

Ansprüche des Kreditgebers bei Nichtigkeit der Sicherheit wegen Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften

Alexander Schopper

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsgrundlage für die Unwirksamkeit der Sicherheit
- III. Ansprüche des Kreditgebers nach § 1019 ABGB (analog)
 - A. Anwendbarkeit von § 1019 ABGB
 - B. Mitverschulden
 - C. Schaden
- IV. Culpa in contrahendo
- V. Haftung wegen Verwendung der Kapitalgesellschaft zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung
- VI. § 25 GmbHG und § 84 AktG als Schutzgesetze zugunsten des unwirksam besicherten Gläubigers
- VII. Ansprüche gegen den begünstigten Gesellschafter
- VIII. Zusammenfassung

I. Einleitung

Das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 GmbHG und § 52 AktG richtet sich grundsätzlich nur an die Gesellschafter und an die Organe der Gesellschaft. Dritte sind vom Gesetzeswortlaut nicht erfasst und daher auch nicht für die Einhaltung dieser gesellschaftsintern wirkenden Pflichten verantwortlich.¹ Dennoch ist in Lehre und Rsp anerkannt, dass der Kapitalerhaltungsgrundsatz bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen auf Dritte durchschlagen kann.² Die

¹ Vgl dazu EBRV, 236 BlgHH 17. Session 89, abgedruckt in *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 637 ff; siehe auch OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149, JBl 1997, 108 (*Hügel*).

² Allgemein dazu *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2011) § 52 Rz 31 ff; *Karollus* in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2010) 30 ff; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 168 ff und 177 ff; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 52 Rz 38 ff; *Schopper*, Tragung von Privataufwendungen durch die Kapitalgesellschaft – Haftung

Fallkonstellationen hierzu sind vielschichtig und im Einzelnen umstritten. Leistungen Dritter an den Gesellschafter, Leistungen der Gesellschaft an Dritte und sogar Leistungen Dritter an Dritte können unter Umständen darunter fallen.³

Im vorliegenden Zusammenhang wird eine praxisrelevante Fallgruppe aus diesem Themenkomplex herausgegriffen. Seit der viel beachteten „*Febringer*“-Entscheidung⁴ hat die Judikatur in zahlreichen Folgeentscheidungen Sicherheiten, die eine Kapitalgesellschaft zugunsten ihrer Gesellschafter, Konzernober- oder Schwestergesellschaften⁵ bestellt, unter bestimmten Voraussetzungen als nichtig beurteilt.⁶ Drei Parameter spielen bei dieser „*Febringer*“-Fallgruppe eine entscheidende Rolle: Die „*betriebliche Rechtfertigung*“ der Sicherheitenbestellung, das „*angemessene Entgelt*“ und ob sich der kreditgebenden Bank die Unzulässigkeit der Sicherheitenbestellung geradezu aufdrängen musste.

Zum letztgenannten Parameter finden sich in der Judikatur des OGH zwei Rechtssätze, die sich parallel zueinander entwickelt haben. Nach einem Rechtsatz kommt ein Durchschlagen des Verbotes der Einlagenrückgewähr auf den Sicherungsnehmer als Dritten jedenfalls bei „*Kollusion, aber auch in jenen Fällen, in denen der Gesellschafter (richtig: das Vertretungsorgan, Anm des Verfassers)*“⁷ bewusst zum Nachteil der Gesellschaft handelt und der Dritte davon gewusst hat oder sich der Missbrauch ihm geradezu aufdrängen musste, die Unkenntnis demnach auf grober Fahrlässigkeit beruht“, in Betracht.⁸ Die Unwirksamkeit des Vertrages über die Bestellung der Sicherheit⁹ beruht demnach auf folgenden Voraussetzungen:

Dritter, ecolex 2006, 215; *U. Torggler/H. Torggler*, 15 Jahre „*Febringer*“ – Zur Einlagenrückgewähr über und an Dritte, insbesondere durch Sicherheiten, in FS W. Jud (2012) 723 (743).

³ Vgl etwa *Canaris*, Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendung an Dritte, in FS R. Fischer (1979) 31; *Sauer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 38.

⁴ OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h („*Febringer*“).

⁵ Vgl dazu OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f, GesRZ 2004, 57; OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p, GesRZ 2011, 110 (*Karollus*), ZFR 2011, 82 (*Auer*); OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z, ÖBA 2012, 460 (*Bollenberger*), GesRZ 2012, 122 (*U. Torggler*), ZFR 2012, 185 (*Köppl*); *Karollus* in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung 63.

⁶ OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h („*Febringer*“); RIS-Justiz RS0105534; vgl dazu OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p; OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z.

⁷ Der Begriff „Gesellschafter“ ist an dieser Stelle mE eine irrtümliche Fehlbezeichnung des OGH, die sich in der Folgejudikatur – zuletzt etwa OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p (dort bei Rz 2.1.) – leider fortgepflanzt hat. Die Vertretungsmacht missbrauchen kann bei der Kapitalgesellschaft nur das Vertretungsorgan oder ein sonst rechtsgeschäftlich Bevollmächtigter, nicht aber der Gesellschafter als solcher. Vgl zutreffend bereits *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 168 bei FN 849.

⁸ OGH 12.11.1996, 4 Ob 2328/96y; OGH 24.10.2006, 10 Ob 16/06k, AnwBl 2009, 51; OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p; RIS-Justiz RS0105536 (T2) und (T4).

⁹ Die Frage der Unwirksamkeit betrifft den Titel der Besicherung. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der nachfolgend aufgezählten Voraussetzungen ist der Zeitpunkt, in dem

- i. die Gewährung der Sicherheit zu Lasten der Gesellschaft verstößt im Verhältnis zwischen Gesellschaft und deren Gesellschafter gegen § 82 GmbHG oder § 52 AktG,
- ii. das Vertretungsorgan der sicherheitengewährenden Gesellschaft handelt bei der Bestellung der Sicherheit bewusst zum Nachteil der Gesellschaft¹⁰ und
- iii. der Dritte wusste davon, dass die Sicherheit bewusst zum Nachteil der Gesellschaft bestellt wird oder dieser Umstand hätte sich dem Dritten geradezu aufdrängen müssen (grob fahrlässige Unkenntnis).¹¹

Bemerkenswert ist an diesem Rechtssatz, dass sich die Unwirksamkeit der nachteiligen Sicherheitenbestellung bereits aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen ergibt. Denn die Voraussetzungen ii. und iii. umschreiben für sich genommen das Vorliegen von Kollusion bzw eines der Kollusion gleichzuhaltenden Vollmachtsmissbrauchs durch das Vertretungsorgan, der dem Dritten aus grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb. Ob der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (also die Voraussetzung i.) bei Vorliegen der Voraussetzungen ii. und iii. nach diesem Rechtssatz überhaupt eine eigenständige Bedeutung hat, ist daher zu bezweifeln.

Alternativ bzw teilweise parallel dazu greift die Judikatur auf einen weiteren Rechtssatz zurück, der schon im Beschluss des OGH im „*Fehringer*“- Fall¹² angelegt war und in einigen Folgeentscheidungen wiederholt wurde. Demnach schlägt der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr auf den Kreditgeber durch, wenn

- i. die Gewährung der Sicherheit zu Lasten der Gesellschaft im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter unzulässig gem § 82 GmbHG oder § 52 AktG ist¹³ und
- ii. der Dritte die objektiv pflichtwidrigen Umstände kannte oder sich diese Umstände geradezu aufdrängen mussten (grob fahrlässige Unkenntnis).¹⁴

die Gesellschaft ihre rechtsgeschäftliche Erklärung in Bezug auf die Sicherheitenbestellung abgibt.

¹⁰ Explizit auf bewusstes Handeln zum Nachteil der Gesellschaft abstellend etwa OGH 12.11.1996, 4 Ob 2328/96y, ÖBA 1997, 564 (obiter dictum); OGH 24.10.2006, 10 Ob 16/06k; OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p; anders zB OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p, ÖBA 2009, 60 (*Bollenberger*), GesRZ 2008, 310 (*Stingl*), GeS 2008, 315 (*Bauer*); OGH 5.8.2009, 9 Ob 25/08d (9 Ob 26/08a), ÖBA 2010, 540; OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z: objektiver Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr reicht aus; dazu sogleich unten.

¹¹ IdS zuletzt etwa OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p.

¹² OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h („*Fehringer*“).

¹³ Vgl OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p; OGH 5.8.2009, 9 Ob 25/08d (9 Ob 26/08a); OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z.

¹⁴ So etwa OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p; OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z; in der Tendenz restriktiver U. *Torggler/H. Torggler*, in FS W. Jud 723 (741) mit Verweis auf die Wertung des § 16 EKEG analog.

Unwirksam ist das Sicherungsgeschäft nach diesem Begründungsabsatz, wenn beide Voraussetzungen (i. und ii.) kumulativ vorliegen. Im Unterschied zum oben genannten Rechtssatz, muss hier jedenfalls ein objektiver Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften vorliegen.¹⁵ Rechtsdogmatisch liegt die Lösung für die hier interessierenden Fälle aber nach beiden Rechtssätzen nicht direkt und ausschließlich im Gesellschaftsrecht, sondern in einer Kombination gesellschaftsrechtlicher – und damit interner – Pflichten mit allgemeinen Grundsätzen des Stellvertretungsrechts.

Ein für diesen Beitrag wichtiger Unterschied zwischen den beiden Rechtssätzen besteht darin, dass der zweitgenannte Ansatz kein „*bewusstes Handeln zum Nachteil der Gesellschaft*“ auf Seiten des Vertreters der sicherheitengewährenden Gesellschaft voraussetzt. Daran anknüpfend muss sich die Kenntnis oder die grob fahrlässige Unkenntnis des Dritten nicht auf die bewusste Nachteilszufügung, sondern auf den pflichtwidrigkeitsbegründenden Sachverhalt beziehen. Dadurch wird deutlich, dass bei dieser Fallgruppe seitens des Vertretungsorgans der sicherheitengewährenden Gesellschaft auf der subjektiven Ebene ein breites Spektrum möglich ist – von vorsätzlichem Handeln zum Nachteil der Gesellschaft bis zum rein objektiv-pflichtwidrigen Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot. Demgegenüber verlangt die Judikatur beim Sicherungsnehmer nach beiden Begründungsansätzen zumindest grob fahrlässige Unkenntnis.¹⁶

Gemein ist beiden Rechtssätzen die zentrale zugrundeliegende Wertung: Das Vertrauen des Kreditgebers in Bezug auf die an sich vorhandene Vertretungsmacht des Leitungsorgans ist im Verhältnis zur sicherheitengewährenden Kapitalgesellschaft nicht schutzwürdig. Daher wird dem Kreditgeber gegenüber der Gesellschaft die Berufung auf die Wirksamkeit des Sicherungsgeschäfts versagt. Wertungsmäßig geht es mit anderen Worten um eine Einschränkung des Abstraktionsprinzips der organschaftlichen Formalvertretungsmacht zulasten eines

¹⁵ Ist die Sicherheitenbestellung – zB auf Grund einer angemessenen Gegenleistung oder eines besonderen betrieblichen Grundes – mit § 52 AktG oder § 82 GmbHG vereinbar, erübrigt sich bei diesem Ansatz die Prüfung der weiteren Voraussetzung. Die Sicherheit ist dann auch gegenüber dem Sicherungsnehmer wirksam, wenn nicht ausnahmsweise andere Gründe für eine Unwirksamkeit vorliegen. Ist die Sicherheitengewährung für die Gesellschaft „nur“ ein wirtschaftlich nachteiliges Geschäft, nicht aber ein verbotswidriges Geschäft gem § 52 AktG oder § 82 GmbHG, und hat das Vertretungsorgan bloß fahrlässig und nicht bewusst zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt, kann dies Haftungsansprüche der Gesellschaft gegen Geschäftsführer gem § 25 Abs 2 GmbHG oder Vorstand gem § 84 Abs 2 AktG nach sich ziehen. Dem Leitungsorgan steht hierbei aber ein haftungsfreier unternehmerischer Ermessensspielraum zu („Business Judgement Rule“).

¹⁶ Teilweise wird sowohl in der allgemeinen zivilrechtlichen als auch in der hier interessierenden gesellschaftsrechtlichen Diskussion verlangt, auf die bloße objektive Evidenz abzustellen und das Verschuldenselement beim Dritten aufzugeben. Vgl dazu etwa *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992) 800.

nicht schutzwürdigen Dritten und zugunsten des insoweit schutzwürdigeren Vertretenen.

Ausgehend von dieser „*Fehring*“-Fallgruppe widmet sich der vorliegende Beitrag einer weiterführenden Frage: Welche Ansprüche könnten dem Dritten, also dem unwirksam besicherten Kreditgeber, zustehen, wenn die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr auf ihn durchschlagen? Soweit ersichtlich, war diese Thematik in Österreich bislang noch nicht Gegenstand einer näheren Untersuchung. Die Lösung der damit verbundenen Fragen führt durch ein „*Wechselbad*“ von Gesellschaftsrecht und Zivilrecht. Auch der Jubilar *Attila Fenyves* hat sich in mehreren Beiträgen mit Themen im Grenzbereich zwischen Zivil- und Unternehmensrecht befasst und ich hoffe daher, dass dieser Aufsatz auf sein Interesse stößt.¹⁷

II. Rechtsgrundlage für die Unwirksamkeit der Sicherheit

Unabhängig davon, welchem der beiden obigen Ansätze man folgt, kann die gesamte „*Fehring*“-Judikaturlinie auf Grund ihrer gravierenden Rechtsfolgen für den Sicherungsnehmer aus dessen Sicht durchaus als Inferno bezeichnet werden. In den praktisch relevanten Fällen ist der Rückzahlungsanspruch aus dem Kreditvertrag zumindest teilweise uneinbringlich, weil der Kreditnehmer insolvent ist.¹⁸ Der Kreditgeber kann sich aber auch nicht aus der Sicherheit befriedigen, denn das Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen hat nach einhelliger Meinung gerade die Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung zur Rechtsfolge.¹⁹ Nimmt der Kreditgeber die Gesellschaft aus der Sicherheit in Anspruch, steht dieser ein Leistungsverweigerungsrecht zu.²⁰ Leistungen, welche die Gesellschaft bereits auf Grund der unwirksamen Sicherheit erbracht hat, sind bereicherungsrechtlich zurückzuerstatten.

Obwohl weitgehend Einigkeit über den Eintritt dieser Rechtsfolgen besteht, bleibt der Rechtsgrund für die Unwirksamkeit der Sicherheit meist im Dunkeln. Dieser ist aber von Bedeutung für die hier interessierende Frage, auf welche Grundlagen der von der Unwirksamkeit betroffene Kreditgeber mögliche Ansprüche stützen kann.

¹⁷ Vgl etwa *Fenyves*, Zivilrechtliche Ordnungsfragen bei Unternehmensnachfolge: Haftung und Vertragsübernahme, in Ruppe, Rechtsprobleme der Unternehmenssanierung (1983) 149; *ders*, Die Schuldenhaftung des Unternehmerswerbers, *ecolex* 1990, 137.

¹⁸ Vgl zB OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p uva.

¹⁹ Vgl etwa OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p; OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z; *Karollus* in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung 71; *U. Torggler/H. Torggler*, in FS W. Jud 723 (743).

²⁰ OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p.

Der 7. Senat hat den Rechtsgrund für die Unwirksamkeit des Sicherungsgeschäfts in einer aktuellen Entscheidung offen gelassen, in dem er einerseits betonte, dass der Abschluss des konkreten Sicherungsgeschäfts²¹ zu Lasten der Kapitalgesellschaft einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungspflicht darstelle,²² und gleichzeitig darauf abstellte, dass die Wirksamkeit der Sicherungsgeschäfte „nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht zu beurteilen“ sei.²³ Der 6. Senat wurde demgegenüber in einer Entscheidung noch jüngeren Datums konkreter:²⁴ Unter Berufung auf *Karollus*²⁵ beruht die absolute Nichtigkeit des Sicherungsgeschäfts nach Ansicht des 6. Senats auf der Unwirksamkeit des Vertretungsakts. Dem Vertreter der Kapitalgesellschaft – so der 6. Senat weiter – fehle die Vollmacht zum Abschluss des verbotswidrigen Sicherungsgeschäfts. Die Annahme eines Handelns ohne (ausreichende) Vertretungsmacht deckt sich mit der Ansicht, die zuletzt etwa von *U. Torggler* und *H. Torggler*²⁶ vertreten wurde.²⁷ Ob sie auch jener von *Karollus* entspricht, auf den sich der OGH hier beruft, ist indes zweifelhaft.²⁸ Die These vom Handeln ohne (ausreichende) Vertretungsmacht steht jedenfalls vor dem Problem, dass die Kapitalgesellschaft beim Abschluss des Sicherheitenbestellungsvertrages in aller Regel durch Geschäftsführer oder Vorstand vertreten wird. Deren Vertretungsmacht ist jedoch als gesetzliche Formalvollmacht gem § 74 AktG und § 20 Abs 2 GmbHG unbeschränkt und unbeschränkbar. Wer die Unwirksamkeit des Vertretungsakts mit dem Fehlen von Vertretungsmacht oder einer Vollmächtsüberschreitung begründet, kommt daher nicht umhin, sich mit dem Grundsatz der Unbeschränktheit und der Unbeschränkbarkeit der Organvollmacht gem § 74 AktG und § 20 Abs 2 GmbHG auseinanderzusetzen. Nach einem Teil der Lehre sind diese Bestimmungen in den hier interessierenden Fällen teleologisch zu reduzieren.²⁹ Dafür müssen freilich gewichtige Gründe vorliegen, denn diese teleologische Reduktion von § 74 AktG und § 20 Abs 2 GmbHG steht grundsätzlich im Widerspruch

²¹ Der Fall betraf eine Bürgschaft zur Besicherung von Krediten an Schwestergesellschaften.

²² OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p bei Rz 1.3., 1.4. und 3.

²³ OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p bei Rz 2.1.

²⁴ OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z.

²⁵ Anm zu OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p, GesRZ 2011, 112 (113).

²⁶ Siehe *U. Torggler/H. Torggler*, in FS W. Jud 723 (743).

²⁷ Grundlegend aus Sicht des allgemeinen Zivilrechts *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴, 800 und 801 f; vgl auch *Schilken* in Staudinger, BGB (Juli 2009) § 167 Rz 108 und aaO § 179 Rz 238 mwN.

²⁸ *Karollus*, GesRZ 2011, 112 (113) nimmt zwar die Unwirksamkeit des Vertretungsakts an, spricht aber nicht vom „Fehlen der Vollmacht“. FN 4 aaO und die Berufung auf *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 83 Rz 7 legen nahe, dass der Vertretungsakt nach Ansicht von *Karollus* wegen sinngemäßer Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht nichtig ist.

²⁹ Vgl *U. Torggler/H. Torggler*, in FS W. Jud 723 (739).

zum Zweck dieser Bestimmungen, die im Interesse des Verkehrsschutzes den im Außenverhältnis wirkenden Umfang der Vertretungsmacht gesetzlich zwingend vorgeben und diese von bloß im Innenverhältnis wirkenden Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis unterscheiden. Der Verkehrsschutz steht vor allem auch in Konflikt mit der Annahme von Nachforschungspflichten für den Dritten. Diese aber sind eine zwingende Begleiterscheinung der gesamten „*Febringer*“-Fallgruppe, weil eine ihrer Tatbestandsvoraussetzungen die grob fahrlässige Unkenntnis des Dritten ist. Das ist wohl das Kernproblem der „*Febringer*“-Fallgruppe, das in Österreich schon seit der Leitentscheidung diskutiert wird. Darauf kann hier nur hingewiesen werden.³⁰

Zu berücksichtigen ist aber auch ein weiterer Punkt: Beruht die Unwirksamkeit des Vertretungsakts beim Abschluss des Sicherheitenbestellungsvertrages auf einem Handeln ohne Vertretungsmacht (Scheinvertretung), müsste das grundsätzlich zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Regeln über die Scheinvertretung im ABGB führen. Dann wäre grundsätzlich auch § 1016 ABGB unmittelbar anwendbar. Der verbotswidrige Vertrag über die Sicherheitenbestellung wäre zumindest gegenüber dem Kreditgeber zunächst nur schwebend unwirksam³¹ und könnte durch Vorteilszuwendung³² oder durch nachträgliche Genehmigung geheilt werden.³³ Dies steht im Widerspruch zum zwingenden Charakter der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, über deren Eingreifen die Gesellschaft nicht disponieren kann, weder durch Erlass noch durch Verzicht oder Vergleich.³⁴ Auch die Heilung eines verbotswidrigen Geschäfts durch Genehmigung oder Vorteilszuwendung scheidet daher von vornherein aus. Erforderlich ist somit eine zweite Einschränkung: die allgemein-zivilrechtlichen Regeln über die Scheinvertretung sind zwar unmittelbar anwendbar, allerdings nur soweit, als sie nicht in Widerspruch zu den zwingenden Kapitalerhaltungsvorschriften gem §§ 52, 56 AktG und §§ 82 f GmbHG stehen. Damit wird allerdings deutlich, dass sich die Rechtsfolgen im Verhältnis zwischen der sicherheitengewährenden Gesellschaft und dem unwirksam bes-

³⁰ Weiterführend etwa *Karollus* in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung 72 ff mwN.

³¹ Siehe dazu allgemein *Perner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.01 § 1016 Rz 1 mwN.

³² Die Vorteilszuwendung könnte zB in der Vereinnahmung einer – zu geringen und daher nicht drittüblichen – Avalprovision liegen.

³³ Insoweit lässt sich die vom OGH in der Entscheidung 6 Ob 29/11z bei Rz 3.1.5. am Ende angenommene absolute Nichtigkeit der Pfandbestellungsverträge gar nicht aus der Entscheidungsbegründung ableiten, denn ein Fehlen der Vollmacht des Vertreters der Kapitalgesellschaft (siehe Rz 3.1.4. in der Entscheidungsbegründung) müsste eigentlich dazu führen, dass die Sicherungsgeschäfte schwebend unwirksam sind.

³⁴ Vgl § 83 Abs 4 GmbHG; *Bauer/Zehetner* in Straube, GmbHG § 83 Rz 49; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 12; *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/431.

cherten Dritten nicht ausschließlich nach zivilrechtlichen Grundsätzen richten, sondern vom zwingenden Kapitalerhaltungsgrundsatz verdrängt werden können.

An dieser Stelle kann dahingestellt bleiben, ob es in Anbetracht der nicht unerheblichen Schwierigkeiten einer dogmatischen Begründung mittels teleologischer Reduktion der gesetzlichen Formalvollmacht eventuell vorzugswürdig wäre, die Nichtigkeit der Sicherheit mit den Grundsätzen des Missbrauchs der Vollmacht zu erklären. Rechtsgrundlage für die absolute Nichtigkeit wäre in diesem Fall letztlich § 879 ABGB iVm § 82 GmbHG oder § 52 AktG.³⁵ Jedenfalls lässt dieser Begründungsweg den Grundsatz der im Außenverhältnis unbeschränkten und unbeschränkbareren Vollmacht gem § 74 AktG und § 20 Abs 2 GmbHG unangetastet und führt zu der vom 6. Senat³⁶ im Anschluss an die Vorjudikatur zu Recht angenommenen absoluten Nichtigkeit des Sicherheitenbestellungsvertrages. Unproblematisch ist auch das von der hL zutreffend bejahte Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft und das Bestehen einer zivilrechtlichen Leistungskondition, sofern die sicherheitengewährende Gesellschaft bereits Leistungen aus der absolut nichtigen Sicherheit erbracht hat.³⁷

III. Ansprüche des Kreditgebers nach § 1019 ABGB (analog)

A. Anwendbarkeit von § 1019 ABGB

Die absolute Nichtigkeit der Sicherheitenbestellung führt dazu, dass der Kreditgeber das alleinige Risiko für das bewusste Handeln des Vertretungsorgans zum Nachteil der Gesellschaft³⁸ bzw für den Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr³⁹ tragen muss. Mit allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen lässt sich diese völlig einseitige Rechtsfolge vor allem dann nicht in Einklang bringen, wenn die finanzierende Bank als Dritter bloß (grob) fahrlässig,

³⁵ Einzuräumen ist, dass die Rsp auf § 879 ABGB idR nur bei Kollusion zurückgreift; vgl OGH 19.4.1978, 8 Ob 505/78, GesRZ 1978, 131; OGH 30.5.1979, 1 Ob 617/79, JBl 1980, 33; OGH 25.9.1990, 4 Ob 544/90, RdW 1991, 76; siehe auch *Ehrenzweig*, System I/1² (1951) 273; *Stanzl* in Klang, ABGB IV/12 (1968) 857; *Krejci* in Rummel, ABGB³ (2000) § 879 Rz 129; *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.00 § 879 Rz 196.

³⁶ OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z.

³⁷ Ob die Leistungskondition auf § 877 ABGB analog oder § 1431 ABGB beruht, kann hier aus Platzgründen nicht umfassend erörtert werden. Praktische Bedeutung könnte diese Frage vor allem wegen § 1432 ABGB haben.

³⁸ OGH 12.11.1996, 4 Ob 2328/96y; OGH 24.10.2006, 10 Ob 16/06k; OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p; RIS-Justiz RS0105536 (T2) und (T4).

³⁹ Vgl OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p; OGH 5.8.2009, 9 Ob 25/08d (9 Ob 26/08a); OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z.

das Leitungsorgan der Gesellschaft hingegen vorsätzlich gehandelt hat oder ein gleicher Verschuldensgrad beider Seiten vorliegt.

Im Zivilrecht ist zu Recht anerkannt, dass dem Dritten grundsätzlich auch beim Vollmachtsmissbrauch Schadenersatzansprüche gegen den Vertreter zustehen können.⁴⁰ Nichts anderes gilt in den hier interessierenden Konstellationen, denn die Rsp zieht auf der Tatbestandsebene die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht heran. Daher ist es nur konsequent, dass auch deren Rechtsfolgen eingreifen, sofern dem nicht zwingende Wertungen des Kapitalgesellschaftsrechts entgegenstehen.

Folgt man der Ansicht, wonach die Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung auf einer teleologischen Reduktion der gesetzlichen Formalvollmacht beruht, liegt ein Fall der Scheinvertretung vor. § 1019 ABGB ist dann unmittelbar anwendbar.⁴¹ Der unwirksam besicherte Kreditgeber kann auf der Grundlage von § 1019 ABGB Schadenersatzansprüche gegen jenes Mitglied des Vertretungsorgans der sicherungsgewährenden Gesellschaft richten, das bei Bestellung der Sicherheit als *falsus procurator* agierte.

Aber auch wenn man die Nichtigkeit der Sicherheitenbestellung mit den Grundsätzen des Vollmachtsmissbrauchs und letztlich mit § 879 ABGB begründet, ist § 1019 ABGB (analog) die naheliegende Rechtsgrundlage für Schadenersatzansprüche des unwirksam besicherten Kreditgebers gegen das Vertretungsorgan der sicherungsgewährenden Gesellschaft. Bei Altfällen⁴² sind die früheren allgemein-zivilrechtlichen Grundsätze über die Haftung des Scheinvertreters (analog) heranzuziehen.⁴³ Die Analogie ist wie folgt zu begründen: § 1019 ABGB

⁴⁰ Siehe zB *P. Bydliński*, Bürgerliches Recht AT⁵ (2010) Rz 9/64; *Kozioł*, Risikoverteilung bei auftragswidrigem Handeln des Bevollmächtigten, in FS Rey (2003) 427 (436); *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ 800; *Schilken* in Staudinger BGB (Juli 2009) § 167 Rz 108 und aaO § 179 Rz 6; *Schramm* in MünchKomm BGB⁶ (2012) § 164 Rz 121; für das Gesellschaftsrecht siehe auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) 258 mwN.

⁴¹ Ausdrücklich idS *U. Torggler/H. Torggler*, in FS W. Jud 723 (743).

⁴² Nach Art XXXII HaRAG (BGBl I 2005/120) ist § 1019 ABGB idF BGBl I 2005/120 auf Verträge anwendbar, die nach dem 31.12.2006 abgeschlossen wurden. Auf davor abgeschlossene Rechtsgeschäfte sind die bisher geltenden Vorschriften anzuwenden; offenbar aa *Perner*, Die Haftung des Scheinvertreters nach dem UGB (§ 1019 ABGB), RdW 2007, 14; *ders.*, in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 1019 Rz 1: maßgebend sei der Zeitpunkt der „*schädigenden Handlung*“. Das sei im Allgemeinen die ohne Vertretungsmacht vorgenommene Vertretungshandlung.

⁴³ Art 8 Nr 11 der 4. EVHGB ist weder unmittelbar noch analog anwendbar. Nach dem Prinzip der subsidiären Anwendung des allgemeinen Zivilrechts im Unternehmensrecht gilt das allgemeine Zivilrecht, sofern in einem unternehmensrechtlichen Gesetz (zB UGB, GmbHG, AktG) keine ausdrückliche Regelung vorgesehen ist. Da der „Missbrauch der Vertretungsmacht“ im Unternehmensrecht nicht ausdrücklich geregelt ist – insb Art 8 Nr 11 EVHGB ist auf den Missbrauch der Vertretungsmacht nicht direkt anwendbar –, ist subsidiär das allgemeine Zivilrecht heranzuziehen. Statt der subsidiären Geltung des allgemeinen Zivil-

ist nicht unmittelbar anwendbar, weil der Wortlaut der Bestimmungen ein Handeln ohne oder ohne ausreichende Vertretungsmacht verlangt. Obwohl eine gesetzliche Bestimmung für die Haftung des Vertreters bei Unwirksamkeit des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages infolge eines Missbrauchs der Vertretungsmacht fehlt, steht außer Zweifel, dass eine solche Haftung grundsätzlich existieren muss, weil für die alleinige Schadenstragung durch den Dritten als gänzlich einseitige Rechtsfolge weder die Grundsätze über den Vollmachtsmissbrauch noch das Verbot der Einlagenrückgewähr eine hinreichende Rechtfertigung abgeben. Dem Dritten fehlt es auch – trotz Vorliegens einer groben Fahrlässigkeit – im Verhältnis zum Vertreter nicht an Schutzwürdigkeit, was sich ganz besonders in den Fällen zeigt, in denen der Vertreter vorsätzlich oder ebenfalls grob fahrlässig gehandelt hat. Ausgewogene Ergebnisse lassen sich in diesen Konstellationen durch Heranziehung des § 1304 ABGB erzielen (dazu sogleich unten). Die somit vorliegende Gesetzeslücke ist durch eine analoge Heranziehung der wertungsmäßig nahe verwandten Regel des § 1019 ABGB zu schließen.⁴⁴

Einer unmittelbaren Haftung des Vertretungsorgans gegenüber dem unwirksam besicherten Kreditgeber nach § 1019 ABGB (analog) stehen auch nicht die zwingenden Vorschriften über die Kapitalerhaltung entgegen. Diese schützen nur das Vermögen der sicherheitengewährenden Kapitalgesellschaft, sie bezwecken aber keinesfalls eine Haftungsfreistellung des Vertretungsorgans gegenüber Dritten.

B. Mitverschulden

Freilich ist zu beachten, dass den unwirksam besicherten Kreditgeber als Dritten im vorliegenden Zusammenhang stets ein Mitverschulden treffen wird. Das folgt schon aus den von der Rsp zur „*Fehrringer*“-Fallgruppe verlangten Tatbestandsvoraussetzungen. Ebenso wie bei der allgemeinen Haftung des Schein-

rechts käme eine analoge Anwendung von Art 8 Nr 11 EVHGB nur dann in Frage, wenn Art 8 Nr 11 EVHGB den spezifischen Wertungen im Unternehmensrecht (bspw eine stärkere Betonung des Verkehrsschutzes) besser gerecht wird als die Regelung des allgemeinen Zivilrechts. Art 8 Nr 11 EVHGB bringt jedoch keine spezifischen unternehmensrechtlichen Wertungen zum Ausdruck. Die Bestimmung spiegelt lediglich das deutsche Zivilrecht (§ 179 BGB) und dessen Wertungen wider. Insbesondere die Regelung des Art 8 Nr 11 Abs 3 EVHGB zur Kulpakompensation wurde und wird für das österreichische Recht als „*Fremdkörper*“ angesehen, was mittlerweile sogar der Gesetzgeber ausdrücklich in den Materialien zu § 1019 ABGB (ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 82) zum Ausdruck gebracht hat. Systemwidrige Normen sind restriktiv auszulegen und eignen sich vor allem nicht als Basis für eine Analogie. Vgl *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983) 132; *Kramer*, Juristische Methodenlehre³ (2010) 99, 207 f.

⁴⁴ Vgl auch in etwas allgemeinerem Zusammenhang *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 258 FN 43.

vertreters ist dieses nach § 1304 ABGB zu berücksichtigen.⁴⁵ Die analoge Anwendung des § 878 ABGB wird von der hL⁴⁶ zu Recht abgelehnt. Nur bei positiver Kenntnis des Dritten vom Vollmachtmangel entfällt die Haftung des Scheinvertreters. Der Dritte hat dann die Unwirksamkeit des Geschäfts bewusst in Kauf genommen. Umgelegt auf die hier behandelten Fälle, stehen dem Kreditgeber dann keine Schadenersatzansprüche gegen das Vertretungsorgan der Kapitalgesellschaft zu, wenn er beim Abschluss des Vertrages über die Bestellung der Sicherheit positive Kenntnis darüber hatte, dass das Leitungsorgan bewusst zum Nachteil der Gesellschaft handelt, oder die für § 82 GmbHG oder § 54 AktG pflichtwidrigkeitsbegründenden Umstände positiv kannte.

Bei grober Fahrlässigkeit des Kreditgebers hängt der Schadenersatzanspruch vom Verschuldensgrad des Leitungsorgans ab. Hat das Vertretungsorgan bei der Sicherheitenbestellung „*bewusst zum Nachteil der Gesellschaft*“ gehandelt, wie dies zuletzt der 7. Senat⁴⁷ in einem einschlägigen Fall festhielt, liegt Vorsatz vor. In § 1294 ABGB ist von der „*bösen Absicht*“ die Rede. Diese setzt voraus, dass der Schaden mit Wissen und Willen verursacht worden ist. „*Wissen*“ liegt vor, wenn der Täter einen Umstand wirklich bedenkt; es reicht aber auch ein bloßes Mitbewusstsein aus.⁴⁸ „*Wollen*“ iSd § 1294 ABGB ist erfüllt, wenn der Täter den Erfolg bezweckt, also seine Herbeiführung wünscht, jedoch auch dann, wenn der Handelnde den Eintritt des Erfolges zwar nicht wünscht, aber immerhin billigend in Kauf nimmt.⁴⁹ Ebenso wie bei der Scheinvertretung ist kein Vorsatz des Vertreters in Bezug auf eine Schadenszufügung gegenüber dem Dritten erforderlich.⁵⁰ Bewusstes Handeln zum Nachteil der Gesellschaft (nicht des Dritten) und die bewusst unterlassene Aufklärung des Dritten hierüber erfüllt die Vorsatzerfordernisse. Primäres Kriterium für die Schadensteilung nach § 1304 ABGB sind der Grad des Verschuldens bzw die Verschuldensanteile. Nur bei gleichzeitigem

⁴⁵ Zum Mitverschulden bei der Haftung des falsus procurator vgl *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ (2010) § 1019 Rz 2; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 1019 Rz 3; *Schauer*, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im vierten und fünften Buch – Schwerpunkt Unternehmensgesetzbuch, ÖJZ 2006, 72; grundlegend zur alten Rechtslage *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht – zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo (1970) 150 ff; siehe auch *Apathy* in *Schwimann*, ABGB³ (2005) § 1016 Rz 8; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 213; aA zumindest bei gleichem Verschuldensgrad *Reischauer* in *Rummel* ABGB³ Vor §§ 918–933 Rz 16a.

⁴⁶ OGH 4 Ob 594/78, SZ 52/11; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 1019 Rz 3; *Welser*, Vertretung 151.

⁴⁷ OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p bei Rz 1.4.

⁴⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 5/25; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.00 § 1294 Rz 59 mwN.

⁴⁹ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.00 § 1294 Rz 59 mwN.

⁵⁰ Zum Verschuldenserfordernis bei der Scheinvertretung vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 71, 82; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 1019 Rz 3; ferner OGH 2.6.1982, 1 Ob 597/82, SZ 55/84.

Verschulden oder Unbestimmbarkeit der Anteile findet eine Teilung 1 : 1 statt.⁵¹ Liegt aber auf Seiten des Vertretungsorgans Vorsatz, beim Kreditgeber hingegen bloß grobe Fahrlässigkeit vor, hat das Vertretungsorgan jedenfalls den überwiegenden Teil des Schadens zu tragen. Nach der zutreffenden Ansicht von *P. Bydliński*⁵² führt die Fahrlässigkeit des Dritten bei Kenntnis des Vertreters vom Mangel der Vollmacht sogar zur alleinigen Schadenstragung durch den Vertreter.⁵³ Das muss analog auch gelten, wenn der Dritte den Vollmachtsmissbrauch des Vertreters fahrlässig nicht erkannte, auf Seiten des Vertreters aber Vorsatz gegeben ist. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Mitverschuldensprüfung nicht nur der Verschuldensgrad allein, sondern auch weitere Zurechnungsgründe abzuwägen sind.⁵⁴ Zutreffend wird unter anderem auch auf die Wichtigkeit der verletzten Vorschrift abgestellt.⁵⁵ Während das Vertretungsorgan der sicherheitengewährenden Gesellschaft gegen § 25 Abs 3 Z 1 und § 82 GmbHG bzw § 84 Abs 3 und § 52 AktG sowie eventuell sogar gegen § 153 Abs 1 StGB verstoßen hat, verletzt der Kreditgeber als Dritter lediglich allgemeine Sorgfaltspflichten des Geschäftsverkehrs, weil ihm nicht auffiel, dass das Vertretungsorgan bei der Bestellung der Sicherheit bewusst zum Nachteil „seiner“ Gesellschaft handelte oder dabei Umstände vorlagen, die den Tatbestand einer verbotenen Einlagenrückgewähr erfüllen.⁵⁶ Diese Gründe sprechen dafür, bei vorsätzlichem Handeln des Vertretungsorgans der sicherheitengewährenden Gesellschaft und grob fahrlässiger Unkenntnis des Kreditgebers die alleinige oder zumindest eine überwiegende Schadenstragung für das Vertretungsorgan der sicherheitengewährenden Gesellschaft anzunehmen.

Handelte das Vertretungsorgan der sicherheitengewährenden Gesellschaft grob fahrlässig und liegt auch beim Kreditgeber grobe Fahrlässigkeit vor, ist zwar grundsätzlich von einer Schadensteilung von 1 : 1 auszugehen, allerdings wird mE auch hier die Wichtigkeit der verletzten Vorschriften für eine überwiegende Schadenstragung durch das Vertretungsorgan sprechen.

⁵¹ *Karner* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB³ § 1304 Rz 4.

⁵² *P. Bydliński* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB³ § 1019 Rz 3.

⁵³ Die Ansicht von *Krejci*, *Handelsrecht*² (2001) 180, wonach dem Dritten der Anspruch auch bei qualifiziert grober Fahrlässigkeit gänzlich zu versagen ist, hat sich nicht durchgesetzt. In *Krejci*, *Unternehmensrecht*⁴ (2008) 259 ist der Satz nicht enthalten.

⁵⁴ Ausführlich *Koziol*, *Grundfragen des Schadenersatzrechts* (2010) 257 ff; *ders*, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten: Spiegelbild- oder Differenzierungsthese?* in *FS Deutsch* (2009) 781.

⁵⁵ Siehe *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.00 § 1304 Rz 17 mwN.

⁵⁶ Zu kurz gegriffen wäre der Einwand, dass § 25 Abs 3 Z 1 und § 82 GmbHG bzw § 84 Abs 3 und § 52 AktG sowie § 153 Abs 1 StGB „nur“ Pflichten des Vertretungsorgans gegenüber der vertretenen Gesellschaft statuieren. Für alle genannten Bestimmungen ist nämlich zu Recht anerkannt, dass sie zumindest mittelbar gläubigerschützenden Charakter haben. Daher sind sie auch bei Abwägung der Zurechnungsgründe im Rahmen von § 1304 ABGB im Verhältnis zwischen Vertreter und Gläubiger (Dritter) zu berücksichtigen.

Wie bereits unter Pkt I. dargelegt schlägt nach der Judikatur der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr auf den Kreditgeber auch dann durch, wenn die Gewährung der Sicherheit zu Lasten der Gesellschaft im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter unzulässig gem § 82 GmbHG oder § 52 AktG ist und der Dritte die objektiv pflichtwidrigen Umstände kannte oder sich diese Umstände geradezu aufdrängen mussten (grob fahrlässige Unkenntnis). Demnach kann die Sicherheit des Dritten auch dann nichtig sein, wenn das Vertretungsorgan bloß leicht fahrlässig oder sogar überhaupt nicht sorgfaltswidrig gehandelt hat, der Dritte die verbotswidrigen Umstände aber kannte oder grob fahrlässig nicht erkannte. Bei einem bloß leicht fahrlässigen Verstoß gegen § 82 GmbHG oder § 52 AktG durch das Vertretungsorgan der sicherheitengewährenden Gesellschaft, der vom dritten Kreditgeber grob fahrlässig unerkannt blieb, wird der Kreditgeber den überwiegenden Schadensanteil zu tragen haben. Liegt beim Kreditgeber positive Kenntnis vor, beim Vertretungsorgan hingegen nur leichte Fahrlässigkeit oder überhaupt kein Verschulden, ist der Kreditgeber nicht schutzwürdig und es entfällt – wie bereits oben erwähnt – der Schadenersatzanspruch gegen das Vertretungsorgan.

Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Mitverschuldens treffen den Schädiger, hier also das Vertretungsorgan der sicherheitengewährenden Gesellschaft.

C. Schaden

Zu ersetzen ist nach § 1019 ABGB der Vertrauensschaden (das „*negative Interesse*“). Dem unwirksam besicherten Kreditgeber sind daher sämtliche Schäden zu ersetzen, die er im Vertrauen auf die Gültigkeit des Sicherheitenbestellungsvertrages erlitten hat. Im Ergebnis wird dies der Höhe des vergebenen Kredits entsprechen, wenn dessen Rückzahlung komplett uneinbringlich bzw nur in der Höhe der Insolvenzquote einbringlich ist und der Kreditgeber den Kredit an den begünstigten Gesellschafter oder den ihm nahestehenden Rechtsträger gar nicht vergeben hätte, falls er in Kenntnis von der Ungültigkeit des Sicherungsgeschäfts gewesen wäre. Ausdrücklich ist hervorzuheben, dass der Vertrauensschaden – entgegen § 1019 Satz 2 ABGB – in den hier behandelten Fällen nicht durch das hypothetische Erfüllungsinteresse begrenzt ist. Denn soweit die Unzweckmäßigkeit eines Aufwandes nicht auf einer freien Disposition des Dritten beruht, ist § 1019 Satz 2 ABGB nach der zutreffenden hA⁵⁷ teleologisch zu reduzieren und der Vertrauensschadenersatzanspruch gegen den Scheinvertreter nicht mit dem hypothetischen Erfüllungsinteresse begrenzt. Als Beispiel werden Schäden des

⁵⁷ Welser, Vertretung 144 ff; Perner, RdW 2007, 14; P. Bydliński in Koziol/Bydliński/Bollenberger, ABGB³ § 1019 Rz 3.

Dritten aus der Geltendmachung des vermeintlichen Vertragsanspruchs gegen den unwirksam Vertretenen angeführt. Umgelegt auf die hier interessierenden Fälle sind daher auch die Kosten eines verlorenen Vorprozesses, den der Kreditgeber gegen die sicherheitengewährende Kapitalgesellschaft geführt hat, unter dem Titel des Vertrauensschadens zu ersetzen. Auf eine allfällige Schadensteilung bei Mitverschulden wurde bereits oben bei Pkt III B hingewiesen.

IV. Culpa in contrahendo

Fraglich ist, ob dem Dritten, der infolge einer Nichtigkeit der Sicherheit geschädigt wurde, neben Ansprüchen aus dem Stellvertretungsrecht auch Ansprüche aus culpa in contrahendo zustehen. Dabei ist zunächst zu beachten, dass der Vertrag über die Bestellung der Sicherheit in den hier behandelten Fällen zwischen der Kapitalgesellschaft als Sicherungsgeber und der finanzierenden Bank als Drittem abgeschlossen werden soll. Ansprüche aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis bestehen im Allgemeinen nur zwischen den potenziellen Vertragspartnern. Das für die Kapitalgesellschaft agierende Vertretungsorgan soll nicht Vertragspartner des Sicherungsgeschäfts werden, sondern schreitet lediglich als Vertreter der besichernden Gesellschaft ein. Sein Verschulden im Rahmen der Vertragsverhandlungen ist daher grundsätzlich der sicherheitengewährenden Gesellschaft über § 1313a ABGB zuzurechnen.⁵⁸ Ausnahmsweise trifft nach der Rsp jedoch auch den Gehilfen eine Eigenhaftung wegen Verletzung von Pflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis.⁵⁹ Demnach haftet der Vertreter dem Dritten gegenüber direkt für die Verletzung vorvertraglicher Pflichten, wenn der Vertreter ein erhebliches und unmittelbares eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen eines Vertrages hatte oder er bei Vertragsverhandlungen in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch nahm.⁶⁰ Nach der zutreffenden Ansicht des OGH in der Entscheidung 4 Ob 2308/96g vom 29.10.1996 begründet die bloße Stellung als organschaftlicher Vertreter einer Kapitalgesellschaft allein noch nicht das für eine Eigenhaftung des Vertreters erforderliche erhebliche und unmittelbare eigenwirtschaftliche Interesse. Wörtlich hält der OGH fest: *„Der Geschäftsführer einer GmbH hat in jedem Fall ein gewisses eigenwirtschaftliches Interesse, dass das von ihm geführte Unternehmen bestehen bleibt. Dieses Interesse ist aber kein unmittelbares eigenwirtschaftliches Interesse, weil es sich – anders als das Interesse am wirtschaftlichen Erfolg, der bei*

⁵⁸ Dazu sogleich unten.

⁵⁹ RIS-Justiz RS0019726.

⁶⁰ OGH 22.2.1984, 1 Ob 688/83, JBl 1986, 49 (zustimmend *Wilhelm*, JBl 1986, 10); OGH 30.8.1989, 9 ObA 208/89, RdW 1989, 399; OGH 4.10.1989, 3 Ob 519/89, JBl 1990, 323 (*P. Bydlinksi*), ÖBA 1990, 554 (*Apathy*) uva in RIS-Justiz RS0019726.

*einer Mehrheitsbeteiligung nur formell bei der Gesellschaft, materiell aber beim Mehrheitsgesellschafter eintritt – mit dem Interesse der Gesellschaft nicht deckt, sondern daraus abgeleitet wird.*⁶¹ Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass ein unmittelbares eigenwirtschaftliches Interesse bei einem Mehrheitsgesellschafter im Zweifel sehr wohl vorliegt. Ist ein solcher Gesellschafter auch Geschäftsführer und bestellt er zu Lasten der Kapitalgesellschaft eine Sicherheit, die nach den oben dargelegten Kriterien nichtig ist, läge dann wohl auch die Voraussetzung für eine ausnahmsweise Eigenhaftung des Gehilfen für die schuldhaft Verletzung vorvertraglicher Pflichten grundsätzlich vor.⁶¹ Das muss hier aber nicht in extenso behandelt werden, denn damit verbunden ist die weiterführende Frage, ob ein Anspruch des Dritten gegen den Vertreter aus culpa in contrahendo überhaupt neben die Haftung nach § 1019 ABGB (analog) treten kann. Vor Inkrafttreten des § 1019 ABGB war anerkannt, dass die Haftung des Scheinvertreters gegenüber dem Dritten auf culpa in contrahendo beruhe.⁶² Wer als Vertreter eines anderen im rechtsgeschäftlichen Verkehr auftritt, hat den Bestand seiner Vollmacht zu prüfen und den Geschäftspartner über deren Nichtbestehen sowie über diesbezügliche Zweifel aufzuklären.⁶³ Die Haftung des Scheinvertreters nach den vor § 1019 ABGB geltenden Grundsätzen war somit eine Erklärungs haftung für die schuldhaft Verletzung dieser Aufklärung gegenüber dem Dritten.

Fraglich ist, ob sich an dieser grundsätzlichen Einordnung der Haftung des Scheinvertreters nach Inkrafttreten des § 1019 ABGB etwas geändert hat. Durch § 1019 ABGB sollten die früher ungeschriebenen Grundsätze der Haftung des Scheinvertreters nach allgemeinem Zivilrecht Aufnahme in das Gesetz finden. Auf eine neue Grundlage sollte die Haftung damit aber nicht gestellt werden.⁶⁴ Da § 1019 ABGB ebenso wie die früheren Grundsätze zur Scheinvertreterhaftung einen Fall der culpa in contrahendo darstellt, steht dem Dritten gegen den Vertreter daneben kein Anspruch aus culpa in contrahendo wegen schuldhaft unterlassener Aufklärung über das Nichtbestehen einer Vertretungsmacht zu. Gleiches gilt für die hier interessierenden Fälle eines Missbrauchs der Vertretungsmacht, in denen § 1019 ABGB analog zur Anwendung gelangt. Allerdings können sehr wohl Ansprüche gegen den Vertreter aus culpa in contrahendo neben die Haftung nach § 1019 ABGB (analog) treten, wenn diesem beim Vertragsabschluss ein anderes Erklärungsfehlverhalten als die unterlassene Aufklärung über das Nichtbestehen seiner Vertretungsmacht vorwerfbar ist.

⁶¹ Ein Beispiel dafür dürfte der Sachverhalt liefern, welcher der Entscheidung OGH 7 Ob 35/10p vom 29.9.2010 zugrunde lag.

⁶² Grundlegend *Welser*, Vertretung 56 ff; *Strasser* in Rummel, ABGB³ § 1017 Rz 18; *Apathy* in Schwimann, ABGB³ § 1016 Rz 8; *Reischauer* in Rummel, ABGB³ Vor §§ 918–933 Rz 15 uva.

⁶³ Siehe *Apathy* in Schwimann, ABGB³ § 1016 Rz 8.

⁶⁴ IdS ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 82; *Schauer* in Krejci, Reform-Kommentar (2007) § 1019 Rz 4.

Kurz zu behandeln ist auch die Frage, ob Ansprüche des Dritten gegen die sicherheitengewährende Kapitalgesellschaft auf culpa in contrahendo gestützt werden können. Eine solche Haftung der Kapitalgesellschaft kommt zumindest nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen in Betracht, weil die Kapitalgesellschaft als unwirksam Vertretene grundsätzlich für den Schaden einstehen muss, den der falsus procurator anrichtet, wenn dieser ihr Gehilfe war.⁶⁵ Solch eine Haftung der Kapitalgesellschaft für Schäden im Zusammenhang mit der nichtigen Gewährung einer Sicherheit stünde jedoch im direkten Widerspruch zu den zwingenden Kapitalerhaltungsvorschriften. Der Kapitalgesellschaft darf nicht über den Umweg einer Haftung aus culpa in contrahendo das entzogen werden, was das Verbot der Einlagenrückgewähr schützt. Die Haftung der sicherheitengewährenden Gesellschaft gegenüber dem unwirksam besicherten Kreditgeber scheidet daher an zwingenden Grundsätzen des Kapitalgesellschaftsrechts. Erneut zeigt sich damit, dass die Rechtsfolgen im Verhältnis zwischen der finanzierenden Bank als Drittem und der sicherheitengewährenden Kapitalgesellschaft nicht ausschließlich durch das Zivilrecht, sondern auch durch das Gesellschaftsrecht bestimmt sind.

V. Haftung wegen Verwendung der Kapitalgesellschaft zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung

§ 1295 Abs 2 erster Halbsatz ABGB ordnet die Haftung bei absichtlicher (vorsätzlicher) Schädigung eines Dritten in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise an. Die Bestimmung hat auch im Kontext des Kapitalgesellschaftsrechts Bedeutung. So wird in der Lehre vertreten, dass der Geschäftsführer bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung von Gläubigern unmittelbar haftet.⁶⁶ War das Handeln des Vertretungsorgans der sicherheitengewährenden Kapitalgesellschaft bei der Bestellung der Sicherheit von einem Schädigungsvorsatz gegen den Kreditgeber (nicht gegenüber der sicherheitengewährenden Gesellschaft) getragen, kommt eine unmittelbare Haftung nach § 1295 Abs 2 ABGB in Betracht. Die Beweispflicht für das Vorliegen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung trifft den Kreditgeber, sofern er sich im Haftungsprozess gegen das Vertretungsorgan der Kapitalgesellschaft darauf beruft.

⁶⁵ *Welser*, Vertretung 102 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² (1984) 337; *Schaberreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.00 § 1313a Rz 10.

⁶⁶ *Reich-Rohrwig* in Straube, GmbHG § 25 Rz 267; OGH 20.5.1992, 1 Ob 562/92, eoclex 1992, 707 (bedingter Vorsatz genügt); OGH 7.11.1985, 7 Ob 610/85, HS 16.262/7; OGH 22.12.1994, 2 Ob 591/94, eoclex 1995, 901; OGH 20.1.1994, 6 Ob 521/94, HS 25.420/2; BGH 25.4.1988, II ZR 175/87, NJW-RR 1988, 1181; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 34.

Der Anspruch aus § 1295 Abs 2 ABGB beruht auf einer anderen Grundlage und folgt anderen Anspruchsvoraussetzungen als jener nach § 1019 ABGB analog. Die beiden Anspruchsgrundlagen schließen einander nicht aus, allerdings darf durch ihre kumulative Geltendmachung natürlich keine Überkompensation des Geschädigten entstehen.

VI. § 25 GmbHG und § 84 AktG als Schutzgesetze zugunsten des unwirksam besicherten Gläubigers

Bei Verletzung von Normen, die überwiegend oder ausschließlich dem Schutz von Gläubigern der Gesellschaft dienen, können Schadenersatzansprüche von Gläubigern der Gesellschaft direkt gegen das Vertretungsorgan einer Kapitalgesellschaft nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen bestehen.⁶⁷ § 25 GmbHG und § 84 AktG sind zwar durchaus gläubigerschutzorientiert, nach hL aber keine Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger der Gesellschaft.⁶⁸ Dies entspricht der nunmehr hA in Deutschland zu den dortigen Parallelnormen.⁶⁹

Die Ablehnung des Schutzgesetzcharakters der genannten Bestimmungen zugunsten einzelner Gesellschaftsgläubiger wird vor allem damit begründet, dass sonstige sich ergebende Sanktionen auch für Gesellschaftsgläubiger und – hier nicht weiter interessierende – einzelne Gesellschafter genügend Schutz böten.⁷⁰ Konkret wird der Schutz der Gläubiger nach der hL ausreichend durch das Innenhaftungskonzept sichergestellt. Hinweise zum Innenhaftungskonzept finden sich auch in den Materialien⁷¹ zu § 10 GmbHG: Demnach würde ein direkter Anspruch der Gläubiger gegen die Geschäftsführer „zu unlösbaren rechtlichen

⁶⁷ Siehe zB OGH 20.11.1991, 1 Ob 617/91, JBl 1992, 444 (*Ostheim*) (obiter dictum). Vgl auch *Reich-Rohrwig* in Straube, GmbHG § 25 Rz 307 ff; *Rauter/Ratka* in Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011) 183 ff mwN.

⁶⁸ Vgl zu § 25 GmbHG: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 5; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983) Rz 2/392; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts (1990) 396; *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung (1991) 233; zu § 84 AG: *Kalss* in MünchKomm AktG³ (2008) § 93 Rz 326; *dies* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/408; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ §§ 77–84 Rz 101; wohl auch *Cb. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 84 Rz 16.

⁶⁹ Zu § 43 dGmbHG siehe *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG⁷ (2012) § 43 Rz 57; *Koppensteiner/Gruber* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG⁵ (2013) § 43 Rz 42; *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG (2006) § 43 Rz 166, 209; *Wicke*, GmbHG² (2011) § 43 Rz 26; ähnlich verläuft auch die Argumentation zu § 30 dGmbHG siehe *Habersack* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 30 Rz 22; *Heidinger* in Michalski, GmbHG² (2010) § 30 Rz 7 mwN; aus der Rsp vgl BGH 19.2.1990, II ZR 268/88, NJW 1990, 1725 (1730); BGH 9.7.1979, II ZR 211/76, NJW 1979, 1829.

⁷⁰ *Heidinger* in Michalski, GmbHG² § 30 Rz 7; *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁹ (2010) § 30 Rz 1.

⁷¹ RV 236 BlgHH 17. Sess 62.

Komplikationen führen“. Ein solcher direkter Anspruch sei aber auch entbehrlich. Im Falle der Insolvenz stehe der „*Gläubigerschaft ohnedies die Geltendmachung eines Ersatzanspruches der Gesellschaft*“ zu. Im Falle der Sonderexekution stehe „*dem einzelnen Gläubiger der Zugriff auf den Ersatzanspruch durch Überweisung zu*“.⁷²

Bei einer Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsführers soll nach dem Innenhaftungskonzept auch der Ausgleich des Schadens in das Gesellschaftsvermögen erfolgen.⁷³ Die Organhaftung kommt auf diesem Weg allen Gesellschaftern gleichmäßig zugute. Ebenso profitieren die Gesellschaftsgläubiger gleichmäßig davon, wenn im Rahmen der Innenhaftung das Gesellschaftsvermögen durch die Leistung des Schadenersatzes erhöht wird. Zutreffend ist daher im Allgemeinen auch die Ausgangshypothese des Innenhaftungskonzepts, wonach sich das Gesellschaftsinteresse als vergemeinschaftetes Interesse der Gesellschafter und das Interesse der Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich darin decken, dass Schadenersatzansprüche gegen pflichtwidrig handelnde Geschäftsführer geltend zu machen sind und die dadurch bewirkte Kompensation des Gesellschaftsvermögens gleichmäßig und adäquat die erwähnten Interessen wahrt.⁷⁴ Daher besteht für eine allgemeine Außenhaftung der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wegen Verletzung ihrer organschaftlichen Pflichten in der Tat im Regelfall keine Notwendigkeit. Die Innenhaftung trägt dem Interesse der Gesellschaftsgläubiger an einer sorgfältigen Geschäftsführung in der Regel ausreichend Rechnung. Von diesem Grundsatz bestehen jedoch Ausnahmen, wenn die der Innenhaftung zugrundeliegende Prämisse der Leistung eines Schadensausgleichs in das Gesellschaftsvermögen und der damit einhergehende Interessengleichlauf im Einzelfall nicht zutrifft.⁷⁵ Dies kann beispielsweise daran liegen, dass die Gesellschaft insolvent ist und ohnehin „*nichts mehr zu verlieren hat*“, das Risiko einer Unternehmensfortführung also allein die Gesellschaftsgläubiger tragen.⁷⁶ Daher haftet bspw der Geschäftsführer wegen Insolvenzverschleppung auch unmittelbar gegenüber Gesellschaftsgläubigern (§ 1311 ABGB iVm § 69 IO), obwohl zumindest ein Teil jener Fälle, die heute darunter behandelt werden, eigentlich vom Konzept der Innenhaftung erfasst sein müsste (vgl § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG).⁷⁷

⁷² Vgl dazu auch *van Husen* in Straube, GmbHG (2008) § 10 Rz 449; siehe ferner *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 2, die zutreffend auf die Bedeutung dieser Stelle in den Materialien für die Begründung des Innenhaftungskonzepts ganz allgemein hinweisen.

⁷³ Siehe auch *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 43 Rz 166.

⁷⁴ Vgl *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 43 Rz 166.

⁷⁵ Vgl *Haas/Ziemons* in Michalski, GmbHG² § 43 Rz 288 ff.

⁷⁶ *Haas/Ziemons* in Michalski, GmbHG² § 43 Rz 288b.

⁷⁷ Vgl idZ auch *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1311 Rz 4, der § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG als Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger ansieht.

In den hier interessierenden Konstellationen läuft das Innenhaftungskonzept leer, weil dessen Prämisse, die Leistung eines Schadensausgleichs in das Gesellschaftsvermögen, nicht greift. Daher besteht auch kein Interessengleichlauf zwischen Gesellschaft, Gesellschafter und Gläubiger. Die bestellte Sicherheit ist wegen des Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungspflicht nichtig. Daher hat die Gesellschaft gar keinen Schaden erlitten, den sie gegenüber ihrem Vertretungsorgan im Wege einer Innenhaftung geltend machen könnte. Da die Gesellschaft keinen Schaden hat, hat sie auch keinen Anspruch gegen Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder, den der unwirksam besicherte Kreditgeber als geschädigter Gesellschaftsgläubiger pfordern und sich zur Einziehung überweisen lassen kann. Die Möglichkeit der Pfändung des Innenhaftungsanspruchs der Gesellschaft ist aber ein weiteres zentrales Argument, das die Gesetzesmaterialien und die hA gegen den Schutzgesetzcharakter von § 25 GmbHG heranziehen, weil die Gesellschaftsgläubiger damit ausreichend geschützt seien.⁷⁸ Im vorliegenden Fall läuft aber auch dieses Argument wegen der Schadensverlagerung auf den unwirksam besicherten Kreditnehmer leer.

Es kann in den „*Febringer*“-Fällen auch nicht gesagt werden, dass der Schaden des Gläubigers ein bloßer Reflexschaden des bei der Gesellschaft eingetretenen Schadens ist, weil der Gesellschaft durch das Eingreifen der Nichtigkeitsanktion wie erwähnt kein Schaden entsteht. Die vorliegenden Fälle sind vielmehr dadurch gekennzeichnet, dass sie zu einer vollständigen Verlagerung des Schadens, den das Vertretungsorgan ursprünglich der sicherheitengewährenden Gesellschaft zugefügt hat, auf den unwirksam besicherten Kreditgeber führen.⁷⁹ Die Gesellschaft hat infolge dieser Schadensverlagerung auch kein Interesse daran, Haftungsansprüche gegen den Geschäftsführer zu verfolgen. Selbst wenn sie dies wollte, würde ein Anspruch in aller Regel am fehlenden Schaden der Gesellschaft scheitern. In den praktisch recht seltenen Fällen, in denen die Gesellschaft bereits Zahlungen aus dem Titel der eigentlich nichtigen Sicherheit (insbesondere aus Bürgschaften, Garantien oder Patronatserklärungen) geleistet hat, kann sich ein in Anspruch genommener Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft nicht darauf berufen, dass diese noch einen bereicherungsrechtlichen Rückerstattungsanspruch gegen den durch die Zahlung begünstigten Sicherungsnehmer hat, sofern sich die Gesellschaft zunächst an den Geschäftsführer hält.⁸⁰ Sobald jedoch der begünstigte Gläubiger Rückersatz geleistet hat, erlischt auch der Anspruch gegen den Geschäftsführer.⁸¹ Wieder-

⁷⁸ Siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 5; ferner auch zur parallel laufenden Argumentation bei den §§ 82 f GmbHG *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 83 Rz 4; *Bauer/Zebetner* in Straube, GmbHG § 83 Rz 24; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 83 Rz 3.

⁷⁹ Vgl idZ OGH 11.9.1997, 6 Ob 244/97v.

⁸⁰ Dies verkennt der OGH in seinem Beschluss 3 Ob 287/02f vom 22.10.2003.

⁸¹ Ähnlich *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 43 Rz 149.

um besteht also die Gefahr der vollständigen Überwälzung der Schadenstragung auf den Gläubiger der nichtigen Sicherheit.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden: Das von den Gesetzesmaterialien und der hA gegen den Schutzgesetzcharakter von § 25 GmbHG und § 84 AktG zentrale Argument des Innenhaftungskonzepts, läuft in den hier interessierenden Fällen leer. Es besteht zumindest auf teleologischer Basis ein Grund, § 25 GmbHG und § 84 AktG hier ausnahmsweise Schutzgesetzcharakter zugunsten jener Gläubiger zuzusprechen, die infolge des Leerlaufs des Innenhaftungskonzepts nicht ausreichend geschützt sind.

Gegen die Qualifikation insbesondere von § 25 Abs 1 und Abs 3 Z 1 GmbHG als Schutzgesetz zugunsten ansonsten schutzloser Gesellschaftsgläubiger könnte vorgebracht werden, dass § 25 GmbHG nach dem klaren Wortlaut Sorgfaltpflichten des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber Dritten statuiert.⁸² Gleiches gilt für den Wortlaut von § 84 AktG,⁸³ wobei hier § 84 Abs 5 AktG hinzukommt, der den Gesellschaftsgläubigern eine Art „Einziehungsermächtigung“⁸⁴ gibt. § 84 Abs 5 AktG zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber die direkte Zugriffsmöglichkeit von Gesellschaftsgläubigern auf die Vertretungsorganmitglieder dann wünscht, wenn die Gläubiger durch das Innenhaftungskonzept nicht ausreichend geschützt sind. Obwohl § 84 Abs 5 AktG durch die Statuierung einer bloßen Einziehungsermächtigung nicht mit dem System der Innenhaftung bricht, unterstützt die Wertung dieser Bestimmung mE die These, dass dem unwirksam besicherten Gläubiger in den hier interessierenden Fällen ein direkter Anspruch gegen das bei der Sicherheitenbestellung tätig gewordene Vertretungsorgan der Gesellschaft zusteht. Denn ebenso wie in § 84 Abs 5 erster Satz AktG kann auch der unwirksam besicherte Gläubiger in den „*Fehring*“-Fällen „*keine Befriedigung von der Gesellschaft erlangen*“, weil hier das zwingende Verbot der Einlagenrückgewähr auch allenfalls aus dem allgemeinen Zivilrecht resultierenden Ansprüchen entgegensteht.⁸⁵ Die Innenhaftung vermag den geschädigten Kreditgeber ebenfalls nicht zu kompensieren, weil diese in Ermangelung eines Schadens der Gesellschaft nicht greift.

Diese Erwägungen gelten mE auch für das GmbH-Recht, wo dem bereits zuvor angesprochenen Wortlautargument⁸⁶ noch entgegen zu halten ist, dass die Einbeziehung von nicht ausdrücklich vom Gesetzeswortlaut erfassten Dritten in den Schutzbereich einer Norm keine Besonderheit ist und an zahlreichen Stellen

⁸² Vgl insbes § 25 Abs 1 GmbHG: „*Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet (...)*“; § 25 Abs 2 GmbHG: „*Die Geschäftsführer (...) haften der Gesellschaft (...)*“.

⁸³ Vgl § 84 Abs 2 und Abs 4 AktG.

⁸⁴ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser, AktG*⁵ §§ 77–84 Rz 117 ff.

⁸⁵ Stets wird das Vertretungsorgan bei der Sicherheitenbestellung gegen § 84 Abs 3 Z 1 bzw Z 5 AktG verstoßen haben, sodass § 84 Abs 5 Satz 2 AktG nicht anwendbar ist.

⁸⁶ In Bezug auf die in § 25 Abs 1 und 2 GmbHG angeordnete Innenhaftung.

der Rechtsordnung anerkannt ist.⁸⁷ Auch § 69 IO statuiert beispielsweise keine Insolvenzantragspflicht „zu Gunsten der Gläubiger“ und dennoch ist allgemein anerkannt, dass diese in den Schutzbereich der Vorschrift einbezogen werden.

Gegen die Qualifikation der § 25 GmbHG und § 84 AktG als Schutzgesetz spricht auch nicht der Umstand, dass in den hier untersuchten Fällen lediglich Dritte einen Schaden erleiden, die nicht schutzwürdig sind. Dem unwirksam besicherten Kreditgeber als Dritten mag es gegenüber der sicherheitengewährenden Gesellschaft an Schutzwürdigkeit fehlen, weshalb auch die Sicherungsgeschäfte nichtig sind. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob eine Schutzwürdigkeit des Dritten gegenüber dem Vertretungsorgan der betreffenden Gesellschaft besteht. Dies ist jedenfalls dann uneingeschränkt zu bejahen, wenn auf Seiten des Vertretungsorgans der gleiche oder ein stärkerer Verschuldensgrad vorliegt als auf Seiten des unwirksam besicherten Dritten. Die Haftung wegen Schutzgesetzverletzung führt dann über die Anwendung des § 1304 ABGB zu einem angemessenen Ausgleich unter den Beteiligten.

Der Anspruch aus § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 1 AktG iVm § 1311 ABGB ist mE ein konkurrierender Anspruch zu den oben bereits erläuterten Ansprüchen aus dem Vertretungsrecht. Es besteht eine Anspruchskonkurrenz, dh es treffen mehrere Ansprüche desselben Berechtigten gegen denselben Verpflichteten zusammen, die eine identische Leistung⁸⁸ zum Gegenstand haben und insoweit erlöschen, als einer der mehreren Ansprüche befriedigt wird.⁸⁹ Durch die Anerkennung dieses Anspruches werden die Wertungen des Vertretungsrechts daher auch nicht ausgehebelt.

Das Ergebnis lässt sich wie folgt zusammenfassen: Der unwirksam besicherte Kreditgeber ist im Regelfall der Einzige, der in der „*Fehring*“-Fallgruppe einen Schaden erlitten und ein Interesse an der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs hat. Da § 25 GmbHG und auch § 84 AktG gläubigerschutzorientierte Bestimmungen sind, wäre ein Auslegungsergebnis, das statt des Gläubigers den Geschäftsführer bzw das Vorstandsmitglied schützt, mit dem Zweck der Bestimmung nicht vereinbar. Die hM, wonach insbesondere § 25 GmbHG kein Schutzgesetz zu Gunsten einzelner Gesellschaftsgläubiger ist, beruht auf der Prämisse, dass die Interessen der Gesellschaftsgläubiger durch das Innenhaftungskonzept

⁸⁷ Ergibt sich die schadenersatzrechtliche Haftung bereits aus dem Wortlaut einer Bestimmung, erübrigt sich die Frage nach der Schutzgesetzzeigenschaft iSd § 1311 ABGB gänzlich.

⁸⁸ Im Einzelnen ist wohl noch danach zu differenzieren, dass die Ansprüche im Vertretungsrecht auf den Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet sind. Insoweit könnten Unterschiede zu dem nach § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 1 AktG iVm § 1311 ABGB zu ersetzenden Schaden bestehen. Darauf kann hier aus Platzgründen nur hingewiesen werden.

⁸⁹ *Schopper/Walch*, Unternehmensrechtliche Verjährungsregeln und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, ÖBA 2013 (in Druck); *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und im Zivilprozessrecht (1967) 68.

der § 25 Abs 3 Z 1 iVm § 82 f GmbHG ausreichend gewahrt sind. Diese Prämisse trifft auf die hier untersuchten Fälle gerade nicht zu, weil diese durch eine besondere Schadensverlagerung auf den unwirksam besicherten Dritten gekennzeichnet sind. Ausnahmsweise kann daher in den vorliegenden Konstellationen vertreten werden, dass die § 25 Abs 3 Z 1 iVm § 82 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 1 iVm § 52 AktG Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB zugunsten des Gesellschaftsgläubigers sind. Dem unwirksam besicherten Kreditgeber stehen somit auch aus diesem Titel verschuldensabhängige Schadenersatzansprüche gegen das Vertretungsorgan zu, wobei § 1304 ABGB zu berücksichtigen ist.

Im Aktienrecht ist zusätzlich § 84 Abs 5 AktG zu beachten. Diese Bestimmung bringt klar zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber einen Schutz des Gesellschaftsgläubigers durch einen unmittelbaren Zugriff auf das Vertretungsorgan der AG wünscht, wenn die Interessen des Gläubigers durch das ansonsten geltende Innenhaftungskonzept nicht ausreichend gewahrt werden. Auch im Aktienrecht lässt sich somit für die „*Febringer*“-Fallgruppe ein direkter Anspruch des unwirksam besicherten Kreditgebers gegen jene Vorstandsmitglieder der sicherheitengewährenden AG, die bei der Bestellung der Sicherheit gegen § 52 AktG verstoßen haben, mit § 84 Abs 3 Z 1 AktG iVm § 1311 ABGB begründen.

VII. Ansprüche gegen den begünstigten Gesellschafter

Abschließend ist in aller Kürze noch zu untersuchen, ob dem unwirksam besicherten Kreditgeber auch Ansprüche gegen jenen Gesellschafter zustehen können, zu dessen Gunsten die Sicherheit durch die Kapitalgesellschaft unwirksam bestellt wurde. Erfolgt die Sicherheitenbestellung durch die Kapitalgesellschaft für einen Kredit, den die finanzierende Bank direkt an den begünstigten Gesellschafter gewährt, hat die Frage keine praktische Bedeutung, denn der betreffende Gesellschafter haftet ohnehin persönlich und die hier interessierenden Fragen stellen sich gerade, wenn von diesem nichts mehr zu holen ist.

Praktisch bedeutsam ist die Frage aber, wenn ein Gesellschafter seinen Einfluss auf das Vertretungsorgan der sicherheitengewährenden Gesellschaft ausnützt und die Sicherheit zugunsten eines dem Gesellschafter nahestehenden Dritten – insbesondere zugunsten einer Schwestergesellschaft der Sicherungsgeberin – bestellt wird.⁹⁰ Handelt es sich bei der sicherheitengewährenden Gesell-

⁹⁰ Als Beispiel sei der stark vereinfachte Sachverhalt genannt, der der Entscheidung OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p zugrunde lag: Der mehrere (Konzern-) Gesellschaften beherrschende „*Dominus der Geschäfte*“, erwirkte bei der klagenden Bank für einige „*seiner*“ Konzerngesellschaften Kredite, für die sich die beklagte GmbH, eine andere Konzerngesellschaft, ohne Gegenleistung verbürgte. Die Bürgschaft der GmbH erfolgte zur Besicherung eines Kredits an mehrere ihrer Schwestergesellschaften. Bei der Abgabe der Bürgschaftserklärungen handelte der Geschäftsführer der bürgenden GmbH bewusst zu deren Nachteil. Die

schaft in derartigen Fällen um eine AG, sind die §§ 100f AktG zu beachten. Demnach könnte die besicherte Bank den Aktionär haftbar machen, wenn er seinen Einfluss auf die sicherheitengewährende Gesellschaft vorsätzlich ausgenutzt hat und ein Mitglied des Vorstands dazu bestimmt hat, die Sicherheit zum Schaden der Gesellschaft zu bestellen, um damit für sich oder für die Schwestergesellschaft einen gesellschaftsfremden Sondervorteil zu erlangen. Handelt es sich bei der sicherheitengewährenden Gesellschaft um eine GmbH, kommt grundsätzlich eine Haftung des Gesellschafters als faktischer Geschäftsführer, als Beteiligter am Vollmachtsmissbrauch des Vertretungsorgans oder auf Grund einer weiteren Fallgruppe der Durchgriffshaftung in Betracht.

VIII. Zusammenfassung

Nach der „*Fehring*“-Entscheidung und der dazu ergangenen Folgejudikatur sind Sicherheiten, die eine Kapitalgesellschaft zugunsten ihrer Gesellschafter, Konzernober- oder Schwestergesellschaften bestellt, unter bestimmten Voraussetzungen nichtig. Dieser Beitrag zeigt auf, dass die damit einhergehende vollständige Schadenstragung durch die finanzierende Bank als gänzlich einseitige Rechtsfolge meist nur ein Zwischenergebnis ist.

Dem unwirksam besicherten Kreditgeber können nach § 1019 ABGB (analog) Schadenersatzansprüche gegen das Vertretungsorgan der sicherheitengewährenden Gesellschaft zustehen. Stets wird bei diesem Schadenersatzanspruch § 1304 ABGB zu beachten sein. Hat das Vertretungsorgan bei der verbotswidrigen Sicherheitenbestellung vorsätzlich, der Kreditgeber aber „nur“ grob fahrlässig gehandelt, spricht viel für eine alleinige oder zumindest eine überwiegende Schadenstragung durch das Vertretungsorgan. Bei gleichzeitigem Verschulden kann es zu einer Schadensteilung 1 : 1 kommen, wobei auch hier im Einzelfall die Wichtigkeit der verletzten Vorschrift(en) und weitere Zurechnungsgründe für eine überwiegende Schadenstragung durch das Vertretungsorgan der sicherheitengewährenden Gesellschaft sprechen können.

War das Handeln des Vertretungsorgans der sicherheitengewährenden Kapitalgesellschaft bei der Bestellung der Sicherheit von einem Schädigungsvorsatz gegen den Kreditgeber getragen, kommt auch eine unmittelbare Haftung nach § 1295 Abs 2 ABGB in Betracht.

Der Beitrag zeigt ferner auf, dass die „*Fehring*“-Fallgruppe regelmäßig zu einem Leerlauf des Innenhaftungskonzepts führt, das unter anderem den § 25 GmbHG und § 84 AktG zugrunde liegt. Die zentrale Prämisse des Innenhaf-

Bürgschaftsverträge stellen nach Ansicht des OGH eine unzulässige verdeckte Einlagenrückgewähr zu Lasten der bürgenden Gesellschaft und zum Vorteil ihres Hauptgesellschafters dar und sind wegen der grob fahrlässigen Unkenntnis der Bank unwirksam.

tungskonzepts – die Leistung eines Schadensausgleichs in das Gesellschaftsvermögen – greift nicht, weil die Kapitalgesellschaft infolge der Nichtigkeit der Sicherheit gar keinen Schaden erleidet, den sie gegenüber ihrem Vertretungsorgan im Wege einer Innenhaftung geltend machen könnte. Der unwirksam besicherte Kreditgeber ist im Regelfall der Einzige, der in der „*Fehring*“-Fallgruppe einen Schaden erleidet und ein Interesse an der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs hat. Da § 25 GmbHG und § 84 AktG gläubigerschutzorientierte Bestimmungen sind, wäre ein Auslegungsergebnis, das statt des Gläubigers den Geschäftsführer bzw das Vorstandsmitglied schützt, mit dem Schutzzweck dieser Bestimmungen nicht vereinbar. Da der Schutz der Gesellschaftsgläubiger über das Innenhaftungskonzept in der „*Fehring*“-Fallgruppe nicht greift, erfordert der Zweck der genannten Bestimmungen, diese ausnahmsweise als Schutzgesetze zugunsten jener Gesellschaftsgläubiger zu qualifizieren, die aufgrund des Leerlaufs des Innenhaftungskonzepts nicht ausreichend geschützt sind.