Rechtsfolgen"* eines Kapitalerhaltungsverstoßes *„primär auf den Schutz der Gesellschaft und nicht auf jenen des Gesellschafters abzustellen"*.[12] Wäre die Gesellschaft nur auf ihre Ansprüche gegen den indirekten Anteilseigner verwiesen, bliebe der Schutz der Gesellschaft und ihrer Gläubiger[13] wohl häufig de facto zahnlos: Dies wäre schon deswegen tendenziell zu erwarten, weil es beim näherstehenden direkten Anteilseigner idR leichter fallen wird, eine Forderung (zB durch Aufrechnung) einbringlich zu machen als beim weiter entfernten indirekten Anteilseigner. Die praktischen Schwierigkeiten der Forderungsdurchsetzung verschärfen sich noch, wenn der Gerichtsstand für die Klage gegen den mittelbaren Gesellschafter allenfalls gar nicht in der EU liegt.[14]

C. Verjährung und Verjährungshemmung

Wenn die Gesellschaft, der ein Anspruch wegen Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr zusteht, durch Anspruchsgegner – oder nahe Angehörige eines Anspruchsgegners – als Organmitglieder (mit-)vertreten wird, kann dies zu einer Hemmung der Verjährung des Anspruchs (§ 1494 ABGB analog) führen. Eine solche Hemmung tritt dann ein, wenn ohne die von der

[3] Siehe dazu OGH 24. 10. 2019, 6 Ob 71/19p GesRZ 2020, 148 *(Ratka)* = EvBl 2020, 978 *(R. Rastegar).*

[4] Zum Begriff des „unechten Dritten" im Kontext des Kapitalerhaltungsrechts OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18x ZFS 2019, 8 *(Karollus)* = GesRZ 2019, 193 *(Kalss);* (dazu auch *Dejaco,* Einlagenrückgewähr bei Bestandverträgen, NZ 2019, 81; *P. Csoklich/P.N. Csoklich,* Verbotene Einlagenrückgewähr an Nichtgesellschafter, insbesondere im Zusammenhang mit Privatstiftungen, GesRZ 2019, 54; *V. Hügel,* Verbot der Einlagenrückgewähr – Anwendung auf Rechtsgeschäfte zwischen Stiftungsbeteiligten und Beteiligungsgesellschaften einer Privatstiftung, JEV 2019, 77; *H. Foglar-Deinhardstein,* Einlagenrückgewähr: Unechte Dritte und Umfang der Nichtigkeit? ÖJZ 2019, 938; *J.P. Gruber,* Möbelhaus, Privatstiftung und Luxuswohnung, AR aktuell 2019 H 3, 28); 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b. Zur Qualifikation indirekter Anteilseigner als unechte Dritte *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer,* GmbHG² § 82 Rz 67, 75 mwN.

[5] Ausführliche LitNachw in ErwGr 36–44 der ggst Entscheidung.

[6] *Schmidsberger,* Eigenkapitalersatz versus Einlagenrückgewähr, GesRZ 1997, 14 (28).

[7] *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH,* GmbHG² § 82 Rz 86, 118 mwN.

[8] *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr-Schliesselberger/Leitner,* HB Verdeckte Gewinnausschüttung³ 1 (50).

[9] *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH,* GmbHG² § 82 Rz 1, 13, 97, § 83 Rz 15, 44; *Schmidsberger,* GesRZ 1997, 14 (18, 28).

[10] In diese Richtung auch *Karollus* in *Brandl ua* 1 (50); *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH,* GmbHG² § 83 Rz 9f, 35; *Schmidsberger,* GesRZ 1997, 14 (28).

[11] *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH,* GmbHG² § 83 Rz 10.

[12] *Karollus,* Zur Reichweite der Nichtigkeitssanktion bei verdeckten Gewinnausschüttungen, ecolex 2008, 47 (48).

[13] Vgl ErwGr 59 der ggst Entscheidung.

[14] Vgl zu einer solchen Konstellation OGH 4. 12. 2023, 17 Ob 21/23x EvBl 2024, 567 *(Schechtl); Trenker/Lutschounig,* Kein „Gerichtsstand des Sachzusammenhangs" gemäß § 227 Abs 1 ZPO in Verbindung mit § 55 JN, Zak 2024, 64; *H. Foglar-Deinhardstein,* Einlagenrückgewähr: (Un-)Echte Dritte, Verjährung, Ersitzung und Gerichtsstand, GES 2024, 171.

Interessenkollision betroffenen Organwalter keine wirksame Vertretung der Gesellschaft möglich ist.[15]

Wie der erkSen in der vorliegenden Entscheidung ergänzend klarstellt, resultiert der Umstand einer solchen Interessenkollision freilich nicht darin, dass sich die Vertretungsbefugnis eines kollisionsfreien, aber nur kollektiv vertretungsbefugten Mitglieds des Vertretungsorgans automatisch in eine Alleinvertretungsbefugnis verwandeln würde.[16]

Die Entscheidung hält außerdem fest, dass es einem unbefangenen Kollektiv-Geschäftsführer und naturgemäß noch leichter den Gesellschaftern zwar möglich ist, rechtliche Schritte zur Herstellung einer ordnungsgemäßen Vertretung und damit zur Verfolgung des kapitalerhaltungsrechtlichen Rückersatzanspruchs zu setzen; das vorläufige Unterlassen solcher Schritte führt aber nicht zu einem sofortigen Wegfall der Hemmung und damit auch nicht zum sofortigen Fortlauf der Verjährung. Der OGH begründet dies überzeugend damit, dass für den Versuch einer außergerichtlichen Bereinigung ausreichend Zeit bleiben muss und die gegenteilige Ansicht mit dem Schutz der Gläubiger unvereinbar wäre, zumal die Gläubiger auf Vertretung und Geltendmachung der Forderungen keinen Einfluss haben.[17] Die Frage, ab wann ein unbefangener Geschäftsführer oder ein Gesellschafter Schritte zur Beseitigung des Vertretungsmangels zu setzen hat und wann daher die Verjährungsfrist zu laufen beginnt, ist nach Auffassung des erkSen nur einzelfallbezogen beantwortbar.[18]

D. Unwirksamkeit der Vertretungsbefugnis?

In ErwGr 31 führt der erkSen obiter[19] aus, dass eine Gesellschaft im Rahmen der verbotenen Einlagenrückgewähr *„tatsächlich nie“* wirksam vertreten sei. *„Die durch einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ex tunc bewirkte Nichtigkeit lässt einen solchen Vertrag oder ein solches Geschäft von Anfang an unwirksam sein […], es [mangelt] den Geschäftsführern für Geschäfte, in denen eine verbotene Einlagenrückgewähr liegt, immer an der Vertretungsmacht […]. Rechtswirksame Vertretung ist also nicht Voraussetzung für den Anspruch auf Rückgewähr […], weil verbotene Einlagenrückgewähr immer Hand in Hand mit unwirksamer Vertretung geht.“*

Diese Aussagen könnten dahingehend verstanden werden, dass beim Abschluss jeden Rechtsgeschäfts, das eine – auch noch so unbedeutende – verbotene Einlagenrückgewähr umfasst, die Wirksamkeit der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführungsorgane hinsichtlich des gesamten Geschäfts wegbricht. Dies wäre aber mit mehreren ständigen RspLinien nicht vereinbar (wobei der erkSen in der ggst Entscheidung mit keinem Wort die Absicht einer Judikaturänderung andeutet):

- Zunächst ist gesicherte Rsp, dass die Nichtigkeit eines Teils gem § 879 ABGB das Ganze nur dann ergreift, wenn Natur und Zweck des Verbots dies erfordern, wobei der vom Gesetz gewährte Spielraum iS einer Entscheidung für grundsätzliche Restgültigkeit zu nutzen ist.[20]
- Gerade in Hinblick auf das Kapitalerhaltungsrecht hat sich der OGH daher darauf festgelegt, dass zur Beantwortung der Frage, ob ein Geschäft, das gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, gänzlich oder teilweise nichtig ist, der Verbotszweck – die Erhaltung und Wiederherstellung des Gesellschaftsvermögens – maßgeblich ist;[21] nicht jeder Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln bedeutet also Gesamtnichtigkeit des betroffenen Geschäfts.
- Weiters entsteht ein kapitalerhaltungsrechtlicher Anspruch gegenüber echten Dritten lediglich bei Kollusion oder grober Fahrlässigkeit[22] – der Vertretungsakt gegenüber dem echten Dritten ist nämlich nur bei Kollusion oder für den echten Dritten bestehendem dringendem Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr unwirksam;[23] dieser Rechtssatz wird ggst in ErwGr 31 und 34 nochmals bestätigt. Wäre nun das vorstehende Zitat aus ErwGr 31 so zu verstehen, dass es bei jeder verbotenen Einlagenrückgewähr schon a priori an der Vertretungsbefugnis auf Seiten der Gesellschaft fehlt, bliebe demgegenüber für die Einschränkung der Haftung echter Dritter für Kapitalerhaltungsverstöße auf die Fälle von Kollusion oder grober Fahrlässigkeit kein Raum, weil dann nie ein Geschäft mit dem echten Dritten zu Stande kommen könnte.

Im Licht dieser Leitlinien der bisherigen Judikatur ist das gegenständliche obiter dictum des 6. Senats mE so zu lesen, dass es nur, aber immerhin im Umfang der jeweiligen Nichtigkeit an der Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft fehlt.[24] Gleichlaufend richtet sich übrigens nach hA der Rückersatzanspruch gem § 83 GmbHG nach dem Umfang der Nichtigkeit.[25]

Auch auf Basis dieses Verständnisses bleibt mE noch die dogmatische Herleitung zu klären. Sedes materiae ist § 20 Abs 2 GmbHG. Dieser ordnet als Prinzip an, dass die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer im Außenverhältnis unbeschränkbar ist. Ob sich diese Unbeschränkbarkeit auch auf Drittgeschäfte mit Gesellschaftern erstreckt, ist in der Tat umstritten[26] und in-

[15] OGH 20. 12. 2023, 6 Ob 170/23 b EvBl 2024, 432 *(Hoskovec)* = GesRZ 2024, 190 *(Auer); H. Foglar-Deinhardstein,* GES 2024, 171; *M. Fellner/M. Müller,* Verjährungshemmung bei verbotener Einlagenrückgewähr, GES 2024, 180; *G. Kodek,* Interessenkonflikte in der Privatstiftung, PSR 2024, 97.

[16] ErwGr 53.

[17] ErwGr 59, 60, 64.

[18] ErwGr 62.

[19] Dass diese Ausführungen obiter sind, ergibt sich mE aus ErwGr 32, 33. Anlass für das obiter dictum war, dass die beklagte Seite offenbar eingewendet hatte, eine verbotene Einlagenrückgewähr könne schon deswegen nicht vorliegen, weil die Zuwendung des Vermögensguts der A GmbH – durch Einräumung der Benützung von zwei Wohnungen – auf dem Handeln nur eines der beiden kollektiv vertretungsbefugten Geschäftsführer beruhte, der die A GmbH ja allein gar nicht wirksam vertreten hätte können.

[20] RS0016431.

[21] OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18 x; 25. 6. 2020, 6 Ob 225/19 k = NZ 2021, 144 *(H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh); Spitzer/Schindl,* (Notwendige) Streitgenossenschaft? Die Einlagenrückgewähr im Zivilprozess, ecolex 2021, 826; *G. Kodek,* Einlagenrückgewähr und notwendige Streitgenossenschaft – eine Klarstellung, NZ 2021, 674; *G. Kodek/P. N. Csoklich* in *Höpfel/Ratz,* WK StGB² Gesellschaftsrechtliche Aspekte des Wirtschaftsstrafrechts, Rz 47.

[22] RS0105536.

[23] OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 61/21 w GesRZ 2022, 79 *(Bauer); Blaschke,* Augen auf! Die bloße Teilnahme an einer verbotenen Einlagenrückgewähr kann zur Haftung führen, GES 2021, 386; *G. Kodek,* Komplexes Wirtschaftsstrafrecht am Beispiel der Entscheidung 6 Ob 61/21 w, in *Lewisch,* JB Wirtschaftsstrafrecht 2022, 161; *Ch. Müller,* Schadenersatzrechtliche Haftung echter Dritter bei Mitwirkung an Verstößen gegen das Einlagenrückgewährverbot? ÖJA 2023, 129; OGH 14. 9. 2021, 6 Ob 26/21 y EvBl 2022, 321 *(Painsi; R. Rastegar); Brugger,* Rechtsberater stehen unter Beschuss (und wie die Haftung eingeschränkt werden könnte), NZ 2022, 69; OGH 17. 5. 2023, 6 Ob 24/23 g ecolex 2023, 850 *(Peissl/Prasser)* = ImmoZak 2023, 90 *(Dobler)* = GesRZ 2024, 61 *(Zehetner).* Dies lässt sich – außer aus den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht – mE auch aus dem Verbot der Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte/des Eingriffs in solche Rechte ableiten (*H. Foglar-Deinhardstein,* GES 2024, 171 [172 f]; vgl dahingehende Überlegungen bei *Bollenberger,* Zum Kreis der Rückzahlungsverpflichteten bei verbotener Einlagenrückgewähr, Zak 2018, 24 [26]; *Bollenberger,* Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB wegen Beeinträchtigung von Interessen Dritter? JBl 2013, 137 [140 f]; *Ch. Müller,* ÖJA 2023, 129 [146 f, 156 ff, 166 ff]).

[24] Vgl schon *Artmann,* Einlagenrückgewähr und Sicherheiten von Gesellschaftern und Dritten, ecolex 2018, 146 (148 f); *Aburumieh,* Besprechung zu OGH 6 Ob 202/19 b, GesRZ 2020, 342 f; ähnlich *Ch. Müller,* ÖJA 2023, 129 (149 f).

[25] *Karollus* in *Brandl ua* 1 (57, 114); *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH,* GmbHG² § 83 Rz 12 mwN.

[26] Dagegen OGH 23. 1. 2020, 6 Ob 202/19 b = GesRZ 2020, 337 *(Aburumieh)* = ecolex 2020, 516 *(Planitzer);* (dazu auch *Cap,* Fragen der internationalen Zuständigkeit im Zusammenhang mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr nach österreichischem Recht, in FS FL-OGH 119). Dafür *U. Torggler* in

sofern fraglich. Für Geschäfte mit (echten) Dritten muss § 20 Abs 2 GmbHG aber – außer in Fällen der Kollusion und der groben Fahrlässigkeit – sicherlich anwendbar sein. Es wäre überschießend, die Vertretungsbefugnis im Verhältnis zu einem echten Dritten, der weder kollusiv noch grob fahrlässig handelt, wegen jedes noch so unbedeutenden Kapitalerhaltungsverstoßes zu durchbrechen.

Die Auslegung von § 20 Abs 2 im Verhältnis zu § 82 GmbHG hat sich an den Leitsternen des Verkehrs- und insb des Gläubigerschutzes zu orientieren. Es gibt kapitalerhaltungswidrige Geschäfte, an denen die Gesellschaft an sich ein betriebliches Interesse[27] hat; man denke etwa an Bestandverträge über von der Gesellschaft benötigte Mietobjekte, an Finanzierungsverträge über von der Gesellschaft benötigtes Kapital oder an einen für die Gesellschaft grds vorteilhaften Beteiligungsvertrag[28] zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft, in dem die Gesellschaft zB kapitalerhaltungswidrig zur Tragung der Kosten der Gesellschafter verpflichtet wird. Namentlich bei solchen Geschäften wäre es nicht wünschenswert, dass die Vertretungsbefugnis gesamthaft wegfiele, weil dann der Gesellschaft ihre rechtlich geschützte Rolle als Vertragspartei genommen würde, die gerade zur Wahrung des Gläubigerschutzes – bei Teilnichtigkeit der tatsächlich kapitalerhaltungswidrigen Bestandteile des Rechtsgeschäfts und Restgültigkeit der sonstigen Konditionen – idR notwendig oder zumindest besonders nützlich sein wird. Doch selbst wenn die Gesellschaft kein betriebliches Interesse am fraglichen Geschäft hat, sind Konstellationen vorstellbar, in denen die Restgültigkeit des Vertrags durchaus zum Vorteil der Gesellschaft und ihrer Gläubiger gereicht. *Karollus* nennt etwa treffend das Beispiel eines schon dem Grunde nach wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr unzulässigen Kredits der Gesellschaft an einen Gesellschafter. Hier verlangt der Gläubigerschutz nur, dass die Nichtigkeit die Pflicht auf Zuzählung und Belassung des Kredits erfasst; das vertragliche Recht der GmbH auf Rückzahlung des Kredits zuzüglich Zinsen kann hingegen erhalten bleiben.[29]

Uneingeschränkt zuzustimmen ist dem OGH dahingehend, dass es für die Frage, ob eine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt, idR auf die (bestehende oder fehlende) Vertretungsbefugnis gar nicht ankommt, sondern *„bloß auf die bewusste Zuwendung eines offenkundig der Gesellschaft gehörigen Vermögensguts als Leistung der Gesellschaft. […] Für eine Zurechnung der ‚Leistung' ist ausreichend, dass die (ja auch faktisch stattgefundene) Zuwendung des Vermögensguts auf einer Handlung einer Person beruht, die diese Zuwendung als eine (wenn auch etwa auf einem nicht wirksamen Rechtsgeschäft beruhende) Leistung namens der Gesellschaft auffassen lässt."*[30]

E. Fazit

- Zielt eine verbotene Einlagenrückgewähr nicht in die Sphäre eines direkten, sondern eines indirekten Anteilseigners, kann den direkten Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft eine solidarische Haftung für die Rückersatzpflicht des indirekten Gesellschafters treffen. Zu erwägen sind Regressansprüche oder korrigierende kapitalerhaltungsrechtliche Binnenansprüche des nicht bereicherten direkten gegen den bereicherten indirekten Gesellschafter.
- Wenn die Gesellschaft, der ein Anspruch wegen Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr zusteht, durch Anspruchsgegner – oder nahe Angehörige eines Anspruchsgegners – als Organmitglieder (mit-)vertreten wird, kann dies zu einer Hemmung der Verjährung des Anspruchs führen. Eine solche Hemmung tritt dann ein, wenn ohne die von der Interessenkollision betroffenen Organwalter keine wirksame Vertretung der Gesellschaft möglich ist. Unterlassen allfällige unbefangene Organwalter und/oder die Gesellschafter vorläufig rechtliche Schritte zur Herstellung einer ordnungsgemäßen Vertretung, führt dies nicht zu einem sofortigen Wegfall der Hemmung, zumal für den Versuch einer außergerichtlichen Streitbeilegung ausreichend Zeit bleiben muss.
- Der OGH postuliert, dass es den Geschäftsführern einer GmbH für Geschäfte, in denen eine verbotene Einlagenrückgewähr liegt, immer an Vertretungsmacht fehlt. Diese Aussage ist mE so zu verstehen, dass es nur, aber immerhin im Umfang der jeweiligen Nichtigkeit an der Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft mangelt. Freilich kommt es für die Frage, ob eine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt, idR auf die Vertretungsbefugnis gar nicht an.

Torggler, GmbHG § 20 Rz 26. Einigkeit besteht darüber, dass § 20 Abs 2 GmbHG für den gesellschaftsinternen Bereich (Rechte und Pflichten aus dem Mitgliedschaftsverhältnis) nicht gilt (*Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter,* GmbHG § 20 Rz 53; *Rieder* in *FAH,* GmbHG² § 20 Rz 28 mwN).

[27] Zum Begriff der „betrieblichen Veranlassung" im Kontext des Kapitalerhaltungsrechts *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH,* GmbHG² § 82 Rz 87 f, 106, 111, § 83 Rz 39 mwN.

[28] Zum Begriff des Beteiligungsvertrags *H. Foglar-Deinhardstein* in *Kalss/Torggler,* M&A 121 (125) mwN.

[29] *Karollus* in *Brandl ua* 1 (114). Zust *U. Torggler* in *Kalss/Torggler,* Einlagenrückgewähr 89 (96); *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH,* GmbHG² § 83 Rz 39.

[30] ErwGr 32. Zum Umstand, dass auch eine rechtlich unwirksame Transaktion eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellen kann, *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH,* GmbHG² § 82 Rz 1, 13, § 83 Rz 15 mwN.

rdb Genjus
Ähnlichkeitssuche
Juristische Recherche auf höchstem Niveau.
Diese AI-gestützte Funktion schlägt Ihnen exakt passende Dokumente zu Ihrem Fall vor.
manz.at/rdbgenjus
rdb.at
MANZ