

Neues zur Einlagenrückgewähr (OGH 6 Ob 98/24s)



Rechtsanwaltsanwärtlerin Mag.^a Ines Karollus
Bruckmüller Rechtsanwalts GmbH

In der Entscheidung vom 6.11.2024, 6 Ob 98/24s hat der OGH seine Rechtsprechung zum Verbot der Einlagenrückgewähr weiterentwickelt und wichtige Aussagen zur Passivlegitimation für Rückgewähransprüche bei Leistungen an einen mittelbaren Gesellschafter sowie zur Verjährung getroffen.

1. Sachverhalt

Zu entscheiden war über den folgenden Sachverhalt: An der klagenden GmbH waren zwei weitere GmbHs jeweils zu 50 % beteiligt. Eine der beiden GmbHs ist die Erstbeklagte, deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Zweitbeklagte; gemeinsam mit dem Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter der anderen GmbH ist er kollektiv vertretungsbefugter Geschäftsführer der Klägerin. Der Zweitbeklagte sowie der Sohn seiner Lebensgefährtin haben ohne einen Rechtstitel jeweils eine Wohneinheit samt dem dazugehörigen Stellplatz in der von der Klägerin errichteten Wohnhausanlage benutzt, ehe dann die Wohnungen am 21.5.2014 an den Zweitbeklagten verkauft wurden. Über Antrag der zweiten Gesellschafterin vom 23.10.2018 wurde zur Vertretung der Klägerin für die klagsgegenständlichen Ansprüche ein Kollisionskurator bestellt; der Bestellungsbeschluss wurde am 13.12.2019 rechtskräftig. Die Klägerin verlangt mit ihrer am 21.7.2020 eingebrachten Klage Zahlung für die unberechtigte Nutzung der beiden Wohnungen und Stellplätze. Sie stützt sich dafür auf einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, auf Geschäftsführerhaftung und auf Bereicherungsrecht. Das HG Wien verpflichtete die Beklagten zur Leistung von 19.130 EUR. Das OLG Wien wies die Klage ab. Es verneinte eine Haftung der Erstbeklagten schon deshalb, weil Leistungsempfänger der Einlagenrückgewähr der Zweitbeklagte, nicht aber die Erstbeklagte gewesen sei. Darüber hinaus hielt es die Ansprüche für verjährt. Eine Hemmung der Verjährung nach § 1494 ABGB analog sei in concreto nicht geboten und würde dazu führen, dass der zweite Geschäftsführer, der die Unbilligkeit

einer Maßnahme gekannt und nicht gebilligt habe, dennoch beliebig lang mit der Setzung der erforderlichen Schritte zuwarten könnte, statt den ihn treffenden Pflichten nachzukommen und Interessen der Klägerin zu verfolgen. Die ordentliche Revision wurde wegen der bewussten Abweichung von der zu 6 Ob 170/23b ergangenen Rechtsprechung zugelassen. Vom OGH wurde die Rechtssache in Ansehung der Klageforderung von EUR 14.167 sA zur neuerlichen Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

2. Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr

Für den OGH war es – weil die Kapitalerhaltungsvorschriften nach ihrem Sinn und Zweck jede unmittelbare oder mittelbare Leistung an einen Gesellschafter erfassen, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und wirtschaftlich das Vermögen der Gesellschaft verringert – nicht zweifelhaft, dass auch die bloße Nutzung einer Wohnung (samt Garagenstellplatz) einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften darstellen kann. Wirtschaftlich betrachtet hätte die Zurverfügungstellung von Wohnraum einen Wert. Wesentlich sei, dass die Gesellschaft diesen Wohnwert einem mittelbaren Gesellschafter zur Verfügung stellte; dies hätte sie bei einem Dritten nicht kostenlos getan, sondern dafür Entgelt verlangt. Darauf, ob die Gesellschaft – ansonsten – hypothetisch nicht „vorgehabt“ hätte, die Wohnung zu vermieten, könne es nicht ankommen. Einer Leistung der Gesellschaft stehe auch nicht entgegen, dass sie von einem lediglich kollektivvertretungsbefugten Geschäftsführer veranlasst wurde, weil die Gesellschaft bei einer verbotenen Einlagenrückgewähr

niemals wirksam vertreten sei¹; für den Akt der Leistung selbst komme es im Übrigen im Regelfall gar nicht auf die wirksame rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis an, sondern bloß auf die bewusste Zuwendung eines offenkundig der Gesellschaft gehörigen Vermögensguts als Leistung der Gesellschaft.

Als Rechtsfolge der verbotenen Einlagenrückgewähr greift (unter anderem) ein Rückgewähranspruch gemäß § 83 Abs 1 GmbHG ein; im vorliegenden Fall wird der Anspruch auf eine Abgeltung des Werts der Nutzung gerichtet sein, also wohl auf das Entgelt, das die Gesellschaft von einem Dritten verlangt hätte.

3. Passivlegitimation für den Rückgewähranspruch

Dass im vorliegenden Fall eine verbotene Einlagenrückgewähr an den Zweitbeklagten als mittelbaren Gesellschafter erfolgt ist (ein mittelbarer Gesellschafter wird als ein „unechter Dritter“ einem Gesellschafter gleichgestellt, sodass auch er ein direkter Adressat des Verbots der Einlagenrückgewähr ist; der Zweitbeklagte war als Empfänger anzusehen, weil er selbst die Nutzungen aus einer Wohnung gezogen hat und die von seinem nahen Angehörigen gezogenen Nutzungen aus der anderen Wohnung ihm ebenfalls zuzurechnen sind) und dass daher ein Rückgewähranspruch gegen den Zweitbeklagten eingreift, war nicht weiter problematisch. Offen war aber, ob daneben auch den unmittelbaren Gesellschafter eine Solidarhaftung trifft, obwohl er selbst keine Vorteile erlangt hat. Einen Fall der gleichzeitigen Inanspruchnahme von unmittelbarem und mittelbarem Gesellschafter für „dieselbe“ Leistung mittels Solidarhaftung hatte der OGH bisher noch nicht zu entscheiden. In der Literatur werden die unterschiedlichsten Positionen vertreten (Haftung nur des Empfängers der Leistung; generelle Solidarhaftung; Solidarhaftung dann, wenn der unmittelbare Gesellschafter die Leistung an den mittelbaren Gesellschafter veranlasst hat). Für einen Fall wie den vorliegenden, in dem der mittelbare Gesellschafter alleiniger Anteilseigner der zwischengeschalteten Gesellschaft und überdies auch deren Geschäftsführer ist, schließt sich der OGH den Befürwortern der Solidarhaftung von unmittelbarem und mittelbarem Gesellschafter an: Die Leistung an den Zweitbeklagten sei hier (auch) *causa societatis* seiner Beteiligung an der Erstbeklagten erfolgt; wegen seiner Verbundenheit über die Erstbeklagte mit der Klägerin (worin wohl auch der Grund für seine Bestellung als Geschäftsführer beider Gesellschaften liege) sei eine Zuwendung erfolgt, die ansonsten nicht stattgefunden hätte. In der Zuwendung an den mittelbaren Gesellschafter liege nur deshalb eine verbotene Einlagenrückgewähr, weil sie der Leistung an einen unmittelbaren Gesellschafter gleichgehalten wird, und nur deshalb habe die Klägerin einen Rückersatzanspruch, sodass die Erstbeklagte auch für Letzteres nicht „auszublenden“ sei. Es erlangte zwar scheinbar nur ihr Gesellschafter einen Vorteil, jedoch liege zum einen bei der vorliegenden Konstellation der Gedanke einer wirtschaftlichen Einheit nahe. Zum anderen werde auch bei Leistungen an sonstige nahe Angehörige nicht geprüft, inwieweit dadurch dem Gesellschafter tatsächlich selbst ein echter Vorteil erwächst. Ausgehend von diesen Überlegungen könne die unentgeltliche Zuwendung als eine von der Erstbeklagten vermittelte Leistung aufgefasst und dahin „zerlegt“ werden, dass

darin eine über die Erstbeklagte vermittelte und ihr daher als zu ihren Gunsten zu wertende Leistung liegt, mit der *uno actu* (auch) eine unentgeltliche Zuwendung der unmittelbaren Gesellschafterin an ihren Gesellschafter, den Zweitbeklagten, vorgenommen wurde. Hier komme außerdem hinzu, dass die Positionen der Geschäftsführung der Klägerin, jener der Erstbeklagten und die Stellung als Alleingesellschafter bei der Erstbeklagten allesamt vom Zweitbeklagten verkörpert werden. Die Erstbeklagte habe damit über alle Vorgänge bestens Bescheid gewusst, und es hätte „ihr“ Geschäftsführer sich gegen die Nutzung wenden müssen, war doch für jeden voll informierten Beobachter bei objektiver Betrachtung ersichtlich, dass eine Einigung tatsächlich ausstand und die Zuwendung unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Einlagenrückgewähr zu unterbleiben gehabt hätte. Es sei nicht einleuchtend, warum sich die Klägerin auf den Zweitbeklagten als alleinigen Haftungsfonds verweisen lassen müsste, zumal mit dem Durchgriff auf den Zweitbeklagten dem Kapitalerhaltungsgebot auf Ebene der leistenden Gesellschaft nur bei tatsächlicher Erfüllung des Anspruchs Genüge getan ist. Wäre dieser nicht liquid oder auch nur für eine Exekution nicht greifbar, ginge dies zu Lasten der leistenden Gesellschaft, deren Vermögen wegen der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung mit der Erstbeklagten geschmälert wurde.

Die in der Literatur gebrachten Einwände gegen die Mithaftung des unmittelbaren Gesellschafters, auch wenn er selbst keinen Vorteil erlangt hat², sind damit zumindest bis auf weiteres erledigt; die ausführliche Begründung zeigt, dass sich der OGH die Entscheidung keineswegs leicht gemacht hat. Angesichts der expliziten Einschränkung („Für einen Fall wie den vorliegenden, in dem der mittelbare Gesellschafter alleiniger Anteilseigner der zwischengeschalteten Gesellschaft und überdies auch deren Geschäftsführer ist“) bleibt offen, wie der OGH in Fällen entscheiden würde, in denen der primäre Zahlungsempfänger nicht der Alleingesellschafter und/oder nicht auch Geschäftsführer des unmittelbaren Gesellschafters ist: Einige der vom Höchstgericht angeführten Begründungselemente (Wissenszurechnung und Zurechnung des Verhaltens des Geschäftsführers zum unmittelbaren Gesellschafter) treffen dann nicht mehr zu, sehr wohl aber die weiteren vom OGH angeführten Gesichtspunkte (Beteiligung an dem unmittelbaren Gesellschafter als Grund für die Einbeziehung des mittelbaren Gesellschafters, wirtschaftliche Einheit). Wenn die Leistung an den unmittelbaren Gesellschafter erfolgt, kommt es nicht zu einer Mithaftung von mittelbaren Gesellschaftern.

4. Verjährung

Rückgewähransprüche verjähren gemäß § 83 Abs 5 GmbHG in fünf Jahren ab dem Empfang der Leistung³, es sei denn, die Gesellschaft weist dem Gesellschafter eine Kenntnis der Widerrechtlichkeit, also ein aktuelles Unrechtsbewusstsein, nach. Diese Ausnahme war im vorliegenden Fall kein Thema⁴, sehr wohl aber eine Hemmung der Verjährung in analoger Anwendung des § 1494 ABGB, der für minderjährige und für aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit an der Durchsetzung ihrer Rechte gehinderte volljährige Personen eine Verjährungshemmung

vorsieht, wenn die Person keinen gesetzlichen Vertreter hat oder ihr gesetzlicher Vertreter an der Wahrnehmung ihrer Rechte gehindert ist. Der OGH hat bereits bisher § 1494 ABGB analog auf jene Fälle übertragen, in denen es wegen einer Interessenkollision nicht zu erwarten ist, dass der Geschäftsführer während seiner Tätigkeit allfällige Rückersatzansprüche der Gesellschaft gegen sich selbst durchsetzen würde und der Gesellschaft nicht „unbefangene“ Mitglieder des Kollegialorgans in vertretungsbefugter Anzahl verbleiben.⁵ Dasselbe gilt für Ansprüche aus der Geschäftsführerhaftung.⁶

Auch im vorliegenden Fall war eine ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft wegen der Befangenheit des einen kollektivvertretungsbefugten Geschäftsführers nicht möglich. Während das Erstgericht aus diesem Grund eine Hemmung der Verjährung bejahte, lehnte das Berufungsgericht eine analoge Anwendung von § 1494 ABGB in der vorliegenden Konstellation ab, weil es dem zweiten Geschäftsführer (und der zweiten Gesellschafterin) möglich gewesen wäre, die zur Verfolgung der Ansprüche „notwendigen Schritte einzuleiten“. Dem folgt der OGH nicht: Weil der zum Rückersatz Verpflichtete als einer von zwei für die Vertretung notwendigen Geschäftsführern fungierte und bei ihm für die Geltendmachung dieses Anspruchs eine Interessenkollision bestand, habe die Gesellschaft (schon) in der ersten logischen Sekunde nach der die verbotene Einlagenrückgewähr bewirkenden Handlung nicht über eine ordnungsgemäße (interessenkollisionsfreie) Vertretung verfügt. Die Verjährung der Ansprüche der Gesellschaft war somit vorerst in analoger Anwendung von § 1494 ABGB gehemmt. Damit wäre es an den Beklagten gelegen, die für ihren Standpunkt günstigen Tatsachen, aus denen sich konkret ein Wegfall der Anlaufhemmung (und damit hier überhaupt der Beginn des Laufs der Verjährungsfrist) ab einem bestimmten Zeitpunkt vor tatsächlicher Beseitigung des Vertretungsmangels ableiten ließe, zu behaupten (und zu beweisen). Abgesehen davon, dass es an einem Vorbringen der Beklagten im Verfahren erster Instanz gefehlt hat und daher Überlegungen dazu, ob eine Unterlassung des unbefangenen (zweiten) Kollektivgeschäftsführers früher auf die Herstellung einer ordnungsgemäßen Vertretung zu dringen oder eine Unterlassung der Anspruchsverfolgung durch eine Gesellschafterin nach § 48 GmbHG der Gesellschaft überhaupt zum Nachteil anzulasten wären, entbehrlich seien, bringt der OGH trotzdem seine Skepsis gegenüber weitgehenden Obliegenheiten zur Setzung von Maßnahmen zur Beseitigung des Vertretungsmangels (oder sonst zur Geltendmachung der Ansprüche) deutlich zum Ausdruck: Im Regelfall werde es durchaus objektiv geboten, weil wirtschaftlich vernünftig und von einem „unbefangenen“ Kollektivgeschäftsführer auch zu erwarten sein, vorerst zu versuchen, Meinungsdivergenzen oder sogar Missstände der Geschäftsführung oder mit den Gesellschaftern außergerichtlich zu bereinigen. Noch weniger wären sofortige Maßnahmen im Regelfall von den Gesellschaftern zu erwarten oder zu verlangen, wobei der OGH auch die Frage offenlässt, ob für Ansprüche gegen einen mittelbaren Gesellschafter angesichts des auf „Gesellschafter“ abstellenden Gesetzeswortlauts überhaupt eine Klagsführung gemäß § 48 GmbHG möglich wäre. Die Frage, ab

wann ein unbefangener kollektivvertretungsbefugter Geschäftsführer einer Gesellschaft oder ein Gesellschafter Schritte zur Beseitigung des Vertretungsmangels zu setzen gehabt hätte und wann der Vertretungsmangel dann (schon früher) beendet gewesen wäre (sodass die Verjährungsfrist zu laufen begonnen hätte), werde sich immer nur im Einzelfall und ausgehend vom dazu erstatteten – hier aber fehlenden – Vorbringen beantworten lassen. Selbst wenn man die Ansicht zugrunde legte, es folge grundsätzlich aus einer Unterlassung der Setzung von früheren Schritten seitens eines „unbefangenen Kollektivgeschäftsführers“ ab einem bestimmten Zeitpunkt zu Lasten der Gesellschaft der Wegfall der Hemmung der Verjährung – ob dieser Ansatz zutreffend ist, wird somit vom OGH offengelassen – läge hier kein Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist vor Klageeinbringung vor.⁷ ■

Resümee

Die vorliegende Entscheidung unterstreicht wieder einmal, dass die möglichen Anwendungsfälle für eine verbotene Einlagenrückgewähr vielfältig sind und dass der OGH zur Einlagenrückgewähr eine strenge Linie verfolgt. Das Risiko für die Gesellschafter wird dadurch erhöht, dass die Rückgewähransprüche nicht stets innerhalb von fünf Jahren ab dem Empfang der Leistung verjähren. Eine qualifizierte rechtliche Beratung ist daher unabdingbar.

- 1 Diese Aussage kann nur für Rechtsgeschäfte mit einem Gesellschafter oder einer einem Gesellschafter gleichgestellten Person gelten, und nicht auch für Rechtsgeschäfte mit Dritten, wie etwa bei der Bestellung einer Sicherheit für einen vom Gesellschafter bei einer Bank aufgenommenen Kredit.
- 2 Vgl insbesondere *Martin Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner* (Hrsg.), Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung³ (2021) 49f.
- 3 Der Beginnzeitpunkt steht explizit nur in § 56 Abs 4 AktG, für § 83 Abs 5 GmbHG gilt aber dasselbe.
- 4 Ebenso wenig hat für die nach der Rechtsprechung neben dem gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch eingreifende Kondition nach dem allgemeinen Zivilrecht eine längere Verjährungsfrist gegolten (zur kurzen Verjährung in sinngemäßer Anwendung des § 1486 Z 4 ABGB siehe nur OGH 18.11.2022, 6 Ob 112/22x). In anderen Fällen kann es hingegen durch die Konkurrenz mit einer der langen Verjährungsfrist unterliegenden Kondition zu einer signifikanten Verlängerung kommen.
- 5 Zuletzt OGH 20.12.2023, 6 Ob 170/23b.
- 6 Die Verjährungsfrist gemäß § 25 Abs 6 GmbHG beginnt zwar nach der Rechtsprechung erst mit Kenntnis von Schaden und Schädiger, im vorliegenden Fall war aber diese Kenntnis bereits von vorneherein beim zweiten kollektivvertretungsbefugten Geschäftsführer gegeben, sodass es ebenfalls auf eine Hemmung der Verjährung angekommen ist.
- 7 Der OGH stellt die Rechnung an, dass auch bei einem hypothetischen Wegfall der Verjährungshemmung mit einer früheren rechtskräftigen Bestellung des Kollisionskurators schon am 25.7.2015 die fünfjährige Verjährungsfrist in Ansehung der Einbringung der Klage am 21.7.2020 nicht abgelaufen gewesen wäre.