

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

Aktuelles zum Energie(zivil)recht

- > PPAs und Contracts for Differences
- > WEG als Energiegemeinschaft?
- > Fehlerhafte Rechnungslegung

Rücktritt bei
Lebensversicherung

Gestreckter Arbeitsvertrag

Einlagenrückgewähr
und Dritte

Wohnungen als
Betriebsanlagen?

Clouds und
Speichermedienvergütung

Grünland, Bauland, Strafrecht

NEU:
Recht hören.
Der ecolex-
Podcast!



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418

Mitgegangen, mitgefangen, mitgehangen – wann eine verbotene Einlagenrückgewähr dem (un)beteiligten Dritten zum Verhängnis wird

Nichtigkeitsrisiken bei einer verbotenen Einlagenrückgewähr für „echte“ Dritte und Haftungsrisiken für Berater

BEITRAG. Geschäfte von Kapitalgesellschaften und GmbH & Co KG, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, sind bekanntermaßen nichtig. Im Regelfall ist dies bloß ein Problem der beiden Normadressaten dieses Verbots – nämlich des Geschäftsführers der Gesellschaft, der das Geschäft vornimmt, sowie des empfangenden Gesellschafters (iWS), der den Vorteil daraus zieht. Wann eine verbotene Einlagenrückgewähr darüber hinaus auch zum Problem eines mittelbar involvierten Geschäftspartners der Kapitalgesellschaft, der nicht auch Gesellschafter (iWS) ist („Dritter“), werden kann, möchte ich anhand der jüngsten Judikatur erörtern. Dies betrifft einerseits die Frage, wann eine solche Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auch einem Dritten entgegengehalten werden kann (etwa einer unrechtmäßig besicherten Bank, s Pkt A.), und andererseits die Frage, wann sich Berater schadenersatzpflichtig machen können (etwa auf Grund einer unterlassenen Warnung, s Pkt B.). **ecolex 2025/151**



Dr. Alexander Reich-Rohrwig ist Partner bei der CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH und im Bereich Corporate/M&A tätig.

A. „Drittwirksamkeit“ des Verbots der Einlagenrückgewähr

1. Allgemeines

Grundlegender Schutzzweck des Verbots der Einlagenrückgewähr¹⁾ ist der Schutz der Gläubiger der Kapitalgesellschaft²⁾ – Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind absolut nichtig.³⁾

Adressaten dieses Verbots sind allerdings bloß die Gesellschafter (und nahestehende Personen⁴⁾) und die Organe der Gesellschaft (also Geschäftsführung sowie allenfalls der Auf-

sichtsrat). Das Verbot der Einlagenrückgewähr richtet sich nicht an sonstige „echte“ Dritte.⁵⁾ Daher sind auch (bloß einseitig) verbotswidrige Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit solchen Dritten grds gültig, da sich das Verbot schließlich nur an den *einen* der beiden Geschäftspartner richtet.⁶⁾ Der Dritte darf hingegen grds auf die unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht des Gf vertrauen und muss sich insofern

¹⁾ Gem § 82 GmbHG bzw § 52 AktG. Im Folgenden wird die Terminologie des GmbHG verwendet und daher etwa auf Gesellschafter und Geschäftsführung abgestellt, wobei das Gesagte sinngemäß auch für Aktionäre und den Vorstand einer Aktiengesellschaft gilt.

²⁾ RIS-Justiz RS0105518.

³⁾ Grundlegend J. Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004); Foglar-Deinhardstein, Verdeckte Gewinnausschüttung. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Strafrecht (2020); Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 83; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 Rz 72; RIS-Justiz RS0105535; OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18x (s dazu auch H. Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2019, 938f).

⁴⁾ Zur „Erweiterung“ des vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfassten Kreises der Gesellschafter auf konzernverbundene Unternehmen oder Angehörige natürlicher Personen, s etwa Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 7ff; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 83 Rz 11ff; jeweils mwN; OGH 22. 12. 2021, 6 Ob 89/21p.

⁵⁾ OGH 24. 8. 2022, 7 Ob 99/22t; 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p; 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18x; 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; 26. 6. 2001, 1 Ob 290/00d; 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; RIS-Justiz RS0105536; Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 82 Rz 76, 154; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 83 Rz 19; Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 6; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 52 Rz 55ff; Schopper in FS Fenyves (2013), 1009ff (1009).

⁶⁾ OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p; 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 17; überschießend insofern jüngst 6. 11. 2024, 6 Ob 98/24s; s dazu (treffend) krit H. Foglar-Deinhardstein, Verbotene Einlagenrückgewähr im Dachgeschoß: Solidarhaftung, Verjährung, (Unwirksamkeit der) Vertretungsbefugnis, ÖJZ 2025/34.

nicht um interne Belange der Gesellschaft kümmern.⁷⁾ Ob das Geschäft, der Vertrag, mit der Kapitalgesellschaft wirksam ist, muss demnach nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht beurteilt werden.⁸⁾

Bei kollusivem Verhalten ist ein Geschäft auch Dritten gegenüber nichtig.

Die Gegen Ausnahme bildet – als unstrittiger Ausgangspunkt – kollusives Verhalten der Beteiligten: Wenn die Geschäftsführung

bewusst zum Nachteil der Gesellschaft handelt und der Dritte Kenntnis vom Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr hat, ist das Rechtsgeschäft auch ihm gegenüber nichtig und er ist in Hinblick auf allfällig empfangene Leistungen rückgabepflichtig.⁹⁾

Der „Paradefall“ einer solchen drittwirksamen Nichtigkeit auf Grund kollusiven Verhaltens ist es, wenn eine Muttergesellschaft bei einer Bank einen Kredit aufnimmt und ihre Tochtergesellschaft unzulässigerweise¹⁰⁾ dazu veranlasst, zu Gunsten der Bank eine Sicherheit (etwa ein Pfandrecht) zu bestellen und die Bank sich dieser Unzulässigkeit bewusst ist.

2. Generelle Erkundungspflichten des Dritten?

Diese Grundsätze zu kollusivem Verhalten haben durch die Rsp allerdings eine erhebliche Ausdehnung erfahren:

Ausgehend von Schutzwürdigkeitsüberlegungen stellte der OGH¹¹⁾ im Jahr 1996 in seiner viel beachteten „Fehringer“-E klar, das sich ein Dritter (eine Bank) die Nichtigkeit des Geschäfts¹²⁾ nicht bloß bei kollusivem Verhalten und tatsächlicher Kenntnis der Verbotswidrigkeit entgegenhalten lassen müsse, sondern dass es genüge, wenn sich der Verstoß für den Dritten – iSe Missbrauchs der Vertretungsmacht – „geradezu aufdrängen“ musste, seine Unkenntnis somit auf grober Fahrlässigkeit beruhe.

Auch wenn sich die Unzulässigkeit geradezu aufdrängen muss, ist ein Geschäft Dritten gegenüber nichtig.

Zur logischen Folgefrage, was denn „grob fahrlässig“ sei, führte der OGH aus, dass der Dritte zwar nicht verpflichtet sei, besondere Nachforschungen oder

Angemessenheitsprüfungen (zur Erhebung der Fremdbüchlichkeit des Geschäfts) anzustellen, ihn aber sehr wohl eine generelle Erkundungspflicht treffe: Er müsse Auskünfte einholen, ob ein angemessenes Entgelt vereinbart worden sei, widrigenfalls er sich den Verstoß gegen § 82 GmbHG – hier: die Pfandbestellung durch die Tochtergesellschaft zur Besicherung des Kredits der Muttergesellschaft – entgegenhalten lassen müsse; auf – nicht offenkundig unrichtige – Auskünfte könne der Dritte sich jedoch verlassen.

Die Kritik der Lit¹³⁾ an dieser strengen Ansicht zu generellen Erkundungspflichten Dritter nahm der OGH¹⁴⁾ schließlich im

Jahr 2005 zum Anlass, um seine Aussagen (richtigerweise) zu relativieren: Eine allgemeine Erkundigungs- und Prüfpflicht sei schon wegen der Komplexität des Themas des Fremdvergleichs abzulehnen und eine Nachfrage nur dort zu fordern, wo sich der Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr schon so weit aufdrängt, dass der Verdacht nahezu einer Gewissheit gleichkommt. Diesem Grundsatz ist der OGH bis heute iW treu geblieben.¹⁵⁾

Der Frage, was diese Grundsätze nun konkret bedeuten und wann sich ein Verdacht so weit aufdrängen muss, dass er einer Gewissheit gleichkommt, widmet sich das folgende Kapitel.

3. Erkundungspflichten: bloß, wenn ein Verdacht nahezu einer Gewissheit gleichkommt

Der Grundsatz ist also nach nunmehriger stRsp,¹⁶⁾ dass keine generellen Erkundungspflichten des Dritten bestehen.

Jener Anknüpfungspunkt¹⁷⁾, der Erkundungspflichten des Dritten auslöst und zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auch ihm gegenüber führen kann, ist vielmehr erst ein „ins Auge springender Verdacht“¹⁸⁾ oder ein „dringender Verdacht“¹⁹⁾, der sich so weit aufdrängt, dass er nahezu einer Gewissheit gleichkommt.²⁰⁾ Dieses „geradezu Aufdrängen“ eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr setzt die Rsp regelmäßig mit „grober Fahrlässigkeit“ gleich.²¹⁾

Die Rsp setzt „geradezu Aufdrängen“ mit grober Fahrlässigkeit gleich.

Relevanter Zeitpunkt für das Vorliegen des Verdachts ist grds jener des Abschlusses des Rechtsgeschäfts.²²⁾

¹³⁾ Vgl etwa Hugel, JBl 1997, 113f; Karollus, ecolex 1999, 323.

¹⁴⁾ OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d (s dazu Artmann, JBl 2006, 288); RIS-Justiz RSO105537 (T 4). Dabei hielt der OGH fest, dass auch die Erkundungspflichten nach der Fehringer-E nicht für alle Fälle einer denkmöglichen Einlagenrückgewähr gelten würden, sondern sich diese Entscheidung bloß auf den, konkret per se kritischen, Sachverhalt eines Management-Buy-Outs bezog.

¹⁵⁾ Vgl jüngst etwa OGH 17. 5. 2023, 6 Ob 24/23g (s teils krit Peissl/Prasser, ecolex 2023/538); 14. 9. 2021, 6 Ob 158/21k; 25. 6. 2020, 6 Ob 89/20m; 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v; 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z; 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p; 5. 8. 2009, 9 Ob 26/08a, 9 Ob 25/08d; vgl auch J. Reich-Rohrwig/Aschl, ecolex 2022/565.

¹⁶⁾ Seit OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d; RIS-Justiz RSO105536; RSO105537.

¹⁷⁾ Auch rechtsdogmatisch ist dieser Anknüpfungspunkt richtig: Denn der Vorwurf grober Fahrlässigkeit setzt denklöglich eine gegenteilige Pflicht des Dritten voraus (die sodann grob fahrlässig verletzt wird), die aber gerade nicht besteht. Erst Offenkundiges kann eine bloß subsidiäre und bloß eingeschränkte Erkundungspflicht des Dritten auslösen bzw – mE dogmatisch richtiger – die Schutzwürdigkeit des Dritten im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft begründen. Vgl dazu auch Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 17; vgl auch Peissl/Prasser, ecolex 2023/538.

¹⁸⁾ OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d.

¹⁹⁾ OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z.

²⁰⁾ Vgl jüngst etwa OGH 17. 5. 2023, 6 Ob 24/23g; 14. 9. 2021, 6 Ob 158/21k; 25. 6. 2020, 6 Ob 89/20m; 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v; 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z; 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p; 5. 8. 2009, 9 Ob 26/08a, 9 Ob 25/08d; s generell Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 82 Rz 76, 154; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 38; nur „eindeutige Verdachtsfälle“ (wenige, besonders krasse Fälle) lösen eine Erkundungspflicht aus.

²¹⁾ OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f; 26. 6. 2001, 1 Ob 290/00d; 26. 7. 2016, 9 ObA 69/16m; 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16k; 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v; 5. 8. 2009, 9 Ob 26/08a, 9 Ob 25/08d; 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p; 24. 10. 2006, 10 Ob 16/06k; 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h.

²²⁾ OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p; s zustimmend Karollus, GesRZ 2011, 112 (114f): spätere Umstände irrelevant; 17. 5. 2023, 6 Ob 24/23g (s dazu auch Peissl/Prasser, ecolex 2023/538); 5. 8. 2009, 9 Ob 26/08a, 9 Ob 25/08d: „Abgabe und Annahme der Garantie“; 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z; Foglar-Dein-

⁷⁾ Siehe etwa Karollus, GesRZ 2011, 112 (114).

⁸⁾ OGH 24. 8. 2022, 7 Ob 99/22t; 24. 10. 2006, 10 Ob 16/06k; RIS-Justiz RSO105536; s dazu eingehend Müller, ÖJA 2023/7.

⁹⁾ OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; RIS-Justiz RSO105536; RSO105537; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 83 Rz 21.

¹⁰⁾ Etwa wenn die Sicherheitenbestellung nicht fremdvergleichsfähig ist, weil die Tochtergesellschaft keine angemessene Avalprovision erhält oder weil die der Tochtergesellschaft drohende Haftung eine für sie existenzbedrohende Höhe erreichen kann.

¹¹⁾ Vgl OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; RIS-Justiz RSO105536; RSO105537.

¹²⁾ Konkret ging es um die Frage der Wirksamkeit einer zu Gunsten einer Bank bestellten Sicherheit im Rahmen eines Management-Buy-Outs.

Maßgeblich ist somit der tatsächliche Kenntnisstand des Dritten:²³⁾ Ist etwa der unzulässige Zweck eines Darlehens – zB die Finanzierung des Anteilerwerbs an der Zielgesellschaft durch diese selbst – bekannt, so muss sich der Verdacht einer verbotenen Einlagenrückgewähr auch einer Bank, die nicht Gesellschafter der Mutter- oder Zielgesellschaft, also ein „echter“ Dritter ist, aufdrängen.²⁴⁾ Weiß der Dritte hingegen nicht einmal, dass die beiden übrigen am Rechtsgeschäft beteiligten Personen im Verhältnis von Gesellschaft und Gesellschafter zueinander stehen, ist ihm die Verbotswidrigkeit auch nicht evident;²⁵⁾ Gegenteiliges gilt, wenn die Gesellschaftsverhältnisse der kreditnehmenden Gesellschaften bekannt sind.²⁶⁾ Bei einem „fiktiven Cash Pooling“ kann einer dritten Bank kein Verdacht eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorgeworfen werden, wenn nicht feststeht, dass sie Kenntnis vom konzerninternen Cash-Pooling-Vertrag und seinem (unzulässigen, den Vorwurf der verbotenen Einlagenrückgewähr begründenden) Inhalt hatte.²⁷⁾

Der Dritte darf grds auch auf – nicht offenkundig unrichtige – Auskünfte der beteiligten Gesellschaften vertrauen.²⁸⁾ Werden für Ungereimtheiten allerdings keine schlüssigen Erklärungen geliefert, so kann dies einen relevanten Verdacht begründen.²⁹⁾

a) Keine weitergehende Erkundungspflicht bei plausiblen Anschein einer betrieblichen Rechtfertigung

In einer jüngst ergangenen E hat der OGH bestätigt, dass in jenen Fällen, in denen (etwa) das Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung schon bei erstem Anschein plausibel erscheint und in denen keine Verdachtsmomente gegeben sind, die den Dritten am Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung zweifeln lassen müssten, kein weiterer Überprüfungsbedarf bestehe.³⁰⁾

hardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 82 Rz 76; vgl allerdings OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p, der iZm der Tilgung eines Kredits wohl auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Zahlungen und nachträglich hinzutretende Umstände (sich verschlechternde wirtschaftliche Situation, unerklärliche Forderungen in Bilanz, Zahlung auf Kreditkonto) abstellt.

²³⁾ OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p: Gesellschaftsverhältnisse bekannt (s dazu Karollus, GesRZ 2011, 112 (114f)); vgl 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16k: Vornahme der gesamten Vertragsgestaltung; vgl 14. 9. 2021, 6 Ob 158/21k.

²⁴⁾ OGH 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v; 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y.

²⁵⁾ OGH 24. 10. 2006, 10 Ob 16/06k; 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z uVa Karollus, GesRZ 2011, 112 (114), wobei der OGH allerdings einen Verdacht letztlich bejahte, da unter anderem bekannt war, dass eine der beteiligten Gesellschaften „im Einflussbereich“ des Gf und Gesellschafters einer anderen Gesellschaft stand.

²⁶⁾ OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p; s dazu auch Karollus, GesRZ 2011, 112 (114f).

²⁷⁾ OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p (s dazu H. Foglar-Deinhardstein, NZ 2019, 222).

²⁸⁾ OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p; 29. 3. 2017, 6 Ob 48/17b; 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p.

²⁹⁾ OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p: „unerklärliche Forderungen“ in der Bilanz; vgl auch 14. 9. 2021, 6 Ob 26/21y: Mit gänzlich unkonkreten oder unplausiblen Erklärungen darf sich ein Anwalt (als Treuhänder) nicht begnügen; die angegebenen Gründe für Auszahlungsanweisungen wären (bei prima facie gegen die Kapitalerhaltung verstößenden Auszahlungsanweisungen) zu hinterfragen gewesen.

³⁰⁾ OGH 17. 5. 2023, 6 Ob 24/23g; 29. 3. 2017, 6 Ob 48/17b; 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p; 20. 11. 2018, 10 Ob 86/18x: Erscheint eine betriebliche Rechtfertigung plausibel, besteht kein weiterer Überprüfungsbedarf; ein solcher plausibler Anschein besteht etwa, wenn eine Gesellschaft das nachvollziehbare Interesse hat, Finanzierungsengpässe durch Übernahme einer Sachhaftung zu vermeiden. Vgl auch OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d: betriebliche

Schon von vornherein hoch verdächtige Fälle lösen hingegen Erkundungspflichten aus – der Dritte hat bei den Beteiligten etwa hinsichtlich einer Gegenleistung nachzufragen, wobei der Dritte sich auf nicht offenkundig unrichtige Auskünfte verlassen darf.³¹⁾

Bei der Beurteilung der groben Fahrlässigkeit kommt es insofern auf die Möglichkeiten des Dritten an, zu erkennen, dass die Zahlungen von keinem rechtfertigenden Sachverhalt getragen sind (also ohne betriebliche Rechtfertigung erfolgen) und einem Fremdvergleich nicht standhalten.³²⁾

b) Verdächtige Fälle

Als *per se* verdächtig hat der OGH in der Vergangenheit Konstellationen des *Leveraged-Buy-Outs* bzw *Management-Buy-Outs* eingestuft, in denen Kreditverträge der Finanzierung eines Anteilskaufs dienten und das jeweilige (zu erwerbende) Tochterunternehmen selbst die Sicherheiten für einen solchen Kredit stellte oder den Kredit sogar selbst aufnahm und an den Käufer weiterleitete, und diese Konstellation der finanzierenden Bank (als Drittem) auch bekannt war.³³⁾

Bei der Bestellung von Sicherheiten durch eine Gesellschaft kann die Kenntnis sowohl der Beteiligungsverhältnisse als auch der finanziellen Situation der beteiligten Gesellschaften für eine dritte Bank „hoch verdächtig“ sein:³⁴⁾ Bei Kenntnis der Beteiligungsverhältnisse sowie der (schlechten) finanziellen Situation der beteiligten Gesellschaften kann sich der Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr etwa aufdrängen, wenn der Dritte weiß, dass eine Kapitalgesellschaft für Kredite ihrer Schwestergesellschaften Bürgschaften übernimmt, obwohl sie zu diesen Schwestergesellschaften keine Geschäftsbeziehungen unterhält. Der Dritte muss diesfalls erkennen, dass die Gesellschaft ausschließlich im vorrangigen Interesse ihres Hauptgesellschafters handelt. Er hat daher in dieser hoch verdächtigen Konstellation das Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung der Bürgschaftsübernahme zu hinterfragen.³⁵⁾

Ebenso muss es für eine kreditgewährende Bank ungewöhnlich und auffällig (und somit „hoch verdächtig“) sein, wenn eine besichernde Gesellschaft ein Pfandrecht für einen Kreditnehmer bestellt, mit dem sie in keinem ersichtlichen Zusammenhang steht.³⁶⁾

Zahlungen, die direkt auf ein Kreditkonto erfolgen, haben einen höheren Auffälligkeitswert als Zahlungen auf ein Girokonto, da ein Kreditkonto betreffend einen Einmalbarkredit nicht dem Zahlungsverkehr dient.³⁷⁾ Zahlungen iHv dem fast Vierfachen der Bilanzsumme stellen keinen Routinevorgang (der keine Erkundungspflichten auslösen würde) dar.³⁸⁾

Rechtfertigung für Beteiligung an Konzernkredit (inkl Haftungsübernahme); vgl auch Karollus, GesRZ 2011, 112 (114f) (zu OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p).

³¹⁾ OGH 17. 5. 2023, 6 Ob 24/23g; 29. 3. 2017, 6 Ob 48/17b; 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z; 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p.

³²⁾ OGH 29. 3. 2017, 6 Ob 48/17b; vgl 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p.

³³⁾ OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p; 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v; 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w; 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d (Artmann, JBI 2006, 288); 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; vgl auch 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p.

³⁴⁾ OGH 5. 8. 2009, 9 Ob 26/08a, 9 Ob 25/08d; 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p.

³⁵⁾ OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p.

³⁶⁾ OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z.

³⁷⁾ OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p; vgl auch 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d: Überweisungsverkehr zw Konzerngesellschaften.

³⁸⁾ OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 61/21w (insb wenn zusätzlich die rechnerische Überschuldung und die Herkunft und Zweck der Zahlungen bekannt waren).

Auch die Kenntnis einer schlechten finanziellen Situation der beteiligten Gesellschaften stuft der OGH regelmäßig wohl als verdächtig ein.³⁹⁾

c) Gegenläufige Aspekte

In die gegenteilige Richtung geht eine E des OGH, in der dieser iZm der Gewährung eines Konzernkredits und damit zusammenhängender Sicherungszessionen der Konzerngesellschaften etwa ausspricht, dass der Umstand, dass einem Konzern von einem Bankenkonsortium, dem alle österr Großbanken angehörten, ein Konsortialkredit in erheblicher Höhe gewährt wurde, gegen das Vorliegen einer für eine dritte Bank evidente Verbotswidrigkeit spreche.⁴⁰⁾

Bei einem Cash Pooling liegt – anders als bei einer Sicherheitenbestellung zur Finanzierung eines Anteilskaufs – eine betriebliche Rechtfertigung nahe, ist aber jedenfalls nicht auszuschließen.⁴¹⁾

Ebenso muss allein der Umstand, dass ein und dieselbe Person Gf der beiden beteiligten Schwestergesellschaften ist, noch keinen Verdacht der verbotenen Einlagenrückgewähr begründen.⁴²⁾

d) Fehlen relevanter Judikatur spricht gegen grobe Fahrlässigkeit

Das Verkennen des Vorliegens einer verbotenen Einlagenrückgewähr auf Grund fehlender Rsp (konkret: Abschluss des Rechtsgeschäfts vor der *Fehringer-E*) stuft der OGH⁴³⁾ in einem Fall trotz der Vernachlässigung damals bereits vorliegender Lehrmeinungen nicht als grob fahrlässig ein. Später (im Jahr 2011) musste die Rsp zur Unzulässigkeit der Bestellung von Sicherheiten für eine fremde Schuld hingegen bekannt sein und der Verdacht einer verbotenen Einlagenrückgewähr sich somit (unter diesem Aspekt) aufdrängen.⁴⁴⁾

In der ersten hg E zur Frage des Vorliegens einer verbotenen Einlagenrückgewähr bei einem Cash-Pooling sprach der OGH hingegen wiederum aus, dass für die Frage, ob sich für eine dritte Bank ein Verdacht aufdrängen hätte müssen, das bisherige Fehlen von Rsp zu berücksichtigen sei (und verneinte einen solchen Verdacht letztlich).⁴⁵⁾

Dazu passt auch, dass der OGH zur Abschlussprüferhaftung wegen eines (vom Abschlussprüfer nicht erkannten) Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr festgehalten hat, dass der Abschlussprüfer nicht rechtswidrig handelt, wenn eine Frage in bilanzrechtlicher, betriebswirtschaftlicher oder prüfungstechnischer Sicht strittig ist und der Abschlussprüfer eine objektiv vernünftige Rechtsmeinung vertreten hat; eine Haftung bestünde hingegen dann, wenn der Abschlussprüfer einem Rechtsirrtum unterliegt, der durch Anwendung der erforderlichen Sorgfalt (fachgerechte Recherche) vermieden hätte werden können.⁴⁶⁾

e) Vertrauen des Dritten auf Rechtsberatung seines Gegenübers?

Bedeutsam ist auch eine jüngste Klarstellung des OGH zur Frage, ob ein Dritter darauf vertrauen kann, dass der RA seines Gegenübers das Rechtsgeschäft geprüft hat und ihm selbst somit kein Sorgfaltsverstoß oder ein Verdacht, dass das Geschäft gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, vorgeworfen werden könne:

Nach der Auffassung des OGH dürfe eine Bank als Dritter, die es mit einer anwaltlich vertretenen Gegenseite zu tun hat, darauf vertrauen, dass gesellschaftsrechtliche Beschränkungen

durch den RA der Gegenseite berücksichtigt oder thematisiert werden. Wenngleich dies zwar durchaus als fahrlässig bezeichnet werden könne, erreiche dieses Vertrauen auf die Beratung des Gegenübers jedoch nicht die Qualität eines zwingenden und sich geradezu aufdrängenden Verdachts.⁴⁷⁾

Maßgeblich war *in concreto* wohl, dass der RA der Gegenseite über die jeweiligen Innenverhältnisse Bescheid wusste, zugleich Treuhänder war, den Pfandbestellungsvertrag erstellt hatte und ihn auch – wie der OGH betont – Interessenwahrungspflichten gegenüber seiner Mandantin traf: So sei dieser wegen der im Raum stehenden Möglichkeit, die Pfandbestellung könnte gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, verpflichtet gewesen, diese Verdachtsmomente zu prüfen und vorzusorgen, die von ihm vertretene Partei vor dem Abschluss möglicherweise nichtiger Rechtsgeschäfte abzuhalten.

Dies schließe allerdings – wie der OGH betont – nicht aus, dass *in anderen Fällen* trotz anwaltlicher Vertretung beim Dritten eine Verdachtslage vorliege, die nahezu einer Gewissheit gleichkommt. Oder allgemeiner formuliert: Die anwaltliche Vertretung der Gegenseite exkulpert und schützt den Dritten also nicht automatisch!

B. Sorgfaltspflichten der Angehörigen von beratenden Berufen: Rechtsanwälte, Steuerberater, Notare

Damit will ich nun einen zweiten wesentlichen Aspekt ansprechen: Welche Sorgfalt schulden (rechts)beratende Berufe wie Anwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Notare, wenn sie bei Rechtsgeschäften beraten, die potenziell gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen könnten. Der anzulegende Maßstab ist hier naturgemäß ein ganz anderer, denn schließlich geht es hier nicht um die Frage des Vertrauensschutzes im Rahmen des Stellvertretungsrechts, sondern vielmehr um eigenständige Beratungs- und Interessenwahrungspflichten, die einen Berater gegenüber seinen Mandanten treffen.

Zwei kürzlich ergangene E des OGH⁴⁸⁾ zu den Pflichten eines RA – die sinngemäß auch für Steuerberater oder Wirtschafts-

³⁹⁾ OGH 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16k; 23. 6. 2021, 6 Ob 61/21w; 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p.

⁴⁰⁾ OGH 26. 6. 2001, 1 Ob 290/00d; vgl auch 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d: Der OGH billigte die Ansicht des BG, dass Konzernkredite und die Übernahme eines Haftungsrisikos durch die Konzerngesellschaften (sofern nicht voraussichtlich existenzgefährdend) als betrieblich gerechtfertigt angesehen werden, da dieser den Vorteil habe, dass der gesamte Rahmen allen Kreditnehmern zur Verfügung steht (und von vornherein nicht abzusehen war, dass der Kreditbedarf einer Konzerngesellschaft in aller Regel höher sein werde als jener der anderen), keine finanzielle Notlage bestand (ein Haftungsfall also wahrscheinlich wäre) und die Zusammenarbeit somit zum wirtschaftlichen Vorteil der Konzerngesellschaft sei.

⁴¹⁾ OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p.

⁴²⁾ OGH 29. 3. 2017, 6 Ob 48/17b.

⁴³⁾ OGH 5. 8. 2009, 9 Ob 26/08a, 9 Ob 25/08d.

⁴⁴⁾ OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z.

⁴⁵⁾ OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p; vgl zum Aspekt des Erfordernisses der Rechtskenntnis, um auf die Unzulässigkeit eines Rechtsgeschäfts schließen zu können, Müller, ÖJA 2023/7.

⁴⁶⁾ OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i; H. Foglar-Deinhardstein, GES 2021, 159 (169).

⁴⁷⁾ OGH 25. 6. 2020, 6 Ob 89/20m.

⁴⁸⁾ OGH 14. 9. 2021, 6 Ob 26/21y (zu Recht krit dazu Brugger, NZ 2022/15); 25. 6. 2020, 6 Ob 89/20m.

prüfer gelten werden – setzen insofern durchaus strenge Maßstäbe:

Für Berater legt die Rsp einen strengen Maßstab an.

Ausgehend von der Pflicht eines RA zur Interessenwahrung und zur Rechtsbetreuung seines Mandanten gem § 1009 ABGB und § 9 RAO und den daraus resultierenden Warn-, Aufklärungs-, Informations- und Verhütungspflichten sprach der OGH⁴⁹⁾ aus, dass diese Pflichten auch dann bestehen, wenn der Mandant bereits von anderer Seite Rechtsberatung eingeholt hatte, sich für den RA allerdings die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des, für die professionelle Erledigung des Geschäftsfalles erforderlichen, Wissensstands des Mandanten herausstelle.

Ein mit der Vertragserrichtung für eine GmbH beauftragter RA müsse demnach dann, wenn die Möglichkeit im Raum steht, dass die Durchführung des Vertrags gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, die dafür vorliegenden Verdachtsmomente prüfen.⁵⁰⁾

Diese Grundsätze seien auch nicht auf Fälle einer Vertragserrichtung und -prüfung beschränkt, sondern gelten als Ausfluss der allgemeinen Interessenwahrungspflicht bei allen Auftragsverhältnissen und somit auch, wie im konkreten Fall, wenn ein RA bloß als Treuhänder tätig wird.

Wenngleich der RA sich im Regelfall auf Informationen seines Mandanten verlassen könne, so dürfe er sich bei *prima facie*⁵¹⁾ gegen Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßenden Auszahlungsaufträgen nicht mit gänzlich unkonkreten und unplausiblen Erklärungen begnügen. Konkret hätte der RA sogar die Motive für unterbliebene Auszahlungen ergründen und sich dahingehend vergewissern und hinterfragen müssen, ob nicht eine Krise des Unternehmens iSd EKEG vorlag. Die Gründe, aus denen die Geschäftsführung die Auszahlungen für ordnungsgemäß hielt, wären konkret zu erörtern gewesen.

Den RA treffe insofern die Pflicht, den Treugeber konkret auf die Unzulässigkeit der Auszahlungen hinzuweisen, wenn dieser ihn zu unzulässigen (da gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßenden) Auszahlungen anweise; ein allgemein gehaltener Hinweis auf einen „allfälligen Verstoß“ genüge hingegen nicht. Darüber hinaus treffe ihn eine Verpflichtung zur Verhütung der negativen Folgen von Verstößen gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften; der RA müsse seinen Mandanten vom Abschluss möglicherweise nichtiger Rechtsgeschäfte abhalten,⁵²⁾ den unzulässigen Abfluss von Mitteln verhindern und den Treugeber vor unzulässigen und somit nichtigen Auszahlungen „tunlichst bewahren“.

Diese hg E hat in der Lit zu Recht Kritik⁵³⁾ erfahren:

Denn im konkreten Fall war der RA bloß als Treuhänder tätig, der auf Anweisung der Gesellschaft Auszahlungen tätigte; mit einer Prüfung der den Zahlungen zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte war er hingegen nicht beauftragt. Darüber hinaus hatte der RA offenbar das Verbot der Einlagenrückgewähr sogar thematisiert und auf einen möglichen Verstoß hingewiesen.

Weisungen dürfen nicht „blind“ befolgt werden; es ist „denkender Gehorsam“ gefordert.

Wenngleich nun allgemein anerkannt ist, dass ein Gewalthaber Weisungen nicht „blind“ befolgen darf, sondern vielmehr „denkender Gehorsam“ gefordert ist,⁵⁴⁾ so geht die bisherige Rsp⁵⁵⁾ zu arbeitsteiligen Prozessen doch klar davon aus, dass zusammenwirkende Be-

ratener (etwa ein Rechtsberater und Steuerberater) grds jeweils bloß für den eigenen Aufgabenbereich verantwortlich sind; in Hinblick auf den Fachbereich des anderen müssen sie hingegen keine besonderen Untersuchungen anstellen und treffen sie bloß verminderte Sorgfaltspflichten (etwa zur Warnung vor Mängeln, die auch ohne Spezialkenntnisse ins Auge fallen).

Wenn der OGH nun einerseits einen allgemein gehaltenen Warnhinweis eines Treuhänders zu Problemen, die außerhalb seines Auftrags- und Beratungsbereichs (!) liegen, nicht genügen lässt und ihm zusätzlich sogar gesteigerte Nachforschungspflichten zum Sachverhalt außerhalb seines Auftrags- und Beratungsbereichs (!) aufbürdet, so geht dies mE doch weit über das hinaus, was in einer arbeitsteiligen Welt und in Einklang mit den Grundsätzen des Vertrauensschutzes gefordert werden kann.

Ebenso ist die vom OGH postulierte Pflicht des RA, seinen Mandanten vom Abschluss möglicherweise nichtiger Rechtsgeschäfte *abzuhalten*, mit Vorsicht zu genießen und wohl bloß vor dem Hintergrund von dessen Funktion als Treuhänder (auf Grund derer er durch eine Zurücklegung des Mandates eine unzulässige Zahlung verhindern hätte können) zu betrachten. Ganz generell muss mE hingegen – in Einklang mit der bisherigen Rsp⁵⁶⁾ – gelten: Aufgabe sämtlicher beratender Berufe ist es, eine fundierte Entscheidungsgrundlage des beratenen Mandanten zu schaffen, nicht jedoch, dessen Entscheidung zu beeinflussen oder gar zu determinieren.⁵⁷⁾ Jedenfalls kann einen Berater keine dahingehende Erfolgsverbindlichkeit treffen.

Ebenso ist die vom OGH postulierte Pflicht des RA, seinen Mandanten vom Abschluss möglicherweise nichtiger Rechtsgeschäfte *abzuhalten*, mit Vorsicht zu genießen und wohl bloß vor dem Hintergrund von dessen Funktion als Treuhänder (auf Grund derer er durch eine Zurücklegung des Mandates eine unzulässige Zahlung verhindern hätte können) zu betrachten. Ganz generell muss mE hingegen – in Einklang mit der bisherigen Rsp⁵⁶⁾ – gelten: Aufgabe sämtlicher beratender Berufe ist es, eine fundierte Entscheidungsgrundlage des beratenen Mandanten zu schaffen, nicht jedoch, dessen Entscheidung zu beeinflussen oder gar zu determinieren.⁵⁷⁾ Jedenfalls kann einen Berater keine dahingehende Erfolgsverbindlichkeit treffen.

C. Verjährung von Rückforderungsansprüchen iZm nichtigen Rechtsgeschäften

Ist ein Rechtsgeschäft auf Grund eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nichtig, stellt sich die Frage, wie lange verbotswidrig erbrachte Leistungen von der (leistenden) Gesellschaft zurückgefordert werden können.

⁴⁹⁾ OGH 14. 9. 2021, 6 Ob 26/21 y.

⁵⁰⁾ So schon OGH 25. 6. 2020, 6 Ob 89/20 m.

⁵¹⁾ Unter Verweis auf zwei weitere E des OGH (17. 1. 2018, 6 Ob 199/17 h; 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18 x) vertrat der OGH die Ansicht, dass außerhalb des Massengeschäfts alle zw der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter getätigten Rechtsgeschäfte in Hinblick auf einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr „prima facie verdächtig“ seien. Ob dies in dieser Allgemeinheit nicht doch etwas zu weit geht (weil damit schließlich fast jedes Geschäft zw Gesellschaft und Gesellschafter verdächtig wäre), muss hier dahingestellt bleiben. Es ist allerdings jedenfalls nicht auf die oben erörterten Fälle der Erkundigungspflichten echter Dritter bei schwerwiegenden Verdachtsmomenten übertragbar. Denn all diese Entscheidungen betrafen entweder Organwähler der Gesellschaften oder einen Anwalt, die – im Gegensatz zu einem Dritten – jeweils inhaltliche Prüfpflichten betreffend die Rechtmäßigkeit des Geschäfts hatten.

⁵²⁾ So schon OGH 25. 6. 2020, 6 Ob 89/20 m.

⁵³⁾ Siehe etwa Brugger, NZ 2022/15; J. Reich-Rohrwig/Aschl, ecolex 2022/565; R. Rastegar, EvBl 2022/36.

⁵⁴⁾ OGH 20. 2. 2014, 6 Ob 183/13 z; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1009 Rz 63.

⁵⁵⁾ OGH 19. 11. 1998, 2 Ob 303/98 t; 11. 5. 2005, 7 Ob 84/05 m; RIS-Justiz RSO111088; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 347 Rz 201.

⁵⁶⁾ RIS-Justiz RSO026419: Ein Notar ist nicht gehalten, den Entschluss einer von ihm auf die Bedenken gegen das Geschäft aufmerksam gemachten Partei zu beeinflussen. OGH 21. 12. 1989, 7 Ob 695/89: Ein Notar hat auf Willensentschlüsse der Parteien nicht einzuwirken und eine Willensänderung herbeizuführen. Vgl OGH 22. 11. 2011, 8 Ob 108/11 g.

⁵⁷⁾ Siehe zum Zweck von Aufklärungspflichten und der Schaffung einer Entscheidungsgrundlage allgemein A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss 27 ff mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

In mittlerweile stRsp⁵⁸⁾ judiziert der OGH insofern, dass auf solche Verbotsverstöße sowohl das gesellschaftsrechtliche Verjährungsregime als auch das allgemeine, bereicherungsrechtliche Regime des ABGB anwendbar sind und miteinander konkurrieren, also parallel zur Anwendung kommen.

Die Gesellschaft kann somit gesellschaftsrechtliche Rückforderungsansprüche nach § 83 GmbHG bzw § 56 AktG geltend machen, die einer Verjährungsfrist von grds fünf Jahren ab Empfang der verbotswidrigen Leistung unterliegen.⁵⁹⁾ Bei der GmbH verlängert sich diese Frist bei Kenntnis der Verbotswidrigkeit allerdings auf die allgemeine 30-jährige Frist nach § 83 Abs 5 GmbHG.⁶⁰⁾

Zusätzlich stehen der Gesellschaft auch allgemeine, zivilrechtliche Bereicherungsansprüche zu, die grds in 30 Jahren verjähren.⁶¹⁾ Zu beachten ist insofern allerdings, dass die jüngere Rsp⁶²⁾ die allgemeine bereicherungsrechtliche Verjährungsfrist von 30 Jahren nur noch als Auffangtatbestand begreift und die Verjährung von Kondiktionsansprüchen analog nach der Art des Anspruchs, an dessen Stelle die Kondiktion getreten ist, beurteilt, da sie funktionell vertraglichen Erfüllungsansprüchen ähneln oder wirtschaftlich an deren Stelle treten.⁶³⁾ Daher kommt etwa bei einer – gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßenden und somit – nichtigen Nutzungsvereinbarung analog § 1486 Z 4 ABGB grds bloß eine dreijährige Verjährungsfrist zur Anwendung;⁶⁴⁾ dasselbe gilt sinngemäß bei wiederkehrenden Leistungen analog § 1480 ABGB.⁶⁵⁾ Selbst wenn die zivilrechtlichen Bereicherungsansprüche wegen eines kapitalerhaltungsrechtlichen Verstoßes schon nach drei Jahren verjähren, ändert dies allerdings nichts an der – oben erwähnten – fünfjährigen Verjährungsfrist für (konkurrierende) Rückersatzansprüche gem § 83 GmbHG.⁶⁶⁾

Schlussstrich

Bei Rechtsgeschäften, die möglicherweise gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, treffen „echte“ Dritte bloß dann Erkundigungspflichten, wenn sich für sie der Verdacht der Ver-

botswidrigkeit so weit aufdrängt, dass er nahezu einer Gewissheit gleichkommt; ist das Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung schon bei erstem Anschein plausibel, besteht kein weiterer Überprüfungsbedarf. Verstößt ein Dritter gegen diese Pflichten, kann auch ihm die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts entgegengehalten werden.

Rechtsberater (wie etwa Anwälte, Steuerberater und Notare) können weitreichende Pflichten treffen, ihre Mandanten von der Vornahme verbotswidriger Zahlungen abzuhalten, selbst wenn sie selbst nicht mit der Prüfung der Zulässigkeit eines Rechtsgeschäfts in Hinblick auf einen allfälligen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr beauftragt waren.

Gesellschaftsrechtliche Rückforderungsansprüche der Gesellschaft auf Grund von verbotswidrigen Leistungen konkurrieren mit der Rückforderung dieser Leistungen nach allgemeinem Bereicherungsrecht, sodass neben der grds fünfjährigen gesellschaftsrechtlichen Verjährungsfrist auch die allgemeine 30-jährige (allenfalls aber auch eine kürzere, zB bloß dreijährige) Verjährungsfrist des ABGB zum Tragen kommt.

⁵⁸⁾ RIS-Justiz RSO128167; ausgehend von 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; jüngst 18. 11. 2022, 6 Ob 112/22x; 26. 4. 2016, 6 Ob 79/16k; s etwa Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 83 Rz 22f; H. Foglar-Deinhardstein, GES 2024, 171 (173f).

⁵⁹⁾ Siehe § 83 Abs 5 GmbHG und § 56 Abs 4 AktG.

⁶⁰⁾ OGH 18. 11. 2022, 6 Ob 112/22x; Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 83 Rz 22f.

⁶¹⁾ Vgl §§ 1478f ABGB.

⁶²⁾ OGH 18. 11. 2022, 6 Ob 112/22x; 30. 5. 2017, 8 Ob 110/16h; 2. 9. 2021, 9 Ob 44/21t; RIS-Justiz RSO086687; RSO123539; RSO124811.

⁶³⁾ OGH 18. 11. 2022, 6 Ob 112/22x; 17. 12. 2013, 4 Ob 181/13s; Vollmaier in Feinyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1486 Rz 9.

⁶⁴⁾ OGH 18. 11. 2022, 6 Ob 112/22x.

⁶⁵⁾ OGH 30. 5. 2017, 8 Ob 110/16h.

⁶⁶⁾ OGH 20. 12. 2023, 6 Ob 170/23b (s dazu H. Foglar-Deinhardstein, GES 2024, 171).

RECHTSPRECHUNG

Bearbeitet von Johannes Reich-Rohrwig

Keine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers bei Insolvenz der Hausbank

ecolex 2025/152

§ 25 GmbHG; § 84 AktG; § 1299 ABGB

OGH 16. 12. 2024, 9 Oba 88/24t

Geschäftsführerhaftung; Sorgfaltsmaßstab

1. Das Eingehen unverhältnismäßiger oder sogar existenzbedrohender Risiken durch den Gf kann im Einzelfall einen haftungsbegründenden Ermessensmissbrauch bzw eine Ermessensüberschreitung begründen. Die Entscheidung, den größten Teil des Eigenkapitals auf Geschäftskonten bei der eigenen Hausbank zu belassen, ist jedoch nicht mit einem unverhältnismäßig hohen Schadensrisiko verbunden. Der Gf muss das allgemeine Risiko, dass die langjährige Hausbank in Insolvenz

verfallen könnte, nicht als konkrete Möglichkeit bei der Veranlagungsentscheidung vorhersehen.

2. Sind die Voraussetzungen der Business Judgement Rule als „Safe Harbour“ nicht erfüllt, trifft den Gf nicht automatisch eine Haftung. Eine solche kann aber eintreten, wenn das Verhalten im Einzelnen als sorgfaltswidrig einzustufen ist.

3. Der objektive Sorgfaltsmaßstab eines Gf gem § 25 Abs 1 GmbHG ergibt sich aus jener Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhändiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen einzuhalten hat (RS0059449). Einen erhöhten Sorgfaltsmaßstab für einen ressortzuständigen Gf sieht das Gesetz nicht vor.