

55. Jahrgang / Juni 2026 / Nr. 3

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Chris Thomale

Der EU Inc-Entwurf als Vorlage einer GmbHG- und FlexKapGG-Reform

Stephan Schmid

Der Kommissionsvorschlag für das 28. Regime und die EU Inc

Lukas Berghuber/Daniel Habich

Die SE im Spannungsfeld von EU-UmgrG und SE-Regime

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Privatstiftung und Untreue

Susanne Kalss

Unternehmensstiftung – Nachfolgegestaltungen und Pflichtteilsrecht

Aus der aktuellen Rechtsprechung

Entscheidungen des OGH zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Unternehmensrecht aktuell

Wichtige Gesetzesvorhaben im Überblick

Österreichische und europäische Finanzmarktaufsicht

Gerade hier hätte die vom OGH angesprochene wirtschaftliche Betrachtungsweise (*Kalss*, Wirtschaftliche Betrachtungsweise, 141 f; OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h) unter Berücksichtigung der verschiedenen Interessen möglicherweise zu einem anderen Ergebnis führen können. Denn wenn einerseits das Factoring gezielt dazu eingesetzt wurde, die Bilanzkennzahlen der Schuldnerin zu verbessern, und andererseits das spätere *short term deposit* als Gegenstück zu dieser Unterstützung verstanden wurde, erscheint es zumindest vertretbar, beide Vorgänge als Elemente eines einheitlichen Finanzierungskonzepts zu würdigen. Dass ein solcher Gesamtplan mit einem außenstehenden Dritten kaum realisierbar gewesen wäre, spricht nach der hA nicht notwendig gegen dessen Zulässigkeit, sondern ist gerade Ausdruck der konzernspezifischen Besonderheiten, denen die Figur der betrieblichen Rechtfertigung gerade Rechnung tragen soll (*Winner* in MünchKomm AktG⁵, § 57 Rz 319; *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffschner-Summer*, GmbHG², § 82 Rz 92 ff, insb Rz 96).

Wirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen sind nicht Fragen, die sich einer gerichtlichen Beurteilung mit mathematischer Genauigkeit erschließen. Vielmehr handelt es sich um typische unternehmerische Wertungen, bei denen zwangsläufig Prognoseelemente und Unsicherheiten bestehen (*Reichert/Löbke*, Prüfungsmaßstab, 668). Dies gilt umso mehr, als mit einer zu strengen gerichtlichen Kontrolle die Gefahr verbunden ist, dass *ex post* einzelne Vorteile oder Nachteile isoliert herausgegriffen werden und dadurch die wirtschaftliche Rationalität des Gesamtgeschäfts aus dem Blick gerät (*Fleischer*, NZG 2026, 243 [Rz 18]). Wenn der OGH die Anerkennung einer betrieblichen Rechtfertigung im Ergebnis davon abhängig macht, dass sich der Nutzen der Maßnahme bereits *ex ante* präzise beziffern lässt, läuft dies Gefahr, die richterliche Kontroll-dichte über das erforderliche Maß hinaus auszudehnen.

Dies würde letztlich dazu führen, dass komplexe, aber wohl-durchdachte konzerninterne Finanzierungsentscheidungen einer nachträglichen wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsskontrolle unterzogen werden, obwohl gerade solche Entscheidungen typischerweise in den Verantwortungsbereich der Unternehmensleitung fallen (*Reichert/Löbke*, Prüfungsmaßstab, 666 ff, insb 668).

Die vorliegende Entscheidung setzt daher die Schwelle für die Anerkennung einer betrieblichen Rechtfertigung bei konzerninter-nen Finanzierungsmaßnahmen sehr hoch. Sie vermittelt damit den Eindruck, als verlange der OGH nicht allein die Vermeidung evident nachteiliger Maßnahmen, sondern eine nahezu lückenlose Darlegung des wirtschaftlichen Nutzens. Damit droht die Figur der betrieblichen Rechtfertigung ihren eigentlichen Zweck zu verlieren, nämlich unternehmerische Gestaltungsfreiheit auch dort zu gewährleisten, wo sich wirtschaftliche Vorteile zwar vernünftigerweise erwarten lassen, aber nicht mit der Genauigkeit eines Marktpreises bezifferbar sind. Vielmehr soll das vom OGH anerkannte Abwägungs-prozedere (Rn 61 ff der vorliegenden Entscheidung) einschließ-lich möglicher Wertungen nunmehr angemessen gewichtet weitergeführt werden.

Marie-Sophie Kranlich

Mag. Marie-Sophie Kranlich ist Universitätsassistentin (prae doc) am Institut für Unter-nehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

★

Sittenwidrigkeit eines Konsulentenvertrages zwischen Aufsichtsratsvorsitzendem und AG

§ 28 Z 1 IO; §§ 879, 1000, 1056 und 1478 ABGB; § 52 AktG

Ein Konsulentenvertrag zwischen dem Aufsichtsratsvor-sitzenden und der AG, womit sich diese zu einem jährlichen Honorar von 1 Mio € (zuzüglich Umsatzsteuer), zahlbar in gleichen monatlichen Raten, sowie einem Reise- und Fahrt-kostenaufwandsersatz verpflichtet, ohne dass dafür eine konkrete Gegenleistung vereinbart wird, ist (unter Berück-

sichtigung der Besonderheiten des konkreten Falles) sitten-widrig.

OGH 25.2.2026, 17 Ob 3/25b (OLG Wien 3 R 126/24g; HG Wien 33 Cg 57/21p)

[1] Die Schuldnerin war eine mittelgroße österreichische Bank, die sich insb dem Investment-Banking-Geschäft widmete und auch eigene Veranlagungsprodukte für zunehmend breitere Kundensegmente gene-rierte. Den Abschluss dieser Phase bildete die Gründung der seit dem Jahr 2002 börsennotierten M. Limited, einem Unternehmen, das vor-wiegend in Handelsimmobilien in Zentral- und Osteuropa investierte. Bei dessen Börsengang agierte die Schuldnerin als *placing agent* (Emis-sionsführer); von 2003 bis 2007 fanden zudem mehrere Kapitalerhö-hungen statt.

[2] Letztmalig erwirtschaftete die Schuldnerin 2008 oder 2009 einen Gewinn. Der Schuldnerin wurde schließlich im Juni 2019 der Entzug der Bankkonzession angedroht; am 14.11.2019 erging ein entsprechender Beschluss des Rates der EZB. Mit Gerichtsbeschluss vom 2.3.2020 wurde über das Vermögen der Schuldnerin sodann das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt (zum Insolvenz-verfahren siehe 8 Ob 27/20h; 8 Ob 79/20f). Das Erstgericht konnte aller-dings nicht feststellen, „ob und ab welchem konkreten Zeitpunkt“ mate-rielle Insolvenz bei der Schuldnerin vorlag.

[3] Hintergrund für die Reduzierung des Eigenkapitals und der Bilanzsumme in den Jahren 2015 bis 2018 waren die gegen die Schuld-nerin anhängigen Anlegerverfahren; idZ musste die Schuldnerin auch Rückstellungen bilden. Im Geschäftsjahr 2019 erwirtschaftete die Schuld-nerin einen Jahresverlust von 20.478.922,04 €. „Als eine Folge der Invol-vierung in den Börsengang der M.“ hatte die Schuldnerin in den letzten 10 Jahren vor Insolvenzeröffnung für die Regelung von Forderungen geschädigter Anleger 122.460.000 € aufgewendet sowie 81.175.000 € an Abwehrkosten. Im Rahmen des Insolvenzverfahrens wurden 395 Insol-venzforderungen mit einer Gesamthöhe von 513.763.332,31 € angemel-det, wovon zuletzt 155.288.509,73 € anerkannt waren.

[4] Ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wurde mittlerweile eingestellt.

[5] Der Beklagte war vom 18.3.1987 bis zum 28.12.2007 Vorstand der Schuldnerin und vom 3.1.2008 bis zu seinem Rücktritt per 27.6.2019 Vorsitzender des Aufsichtsrats.

[6] Der Beklagte war zu keinem Zeitpunkt Aktionär der Schuldnerin. Seit dem Jahr 2008 ist der Sohn des Beklagten (Jahrgang 1986) als indi-rekter wirtschaftlicher Eigentümer im Wege über die auf den Bahamas domizilierte M. Familienstiftung nach den Bestimmungen des WiEReG gemeldet; er ist auch Begünstigter. Weiterer indirekter wirtschaftlicher Eigentümer der Schuldnerin ist T. (Jahrgang 1935), ebenfalls ein Familienmitglied, und zwar über die in Liechtenstein domizilierte B. Familienstiftung, deren Begünstigter er ist. Die Stiftungen halten das wirtschaftliche Eigentum an der Schuldnerin im Verhältnis von zwei Dritteln (M. Familienstiftung) zu einem Drittel (B. Familienstiftung). Nach den – vom Kläger bekämpften – Feststellungen war und ist der Beklagte nicht (direkt) Begünstigter dieser Stiftungen.

[7] Der Jahresbezug des Beklagten als Vorstandsmitglied der Schuld-nerin betrug im Jahr 2007 zirka 2,6 Mio € (600.000 € für das operative Bankgeschäft, jeweils 1 Mio € für die Akquise im Inland und Ausland).

[8] Nach seinem Wechsel in den Aufsichtsrat schloss der Beklagte am 31.3.2008 mit der Schuldnerin einen Konsulentenvertrag mit einem wechselseitigen Kündigungsverzicht bis 31.12.2012 ab. Als „Honorar“ bzw. „Beratungsentgelt“ wurde ein pauschaler Betrag von 2 Mio € (zuzüg-lich Umsatzsteuer) vereinbart, zahlbar in 12 gleichen monatlichen Teil-beträgen. Weiters wurde im Vertrag (ua) festgehalten, dass dem Beklag-ten die Infrastruktur der Bank zur Verfügung steht und die Schuldnerin ihm die Benützung eines Geschäftsflugzeugs ermöglichen werde, „um die Pflege bestehender und die Herstellung neuer Kontakte zu ermöglichen oder zu erleichtern“. Laut dessen Pkt XII. sollte es sich ausdrücklich nicht um ein Dienst-, Anstellungs- oder Gesellschaftsverhältnis handeln, son-dern um einen Werkvertrag.

nis im Rekursverfahren über den Aufhebungsbeschluss aufzugreifen war (vgl RIS-Justiz RS0043903; RS0043853; RS0043939).

[90] Klagsgegenständlich sind nicht die Beförderungsverträge zwischen der Schuldnerin und dem Luftfahrtunternehmen und deren Entgelt, wovon der Beklagte „nur“ als Fluggast und allenfalls als wirtschaftlicher Eigentümer des Luftfahrtunternehmens profitierte, sondern vielmehr die jeweilige Zurverfügungstellung von Flugleistungen von der Schuldnerin an den Beklagten. Dass dieses Vorgehen durch den Beratervertrag gedeckt war und alle Flugreisen nach den Feststellungen iZm Beratungsleistungen des Beklagten erfolgten, schließt eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung zwischen Schuldnerin und Beklagtem als Folge einer Anfechtung des zugrunde liegenden Beratervertrages nach § 879 Abs 1 ABGB nicht aus. Daher ist auch irrelevant, ob man die jeweilige Buchung des Flugzeugs für den Beklagten als Teil des von der Schuldnerin vertraglich geschuldeten Entgelts oder als vertraglichen Aufwandsersatz qualifiziert. Die Flugleistungen für die Beratungstätigkeit (die der Höhe nach das vereinbarte Honorar sogar überschritten haben und denen die Revision keine konkreten Vorteile der Schuldnerin im Einzelfall gegenüberstellte) können nicht anders beurteilt werden als der sittenwidrige Beratervertrag an sich.

[91] Falls bei einer Anfechtung eine Naturalrückstellung unter den konkreten Umständen nicht in Betracht kommt (wie es bei den hier vorliegenden Flugleistungen unstrittig der Fall ist), ist die Bereicherung herauszugeben (vgl RIS-Justiz RS0016361).

[92] Der Beklagte gesteht in seiner Rekursbeantwortung ausdrücklich zu, dass er diese von der Schuldnerin zur Verfügung gestellten Flugleistungen (zusätzlich zu seinem Konsulentenhonorar) auf Basis des Beratervertrages in Anspruch genommen hat und die vom Luftfahrtunternehmen der Schuldnerin dafür verrechneten Reisekosten marktüblich sind. Darin liegt ein Zugeständnis der Höhe des vom Insolvenzverwalter eingeklagten Ersatzanspruchs.

[93] II.2. Der Kläger hat daher ebenso einen Anspruch auf Ersatz der Flugkosten, während der Beklagte mit seinen Gegenansprüchen auch insoweit auf einen allfälligen eigenen (im Insolvenzverfahren geltend zu machenden) Bereicherungsanspruch zu verweisen ist.

[94] Das Berufungsgericht hat in seinem Teilurteil ausgeführt, dass dem Kläger mangels besonderen Vorbringens und ungeachtet des Vorliegens eines beidseitig unternehmensbezogenen Geschäfts nur der Zinssatz gem § 1000 ABGB von 4 % zuzusprechen sei. Ausgehend vom unbestrittenen Zinslauf kam es daher zu einer Teilabweisung des Zinsenbegehrens.

[95] Da sich keine der Parteien gegen diese Rechtsansicht wendet, der Kläger aber ausdrücklich einen Zuspruch iS seines Klagebegehrens begehrt, ist auch das Zinsenmehrbegehren für die Flugkosten (entsprechend der Zinsstaffel des zweitinstanzlichen Teilurteils) abzuweisen und dem Rekurs insofern nur teilweise Folge zu geben.

[96] II.3. Der Beklagte wird mit seinem Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss auf diese Entscheidung verwiesen.

III. ...

Anmerkung:

1. Das vorliegende Urteil ist eines der wenigen, die es nicht nur auf die Homepage des OGH schafften, sondern außerdem auch in die Massenmedien. Das mediale Interesse dürfte primär der Tatsache geschuldet sein, dass die Entscheidung nicht nur Teil der Aufarbeitung der Insolvenz der Meinel Bank ist, sondern sogar dessen gleichnamiges ehemaliges Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied zur Rückzahlung von Beraterhonoraren (rund 3,9 Mio €) und Reisekosten (für die Nutzung eines Privatjets rund 5,3 Mio €) in Höhe von insgesamt rund 9,2 Mio € verpflichtet. Indessen legt die OGH-Homepage mit dem Titel „*Sittenwidrigkeit eines Beratervertrags*“ den Fokus auf die rechtliche Begründung des Falls via § 879 ABGB (siehe <https://www.ogh.gv.at/entscheidungen/entscheidungen-ogh/sittenwidrigkeit-eines-beratervertrags>). Die rechtliche Begründung des OGH ist in der Tat lesenswert, lässt sich doch an ihr insb gut nachzeichnen, was typische Schwerter der Insolvenzverwalter abstumpfen lässt, wenn sie um eine Vergrößerung der Insolvenzmasse im Gläubigerinteresse kämpfen.

2. Schon eingangs seiner rechtlichen Beurteilung (Pkt I.2. der vorliegenden Entscheidung) spricht der OGH an, wodurch das anfechtungsrechtliche Schwert abstumpft. Er betont, dass es für seine Begründung des Falles via § 879 Abs 1 ABGB „auf die Feststellungen iZm der Benachteiligungsabsicht ... nicht entscheidend an[kommt]“. Damit zeigt der OGH für seine Lösung über die Sittenwidrigkeit auf, dass sie dem Anfechtungsrecht – aus Sicht des Klägers – voraus ist, sich auf einen rein objektiven Tatbestand (§ 879 Abs 1 ABGB) zu gründen. Es kommt nach stRspr (RIS-Justiz RS0045886 [T2]) nämlich – wie der OGH auch *in casu* ausspricht – nicht darauf an, ob den handelnden Personen die Umstände, die die Sittenwidrigkeit begründeten, bewusst waren oder bewusst sein konnten. Das ist aus Sicht des Klägers ein Vorzug gegenüber der insolvenzrechtlichen Anfechtung (der Masseverwalter berief sich auf § 28 Z 1 IO), weil §§ 28 ff IO von subjektiven Tatbestandsmerkmalen abhängen (vgl insb auch die Diskussion, ob § 29 IO neben dem objektiven Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit auch subjektive kennt; dazu König/Trenker, Die Anfechtung nach der IO⁶ [2020] Rz 9.9 ff). Diese sind idR schwer beweisbar. Das Vorliegen der subjektiven Tatbestandsmerkmale (*in casu* die Benachteiligungsabsicht des Schuldners und die Kenntnis des Anfechtungsgegners davon; vgl § 28 Z 1 IO) bejahte im Übrigen die Vorinstanz, indem sie aus der Sittenwidrigkeit des Beratervertrages aufgrund der Interessenkollision sowie des groben Missverhältnisses (und aus „weiteren Umständen“, die aus der Entscheidung jedoch nicht hervorgehen) auf die Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht (der Organe) der Schuldnerin und eine Kenntnis des Beklagten davon schloss. Das erinnert an den Zugang, mit dem der BGH der Schwierigkeit des Beweises der subjektiven Tatbestandsmerkmale der Anfechtungstatbestände gem §§ 130 ff dInsO begegnet. Da sich die subjektiven Umstände im Prozess naturgemäß nur schwer direkt beweisen lassen, greift der BGH nämlich auf objektive (Hilfs-)Tatsachen (sog Beweiszeichen) zurück (stRspr; vgl zB aus jüngerer Vergangenheit BGH 18.1.2024, IX ZR 6/22, NJW 2024, 2251) und prüft, ob die Gesamtheit aller Umstände die Herleitung zulassen, dass der subjektive Tatbestand erfüllt ist. Dabei zieht der BGH keinen in sich abgeschlossenen Katalog der Beweiszeichen heran. Vielmehr anerkennt der BGH, dass weitere, für die subjektiven Voraussetzungen der Anfechtung sprechende Umstände denkbar sind, die vom Tatrichter in die vorzunehmende Gesamtwürdigung des Einzelfalles einzubeziehen sind (BGH 3.3.2022, IX ZR 53/19, NJW 2022, 1457).

3. Das zweite Schwert, das Insolvenzverwalter – der Fall beweist es – typischerweise aus der Scheide ziehen, ist das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG; § 82 GmbHG).

3.1. Dem Verbot der Einlagenrückgewähr ist mit der Lösung des OGH über die Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB) gemein, dass es auch keine subjektiven Tatbestandsmerkmale kennt (RIS-Justiz RS0105532 [T14 und T19]; zuletzt auch OGH 28.1.2026, 6 Ob 233/24v). Die Erkennbarkeit des Verstößes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr spielt, so der OGH, für die Rückzahlungspflicht keine Rolle,

wenn der Empfänger der Leistung ein Gesellschafter war (OGH 28.1.2026, 6 Ob 233/24v). Damit klingt zugleich an, dass der unmittelbare persönliche Anwendungsbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr beschränkt ist, nämlich auf Zuwendungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter (siehe aber sogleich Pkt 3.2. der vorliegenden Entscheidungsanmerkung). Die Gesellschafter sind Verbotsadressaten zwar unabhängig von ihrer Beteiligungshöhe (statt aller nur *Auer in Gruber/Harrer, GmbHG*² [2018] § 82 Rz 20). Der Beklagte war allerdings zu keinem Zeitpunkt Aktionär der Schuldnerin. Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr konnte daher nicht unmittelbar auf die (ehemalige; vgl RIS-Justiz RS0105518 [T7]) Gesellschafterstellung des Beklagten gestützt werden.

3.2. Zumindest die hL würde es auch als unschädlich einstufen, dass der Beklagte Organwalter der Schuldnerin war, nämlich zunächst Vorstand und später Aufsichtsrat. Dass sich eine sog. „*gesellschafterähnliche Stellung*“ bzw die Stellung als „*unechter Dritter*“ (OGH 20.12.2018, 6 Ob 195/18x; jüngst OGH 28.1.2026, 6 Ob 233/24v), die ein Rechtssubjekt zum Verbotsadressaten der Einlagenrückgewähr macht, aus einer (ehemaligen) Organfunktion nicht ableiten lässt, spricht die Entscheidung nicht explizit aus (womöglich aA OGH 20.12.2018, 6 Ob 195/18x, wo die Organfunktion aber wohl nur unterstützendes Argument für den Verstoß war). Die Entscheidung indiziert aber, dass der OGH den Standpunkt der hL teilt. Denn der OGH hat den Fall nicht über das Verbot der Einlagenrückgewähr gelöst, obwohl die Organfunktion des Beklagten nicht von der Hand zu weisen war. Auch ließ der OGH den geltend gemachten Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr offenbar daran scheitern, dass der Kläger nicht die (direkte) Begünstigtenstellung des Beklagten in einer der beiden Stiftungen, die das wirtschaftliche Eigentum an der Schuldnerin halten, beweisen konnte.

3.3. Der OGH betont zwar, dass der Kläger die (direkte) Begünstigtenstellung des Beklagten in einer der beiden Stiftungen nicht beweisen konnte, die das wirtschaftliche Eigentum an der Schuldnerin halten. Letztlich lässt die Entscheidung aber weiterhin offen, unter welchen Voraussetzungen die Zwischenschaltung einer Privatstiftung eine verbotene Einlagenrückgewähr nicht hindert (dazu auch schon OGH 20.12.2018, 6 Ob 195/18x). Insb dürfen zwei Dinge wohl nicht aus der Entscheidung abgeleitet werden:

3.3.1. Erstens darf aus der Entscheidung wohl nicht abgeleitet werden, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr ausschließlich dann sticht, wenn der Leistungsempfänger Begünstigter der Privatstiftung ist, die an der Gesellschaft beteiligt ist. Der Entscheidung ist nämlich weder zu entnehmen, ob der Beklagte Stifter war, noch gibt sie Auskunft darüber, ob der Beklagte (faktisch) Einfluss auf die Stiftungsorgane und damit auf die Privatstiftung ausgeübt hat. Beides sollte man aber zumindest nicht von vornherein außen vor lassen, wenn man einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr prüft. Der Gesetzgeber war nämlich bei der Kreation der Privatstiftung der Meinung, dass „*mit einem ‚eigentümerlosen‘ Vermögen ein bestimmter Zweck besser, zielstrebig und auch dauerhafter verwirklicht werden kann*“, und zwar nicht nur besser, „*als wenn das Vermögen mit dem Schicksal des Stifters und dem seiner Rechtsnachfolger verbunden bliebe*“, sondern auch, „*als wenn das Vermögen ... etwa in eine Gesellschaft eingebracht würde, die von den Gesellschaftern beeinflussbar ist*“ (ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 15). In diesem Vergleich mit der Einbringung in eine Gesellschaft klingt ein Vorbehalt an, unter dem der Gesetzgeber seinen konzeptionellen Ansatz stellt, dass das Vermögen des Stifters durch eine Einbringung in die Privatstiftung vom Stifter entkoppelt ist. Sein Konzept der Privatstiftung als gesellschafterlose Organisationsform (ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 15) steht unter dem Vorbehalt, dass der Stifter keinen gesetzlich unzulässigen Einfluss auf die Privatstiftung nimmt, **der Stifter also nicht die gesetzliche Corporate Governance der Privatstiftung auf den Kopf stellt (oder – sprichwörtlich – der Stifter nicht mit der Stiftung wedelt)**. Auch bringen die Erläuterungen zu § 782 ABGB (ErlRV 688 BlgNR 25. GP, 34) sogar zum Ausdruck, dass selbst bei gesetzlich zulässiger Einflussnahme die Vermögensstrennung vom Stifter unter Umständen noch nicht (tatsächlich) vollzogen ist. All das ist an dieser Stelle auch aufgrund des

anfechtungsrechtlichen Aspekts der Entscheidung zu betonen. Der OGH hat nämlich für das Anfechtungsrecht bereits ein *piercing of the corporate's veil* befürwortet, wenn und weil sich der Stifter der Organe der Stiftung als „*ahnungslose Werkzeuge*“ bedient, um über das Vehikel einer (liechtensteinischen) Stiftung Vermögen dem Zugriff der Gläubiger (anfechtungsfest) zu entziehen (OGH 26.5.2010, 3 Ob 1/10h; bestätigt durch OGH 22.2.2024, 17 Ob 24/23p). Dass der OGH diesen Ansatz, den er für die anfechtungsrechtliche Wissenszurechnung als Spielart des Durchgriffs durch die Privatstiftung zum Stifter entwickelt hat, auch auf das Verbot der Einlagenrückgewähr übertragen könnte, ist aufgrund der erwähnten Erwägungen des Gesetzgebers bei der Kreation der Privatstiftung und der Erbrechtsreform denkbar. Die Übertragung begünstigt wohl, dass sich der OGH auf die im Anfechtungsrecht gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise (stRspr; vgl zB OGH 23.11.2000, 6 Ob 110/00w; 17.11.2004, 9 Ob 24/04a; 25.10.2017, 3 Ob 174/17k) gestützt hat, weil sie der OGH auch für die Beurteilung befürwortet, ob eine Zuwendung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt (RIS-Justiz RS0105532 [T11 und T15]). Kein zwingendes Hindernis für diese Übertragung muss es sein, dass nicht abschließend geklärt ist, wann sich der Stifter der Organe der Privatstiftung als „*ahnungslose Werkzeuge*“ bedient. Vielleicht zieht sich der OGH nämlich ganz auf *Potter Stewart* zurück: „*I know it when I see it.*“

3.3.2. Zweitens darf aus der Entscheidung wohl nicht abgeleitet werden, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht sticht, wenn und weil der Leistungsempfänger ein naher Angehöriger iSd § 32 IO eines Begünstigten der Privatstiftung ist, die an der Gesellschaft beteiligt ist. Das darf wohl nicht aus der Entscheidung abgeleitet werden, obwohl der OGH betont, dass der Beklagte der Vater eines Begünstigten einer der beiden Stiftungen war, die wirtschaftliche Eigentümer der Schuldnerin sind. Denn der OGH dürfte von vornherein nicht in Erwägung gezogen haben, dass Leistungen an den Beklagten dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen könnten, weil er naher Angehöriger eines Begünstigten einer Privatstiftung ist, die wirtschaftliche Eigentümerin der Schuldnerin ist. Denkbar wäre es, den Beklagten in den Kreis der Adressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr schlicht deswegen einzubeziehen, weil die nahen Angehörigen iSd § 32 IO eines Gesellschafters zu den sog. gesellschaftsähnlichen Personen bzw unechten Dritten gezählt werden könnten (*Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung³ [2021] 1 [47]). Das hätte – wie bei jedem anderen (unmittelbaren) Verbotsadressaten – zur Folge, dass ein Rückgewährungsanspruch auch gegenüber dem nahen Angehörigen des Gesellschafters bestünde und direkt aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr iVm § 879 ABGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts resultieren würde, das ein naher Angehöriger eines Gesellschafters mit der Gesellschaft schließt (RIS-Justiz RS0105535; RS0016432 [T1]). Der Rückgewährungsanspruch und die Nichtigkeit qua Einlagenrückgewähr setzen freilich voraus, dass das Geschäft von der Gesellschaft nicht auch dann geschlossen worden wäre, wenn der Gesellschaft nicht der Gesellschafter, sondern ein außenstehender Dritter gegenübergestanden wäre (OGH 1.12.2005, 6 Ob 271/05d). Damit ist letztlich idR wohl die Frage zu klären, ob ein sorgfältiger Geschäftsführer das Geschäft auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hätte, dh nicht nur zu den vereinbarten Bedingungen, sondern auch überhaupt (sog. Fremdvergleich; vgl RIS-Justiz RS0105540 [T7]; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG⁶ [2019] § 52 Rz 13), oder allenfalls weil besondere betriebliche Gründe im Interesse der Gesellschaft vorlagen (sog. betriebliche Rechtfertigung; vgl RIS-Justiz RS0105540 [T5]). Denn der OGH judiziert sogar ausdrücklich, dass nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr – durch die Vergabe eines Darlehens an einen Gesellschafter – verstoßen wird, „*wenn die Auskehr der Mittel mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar ist*“ (jüngst erst wieder OGH 28.1.2026, 6 Ob 233/24v), und dass sich das Vorliegen eines normalen Austauschgeschäfts oder einer verdeckten Ausschüttung danach richtet, ob ein gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer unter sonst gleichen Umständen zu gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtgesellschafter abge-

geschlossen hätte (OGH 1.12.2005, 6 Ob 271/05d). Konkretisiert man mit dem OGH auf diese Art und Weise das im Gesetz abstrakt formulierte Verbot, dass den Aktionären die Einlagen nicht zurückgewährt werden darf (§ 52 AktG; vgl auch § 82 GmbHG), ist zwar der Maßstab dafür, ob ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft mit einem Gesellschafter, einer gesellschafterähnlichen Person bzw einem unechten Dritten gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, ident mit der Beurteilung, ob ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft mit einem echten Dritten gegenüber der Gesellschaft pflichtwidrig ist. Die Rechtsfolgen der beiden Fälle sind aber andere: Ist das Rechtsgeschäft mit einem Gesellschafter, der gesellschafterähnlichen Person bzw dem unechten Dritten nämlich sorgfaltswidrig und verstößt es daher zugleich gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, ist es gegenüber dem Gesellschafter, der gesellschafterähnlichen Person bzw dem unechten Dritten nichtig. Indessen verstößt ein Rechtsgeschäft mit einem echten Dritten, das sorgfaltswidrig ist, nicht zugleich gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, weil echte Dritten eben gerade nicht Verbotsadressaten sind, und ist daher gegenüber dem echten Dritten ausschließlich nach den Grundsätzen über den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht unwirksam, mithin grundsätzlich wirksam (RIS-Justiz RS0059755). Blickt man von diesem Ergebnis auf die Frage zurück, ob nahe Angehörige von Gesellschaftern ihrer Angehörigkeit wegen in den Kreis der Adressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr einzubeziehen sind, hängt die Antwort doch eigentlich davon ab, ob ihre Rolle deswegen insofern vergleichbar mit jener von Gesellschaftern ist, dass ihnen bei einem aus Sicht der Gesellschaft sorgfaltswidrigen Geschäft Nichtigkeit droht und ihnen nicht der Grundsatz der Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht zugutekommen soll. Dafür müsste der Erfahrungssatz ins Treffen geführt werden, auf dem die Sonderbehandlung der nahen Angehörigen gem § 32 IO basiert: Die Belastung nahe Angehöriger mit der Beweislast basiert auf der Annahme, dass sie regelmäßig über bestimmte, verdächtige Umstände informiert sind, die in ihnen so weit einen Verdacht erwecken hätten müssen, dass das Unterlassen näherer Untersuchungen vorwerfbar ist (Denkschrift zur KO, abgedruckt in *Friedländer*, Kaiserliche Verordnung vom 10. Dez. 1914 R.G.Bl. Nr. 237, über die Einführung einer Konkursordnung einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung nebst einschlägigen Gesetzen und Verordnungen [1915] 32). Zu berücksichtigen ist aber, dass dieser Erfahrungssatz im Anfechtungsrecht lediglich eine Beweislastumkehr in Bezug auf bestimmte anfechtungsrechtliche Tatbestandsmerkmale rechtfertigt. Deswegen fragt sich nämlich, ob es qualitativ nicht etwas anderes ist, nahe Angehörige zu Adressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr zu machen, weil man sie damit auf den Einwand beschränkt, dass das Geschäft der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers entspricht, und ihnen also den Einwand nimmt, dass ihnen der sorgfaltswidrige Geschäftsabschluss – man mag annehmen, dass sie darüber erfahrungsgemäß regelmäßig besser informiert sein mögen – nicht hätte auffallen müssen. Oder anders gewendet: Rechtfertigt die anfechtungsrechtliche Wertung nicht eigentlich ausschließlich, anzunehmen, dass sich einem nahen Angehörigen die Pflichtwidrigkeit des Rechtsgeschäfts gegenüber der Gesellschaft hätte aufdrängen müssen, diese Annahme aber einem Gegenbeweis offenstehen muss, weil nahe Angehörige doch etwa auch der Beweis offensteht, dass sie von einer den Schuldner benachteiligende Vermögensverschleuderung keine Kenntnis hatten (*König/Trenker*, Anfechtung⁶, Rz 8.13)?

4. Gezeigt hat sich jedenfalls, dass es beim Verbot der Einlagenrückgewähr laut OGH letztlich auch darum geht, ob ein Rechtsgeschäft sorgfaltsgemäß ist. Ein sorgfaltswidriges Geschäft liegt, womit zum Abschluss noch einmal auf die Begründung des Falles durch den OGH zurückgekommen wird, eher vor als ein sittenwidriges. Sittenwidrigkeit ist nämlich im Hinblick auf die Privatautonomie, wie die Entscheidung betont, ein restriktiv einzusetzendes Regulativ (RIS-Justiz RS0113654). Das bedeutet, dass nicht jedes sorgfaltswidrige Geschäft sittenwidrig, wohl aber jedes sittenwidrige Geschäft sorgfaltswidrig ist. Als wesentlich für die Sittenwidrigkeit wertete der OGH im gegebenen Fall vor allem, dass der Beratungsvertrag zwar die Gesellschaft zur Zahlung eines jährlichen Honorars von 1 Mio € und Reise- sowie Fahrtkostenaufwandersatz, den Beklagte

aber nicht zu einer konkreten Gegenleistung verpflichtete und dieser weder an Weisungen noch an einen Erfüllungsort oder einen bestimmten Zeitplan gebunden war (Pkt I.4.2. der vorliegenden Entscheidung). Der OGH stieß sich daran, dass „*ein auf sechs Jahre ausgelegtes Dauerschuldverhältnis vor[lag], ohne dass ein bestimmter Erfolg oder Arbeitseinsatz geschuldet war, und ohne Zugum-Zug-Verpflichtung*“. Darin dürfte wohl zumindest zwischen den Zeilen der Vorwurf mitschwingen, dass der Beratungsvertrag der Gesellschaft eine finanzielle Last ohne Anspruch auf Gegenleistung auferlegt habe. Dieser implizit anklingende Vorwurf rückt die vertragliche Umschreibung des Leistungsumfanges in den Mittelpunkt des Interesses. Laut Vertragswortlaut „*hat*“ der Beklagte – wenn auch ohne feste Arbeitszeiten und Arbeitsweise, wie es für einen Selbständigen allerdings typisch ist – Vorschläge betreffend Geschäftsideen zu unterbreiten, Geschäftsmöglichkeiten zu erschließen und Kontakte zur Erschließung neuer Geschäfte zur Verfügung zu stellen. Demgemäß spricht der Wortlaut der vertraglichen Umschreibung des Leistungsumfanges, auch wenn man mit dem OGH eine Erfolgspflicht verneinen mag, doch wohl dafür, dass der Beschuldigte zumindest ein sorgfältiges Bemühen schuldete. Der Vergütungsanspruch des Beschuldigten war daher nicht „*bedingungslos*“, sondern hätte dem Beklagten nicht (in voller Höhe) gebührt, wenn er sich nicht (hinreichend) sorgfältig bemüht hätte, Geschäftsideen zu unterbreiten, Geschäftsmöglichkeiten zu erschließen und Kontakte zur Erschließung neuer Geschäfte zur Verfügung zu stellen. Zumindest der Wortlaut der Vereinbarung (mögliche andere Ergebnisse des Beweisverfahrens müssen hier mangels Kenntnis außen vor bleiben) spricht demnach dafür, dass zwar kein vertraglich explizit auf Punkt und Beistrich definierter Arbeitseinsatz des Beklagten geschuldet war, wohl aber ein – anhand der gebotenen Sorgfalt – zu konkretisierender und damit doch zumindest bestimmbarer Arbeitseinsatz. Diese Auslegung des Beratungsvertrages mag die Sittenwidrigkeit, die der OGH bejahte, nicht hindern. Allerdings müssten für das Vorliegen einer sittenwidrigen Vereinbarung andere Elemente in dem beweglichen System hinzutreten, in dem laut OGH alle Umstände zu berücksichtigen sind und deren Gewichtung zu prüfen ist (so RIS-Justiz RS0113653).

5. Wäre der Geschäftsabschluss nach diesem beweglichen System nicht sittenwidrig, käme immer noch seine Sorgfaltswidrigkeit in Betracht. Wäre die Vereinbarung jedoch bloß sorgfaltswidrig, wäre deshalb das Ergebnis nicht automatisch dasselbe wie aufgrund der Sittenwidrigkeit. Vielmehr hätte der OGH in diesem Fall die eine oder andere der aufgeworfenen Fragen beantworten müssen.

Sixtus-Ferdinand Kraus

Priv.-Doz. Dr. Sixtus-Ferdinand Kraus ist Rechtsanwalt in Wien.

Personengesellschaften

Zum Handeln von natürlichen Personen im Vorgründungsstadium

§§ 123 und 161 UGB

Handeln natürliche Personen im eigenen Namen im Vorgründungsstadium (vor dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages) einer eingetragenen Personengesellschaft, so wird die (später eingetragene) Personengesellschaft mangels Schuldbeitritts oder Vertragsübernahme aus diesem Handeln der natürlichen Personen nicht verpflichtet.

OGH 21.10.2025, 8 Ob 114/25k (OLG Wien 1 R 87/25h)

[1] Die Klägerin nahm die Beklagten auf Provisionszahlung nach zwei Immobilienankäufen der Erstbeklagten in Anspruch. Die Erstbeklagte habe sie, eine Immobilienmaklerin, jeweils mit der Vermittlung beauftragt und mit ihr eine Provisionsvereinbarung getroffen.

[2] Die Erstbeklagte, eine KG, wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 4.7.2022 errichtet, am 13.7.2022 ins Firmenbuch eingetragen und dort (richtig) vermerkt, dass die HG. GmbH sie als deren unbeschränkt