

Rechtsprechung

Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von
RA Dr. Markus Kellner
unter Mitarbeit von
Dr. Fabian Liebel LL.M. (WU Wien)

OGH-Entscheidungen

2605.

§ 879 ABGB; § 82 GmbHG; §§ 30, 31 IO. Zur Beurteilung der Zulässigkeit von fiktivem Cash Pooling sind die allgemeinen kapitalerhaltungsrechtlichen Grundsätze für konzerninterne Darlehen bzw Sicherheitenbestellungen heranzuziehen. Der Fremdvergleich ist aber kein entscheidendes Kriterium, maßgeblich ist vielmehr, ob eine entsprechende betriebliche Rechtfertigung vorliegt.

Gegenüber Dritten – etwa einer am Cash Pooling beteiligten Bank – gilt das Verbot der Einlagenrückgewähr grundsätzlich nicht. Anderes gilt nur bei Kollusion und dann, wenn sich dem Dritten ein Missbrauch der Kapitalerhaltungsvorschriften „geradezu aufdrängen“ musste.

OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p

Aus den Entscheidungsgründen:

II. Der Kl ist IV einer GmbH mit Sitz in Ö (iF: Schuldnerin), der Tochtergesellschaft eines Großhandelskonzerns mit Sitz in Australien. Die Mehrheitsgesellschaftlerin der Schuldnerin war eine niederländische GmbH (iF: Muttergesellschaft), die 99,99% der Anteile hielt. Den verbleibenden Anteil hatte eine weitere niederländische GmbH (sog europäische Konzernmutter) inne.

Die bekl Bank ist eine AG mit Sitz in den Niederlanden. Sie schloss im April 2010 mit der als „Leitgesellschaft“ bezeichneten Muttergesellschaft als Koordinatorin und mehreren europäischen Tochtergesellschaften des Konzerns einen Cash Pooling Vertrag, der vereinbarungsgemäß niederländischem Recht unterliegt.

Die Ausgestaltung entsprach einem sog fiktiven Cash Pooling, das dadurch gekennzeichnet ist, dass zwischen den Poolkonten der Teilnehmer kein tatsächlicher Liquiditätstransfer stattfindet. Dementsprechend bestimmt Punkt 2.2 der Vereinbarung, dass die Konten der Teil-

nehmer einen Haben- oder Sollsaldo aufweisen dürfen, solange der Gesamtsaldo jederzeit ein Null- oder Habensaldo ist.

In dem mit „Sicherheit“ überschriebenen Punkt 8.1 der Vereinbarung verpfändeten die Teilnehmer für die Zahlung der gesicherten Verbindlichkeiten (gemeint: Gesamtverbindlichkeiten aller Teilnehmer) im Wege eines erstrangigen Pfandrechts ihre gegenwärtigen und künftigen Forderungen an die Bank, die aus oder iZm den Konten entstehen.

Die Bekl erteilte weder den am Cash Pool teilnehmenden Gesellschaften noch der Muttergesellschaft als Leitgesellschaft Vorgaben über den Stand der einzelnen Teilnehmerkonten. Wesentliche Verpflichtung der Muttergesellschaft war es jedoch, dafür zu sorgen, dass am Ende jeden Geschäftstages der Gesamtsaldo aller Teilnehmerkonten nicht negativ war, also ein Guthaben aufwies oder zumindest Null betrug. Die Durchführung dieses Kontenausgleichs und das konzerninterne Management des Cash Pools übernahm die Muttergesellschaft, die Überblick über und Einsicht in alle Teilnehmerkonten hatte.

Wegen eines höheren Finanzierungsbedarfs trat die Schuldnerin dem Vertrag 2012 mit Blick auf die damit verbundene Möglichkeit der raschen und günstigen Liquiditätsbeschaffung bei. Neben ihrem Teilnehmerkonto beim Cash Pool behielt sie ein separates Konto bei einer österr Bank, auf das die Bekl keinen Zugriff hatte. Ein automatischer Saldenausgleich („Sweeping“) mit ihrem Teilnehmerkonto fand nicht statt.

Der Cash Pool verbesserte die Liquidität der Schuldnerin. Von 2012 bis Mitte 2013 wies ihr Teilnehmerkonto durchgehend einen negativen Saldo auf, danach bis Mai 2014 immer wieder. Nach einer konzerninternen Transaktion wies das Konto ab Juni 2014 ein Guthaben im Ausmaß von rd zwei Millionen auf.

Ab 2014 geriet der Konzern wirtschaftlich unter Druck, hatte nicht mehr ausreichend liquide Mittel und entsprach nicht mehr den Anforderungen der Bekl. Im März 2015 kündigte die Bekl den Vertrag gegenüber den teilnehmenden Gesellschaften mit Ausnahme der Muttergesellschaft. Diese nahm idF entgegen den Erwartungen der Bekl (bzw trotz deren Aufforderung) keinen Kontenausgleich auf Null vor, zumal sie im teilgekündigten Vertrag für sich keinen Vorteil sah.

Noch vor der Kündigung bemühte sich die Schuldnerin im Frühjahr 2015 bei der Muttergesellschaft – insb wegen einer bevorstehenden Steuerzahlung von € 500.000 – im Hinblick auf den positiven Kontostand von rd € 2,3 Mio um möglichst hohe Mittel aus dem Cash Pool. Sie erhielt am 10.4.2015 jedoch

nur € 200.000, worauf sich ihre Situation zusehends verschlechterte. Am 14.4.2015 stellte die Schuldnerin fest, dass ihr Teilnehmerkonto kein Guthaben aufwies.

Über das Vermögen der Schuldnerin wurde vom LG Wr Neustadt am 30.4.2015 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Muttergesellschaft wurde am 31.7.2015, die europäische Konzernmutter am 24.6.2015 für zahlungsunfähig erklärt.

Gestützt auf das gesellschaftsrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr und die Anfechtungstatbestände des § 30 Abs 1 Z 1 und § 31 Abs 1 Z 2 Fall 1 IO begehrt der Kl die Zahlung von € 2.146.276,18 und die Feststellung, dass die Herstellung der Aufrechnungslage den Insolvenzgläubigern gegenüber unwirksam sei. Der Cash Pooling Vertrag sei nichtig, weshalb die Abbuchung durch die Bekl unzulässig gewesen sei. Die entstandene Aufrechnungslage zugunsten der Bekl stehe mit dem Grundsatz der Kapitalerhaltung in Widerspruch.

Die Bekl und der auf ihrer Seite beigetretene NI (früherer Geschäftsführer der Schuldnerin) wandten ein, die Schuldnerin sei mit dem Beitritt zum Vertrag keine automatische Haftung für Verbindlichkeiten ihrer Muttergesellschaft oder anderer am Cash Pool teilnehmender Gesellschaften eingegangen.

Das *ErstG* wies die Klage ab.

Das *BerG* bestätigte diese E.

Die Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage *zulässig*, aber *nicht berechtigt*. [...]

2.1. Cash Pooling zielt darauf ab, das konsolidierte Finanzergebnis der Gruppe zu optimieren und/oder die Liquiditätsplanung und -steuerung zu erleichtern. Zu diesem Zweck werden die einzelnen Konten der Konzerngesellschaften über ein zentrales Konto (Master Account) auf Null ausgeglichen. Im Gegensatz zum effektiven Cash Pooling wird dieser Vorgang beim fiktiven Cash Pooling von der Bank nur rechnerisch ohne tatsächliche Transferierung des Geldes vorgenommen (*Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 91; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 131).

2.2. Explizite Rsp des OGH zum Cash Pooling aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht fehlt. Es liegt jedoch nahe, die allgemeinen kapitalerhaltungsrechtlichen Grundsätze für konzerninterne Darlehen bzw Sicherheitenbestellungen heranzuziehen (*Obradovi/Wietrzyk* in *Haberer/Krejci*, KonzernR Kap 12.94; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 82 Rz 59).

2.3. Der von den Vorinstanzen für maßgeblich erachtete Fremdvergleich wird allerdings betreffend das hier un-

str vorliegende fiktive Cash Pooling kein entscheidendes Kriterium sein, weil derartige Vereinbarungen mit Konzernfremden wohl kaum geschlossen werden (*Obradovi/Wietrzyk* in *Haberer/Krejci*, KonzernR Kap 12.96 mwN).

2.4. Im Vordergrund der Prüfung wird daher zu stehen haben, ob die Vereinbarung betrieblich gerechtfertigt ist (vgl 6 Ob 271/05d¹; 3 Ob 50/13v²). In der Lit wird betont, dass fiktives Cash Pooling zwar aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht weniger problematisch als effektives Cash Pooling sei (*H. Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG § 82 Rz 133; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 82 Rz 17c), dass aber unter bestimmten Umständen trotz fehlenden Zahlungszuflusses, etwa wegen nachteiliger (Zins-)Konditionen, ein Verstoß gegen § 82 GmbHG vorliegen könne (*Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 94 mwN).

2.5. Problematisch ist aber jedenfalls die Übernahme eines Ausfallrisikos. Ein derartiges Risiko hat die Schuldnerin hier dadurch übernommen, dass sie als Sicherheit für die Zahlung der Verbindlichkeiten (sämtlicher Teilnehmer) ihre gegenwärtigen und künftigen Forderungen an die Bekl verpfändete, die aus oder iZm den Konten entstehen.

2.6. In 6 Ob 271/05d hatte der OGH zu beurteilen, ob die Sicherheitsleistung einer Gesellschaft, die ein Strickwarenunternehmen betrieb, zugunsten ihres Minderheitengesellschafters als verbotene Einlagenrückgewähr zu qualifizieren ist. Der OGH verneinte diese Frage unter Hinweis auf die im konkreten Fall festgestellte enge wirtschaftliche Zusammenarbeit: Die Gesellschaft konnte ihren nach Auftragslage schwankenden Bedarf an Schneider- und Näharbeiten beim Gesellschafter abrufen. Dazu war es erforderlich, dass der Gesellschafter seine Fachkräfte auch bei schlechter Auftragslage nicht abbaute, um den Bedürfnissen der Gesellschaft jederzeit nachkommen zu können. Mit dem bloßen Hinweis auf das Risiko der Haftungsübernahme für die Gesellschaft im Insolvenzfall (des Gesellschafters) könne nicht entkräftet werden, dass die einer Zusammenarbeit von Unternehmen im Konzern ähnelnde Zusammenarbeit von Gesellschaft und Gesellschafter für Erstere von hohem wirtschaftlichem Wert gewesen sei. Lediglich dann, wenn in der Haftungsübernahme ein besonderes, allenfalls existenzbedrohendes Risiko gelegen wäre, hätte

ein gewissenhafter Geschäftsführer auf getrennter Finanzwirtschaft bestanden.

2.7. In der Lit wird dazu die Auffassung vertreten, der FachSen habe mit dieser E den Sorgfaltsmaßstab gegenüber 4 Ob 2078/96h³ („Fehringer“) darauf reduziert, dass bei Übernahme eines Ausfallrisikos ein Verstoß gegen § 82 GmbHG nur anzunehmen sei, wenn die Gesellschaft den Haftungsfall als „geradezu wahrscheinlich“ einschätzen müsse. Die betriebliche Rechtfertigung könne nicht bereits mit dem bloßen Hinweis auf das potentielle Risiko im Insolvenzfall entkräftet werden (*Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 94; *Artmann*, JBl 2006, 391; *Karollus*, ÖBA 2006, 295 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 82 Rz 17b).

2.8. Folgende Bedenken bestehen gegen die Zulässigkeit der konkreten Vertragsgestaltung aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht:

- a) Die Schuldnerin war im Innenverhältnis an die Weisung der Muttergesellschaft gebunden, den Liquiditätsüberschuss dem Cash Pool zur Verfügung zu stellen. Die ihr im Cash Pooling Vertrag eingeräumte Möglichkeit, Beträge vom Teilnehmerkonto zu entnehmen bzw auf ein lokales Konto umzubuchen, wurde dadurch unterlaufen. Sie besicherte somit mit ihrem Guthaben, über das sie nur nach Weisung der Muttergesellschaft verfügen durfte, in Wahrheit den Gesamtsaldo. Das ist nach einigen Lit-Meinungen jedenfalls unzulässig (vgl *H. Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG § 82 Rz 133 mwN).
- b) Es fehlen konkrete Feststellungen über die wirtschaftliche Situation der Muttergesellschaft und der anderen Poolgesellschaften, die beurteilen lassen, ob die mit der Haftungsübernahme verbundenen Gefahren schon bei Vertragsabschluss von der Schuldnerin als existenzbedrohendes Risiko einzuschätzen gewesen wären. Allerdings fehlen ebenso konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen eines derartigen Risikos.
- c) Ungeklärt blieb auch, ob und welche Einsichts- und Informationsrechte der Schuldnerin bezüglich der Konzerngesellschaften zustand (vgl *Obradovi/Wietrzyk* in *Haberer/Krejci*, KonzernR Kap 12.100) und ob ihr – im Verhältnis zur Muttergesellschaft – die im Vertrag an sich eingeräumte Kündi-

gungsmöglichkeit aufgrund interner Weisung entzogen wurde. Letzteres ist nach den Feststellungen allerdings naheliegend.

- d) Auf der anderen Seite darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Schuldnerin in den beiden ersten Jahren ab ihrer Teilnahme am Cash Pool ihre Liquidität entscheidend verbesserte und erst ab Juni 2014 ihre überschüssigen Mittel rechnerisch dem Pool zur Verfügung stellte. Inwiefern sie dafür eine Gegenleistung erhielt, ist nicht geklärt.

3. Wie die Vorinstanzen zutreffend erkannten, kann der Bekl ein allfälliger Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften nicht entgegeng gehalten werden.

3.1. Normadressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter, nicht aber auch ein Dritter. Geschäfte sind idR gültig, wenn sich das Verbot nur an den einen der beiden Geschäftspartner richtet (4 Ob 2078/96h). Dritte sind – neben hier nicht behaupteter Kollusion – bei grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig (RS0105536). Voraussetzung für die Rückgabepflicht ist, dass sich dem Dritten der Missbrauch „geradezu aufdrängen“ musste (4 Ob 2328/96y⁴; RS0105536 [T2]).

3.2. Eine allgemeine Erkundigungs- und Prüfpflicht eines Dritten besteht, wie der OGH in 6 Ob 271/05d und in Folge-E (9 Ob 25/08d⁵; 7 Ob 35/10p⁶; 6 Ob 29/11z⁷; 3 Ob 50/13v) betonte, nicht für alle Fälle denkmöglicher Einlagenrückgewähr, sondern nur dort, wo sich der Verdacht eines Missbrauchs schon so weit aufdrängt, dass er nahezu einer Gewissheit gleichkommt, etwa bei einer Kreditgewährung an (3 Ob 50/13v) oder bei einer Sicherheitenbestellung durch die Zielgesellschaft (4 Ob 2078/96h) zu dem der Bank bekannten Zweck der Finanzierung des Anteilskaufs (vgl auch 6 Ob 271/05d: in diesen Fällen dränge sich idR für die Bank ein Verstoß gegen § 82 GmbHG auf).

3.3. Im hier zu beurteilenden Fall musste sich der Bekl hingegen ein derartiger Verdacht nicht aufdrängen: Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass bei Cash Pooling – anders als etwa bei einer Sicherheitenbestellung zur Finanzierung des Anteilskaufs – für die Bank eine betriebliche Rechtfertigung nahe liegt, jedenfalls aber nicht auszuschließen ist. Ferner ist zu berücksichtigen, dass Rsp des OGH zum Cash Pooling fehlt und

1) ÖBA 2006, 293 mit Anm von *Karollus*.
2) ÖBA 2014, 52 mit Anm von *P. Bydlinki*.
3) ÖBA 1997, 193.

4) ÖBA 1997, 489.
5) ÖBA 2010, 540.
6) ÖBA 2011, 195.

7) ÖBA 2012, 460 mit Anm von *Bollenberger*.

weder in der Rsp noch in der Lit die generelle Unzulässigkeit einer Sicherheitenbestellung des Gesellschafters für die Gesellschaft vertreten wird.

3.4. Ganz wesentlich ist im konkreten Fall, dass nach den den OGH bindenden Feststellungen der Vorinstanzen nicht feststeht, dass die Bekl Kenntnis von den internen Vereinbarungen zwischen der Schuldnerin und der Muttergesellschaft hatte. Sie konnte daher davon ausgehen, dass die Schuldnerin den Vertrag jederzeit kündigen und auch selbst entscheiden konnte, mit welchem Betrag sie am Cash Pool teilnimmt und sich damit dem Verlustrisiko unterwirft, zumal keine automatische Verrechnung der Konten erfolgte. Die Schuldnerin war gegenüber der Bekl auch nicht verpflichtet, Guthaben am Konto zu belassen.

3.5. Auch wenn der Cash Pooling Vertrag iVm den internen Absprachen der Schuldnerin mit der Muttergesellschaft den österr Kapitalerhaltungsvorschriften widersprechen sollte, ist er der Bekl gegenüber daher mangels sich „aufdrängenden Verdachts“ auch unter Zugrundelegung österr Rechts wirksam.

4. Auch die in dritter Instanz noch geltend gemachten Anfechtungsgründe des § 30 Abs 1 Z 1 IO und des § 31 Abs 1 Z 2 F 1 IO können die Klageforderung nicht begründen.

Die Bekl hat ein Absonderungsrecht am Guthaben (an den Forderungen der Schuldnerin gegen die Bank) der Schuldnerin erworben und sich daraus befriedigt. Der Kl hat die Wirksamkeit des Absonderungsrechts ausschließlich im Hinblick auf den behaupteten Verstoß gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze bestritten, der der Bekl, selbst wenn er vorliegen sollte, aus den dargelegten Gründen nicht entgegen gehalten werden kann. Sonstige Gründe für eine Unwirksamkeit der Verpfändung hat der Kl nicht geltend gemacht. Die Befriedigung des Anfechtungsgegners, dessen Absonderungsrecht insolvenzfest ist, aus den diesem haftenden Pfandsachen oder deren Erlös ist nach den hier geltend gemachten Tatbeständen der §§ 30 Abs 1 Z 1, 31 Abs 1 Z 2 F 1 IO nicht anfechtbar (vgl 6 Ob 280/00w⁸); 8 Ob 528/85; RS0064489; 6 Ob 560/90⁹) = RS0064369; König, Anfechtung⁵ Rz 10/129, 11/60 ff; Koziol/Bollenberger in Buchegger, InsR I § 30 KO Rz 13 und § 31 KO Rz 8; Rebernik in Konecny/Schubert, InsG § 30 KO Rz 78 und § 31 KO Rz 14).

Anmerkung:

1. In dieser E befasst sich der OGH erstmals mit Cash Pooling. Er wendet dabei seine bisherige Rsp zum Kapitalerhaltungsrecht konsequent an. Aus Sicht

der Rechtspraxis setzt er sich im Zuge dessen erfreulicherweise auch mit Aspekten wie „betrieblicher Rechtfertigung“ und „enger wirtschaftlicher Zusammenarbeit“ auseinander und thematisiert Erwägungen, welche in diesem Zusammenhang angestellt werden müssen, anstatt sich darauf zu beschränken festzustellen, dass der Dritte weder kolludiert noch grob fahrlässig gehandelt habe und aus diesem Grund eine Rückgabepflicht zu verneinen (RS0105536).

2. Arten der Einlagenrückgewähr

Lit und Rsp zu verbotener Einlagenrückgewähr sind fast so umfassend wie die wirtschaftlichen Ausgestaltungsformen des Verhältnisses zwischen Gesellschafter und Gesellschaft (vgl *Straube* in FS Bittner [2018] 657). Längst unterscheidet man die offenen Verstöße, bei denen der Gesellschafter für die Zuwendung an ihn keinerlei Gegenleistung an die Gesellschaft erbringt (*Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung [2004] 116), von jenen Fällen, in welchen ein Geschäft geschlossen wird, bei dem „bloß“ von der Gesellschaft eine nicht angemessene Gegenleistung an den Gesellschafter gewährt wird – verdeckte **Einlagenrückgewähr**. Bsp für Ersteres sind *Dividendenabschlagszahlungen* außerhalb des Anwendungsbereiches des § 54a AktG, Zahlungen aufgrund eines nichtigen Jahresabschlusses, etwa weil eine erforderliche Abschlussprüfung nicht stattgefunden hat, oder Provisionen von Geschäftspartnern an den Gesellschafter, wenn die Annahme dieser der Gesellschaft zum Nachteil gereicht. Das wohl meistdiskutierte Bsp für die zweite Kategorie, der verdeckten Einlagenrückgewähr, ist die Besicherung einer Schuld des Gesellschafters durch die Gesellschaft (vgl *Scheuwimmer*, *ecolex* 2011, 332).

3. Fiktives und effektives Cash Pooling

Oftmals kommt es in einem Konzern vor, dass einzelne Konzerngesellschaften einen kostenintensiven, weil extern zu deckenden Liquiditätsbedarf aufweisen, während gleichzeitig andere Gesellschaften desselben Konzerns über liquide Mittel verfügen, welche sie nur zu niedrigen Zinsen anlegen können (*Klampfl*, Cash-Pooling – Eigenkapitalersatz und verbotene Einlagenrückgewähr im Konzern [2008] 34, 38). Um den solcherart entstehenden Zinsenaufwand und -ertrag zu optimieren, wird mitunter die Liquidität ge-poolt und ein allfälliges Gesamt-Haben wird günstiger veranlagt und ein allfälliges Gesamt-Soll günstiger finanziert (*Klampfl*, Cash-Pooling 40). Hierbei wird allerdings unterschieden: Beim **effektiven Cash Pooling** werden die Konten der **Konzerngesellschaften** – meist bankarbeitsfähig – *tatsächlich*

ausgeglichen. Die liquiden Mittel werden zwischen den Konten – meist ohne Erfordernis von Einzelanweisungen – transferiert; Gesellschaften, deren Konten einen Habensaldo aufweisen, führen die liquiden Mittel ab („Sweeping“), etwaige Sollsalden anderer Gesellschaften werden abgedeckt. Das Gesamt-Haben bzw das Gesamt-Soll findet sich auf einem Master-Konto, während alle anderen Konten auf Null gestellt werden. Die technische Abwicklung erfolgt durch die Bank/en. Beim **fiktivem Cash Pooling** hingegen findet kein tatsächlicher Liquiditätstransfer statt. Stattdessen wird ein Gesamt-Haben bzw ein Gesamt-Soll nur rein rechnerisch ermittelt. Die Bank gewährt einen Haben- bzw Sollzinssatz auf Basis dieses fiktiven Gesamt-Habens bzw Gesamt-Solls. Das effektive Cash Pooling dient, anders als das fiktive Cash Pooling, nicht nur der Zinsoptimierung, sondern zusätzlich auch der Gewährleistung der konzernweiten Liquiditätsversorgung und **Zahlungsfähigkeit** (vgl *Billek*, Cash-Pooling im Konzern [2008] 12).

Anders als in Deutschland (§ 57 Abs 1 S 3 dAktG und § 30 Abs 1 Satz 2 dGmbHG) existieren für das österr Recht keine privilegierenden Sonderbestimmungen für Cash Pooling.

4. Einlagenrückgewähr durch Cash Pooling

Im vorliegenden Fall nahm eine österr GmbH im Jahr 2012 an einem Cash Pooling-Vertrag teil, welcher 2010 zwischen der niederländischen Muttergesellschaft und einer niederländischen Bank zustande gekommen war. Dieser Vertrag war als fiktiver Cash Pooling Vertrag tituliert und wurde gegenüber der Bank nach den Feststellungen auch so gehandhabt (zur wahren Qualifikation später). Die österr GmbH war aber derart in den Konzern eingegliedert, dass sie **Liquiditätsüberschüsse** dem Cash Pool zur Verfügung zu stellen *hatte*. Während die österr GmbH selbständig Beträge auf ihr Cash Pooling Teilnehmerkonto buchen konnte (und dies auch tat), musste sie bei der Muttergesellschaft ansuchen, um Geld aus dem Cash Pool zu erhalten, also um von ihrem Cash Pooling Teilnehmerkonto auf ein „lokales“ Konto überweisen zu dürfen. Weiters verpfändete die österr GmbH ihr Cash Pooling-Teilnehmerkonto an die niederländische Bank.

Die niederländische Bank kündigte 2015 den Cash Pooling-Vertrag gegenüber den teilnehmenden Gesellschaften mit Ausnahme der Muttergesellschaft

8) ÖBA 2001, 726.

9) ÖBA 1991, 762.

und verwertete das Guthaben der österr GmbH auf ihrem Cash Pooling-Teilnehmerkonto iHv € 2,3 Mio vereinbarungsgemäß. Der spätere **Insolvenzverwalter** der österr GmbH bekämpfte dies, gestützt auf Anfechtung und verbotene **Einlagenrückgewähr**, die sich zunehmend als scharfe Waffen im Arsenal von **Insolvenzverwaltern** erweisen (vgl *H. Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG § 83 Rz 1, 11).

Überzeugend wendet der OGH im vorliegenden Fall unter Hinweis auf die Lit (*Obradovi/Wietrzyk* in *Haberer/Krejci*, KonzernR Kap 12.94; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 82 Rz 59) die allgemeinen kapitalerhaltungsrechtlichen Grundsätze an. Eine allfällige Qualifikation des Cash Pooling-Vertrages als **verbotene Einlagenrückgewähr** wurde von den Vorinstanzen noch anhand eines Fremdvergleiches vorgenommen, was der OGH unter Hinweis darauf, dass derartige Vereinbarungen mit Konzernfremden wohl kaum geschlossen werden, zu Recht ablehnt. Stattdessen sucht er nach einer betrieblichen Rechtfertigung für den Cash Pooling-Vertrag (wohl präziser: für die Sicherheitenbestellung im Rahmen des Cash Pooling – s unten). Auf dieser Suche unterscheidet er einleuchtend zwischen fiktivem und effektivem Cash Pooling und gelangt zunächst zum **Zwischenergebnis**, dass fiktives Cash Pooling aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht weniger problematisch ist als effektives. Ein Risiko von verbotener Einlagenrückgewähr erkennt der OGH aber auch hier, nämlich bei allfälligen nachteiligen (Zins-)Konditionen (*Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 94 mwN).

Die Crux liegt im vorliegenden Fall freilich darin, dass das Cash Pooling im Innenverhältnis sehr wohl wie ein effektives ausgestaltet war: Die Kombination aus der Weisungsgebundenheit gegenüber der Muttergesellschaft, der Verpflichtung, **Liquiditätsüberschüsse** auf das Cash Pooling Teilnehmerkonto zu überweisen, die offensichtlich stark eingeschränkte Möglichkeit Gelder von diesem Konto auf ein lokales Konto zu überweisen und schließlich die Verpfändung des Cash Pooling-Teilnehmerkontos zeichnen gemeinsam eher das Bild eines effektiven Cash Pooling denn eines fiktiven. Der eigentliche Cash Pooling-Vertrag, ua mit der niederländischen Bank, verkommt zu einer Fassade.

Die Lit hat sich bereits umfassend mit den einer eigentlichen Einlagenrückgewähr oftmals vorangehenden Weisungen und dem Weisungsrecht *per se* auseinandergesetzt. Soweit überblickbar ist unbestritten, dass gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößende

Weisungen selbst nichtig sind (*Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 52 Rz 1; *Karollus* in *Leitner*, HB verdeckte Gewinnausschüttung 12; 3 Ob 287/02f; *Wenger*, RWZ 2004/11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 20 Rz 9; zu gewissen zur Irreführung verleitenden Parallelen im dt Recht s *Koppensteiner*, GmbHG § 82 Rz 1 § 82 Rz 19 mwN; *Canaris* in FS Fischer [1979] 55; *Peltzer/Bell*, ZIP 1993, 1757 f; *K. Schmidt*, GesR² 946; *Baumbach/Hueck* GmbHG¹⁶ § 30 Rz 21 mwN). Die Details einer Rechtsfolge von bloßer **Weisungsgebundenheit** sind jedoch noch Gegenstand von Diskussionen. Während die ältere Lit sich nur mit Mutter-Tochter-Verhältnissen befasst (*Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 52 Rz 44) bzw bei einer Beurteilung auf das **Konzernverhältnis** abstellt (*Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern [1996] 61 ff; ihm folgend *Karollus*, ÖBA 1997, 111 f), sieht die jüngere Lit tendenziell noch nicht so „früh“ das Risiko von **Einlagenrückgewähr** (vgl *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG § 52 Rz 49). Entsprechend zurückhaltend äußert sich auch der OGH. Er hält fest, dass die der österr GmbH im Cash Pooling-Vertrag eingeräumten Möglichkeiten, insb das Kündigungsrecht, wohl aufgrund interner Verhältnisse faktisch entzogen wurden. Er erblickt darin jedoch noch keinen endgültigen Beweis für das Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr. Vielmehr stellt er diesem „Preis“, welchen die österr GmbH zu bezahlen hatte, gewisse wirtschaftliche Vorteile gegenüber, welche sie in den beiden ersten Jahren ab ihrer Teilnahme am Cash Pool genoss, sucht also nach einer betrieblichen Rechtfertigung. Auch setzt sich der OGH mit der Frage auseinander, ob denn die wirtschaftliche Situation der Muttergesellschaft und der anderen teilnehmenden Gesellschaften ein **existenzbedrohendes** Risiko für die österr GmbH vermuten haben lassen; auch diese Erwägung wäre nicht von Nöten gewesen, ginge man davon aus, dass mit der oben dargestellten, bloßen eingeschränkten Verfügungsmöglichkeit über das Cash Pooling-Teilnehmerkonto und der Weisungsgebundenheit gegenüber der Muttergesellschaft bereits der Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr erfüllt gewesen wäre.

Wie *H. Foglar-Deinhardstein* (NZ 2019/74, 222) überzeugend schlussfolgert, können die Aussagen des OGH auch auf effektives Cash Pooling angewendet werden. Es kann mithin der Schluss gezogen werden, dass Cash Pooling keinesfalls generell rechtlich, nämlich eigenkapitalrechtlich unzulässig ist. Dringend zu empfehlen ist aber, bestehende Cash Pooling-Vereinbarungen auf Konformität mit den vom OGH formulierten Beurteilungskriterien zu überprüfen.

5. Einlagenrückgewähr durch Besicherung

Nachdem der OGH hinsichtlich der bloßen Cash Pool Bildung also zwar durchaus Bedenken äußert, sich aber letztendlich nicht endgültig festlegen muss, widmet er sich der Sicherheitenbestellung (**Teilnehmerkonto**) durch die österr GmbH. Er erkennt im Rahmen des Cash Pooling eine konzerninterne Sicherheitenbestellung. Er stellt aber auch in diesem Zusammenhang unmissverständlich klar, dass eine Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft zu Gunsten eines Gesellschafters gerechtfertigt sein kann, uzw nicht etwa nur durch ein entsprechendes Entgelt, sondern eben zB auch betrieblich. Unter Berufung auf 6 Ob 271/05d (ÖBA 2006, 293 [*Karollus*] = JBl 2006, 388 [*Artmann*]) ruft er in Erinnerung, dass eine besonders enge wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen Gesellschaft und Gesellschafter einen so hohen wirtschaftlichen Wert darstellen kann, dass diese die Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft rechtfertigt – auch außerhalb eines echten Konzernverhältnisses. (Nur wenn die Sicherheitenbestellung ein besonders hohes Risiko darstellt, scheiden solche Möglichkeiten der Rechtfertigung aus – dazu krit *Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG § 84 Rz 207 f).

6. Stellung der Bank

An dieser Stelle zieht sich der OGH auf den seinerzeit iW auf *Koppensteiner* (GmbHG § 83 Rz 7), *Jabornegg* (*Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 56 Rz 9) und *Canaris* (FS Fischer [1979] 34) gestützten Rechtssatz zurück, wonach Normadressaten des Verbotes der Einlagenrückgewähr die Gesellschaft und der Gesellschafter sind, nicht aber auch Dritte; Dritte sind bloß bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig (RS0105536; zur Unterscheidung zwischen echten und unechten Dritten s 6 Ob 195/18x, ÖBA 2019, 456; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/1042). Der OGH hat keine Anhaltspunkte für einen sich aufdrängenden Verdacht; ganz wesentlich ist für ihn, dass die Vorinstanzen festgestellt haben, dass die niederländische Bank keine Kenntnis von den internen Vereinbarungen zwischen österreichischer GmbH und der Muttergesellschaft hatte. Er lehnt somit einen **Rückgabanspruch** gegen die niederländische Bank ab.

7. Anfechtung als Hintertürchen?

In 3 Ob 51/10m befasste sich der OGH erstmals mit der Frage, ob das Anfechtungsrecht möglicherweise Vorrang gegenüber den Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften des Gesellschaftsrechts genießt. Gestützt iW

darauf, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr („nur“) das Verhältnis der Gesellschaft und ihrer Gläubiger zum Gesellschafter betrifft, während es bei der Anfechtung um Interessen Dritter geht, kam er zum Ergebnis, dass sich die Gesellschaft gegenüber der Anfechtung der Einlagenleistung des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft durch den IV im Insolvenzverfahren des Gesellschafters nicht auf die Kapitalerhaltungsregeln, insb nicht auf das Verbot der Einlagenrückgewähr, berufen darf (vgl *Rebernik/Schmidberger*, ZIK 2010, 162). Im vorliegenden Fall wurde die Wirksamkeit des **Absonderungsrechts** der niederländischen Bank (am Guthaben auf dem Cash **Pooling-Teilnehmerkonto**) wegen objektiver Begünstigung (§ 30 Abs 1 Z 1 IO) und Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 Abs 1 Z 2 IO) **anfechtungsrechtlich** bekämpft; offenbar wurde diese Anspruchsgrundlage jedoch – so das Referat des Klagevorbringens durch den OGH – ausschließlich mit dem behaupteten Verstoß gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze begründet. Konsequenterweise lehnt der OGH dieses Ansinnen mit der Begründung ab, dass ein solcher Verstoß – so er überhaupt vorliegt – der niederländischen Bank nicht **entgegengehalten** werden kann.

8. Internationaler Geltungsanspruch österr Kapitalerhaltungsvorschriften?

Nicht thematisiert wird die Frage, inwiefern ein Verstoß gegen das Verbot der **Einlagenrückgewähr** überhaupt grenzüberschreitend geltend gemacht und einer **ausländischen** Gesellschaft entgegengehalten werden kann. Während dies im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter eindeutig bejaht werden kann (vgl *Eckert* in *Haberer/Krejci*, KonR Rz 8.32), müssen im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Dritten weitere Erwägungen angestellt werden (*Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht § 3 A.VI; zur Anwendung auf verdeckte Sacheinlagen s § 3 A.VIII.3.d). Zur Frage ob und wenn ja, wie den damit verbundenen Unsicherheiten durch Rechtswahl begegnet werden kann, identifiziert *Wagner* vor einem Cash Pooling-Hintergrund Grenzen des *ordre public* (ecolex 2006, 115).

Aber auch dbzgl lässt sich der OGH nicht zu einer kollisionsrechtlichen Einschätzung hinreißen: Nachdem ein Verstoß gegen österr Kapitalerhaltungsrecht – so er überhaupt vorliegt – der niederländischen Bank nach österr Recht nicht entgegengehalten werden kann, erübrigt sich auch die Frage, ob er – wenn er denn vorläge und der niederländischen Bank wenigstens nach österr Recht entgegengehalten werden könne – dann auf das Rechtsverhältnis zwischen österr

GmbH und niederländischer Bank durchschlagen könne.

9. Weitere Erwägungen

Abschließend sei angemerkt, dass vergleichbare kapitalerhaltungsrechtliche Schwierigkeiten wie bei Cash Pooling, auch bei der Einbindung in eine konzernweite Versicherung (*H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2019/74, 222) und beim konzernweiten Pooling von Daten (*H. Foglar-Deinhardstein*, *ecolex* 2017, 1176) auftreten können, und schließlich, dass die Betreibergesellschaft uU ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft erbringt (*Obradovic/Wietrzyk* in *Haberer/Krejci*, *KonzernR* Rz 12.13). Zwar wird gegen eine **Konzessionspflicht** vorgebracht, dass die Tätigkeiten der **Betreibergesellschaft** – im Gegensatz zu jenen von Banken – ausschließlich konzernintern ausgeübt werden, was gegen das Vorliegen des Tatbestands der Gewerblichkeit spricht (so auch Erlass BMF-010221/3364-IV/4/2008), jedoch sieht die FMA in einem beschränkten/geschlossenen Personenkreis kein Argument gegen Gewerblichkeit, was damit begründet wird, dass Voraussetzung für die Gewerblichkeit nicht die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sei. Auch der VwGH verneint ein grundsätzliches Konzernprivileg und scheint nur dort eine Ausnahme zuzulassen, wo das fragliche Geschäft „gelegentlich“ – „wie es im privaten bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommt“ – getätigt wird (2008/17/0226). Zusätzliche Argumente wie insb die technische Abwicklung durch KI, welche eine (weitere) Konzession durch die **Betreibergesellschaft** entbehrlich macht, der Schutzzweck der Konzessionspflicht und die Deutung des Cash Poolings als Ausgestaltung der Leitungs- und Steuerungsfunktion der Konzernmutter, die zur Erzielung des Erwerbszwecks des Konzerns erforderlich ist, sprechen letztendlich aber meist gegen eine Konzessionspflicht (vgl *Obradovic/Wietrzyk* in *Haberer/Krejci*, *KonzernR* Rz 12.14ff).

RA Dr. *Alexander T. Scheuwimmer*,
MBA, Wien

2606.

§§ 864a, 879, 1000, 1336 ABGB; §§ 6, 28 KSchG. Verbraucherkreditverträge mit Mindest-, aber ohne Höchstverzinsung verstoßen gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Der Mindestverzinsung muss zudem eine wirtschaftlich gleichwertige Höchstverzinsung gegenüberstehen, um dem Erfordernis der Zweiseitigkeit zu genügen.

Eine Klausel, wonach ein Drittpfand für alle bestehenden und künftigen For-

derungen der Bank gegen den Hauptschuldner haftet, sodass die Haftung auch für andere Ansprüche bestehen soll, als jene die eigentlicher Anlass der Bestellung sind, das Pfand also ohne jede Obergrenze für alle künftigen Forderungen der Bank haften soll, ist gröblich benachteiligend ISd § 879 Abs 1 und 3 ABGB.

Auch beim Kreditvertrag muss sich die Bank den Ersatz von Betriebs- und Einbringungskosten zusätzlich zu einem Anspruch auf vertragliche Verzugszinsen nicht im Einzelnen ausbedingen.

OGH 23. 5. 2019, 3 Ob 46/19i

Aus den Entscheidungsgründen:

[4. Sollte die [Bekl] mit diesem Höchstzinssatz nicht das Auslangen finden, so ist sie bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Punkt II. berechtigt, zusätzlich einen entsprechenden Verwaltungskostenbeitrag einzuheben.]

Der Kl argumentiert, Klausel 4 sei gröblich benachteiligend. Da Klausel 4 nicht isoliert, sondern nur iVm den Klauseln 1 und 3 betrachtet werden dürfe, sei die Wiederholungsgefahr trotz des von der Bekl angebotenen Unterlassungsvergleichs nicht weggefallen.

Das *ErstG* qualifizierte Klausel 4 zwar als gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoßend, weil völlig unklar bleibe, welche Umstände dafür maßgeblich sein sollten, dass die Bekl „nicht das Auslangen finden“ könne und wie hoch ein „entsprechender Verwaltungskostenbeitrag“ sein solle, beurteilte jedoch den von der Bekl angebotenen Teil-Unterlassungsvergleich als vollständige Unterwerfung.

Das *BerG* bestätigte diese Beurteilung. Klausel 4 sei zwar von Klausel 3 abhängig, weil sie sich auf den dort geregelten Höchstzinssatz beziehe; aber dennoch insofern eigenständig, als ihr Wegfall keinen Einfluss auf die Verbindlichkeit der Klauseln 1 und 3 hätte.

1.1. Nach stRsp kann die Wiederholungsgefahr nur durch vollständige Unterwerfung beseitigt werden (RS0111637 [T7, T16]).

1.2. Ob eine vollständige Unterwerfung vorliegt, hängt ua davon ab, ob sie sich auf eigenständige Klauseln bezieht. Nach der Rsp ist für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig nicht die Gliederung maßgeblich; es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbezug vorliegt. Dies ist der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (RS0121187). Diese Beurteilung hat einzelfallbezogen zu erfolgen (RS0121187 [T8]).