

Kapitalerhaltung bei Darlehen an künftigen Gesellschafter zur Zahlung des Anteilskaufpreises

§§ 82, 83
GmbHG

OGH
15. 12. 2014,
6 Ob 14/14y

2015/50

1. Normadressaten des in § 82 GmbHG und § 52 AktG enthaltenen Verbots der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter, grundsätzlich jedoch nach Maßgabe der noch zu erörternden Einschränkungen nicht ein Dritter. Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist jedoch auch auf ehemalige Gesellschafter anzuwenden, sofern die Leistung im Hinblick auf ihre ehemalige Gesellschafterstellung erbracht wird.

2. Darüber hinaus sind in bestimmten Fällen Leistungen an Dritte einem Gesellschafter zuzurechnen. Dies ist dann der Fall, wenn die Leistung an den Dritten zugleich eine Leistung an den Gesellschafter darstellt oder der Dritte eine Stellung einnimmt, die jener eines Gesellschafters gleichkommt. Jedenfalls darunter fallen Leistungen an Dritte, die vom wirtschaftlichen Ergebnis her gesehen dem Gesellschafter zugutekommen.

3. Außerhalb dieser Fälle sind Dritte jedenfalls bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig. Umso mehr fallen Dritte in den Anwendungsbereich des § 82 GmbHG bzw § 52 AktG, wenn ihnen der Zweck des Darlehens, nämlich die Finanzierung des Anteilerwerbs durch die Zielgesellschaft, und damit der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr positiv bekannt ist.

Über das Vermögen der H wurde mit Beschluss des Landesgerichts für ZRS Graz v 19. 1. 2012 zu 40 S 7/12 w ein Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung eröffnet, wobei der Kl zum Masseverwalter bestellt wurde. Mit Beschluss v 24. 2. 2012 wurde die Bezeichnung dieses Verfahrens auf Konkursverfahren geändert.

An der H waren bis 24. 5. 2011 (Datum der Eintragung) Dr. K B (51%), der ErstBekl (22%), der ZweitBekl (22%) und A B (5%) beteiligt. Seit 24. 5. 2011 (Datum der Eintragung) sind Dr. K B (51%), A B (5%) und die B GmbH (44%) Gesellschafter der H. (...)

Grundlage für diesen Gesellschafterwechsel war zum einen ein Abtretungsvertrag zwischen dem ErstBekl und dem ZweitBekl einerseits sowie Dr. K B andererseits v 7. 7. 2010 und zum anderen die Übertragungsvereinbarung zwischen Dr. K B und der B GmbH (in Gründung) v 21. 12. 2010, vertreten durch ihre Gründungsgesellschafter Dr. K B und A B. Im Abtretungsvertrag verpflichteten sich der ErstBekl und der ZweitBekl (...), ihre Geschäftsanteile von jeweils 22% an Dr. K B abzutreten. In der Übertragungsvereinbarung wurden die Rechte und Pflichten von Dr. K B aus dem Abtretungsvertrag an die B GmbH übertragen, wozu Dr. K B gem Pkt. III. B1. des Abtretungsvertrags auch berechtigt war. (...)

Am 3. 12. 2010 schlossen die A KG (im Folgenden: A) als Beteiligungsgeberin und die H als Beteiligungsnehmerin einen Vertrag über die Errichtung einer (typischen) stillen Gesellschaft. Darin heißt es ua: „(...) Aus diesem Grund wird ein Teilbetrag der Vermögenseinlage der Beteiligungsgeber in der Höhe von 2 Mio EUR bei Vorliegen der Zuzählungsbedingungen auf

ein Anderkonto des Herrn Rechtsanwalt Dr. Ralf F treuhändig mit dem einseitig unwiderruflichen Auftrag hinterlegt, dass er diesen Betrag ausschließlich zur schuldbefreienden Bezahlung der Kaufpreise hinsichtlich der oben erwähnten Abtretungsverträge an die Herren Dr. Peter C und Gerald S oder von ihnen benannten Dritten (...) verwendet.“ (...)

Der ErstBekl (Dr. Peter C) war in Kenntnis darüber, dass der ihm zugeflossene Abschichtungsbetrag durch den Vertrag über die stille Beteiligung der A finanziert wurde. Auch dem ZweitBekl (Gerald S) war bekannt, dass die A beabsichtigte, sich an der H zu beteiligen, und dass die Zahlung der Abtretungspreise an die Bekl treuhänderisch abgewickelt werden soll. (...)

Im Jahresabschluss der H wird auf der Passivseite der Bilanz zum 31. 12. 2010 unter „C. Stille Beteiligung“ ein Betrag von € 4.500.000,- ausgewiesen. Dazu wird festgehalten, dass darin die Einlage der A als echter stiller Gesellschafter bilanziert ist. Auf der Aktivseite wird unter Pkt. B.2. Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände unter den Forderungen gegenüber verbundenen Unternehmen ein „Verrechnungskonto B GmbH“ mit einem Betrag von € 2.002.018,04 ausgewiesen. Die kl Partei begehrt von den Bekl jeweils die Zahlung von € 1.000.000,- sA und brachte dazu im Wesentlichen vor, eine Abschichtung der Altgesellschafter sei durch die Gesellschaft selbst finanziert worden, was unter Zugrundelegung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gem §§ 82 ff GmbHG darstelle. (...) Diese Darlehensgewährung sei rechtlich unzulässig, weil sie nicht fremdüblich sei. Dies deshalb, weil die B GmbH nicht über eine entsprechende Bonität verfügt hätte, eine Tilgung des Darlehens nur aus Gewinnen der Darlehensgeberin erfolgen hätte sollen, kein schriftlicher Darlehensvertrag zwischen der H und der B GmbH vorliege, es keine Vereinbarung über eine Verzinsung gegeben habe, keine betriebliche Rechtfertigung dieser Kreditgewährung erkennbar sei und sie außerdem existenzgefährdend gewesen sei.

Aus der Begründung:

1.1. Nach hA statuiert § 82 Abs 1 GmbHG ebenso wie die korrespondierende Regelung des § 52 AktG nicht nur einen Schutz der Kapitaleinlagen, sondern eine umfassende Vermögensbindung (...).

1.2. Ein Verstoß gegen § 82 GmbHG zieht absolute (...), von Amts wegen wahrzunehmende Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich (...).

1.3. Normadressaten des in § 82 GmbHG und § 52 AktG enthaltenen Verbots der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter, grundsätzlich jedoch nach Maßgabe der noch zu erörternden Einschränkungen nicht ein Dritter. Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist jedoch auch auf ehemalige Gesellschafter anzuwenden, sofern die Leistung im Hinblick auf ihre ehemalige Gesellschafterstellung erbracht wird (6 Ob 132/10 w GesRZ 2011, 47 [Rüffler] = EvBl 2011/22 [Feuchtmüller] = immolex 2011/47 [Cerbera]).

1.4. Darüber hinaus sind in bestimmten Fällen Leistungen an Dritte einem Gesellschafter zuzurechnen (dazu *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 18; *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 52 Rz 31 ff; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kals*, AktG² § 52 Rz 42 ff). Dies ist dann der Fall, wenn die Leistung an den Dritten zugleich eine Leistung an den Gesellschafter darstellt oder der Dritte eine Stellung einnimmt, die jener eines Gesellschafters gleichkommt (*Artmann*, aaO). Jedenfalls darunter fallen Leistungen an Dritte, die vom wirtschaftlichen Ergebnis her gesehen dem Gesellschafter zugutekommen (*Artmann*, aaO mwN).

1.5. Außerhalb dieser Fälle sind Dritte jedenfalls bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig (RIS-Justiz RS0105536; RS0105537; vgl 6 Ob 29/11 z). Umso mehr fallen Dritte in den Anwendungsbereich des § 82 GmbHG bzw § 52 AktG, wenn ihnen – wie im vorliegenden Fall – der Zweck des Darlehens, nämlich die Finanzierung des Anteilerwerbs durch die Zielgesellschaft, und damit der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr positiv bekannt ist.

2.1. Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 82 GmbHG wird auch dann verstoßen, wenn die Zielgesellschaft nicht bloß eine fremde Verbindlichkeit sichert, sondern selbst einen Kredit aufnimmt, um dem Käufer die Mittel für den Anteilerwerb zur Verfügung zu stellen (RIS-Justiz RS0105540).

2.2. Eine (hier vorliegende) typische stille Beteiligung hat Kreditfunktion. Die Rolle des stillen Gesellschafters entspricht in diesem Fall derjenigen eines Kreditgebers. Im Insolvenzfall hat der stille Gesellschafter – im Gegensatz zu einer atypischen stillen Gesellschaft, bei der dem stillen Gesellschafter Mitunternehmenshaft zukommt (vgl RIS-Justiz RS0081668 und RS0075202) – in dem im § 187 UGB näher bestimmten Ausmaß eine Forderung als Insolvenzgläubiger (vgl *Hochedlinger in Jabornegg/Artmann*, UGB² § 187 Rz 11 mwN; *Straube/Appl in Straube*, UGB⁴ § 187 Rz 4 und 6).

2.3. Im vorliegenden Fall vereinbarte die Zielgesellschaft H mit A eine Beteiligung, die in Hinsicht eines Teilbetrags von € 2.000.000,- ausschließlich den Zweck hatte, den Erwerb der Geschäftsanteile der beiden Bekl an der H zu finanzieren. Aufgrund der gewählten Gesamtkonstruktion war allen Beteiligten klar, dass die im Vertrag zwischen A und H erwähnte Darlehensgewährung an die B GmbH nie den Zweck hatte, dass ausbezahlte Gelder bei der B GmbH verbleiben sollten.

2.4. Durch die gewählte Konstruktion (den „Gesamtplan“, vgl *Karollus*, 6 Ob 48/12 w: Das Ende der bisherigen LBO/MBO Finanzierungspraxis? GES 2013, 283 [288]; vgl auch *Brugger*, Ende des Special Purpose Vehicle [SPV] durch 6 Ob 48/12 w, NZ 2013, 208 [210]; „Umgehung“: *Umlauf*, Das Verbot der Einlagenrückgewähr im Lichte der jüngsten OGH Rechtsprechung, NZ 2014, 109 [117]) wurde letztlich H wenn auch über den Umweg einer Treuhandschaft die finanzielle Last der „Abschichtung“ ihrer eigenen Altgesellschafter aufgebürdet, während Dr. B und die B GmbH sich die Aufnahme eines Darlehens erspart haben. Dass der Betrag von 2 Mio EUR an die B GmbH

als „Darlehen“ vergeben wurde, vermag daran nichts zu ändern, dass letztlich eine gegen § 82 GmbHG verstoßende Leistung von H an die Bekl vorliegt.

2.5. Wirtschaftlich sollten unter Zwischenschaltung eines existenzgefährdenden Darlehens von H an A [recte: B GmbH, Anm] die Bekl direkt aus dem Vermögen der Gesellschaft abgefunden werden (für ehemalige und künftige Gesellschafter vgl auch 6 Ob 29/11 z GesRZ 2012, 122 [*U. Torggler*]; vgl auch *Karollus in Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung 31 mwN). Leistungen an Dritte, die wirtschaftlich dem Gesellschafter zugutekommen, sind aber nach dem Gesagten ebenfalls vom Ausschüttungsverbot erfasst (*Artmann*, aaO § 52 Rz 31; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 18). Insofern muss die Leistung an die B GmbH den Bekl als eigener Empfang zugerechnet werden. Das Verbot, eigene Geschäftsanteile zu erwerben oder sonst (Alt-)Gesellschafter aus Gesellschaftsmitteln abzufinden, kann nicht dadurch umgangen werden, dass ein zukünftiger Gesellschafter dazwischengeschaltet wird, dem die Gesellschaft die notwendigen Mittel unter Verstoß gegen § 82 GmbHG zur Verfügung stellt.

2.6. Für die Richtigkeit dieses Ergebnisses spricht auch der Zweck des Verbots der Einlagenrückgewähr, das ja auch dem Schutz der Gläubiger dient. Unter diesem Aspekt wäre es nicht ausreichend, wenn nur die Darlehensgewährung an die B GmbH sanktioniert wäre, während die tatsächlichen endgültigen Empfänger der Leistung unbehelligt blieben.

(...)

4.1. Wird gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, so steht der Gesellschaft ein Rückersatzanspruch zu. Darauf, ob faktisch bereits Rückzahlungen von H an A geleistet wurden, kommt es nicht an; entscheidend ist lediglich, dass gebundenes Vermögen unter Verstoß gegen § 82 GmbHG an die Gesellschafter geflossen ist. Dies war aber hier der Fall.

4.2. Der Rückgewähranspruch ist unabhängig davon, ob die Gesellschaft ihrerseits bereicherungsrechtlichen, schadenersatzrechtlichen oder anderen Ansprüchen ausgesetzt ist. Aus diesem Grund ist es unbeachtlich, ob die H von der A auf Rückzahlung der als Darlehen weitergereichten 2 Mio EUR in Anspruch genommen werden kann oder nicht. Für einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und damit auch für den Rückgewähranspruch ist vielmehr nur auf den unzulässigen Vermögenszufluss an die Gesellschafter und nicht etwa auf einen kongruenten Schaden der Gesellschaft abzustellen. Die §§ 82 ff GmbHG sind weder schadenersatzrechtlicher noch bereicherungsrechtlicher, sondern gesellschaftsrechtlicher Natur; sie zielen darauf ab, das Gesellschaftsvermögen im Interesse der Gläubiger vor einem ungehinderten Rückfluss an die Gesellschafter zu sichern. Maßgeblich ist daher lediglich, dass dem Gesellschafter etwas zufließt, das einem außenstehenden Dritten in dieser Form, ohne gegen den Sorgfaltsmaßstab der Geschäftsführer zu verstoßen, nie gewährt worden wäre.

Anmerkung:

1. Bei der Vorgängerentscheidung OGH 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12 w, *Kneisz*, inkriminierte der OGH noch,

dass Herr Ing. A M Anteile an einer GmbH erwerben wollte und zu diesem Zweck eine neue GmbH gründete und als Erwerbshilfsvehikel zwischenschaltete, das sodann die GmbH-Anteile erwarb. Diese – aus steuerlichen Gründen durchaus zweckmäßige und allgemein übliche – Vorgangsweise wertete der OGH dahin, dass jede vom Akquisitionsvehikel an die kreditfinanzierende Bank geleistete Kreditrate als verbotene Einlagenrückgewähr an ihren Gesellschafter, Ing. A M, zu werten sei. In dieser Allgemeinheit fand die E zahlreiche Kritik (ua Brugger, Unternehmenserwerb [2014] Rz 1910; Brugger, NZ 2013, 208; Karollus, Ges 2013, 283; Gall/Kainberger, GesRZ 2014, 217 mwN).

2. Dem gegenüber ist der nun vorliegenden Folgeentscheidung (OGH 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14h, Humanitas) voll zuzustimmen. Der komplexe Sachverhalt lässt sich sehr einfach resümieren: Zwei der vier Gesellschafter der Humanitas, nämlich Dr. Kurt B und Andrea B, beabsichtigten, die Geschäftsanteile der beiden anderen Gesellschafter, nämlich Dr. Peter C (später ErstBekl) und Gerald S (später ZweitBekl), zu erwerben. Dr. Kurt B und Andrea B gründeten zu diesem Zweck eine GmbH als Akquisitionsvehikel (Bäckenberger GmbH), das die GmbH-Anteile von Dr. Peter C und Gerald S kaufte. In der nunmehrigen E inkriminiert der OGH nicht mehr die Zwischenschaltung eines Akquisitionsvehikels. Möglicherweise gehört dadurch die überzogene Strenge der vorgenannten Kneisz-E der Vergangenheit an.

3. In der nunmehrigen Humanitas-E inkriminierte der OGH – zu Recht – folgende Konstruktion: Das Akquisitionsvehikel (Bäckenberger GmbH) als neu eintre-

tender Gesellschafter nahm bei der Humanitas (Zielgesellschaft) ein Darlehen von 2 Mio EUR auf, um den Kaufpreis für die Humanitas-Anteile an die ausscheidenden Gesellschafter Dr. Peter C und Gerald S zu zahlen (in der E wird der Anteilsverkauf mehrfach als „Abschichtung“ bezeichnet, was bei einer Kapitalgesellschaft mE terminologisch verfehlt ist, vgl dazu § 138 UGB). Die Humanitas ihrerseits nahm gleichzeitig diese 2 Mio EUR zuzüglich weiterer 2,5 Mio EUR (insgesamt also 4,5 Mio EUR) bei AWS in Form einer stillen Gesellschaft auf. Noch deutlicher gewendet: Humanitas nahm bei AWS Geld auf und gewährte ihrem neuen Gesellschafter Bäckenberger GmbH – ohne betriebliche Rechtfertigung (dazu OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05 d, Wilhelm Neubauer Strickwarenerzeugung) – ein für Humanitas durchaus existenzbedrohendes Darlehen, damit ihr neuer Gesellschafter den Anteilskaufpreis an die abtretenden Gesellschafter zahlen kann. Bäckenberger GmbH gab für das von Humanitas erhaltene Darlehen nicht einmal eine Besicherung (Bäckenberger GmbH besicherte nur AWS für einen allfälligen Ausfall der 4,5 Mio EUR-Forderung). Der restliche Sachverhalt (aufschiebende Bedingung der Anteilsabtretung durch Kaufpreiszahlung, Details des Vertrags über die stille Beteiligung, Zahlungsfluss des Geldes von AWS an Humanitas und dann an Bäckenberger GmbH und dann an die ausscheidenden Gesellschafter im kurzen Wege über RA Dr. Ralph F als Treuhänder) ist weitgehend irrelevant.

4. Die beiden bekl Anteilsverkäufer Dr. Peter C und Gerald S kannten die gesamte Konstruktion, wussten also, dass der von ihnen kassierte Kaufpreis von je 1 Mio EUR von „ihrer“ Gesellschaft, Humanitas, finanziert worden war. Als die Humanitas rund ein Jahr später insolvent wurde, war es logisch, dass der Masseverwalter der Humanitas den Abfluss von 2 Mio EUR als unzulässige Einlagenrückgewähr einklagte. Er richtete die Klage nicht gegen den unmittelbaren Zahlungsempfänger (Bäckenberger GmbH, vermögenslos), sondern gegen die ausgeschiedenen Gesellschafter Dr. Peter C und Gerald S als „tatsächliche endgültige Empfänger der Leistung“. Dem ist zuzustimmen. Wäre Bäckenberger GmbH nicht vermögenslos, wäre sie wohl in Solidarhaftung mitzuklagen gewesen.

5. Zur interessanten – hier aber nicht entscheidungsrelevanten – Frage, ob ein Kreditgeber (hier AWS als stiller Gesellschafter bei Humanitas), der ebenfalls voll informiert ist, trotz Nichtigkeitssanktion einen Rückzahlungsanspruch gegen Humanitas habe (dazu auch Schopper, Ansprüche des Kreditgebers bei Nichtigkeit der Sicherheit wegen Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften, in FS Fenyves 1009, vom OGH nicht zit), führt der OGH obiter aus: Die Nichtigkeit der Konstruktion bedeutet keineswegs, dass Humanitas an AWS nichts zurückzahlen müsste. Vielmehr muss Humanitas den ihr zustehenden Ersatzanspruch gegen den Gesellschafter entsprechend betreiben. Humanitas muss an AWS den erhaltenen Darlehensbetrag angesichts der Nichtigkeit des Kredit- bzw Darlehensvertrags nur (aber immerhin) in jenem Maß zurückerstatten, in welchem der Humanitas aus der Zahlung dieses Betrags kein Schaden erwachsen ist.

Walter Brugger

Hon.-Prof. RA Dr. Walter Brugger ist Gründungspartner von Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH, Wien, und im Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht tätig.



Alles richtig bei der Beschlussfassung

2014. LX, 304 Seiten.
Br. EUR 78,-
ISBN 978-3-214-08802-6

Feltl

Beschlussmängel im Aktienrecht

Der Gesetzgeber hat die Ursachen und Rechtsfolgen mangelhafter Organbeschlüsse lediglich iZm der Hauptversammlung geregelt, nicht jedoch iZm **mangelhaften Aufsichtsrats- und Vorstandsbeschlüssen**. Das Buch will diese Lücke schließen. Es bietet ein **geschlossenes Gesamtkonzept** zur Beurteilung **fehlerhafter Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse**. Gleichzeitig werden unzureichend erörterte Aspekte des **Beschlussmängelrechts der Hauptversammlung** praxisbezogen untersucht und **Lösungsvorschläge** aufgezeigt.

MANZ