NZ 2013/92

Ende des Special Purpose Vehicle (SPV) durch 6 Ob 48/12w?

In- und außerhalb von Konzernen oder Unternehmensgruppen werden Unternehmen ver- und gekauft, entweder durch Unternehmenskauf ieS (Asset Deal) oder durch Anteilskauf (Share Deal). Der Erwerber, in der Regel eine Kapitalgesellschaft, muss den Kaufpreis aufbringen, nicht selten durch Kreditfinanzierung. Die Gestaltungsgrenzen, insbesondere in Relation zum dahinterstehenden Gesellschafter, sollen hier – anhand der Judikaturentwicklung – erörtert werden.

Von Walter Brugger

Inhaltsübersicht:

A. Zur neuesten Entscheidung OGH 6 Ob 48/12w vom 20. 3. 2013
   1. Sachverhalt
   2. Begründung
   3. Würdigung
   4. Der Ultimate Shareholder ist immer mittelbarer Nutznießer
B. Allgemeines zur Kreditbesicherung beim Unternehmenskauf
C. Bisher entschiedene Problemfälle
   1. *Fehringer*-E
   2. *Strickwaren*-E
   3. *Watercryst*-E
   4. *Autohaus*-E
   5. *Tischplatten*-E
D. Haftung des Dritten (Bank)
E. Verjährung
F. Nichtigkeit
G. Resümee

A. Zur neuesten Entscheidung OGH 6 Ob 48/12w vom 20. 3. 2013

Es ist üblich und gesellschaftsrechtlich völlig unbedenklich, dass der Erwerber eines Unternehmens (dies kann in Form eines Asset Deals oder eines Share Deals geschehen) zur **Kaufpreisfinanzierung einen Kredit** (meist bei einer Bank) aufnimmt. Das gilt selbstverständlich auch dann, wenn der Erwerber nicht eine natürliche, sondern eine juristische Person ist.

Alternative Finanzierungsformen für eine Kapitalgesellschaft als Erwerber wären **Kapitalerhöhung, Nachschüsse**[1] oder **Gesellschafterzuschüsse** oder aus gesellschaftsteuerlicher Sicht günstiger: Großmutterzuschüsse.[2]

[1] Vgl *Brugger/Schopper* in *Straube*, GmbHG § 72 Rz 8 ff.

[2] Vgl auch *F. Althuber/D. Varro*, Grenzen des Großmutterzuschusses, RdW 2012, 117. Hinzuweisen ist auf die Problematik des Großmutterzuschusses iZm Umgründungen nach VwGH 21. 11. 2012, 2010/16/0136; UFS 16. 10. 2012, RV/2434-W/08; UFS

Problematisiert werden aber jene Fallkonstellationen, in denen eine untergeordnete Gesellschaft – außerhalb von bilanziell gedeckten und formell beschlossenen Dividendenausschüttungen – eine dem Drittvergleich nicht standhaltende Leistung an eine Obergesellschaft erbringt (eine oft als „verdeckte Gewinnausschüttung" bezeichnete verbotene Einlagenrückgewähr). Diese Konstellation findet sich etwa dann, wenn eine Untergesellschaft für den von der Obergesellschaft aufgenommenen Kredit „geradestehen" muss.

Seit der bekannten *Fehringer*-E ist klargestellt, dass eine Tochtergesellschaft nicht für den von ihrer Muttergesellschaft aufgenommenen Kredit haften darf.

Als (wörtlich) „sogar noch krasser" als den *Fehringer*-Fall bezeichnete der OGH nun in der jüngst ergangenen ***Kneisz*-Entscheidung**[3] eine Konstruktion, bei der eine natürliche Person als geplanter Erwerber eine **eigens neu gegründete Gesellschaft,** nämlich eine GmbH als Special Purpose Vehicle (SPV) für den Erwerb **zwischenschaltet, die statt ihm** die Anteile an der Zielgesellschaft erwirbt und **den Kredit für die Kaufpreisfinanzierung aufnimmt,** wobei das SPV einige Zeit nach Erwerb der Zielgesellschaft mit der Zielgesellschaft verschmolzen wird, damit der Kredit direkt durch die Gewinne der GmbH vor KöSt-pflichtiger Dividendenausschüttung an die dahinterstehende, als wirtschaftlicher Erwerber handelnde natürliche Person bedient werde.

In dieser Entscheidung hat das Höchstgericht eine von der zweiten Instanz zugelassene ordentliche Revision als unzulässig zurückgewiesen. Der dieser E zugrundeliegende Sachverhalt klingt alltäglich, nämlich:

1. Sachverhalt

Herr Ing. *A M* steht seit längerer Zeit in Kontakt mit den Gesellschaftern einer GmbH (Zielgesellschaft, vom OGH auch als „Tochtergesellschaft" bezeichnet); er ist für diese Tochtergesellschaft (Zielgesellschaft) auch schon längere Zeit tätig, und zwar zunächst als Prokurist, dann als Geschäftsführer der Zielgesellschaft. Seit einiger Zeit ist im Gespräch, dass er von den Gesellschaftern der Zielgesellschaft deren Anteile käuflich erwerben könnte, also ein geplantes Management Buyout – MBO.

Einige Zeit später, nämlich am 28. 3. 2002, nimmt die Tochtergesellschaft einen Kredit auf mit dem Zweck „Firmenkauf"; der Kredit wird aber nicht ausgezahlt. Am 18. 10. 2002 wird in einer Schuldübernahmsurkunde vereinbart, dass die Tochtergesellschaft vom Kreditgeber aus der Personalhaftung entlassen wird und stattdessen die – inzwischen von Ing. *A M* als Alleingesellschafter am 23. 8. 2002 als GmbH neu gegründete – Muttergesellschaft als neue Personalschuldnerin in diesen Kreditvertrag eintrete.

Diese Muttergesellschaft nahm auch am 18. 10. 2002 einen weiteren Kredit auf und kaufte nun alle GmbH-Anteile[4] an der Zielgesellschaft („Tochtergesellschaft") von den bisherigen Gesellschaftern. Die Kreditgeberin überwies die Kreditvaluta aus beiden – nunmehr nur noch auf die Muttergesellschaft als Kreditnehmerin lautenden – Krediten an eine Treuhänderin, die den Kaufpreis für die Geschäftsanteile an die bisherigen Gesellschafter der Tochtergesellschaft überwies.

Der Sachverhalt zeigt also ein nicht unübliches MBO in Form eines Anteilskaufs (Share Deal). Der wirtschaftliche Anteilserwerber, nämlich Ing. *A M,* schaltete – aus steuerlichen Überlegungen, die der OGH auch erwähnt – eine von ihm als Special Purpose Vehicle (SPV) zu diesem Zweck eigens gegründete GmbH („Muttergesellschaft") dazwischen, die den Kaufpreiskredit aufnahm, die Anteile an der Tochtergesellschaft kaufte und dadurch Gesellschafterin wurde, den Anteilskaufpreis über eine Treuhänderin zahlte und in der Folge Kreditrückzahlungen tätigte.

Fast ein Jahr später, nämlich mit Notariatsakt vom 23. 9. 2003, wurde die Tochtergesellschaft upstream auf die Muttergesellschaft rückwirkend per 31. 12. 2002 verschmolzen. Der OGH hielt diese Verschmelzung für nicht entscheidungsrelevant. Rund vier Jahre später wurde über die Muttergesellschaft der Konkurs eröffnet[5] (und der Masseverwalter fordert mit der gegenständlichen Klage von der Bank die gezahlten Kreditraten zurück).

2. Begründung

Das OLG Innsbruck und der OGH werteten diesen Vorgang in wirtschaftlicher Betrachtungsweise dahin, dass eigentlich immer Ing. *A M* als Erwerber geplant gewesen sei und er sich der zwischengeschalteten und lediglich zu diesem Zweck neu gegründeten Muttergesellschaft nur bediente, um nach deren Verschmelzung mit der Zielgesellschaft zu bewirken, dass die Zielgesellschaft den Kaufpreis selbst erwirtschaftet, ohne dass Ing. *A M* selbst den Kaufpreiskredit aufnehmen müsse. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise habe sich Ing. *A M* die Kreditaufnahme erspart und sei daher als der Begünstigte anzusehen. Hätte er selbst die Kredite aufgenommen, müsste er diese jetzt selbst zurückzahlen (und befände sich dadurch womöglich selbst im Privatkonkurs). Daraus folge laut OGH, dass jede von der Muttergesellschaft zurückgezahlte Kreditrate zugleich eine verbotene Einlagenrückgewähr an Ing. *A M* gewesen sei, weil sich dieser die eigentlich ihn treffende Rückzahlung der

30. 10. 2012, RV/0674-W/08; dazu *Petritz-Klar,* Vorsicht bei umgründungsnahen Großmütterzuschüssen, SWK 2013, 623.

[3] OGH 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w, *Bauspenglerei Kneisz GmbH* (FN 226001f), Konkurseröffnung Handelsgericht Wien 21. 12. 2007, 3 S 161/07g. Siehe auch FN 5.

[4] In Notariatsaktsform; vgl die Übersicht bei *Brugger,* Zur Reduktion der Formpflicht nach § 76 Abs 2 GmbHG, NZ 2012, 257.

[5] Aus dem vom OGH zit Konkurseröffnungsdatum 21. 12. 2007 kann geschlossen werden, dass die „Muttergesellschaft" die zu FN 226001f registrierte Gesellschaft ist; vgl FN 3.

Kredite insoweit erspare. Auf die Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft (Kreditnehmerin) kam es gar nicht mehr an.

3. Würdigung

Möglicherweise ist der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt tatsächlich so gelagert, dass immer nur Ing. *A M* als Erwerber im Gespräch war (die abtretenden Gesellschafter waren mit ihm offensichtlich befreundet und teilweise verwandt bzw verschwägert), so dass bei der Zwischenschaltung der zu diesem Zweck neu gegründeten Muttergesellschaft eine direkte „Zurechnung" an Ing. *A M* angebracht sein kann.

Eine generelle Aussage würde ich daraus aber nicht ableiten wollen („Hard cases make bad law"!). Insbesondere besteht die Gefahr, dass sich Leitsätze unkontrolliert „verselbständigen".

Der im RIS schon seit langem gebildete Leitsatz[6] „Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr 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 Anteilserwerb zur Verfügung zu stellen" ist sicherlich zutreffend, wenn die Zielgesellschaft als Kreditnehmerin die Kreditvaluta an den Gesellschafter weiterleitete,[7] damit er damit seine (!) Kaufpreisschuld zahlt. Unproblematisch ist auch die Aussage, dass die Tochtergesellschaft nicht den Kredit für ihren eigenen Kaufpreis aufnehmen (!) kann. Der hier entschiedene Fall ist aber keinesfalls so eindeutig.

Denken wir *beispielsweise* an die ebenso naheliegende und praktisch häufig vorkommende Fallkonstellation wie die folgende: Ein großes, nahezu weltweit tätiges Unternehmen mit Konzernzentrale in den USA (nehmen wir an, die Muttergesellschaft in Delaware sei Ultimate Shareholder), bestehend aus zahlreichen Mutter-, Tochter- und Enkelgesellschaften weltweit, möchte die Anteile an einer österreichischen Zielgesellschaft übernehmen. Auch hier wird aus organisationsrechtlichen, aber oft auch (zusätzlich oder ausschließlich) steuerrechtlichen Optimierungsgründen entschieden, dass diese österreichische Tochtergesellschaft über eine neu zu gründende GmbH als Special Purpose Company (SPV) erworben und geführt werden soll. Dieses projektbezogene SPV kann eine Holdinggesellschaft sein. Früher oder später kann es sich als sinnvoll erweisen, die Struktur zB durch Verschmelzungen zu ändern. Dies entspricht einer seit Jahrzehnten gängigen[8] und nicht problematisierten Praxis.

Kann in all diesen Fällen grundsätzlich immer behauptet werden, dass eigentlich der dahinterstehende Gesellschafter (Ultimate Shareholder, zB die in Delaware registrierte Urgroßmuttergesellschaft) als wirtschaftlicher Erwerber anzusehen sei? Wäre dann jeder für die Kaufpreisfinanzierung aufgenommene Kredit durch ein SPV nichtig und die Zahlung jeder Kreditrate wirtschaftlich betrachtet eine Einlagenrückgewähr an den Ultimate Shareholder?

Eine unbedachte Übernahme der Ausführungen des OGH in der hier zu besprechenden Entscheidung würde nahelegen, dass jede bewusste *Zwischenschaltung eines SPV* eine Konstruktion sei, die dem dahinterstehenden Gesellschafter als „eigentlichem" Erwerber und Kreditnehmer zugutekommt, weil er – wie der OGH sagt – sich selbst die Kreditaufnahme erspart und daher als der (gegen § 82 GmbHG verstoßende) Begünstigte anzusehen sei.

Meines Erachtens wäre eine derartige Verallgemeinerung aber überschießend. Im konkreten Sachverhalt war es allerdings immer Ing. *A M,* der als Erwerber der GmbH-Anteile im Gespräch war, niemand anderer. Erst als es um die konkrete Durchführung ging, wurde ein SPV gegründet und dazwischengeschaltet. Schon insoweit unterscheidet sich dieser Sachverhalt von jenen Transaktionen, bei denen von vornherein der zitierte internationale Konzern deklariert, dass nicht der Ultimate Shareholder, ja vielleicht auch nicht die Europa-Holdinggesellschaft erwerben wird, sondern eine erst in den näheren Vertragsverhandlungen zu definierende (und allenfalls neu zu gründende) Gesellschaft den Erwerb der Zielgesellschaft durchführen wird. Hier wird nicht im letzten Augenblick der eigentliche wirtschaftliche Erwerber durch ein Vehicle ausgetauscht, sondern von vornherein eine wirtschaftlich (und hoffentlich auch steuerrechtlich) sinnvolle Gestaltung, allenfalls eben auch über ein SPV, angestrebt, sodass die wirtschaftliche Absicht der Beteiligten gerade nicht auf den Ultimate Shareholder (wie im Anlassfall auf Ing. *A M*) abzielt, sondern (im Unterschied zum Anlassfall) von vorneherein auf eine andere juristische Person als Erwerber der Zielgesellschaft.

Im entschiedenen Fall stellte der OGH auch darauf ab, dass die Parteien beabsichtigt hatten, dass aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Tochtergesellschaft „die wirtschaftliche Last der Finanzierung hätte tragen müssen", weil die **Rückführung der Kredite nur durch entsprechende Gewinnausschüttungen der Tochtergesellschaft** zu finanzieren gewesen wäre. Diese Ausführungen des OGH sind ambivalent. Zunächst ist festzuhalten, dass es keinesfalls verpönt ist, wenn eine Tochtergesellschaft Gewinne im Jahresabschluss ausweist und in rechtlich zulässiger Weise aufgrund eines Dividendenbeschlusses an die Muttergesellschaft ausschüttet. Gerade dies ist ja bekanntlich **keine verbotene Einlagenrückgewähr.** Ergänzend zum OGH anzumerken ist, dass nur natürliche Personen als Gesellschafter aus Anlass der Dividendenausschüttung 25% KESt zahlen müssen (diese wird von der Kapitalgesellschaft einbehal-

[6] OGH RIS-Justiz RS0105540.
[7] Vgl insb den Sachverhalt der *Almassi/STADE*-E (FN 31).
[8] So schon *Brugger,* Abgabensparende Modelle beim GmbH-Anteilserwerb, ecolex 1992, 721 (723 rSp).

ten und direkt abgeführt), während eine Kapitalgesellschaft als Muttergesellschaft (oder wenn in diesem Fall Herr Ing. *A M* nicht eine natürliche Person, sondern eine Kapitalgesellschaft gewesen wäre) aufgrund der Dividendenbefreiung (§ 10 Abs 1 Z 1 KStG) davon befreit ist. Dann fließen die von der Tochtergesellschaft verdienten Gewinne KESt-frei an die Muttergesellschaft, die diese Dividenden für die Kreditrückführung verwenden kann und mE auch darf.

4. Der Ultimate Shareholder ist immer mittelbarer Nutznießer

Zu bedenken ist: Grundsätzlich trägt die „wirtschaftliche Last der Finanzierung" – genauso wie den Vorteil eines erworbenen Unternehmens – zwar unmittelbar der Erwerber und Kreditnehmer (Muttergesellschaft, SPV), aber wirtschaftlich gesehen **mittelbar immer der Ultimate Shareholder.** *Dazu noch ein Beispiel:* Wenn die *OMV* zwecks Ankaufs einer Tochtergesellschaft einen Kredit aufnimmt, ist Nutznießer der dahinterstehende Gesellschafter (bzw sind es die Aktionäre). Die Last der Kreditrückzahlung trifft unmittelbar die *OMV,* mittelbar aber natürlich die dahinterstehenden Aktionäre, die Rückzahlung muss von der *OMV* selbst oder aus den ihr zufließenden Gewinnen ihrer Tochter- und Enkelgesellschaften, einschließlich der neu erworbenen Tochtergesellschaft, verdient werden. *Eigentlich hätte aber der dahinterstehende Aktionär ja selber das neue Unternehmen erwerben (und nach Erhalt der um die KESt verminderten Dividende finanzieren) können, statt eine Kapitalgesellschaft dazwischenzuschalten.* ME wird niemand ernsthaft so argumentieren.

Dies kann daher nicht das tragende Argument für den OGH sein, um den Ultimate Shareholder jedenfalls als „gesollten" Erwerber und Kreditnehmer für die Erwerbsfinanzierung anzusehen und die Kreditaufnahme durch eine darunter befindliche Gesellschaft als verpönte Umgehung und somit Einlagenrückgewähr zu qualifizieren. **Letztlich sollte ja jeder Erwerb** dem Wohl der Gesellschaft und somit **mittelbar auch dem Wohl der dahinterstehenden Gesellschafter dienen;** das begründet mE noch keine unzulässige Einlagenrückgewähr.

Vielmehr muss es mE darauf ankommen, ob es eine wirtschaftliche Rechtfertigung (hier müsste die vom OGH intendierte wirtschaftliche Betrachtungsweise einsetzen!) dafür gibt, dass für die Akquisition und Kreditaufnahme zur Kaufpreisfinanzierung ein bereits bestehendes oder ad hoc neu gegründetes Akquisitionsvehikel verwendet wird. Im konkreten Anlassfall war der laut Feststellungen der Untergerichte einzige Grund für die Zwischenschaltung der eigens neu gegründeten Muttergesellschaf als SPV, dass Ing. *A M* bei direktem Erwerb und Kreditaufnahme durch ihn selbst die Kreditraten nur rückführen hätte können, nachdem er aus den Gewinnen der Tochtergesellschaft die Dividende abzüglich 25% KESt, also nur restliche 75%, erhalten hätte. Durch die Zwischenschaltung der Muttergesellschaft hingegen (und noch deutlicher nach der Verschmelzung von Mutter- und Tochtergesellschaft, aber selbst ohne Verschmelzung) konnten die Gewinne der Tochtergesellschaft ohne Abzug von 25% KESt für die Kreditraten verwendet werden und nur ein allfälliger Restgewinn wäre als KESt-pflichtige Dividende an Ing. *A M* geflossen. Aber auch eine **steuerliche Optimierung** genauso wie eine sonstige finanzielle oder **betriebswirtschaftliche Optimierung** ist mE **kein Grund für die Durchbrechung des Trennungsprinzips** bei Kapitalgesellschaften.

Dazu kam aber in casu zusätzlich die von den Unterinstanzen festgestellte Absicht, dass die Tochtergesellschaft den Anteilskaufspreis wirtschaftlich selbst finanzieren sollte und Ing. *A M* wirtschaftlicher Nutznießer dieser Konstruktion sein sollte. Diese untergerichtlichen Feststellungen klingen geradezu nach einer „Umgehung" der sonst naheliegenden Vorgangsweise. Auch hatte die Zielgesellschaft (!) – aus unerfindlichen Gründen (die Entscheidung schweigt dazu) – schon vor Durchführung der Transaktion einen Kredit für den „Firmenkauf" aufgenommen, was (zumindest mir) geradezu unverständlich erscheint. Der Kredit wurde erst später umgestellt, so dass letztlich doch nicht die Zielgesellschaft, sondern die erwerbende Muttergesellschaft als Kreditnehmerin aufscheint; allein diese Schuldübernahme kommt schon in den Verdacht einer Einlagenrückgewähr! Gegen den Verdacht der Einlagenrückgewähr würde zwar sprechen, dass die Kreditvaluta noch nicht zugezählt war, also durch die „Schuldübernahmsurkunde" noch keine Schuld von der Tochter auf die Mutter übertragen wurde. Für den Verdacht der Einlagenrückgewähr spricht, dass die Tochter auf das ihr zustehende vertragliche Recht auf Kreditzuzählung zugunsten der Muttergesellschaft verzichtete.

Da (und nur bei einem **solchen speziellen Sachverhalt**) ist es vielleicht gerade noch verständlich, dass der OGH diese Konstruktion über ein SPV letztlich dem Ultimate Shareholder Ing. *A M* „zurechnet" und Ing. *A M* als wirtschaftlichen Kreditnehmer betrachtet, sodass Kreditrückzahlungsraten durch den formalen Kreditnehmer (Muttergesellschaft, SPV) als Einlagenrückgewähr qualifiziert sind.

B. Allgemeines zur Kreditbesicherung beim Unternehmenskauf

Generell ist zur Frage der Kreditbesicherung beim Unternehmenskauf zu sagen:

Möglich ist die Verpfändung[9] des erworbenen GmbH-Anteils durch den Käufer an den Kreditgeber; die erforderliche Publizität ist zu beachten.[10]

[9] *H. Wiesinger,* Zur Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, ecolex 2011, 11.

[10] Vgl *H. Schumacher,* Veräußerung gepfändeter GmbH-Geschäftsanteile, RdW 1996, 351; *P. Madl,* Publike Verpfändung von

Die naheliegendste Besicherung, die der Käufer (und Kreditnehmer) der Bank bieten kann, wäre die **Verpfändung des Vermögens der Zielgesellschaft** (assets of the target company) für die Kaufpreisschuld des neuen Gesellschafters; dies geschah in der Praxis häufig auch iZm einem Share Deal, verstößt aber (zumeist) gegen das Verbot der Kapitalrückgewähr **(Kapitalerhaltungsgrundsatz,** vgl § 52 AktG, § 82 GmbHG).[11] Häufig entstand dieses Problem beim MBO/LBO-Modell, nicht aber beim oben besprochenen MBO-Fall.

Auch die **Bürgschaft** der GmbH oder AG für einen Gesellschafter und die Hypothekenbestellung für einen Gesellschafter sind arg § 82 GmbHG, § 52 AktG idR unzulässig – wegen des Trennungsprinzips selbst bei der Einpersonengesellschaft[12] – und nichtig.[13] Wenn eine Tochtergesellschaft ihr Gesamtunternehmen zugunsten eines Kredits der Muttergesellschaft verpfänden wollte, ist das außerdem bereits wegen des Spezialitätsgrundsatzes des Pfandrechts problematisch[14] (auch die Verpfändung von OG-Anteilen und Kommanditanteilen wäre wegen § 124 UGB ex Art 7 Nr 10 und 11 EVHGB problematisch,[15] während die Verpfändung der finanziellen Ansprüche aus dem Kommanditanteil hingegen immer möglich ist[16]).

Diese Problematik gibt es ganz allgemein gegenüber Konzernobergesellschaften (oder gegenüber einer von der Konzernobergesellschaft abhängigen Schwestergesellschaft[17]). Dazu ist an die Judikaturentwicklung wie folgt zu erinnern:

C. Bisher entschiedene Problemfälle

1. *Fehringer*-E

Im Sachverhalt der ***Fehringer*-Entscheidung** des OGH[18] erwarb bekanntlich *Fehringer* über eine (von *Fehringer* zu 100% gehaltene) GmbH *(BCL)* alle Anteile an *Draxler Beteiligungs-GmbH* (Kaufgegenstand des Share Deals), um dadurch letztlich deren 100%ige Tochtergesellschaft, die *Josef Draxler GmbH,* als operative Zielgesellschaft zu erwerben. Die *Draxler Beteiligungs-GmbH* leistete einer Bank Sicherheiten (Hypothek auf einer ihr gehörigen Liegenschaft) für die Kreditverbindlichkeit der erwerbenden *BCL,* also für ihre infolge Anteilskaufes neue Gesellschafterin, die den Kredit bei der Bank zur Kaufpreisfinanzierung aufgenommen hatte.

Dies wurde als **Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot** des § 82 GmbHG gewertet. Die Sicherheitenbestellung war (angesichts voller Kenntnis der beteiligten Bank) nichtig; diese gravierende Rechtsfolge wurde aus der Sicht der Sicherheitennehmer schon als „Inferno" bezeichnet.[19]

Die Bestellung einer Sicherheit für Gesellschafterverbindlichkeiten aus dem Gesellschaftsvermögen wäre allerdings lt OGH **dann zulässig,** wenn die Organe der Gesellschaft (hier *Draxler Beteiligungs-GmbH*) bei gewissenhafter Prüfung hätten annehmen können, dass die Zielgesellschaft in der Lage sein wird, die Kreditrückzahlungen zu „verdienen", und **wenn die Sicherheitenbestellung dem Fremdvergleich standhält,** dh zu Bedingungen erfolgt, die auch einem Außenstehenden eingeräumt würden (mE zB angemessene Avalprovision).

Für den Drittvergleich bei Haftungsübernahmen wird auf die Üblichkeit des Geschäfts und angemessenes Entgelt (Avalprovision ist übrigens steuerpflichtig[20]) zu achten sein.

In weiteren Entscheidungen bekräftigte der OGH diese Linie.[21]

2. *Strickwaren*-E

Die strengen **Angemessenheitskriterien** (Fremdvergleich) der *Fehringer*-E sind stark zurückgenommen worden in der E *Wilhelm Neubauer Strickwarenerzeugung:*[22] Demnach kann eine verdeckte Einlagenrückgewähr (hier: Solidarhaftung für einen mit dem Gesellschafter gemeinsam aufgenommenen Kredit und Pfandbestellung für einen nur vom Gesellschafter aufgenommenen Kredit) auch damit gerechtfertigt werden, dass **besondere betriebliche Gründe** im Interesse der Gesellschaft vorliegen, wenn dies nach der Formel des Fremdvergleichs dahin gedeckt ist, dass das Geschäft, das **mangels objektiver Wertäquivalenz** ein Vermö-

GmbH-Anteilen, ecolex 1998, 306; *H. Wiesinger,* Zur Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, ecolex 2011, 11.

[11] Überblicksartikel: *Scheuwimmer,* Memo: Einlagenrückgewähr durch Besicherung, ecolex 2011, 332.

[12] *Kastner/Doralt/Nowotny,* Grundriss[5] 391 FN 169.

[13] HM, zB *Kalss/Nowotny/Schauer,* Österreichisches Gesellschaftsrecht 1034 FN 183; aA *Arnold,* Verdeckte Gewinnausschüttung im Handelsrecht, GesRZ 1985, 86 (96); *Koppensteiner,* GesRZ 1999, 86 (90).

[14] OGH 19. 1. 1966, 7 Ob 310/65 EvBl 1966/232.

[15] Unmöglich nach *Jabornegg,* HGB Rz 34 zu § 124; *Horn* in *Heymann,* HGB[2] Rz 72 zu § 161; nur bei Zulassung im Gesellschaftsvertrag oder mit Zustimmung aller Gesellschafter – also wie bei Anteilsübertragung – nach OGH 5. 10. 1999, 2 Ob 250/99z; vgl auch *K. Schmidt* in *Schlegelberger,* HGB[5] Rz 199 zu § 105, Rz 34 zu § 135; *Koppensteiner* in *Straube,* HGB[3] Rz 13 zu § 124; *Reich-Rohrwig,* Verpfändung und Pfändung von OG- und KG-Anteilen, ecolex 2011, 4.

[16] OGH 22. 2. 1990, 6 Ob 718/89 GesRZ 1991, 42 = wbl 1990, 277 = ecolex 1990, 484.

[17] Vgl den Fall der Bürgschaft für die Verbindlichkeit einer Schwestergesellschaft in FN 24.

[18] OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h, *Fehringer,* SZ 69/149 = JBl 1997, 108 (Anm *Hügel*).

[19] *Schopper,* Ansprüche des Kreditgebers bei Nichtigkeit der Sicherheit wegen Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften, in FS NN (2013, in Druck).

[20] § 29 Z 3 EStG, dazu UFS 20. 8. 2012, RV/0487-S/11; UFS 21. 6. 2012, RV/0551-S/11 (pendent zu VwGH 2012/15/0160).

[21] ZB OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f, *Garantien für HSK.*

[22] OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d, *Wilhelm Neubauer Strickwarenerzeugung* mit Anm *Artmann* (JBl 2006, 388) und Anm *Karollus* (ÖBA 2006, 293).

gensopfer der Gesellschaft bedeutet, auch mit einem Außenstehenden geschlossen worden wäre.

Im konkreten Fall sah der OGH ein rechtfertigendes Eigeninteresse der Gesellschaft für den gemeinsamen Kontokorrentkredit der GmbH mit einem ihrer Gesellschafter als Solidarkreditnehmer, bei dem die Gesellschaft für die Rückzahlung auch dann haftet, wenn die Kreditvaluta dem Gesellschafter zufließen; dafür sprachen – gewiss nicht ausschlaggebend – die geringeren Kreditspesen, vor allem aber die festgestellten **Aspekte der extrem engen wirtschaftlichen Zusammenarbeit beider Unternehmen.**

3. *Watercryst*-E

Wenn also eine betriebliche Rechtfertigung iS der *Strickwaren*-E gegeben ist, liegt kein Fall der Einlagenrückgewähr vor;[23] bloße konzernmäßige Verbundenheit mit einer Schwestergesellschaft ist aber, wie der OGH 2010 im Fall *Watercryst* zu Recht ausführte, noch keine betriebliche Rechtfertigung,[24] so wie mE überhaupt vor einer leichtfertigen Annahme einer angeblichen „betrieblichen Rechtfertigung" neben dem Fremdvergleich als eigenständiger Kategorie gewarnt werden muss.[25]

4. *Autohaus*-E

2012 entschied der OGH[26] betreffend Drittvergleich iZm Mietzinszahlungen einer GmbH *(Autohaus)* an einen Gesellschafter, dass zwar bisher in einzelnen Entscheidungen die Bedingungen der dort zu beurteilenden Sicherheitenbestellung im Vordergrund standen, aber doch auch die Frage, **ob überhaupt** eine Sicherheitsbestellung zulässig war, dem Drittvergleich zu unterwerfen sei. Dies sei verallgemeinerungsfähig: In den Fremdvergleich einzubeziehen sind nicht nur die konkreten Konditionen, sondern vor allem auch die Frage, *ob* mit einem gesellschaftsfremden Dritten *überhaupt* ein derartiges Geschäft abgeschlossen worden wäre.

5. *Tischplatten*-E

Auch in der kurz danach, ebenfalls 2012, ergangenen *Tischplatten*-E betonte der OGH neuerlich, dass nicht nur die konkreten Konditionen zu beurteilen sind, sondern auch die Frage, ob mit einem gesellschaftsfremden Dritten überhaupt ein derartiges Geschäft abgeschlossen worden wäre.[27]

D. Haftung des Dritten (Bank)

Für den Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr wurde judiziert, dass das **Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Kreditgeber** (idR Bank) nicht nur auf Kollusion zu beschränken, sondern auch dann zu bejahen sei, wenn der Kreditgeber **weiß,** dass er den Kredit einem (mittelbaren) Gesellschafter gewährt, der damit den Anteilskauf finanziert, und dass die Sicherheit am Gesellschaftsvermögen bestellt wird. Das Gleiche muss auch für jenen Kreditgeber gelten, dem sich dieses **Wissen „geradezu aufdrängen" muss,** dessen Unkenntnis demnach auf **grober Fahrlässigkeit** beruht.[28] Es resultiert eine Haftung der Bank daher bei grober Fahrlässigkeit oder Kollusion.[29]

Eine allgemeine Erkundigungs- und Prüfpflicht der Bank besteht nicht für alle Fälle denkmöglicher Einlagenrückgewähr, sondern ist (nur) dort zu fordern, wo sich der Verdacht schon so weit aufdrängt, dass er nahezu[30] einer Gewissheit gleichkommt, wie insb in der *Almassi/STADE*-E.[31] Nur in der E *Konzernkredit Maculan Int,*[32] die als Ausreißer-E gewertet wird, stellte der OGH darauf ab, dass „der Gesellschafter bewusst zum Nachteil der Gesellschaft handelt" und die Bank davon wusste oder sich der Missbrauch ihm geradezu aufdrängen musste.

Gegen wen sich die Bank letztlich für diesen Nachteil regressieren kann, ist noch nicht entschieden worden.[33]

[23] Siehe auch *Bauer/Zehetner* in *Straube,* GmbHG § 82 Rz 70 sowie Rz 127–131.

[24] Vgl OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p, Abweisung der Klage der *R-Bank* gegen *A GmbH* (Bürge für Kredite an ihre Schwestergesellschaften *Biocat* und *Watercryst,* beide in Konkurs, allesamt Gesellschaften im Einflussbereich von Ing. *Andreas Sch-S* [1960–2007]).

[25] *J. W. Flume,* Marktkonformität? Überlegungen zur Durchführung des kapitalerhaltungsrechtlichen Fremdvergleichs, GES 2012, 71.

[26] OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p, *Autohaus II.* Der zugrundeliegende Sachverhalt ergibt sich aus dem ersten Rechtsgang OGH 1. 9. 2010, 6 Ob 132/10w, Klage der *Auto Schicho GmbH* (Zielgesellschaft, Villach) nach einem Share Deal auf Refundierung überhöhten Mietzinses (Mietvertrag 13. 2. 2003) gegen den ehemaligen Hauptgesellschafter *P Sch,* der 2007 seine Anteile (über die *Sch Privatstiftung*) an *Häberle-Kremer Auto Holding GmbH* (Erwerber beim Share Deal) veräußert hatte. Der OGH beurteilte die Kapitalrückgewähr als teilnichtig (keine Gesamtnichtigkeit entgegen der Ansicht von *Rüffler).*

[27] OGH 16. 11. 2012, 6 Ob 153/12m (mangels Schädigungsnachweises nicht erfolgreiche Klage einer Minderheitsgesellschafterin gegen die ehemaligen Geschäftsführer auf Schadenersatzzahlung an die GmbH wegen angeblich zu billigen Verkaufs von Tischplatten an eine Schwestergesellschaft).

[28] OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f; 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h RIS-Justiz RS0105537.

[29] Ähnlich OGH FN 24. Ausf *Karollus,* Entscheidungsanmerkung, GesRZ 2011, 112.

[30] Keine Rückzahlung mangels grober Fahrlässigkeit der Bank bei OGH 5. 8. 2009, 9 Ob 25/08d, 9 Ob 26/08a, *Heizung-Sanitär-Installationen-Gewerbe.*

[31] OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z (Sachverhalt grafisch aufbereitet in GES 2011, 491): Absolute Nichtigkeit des Geschäftsführungsaktes Pfandbestellung bei „Kollusion" des Geschäftsführers *Alireza Almassi* (namens *STADE Vermögensverwaltungs GmbH,* FN 189491p) mit der *R-Bank* oder bei „verdichteter Verdachtslage" auf Einlagenrückgewähr angesichts unterlassener Erkundigung durch die *R-Bank* (Klage des späteren Liegenschaftserwerbers; Nebenintervenient Konkursmasseverwalter des Ex-Notars Dr. *K H*).

[32] OGH 26. 6. 2001, 1 Ob 290/00d, *Konzernkredit Maculan Int.*

[33] Lösungsvorschläge in der Lit bislang nur bei *Schopper,* FN 19.

E. Verjährung

Der Rückforderungsanspruch nach § 83 GmbHG konkurriert mit der Rückforderung verbotswidriger Leistungen nach allg Bereicherungsrecht, weshalb die 5-jährige Verjährungsfrist nach § 83 Abs 5 GmbHG mit der allgemeinen **langen Verjährungsfrist** (dh 40 Jahre, vgl § 1485 ABGB) konkurriert (die Privilegierung in § 83 Abs 5 GmbHG des Empfängers einer Leistung, der von deren Verbotswidrigkeit keine Kenntnis hat, schlägt nicht auf das allgemeine Bereicherungsrecht durch).[34]

F. Nichtigkeit

Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr begründen absolute,[35] im Zivilprozess von Amts wegen aufzugreifende und totale (nicht durch Differenzzahlung sanierbare) Nichtigkeit.[36] Sie ist auch im Firmenbuchverfahren von Amts wegen wahrzunehmen.[37] Tw nuancierend aber die jüngere Rsp:[38] Während die Nichtigkeit von Nebenabreden (nur) dann nicht die Ungültigkeit des gesamten Geschäfts zur Folge hat, wenn das Geschäft auch ohne diese Nebenabreden fortbestehen könnte, ist ein solches Fortbestehen bei Nichtigkeit von Hauptpflichten von vornherein nicht anzunehmen. Daher kann bei zweiseitig verbindlichen Verträgen nicht nur der eine Teil für nichtig erklärt werden. Sind wesentliche Vertragsbestimmungen gesetzwidrig, ist der gesamte Vertrag nichtig. Zwar ist bei teilweiser Unerlaubtheit eines Rechtsgeschäfts nach hM nicht nach dem hypothetischen Parteiwillen, sondern nach dem Zweck der Verbotsnorm zu beurteilen, ob der Vertrag teilweise gültig oder zur Gänze ungültig ist, wobei der **Restgültigkeit nach stRsp möglichst der Vorzug zu geben ist. Soweit allerdings der Verbotszweck** weder für noch gegen Restgültigkeit bzw gänzliche Unwirksamkeit spricht, **hängt es** entsprechend § 878 S 2 ABGB doch **vom hypothetischen Parteiwillen ab,** ob der Vertrag teilweise aufrecht bleibt oder nicht; dies gilt auch bei teilweise unerlaubter Hauptleistung.

In der Lit[39] wird die absolute Nichtigkeit tw bestritten.

In Deutschland gibt es eine gleichartige Problemlage, doch wird nun durch das MoMiG (in Abkehr von der sog *November*-E d BGH[40]) auf eine bilanzielle Betrachtung abgestellt, wonach das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht gilt, wenn ein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch in die Bilanz aktivseitig eingestellt werden kann.[41]

Ähnliche Probleme gibt es bekanntlich bei der **Schwesterneinbringung.**[42]

G. Resümee

Ohne die qualifizierenden Umstände des speziellen Sachverhaltes in der *Kneisz*-E 6 Ob 48/12w hätte mE keine Zurechnung des von der kaufenden Muttergesellschaft aufgenommenen Kredits an den Gesellschafter Ing. *A M* stattfinden dürfen (nochmals: „Hard cases make bad law").

Vielmehr ist mE weiterhin festzuhalten: Wenn eine Gesellschaft, die in einem Unternehmensverbund nicht Ultimate Shareholder (sondern eine untergeordnete Ges) ist, ein anderes Unternehmen erwirbt und hiefür einen Kredit aufnimmt (aufnehmen muss), geschieht im Normalfall bei objektiv gesehen wirtschaftlich sinnvoll begründeter Vorgangsweise **weder der Erwerb noch der Kredit noch die Kreditrückzahlungsrate „zugunsten des Ultimate Shareholders"** iS der Kapitalerhaltungsvorschriften und ist somit keine Einlagenrückgewähr. Wollte man den Leitsatz aus der *Kneisz*-E tatsächlich unbesehen generalisieren, würde jede Akquisitionsfinanzierung dem Ultimate Shareholder zugerechnet (er ist ja immer irgendwie mittelbar „begünstigt" und müsste laut OGH entweder selbst kaufen und finanzieren oder sich zumindest die Finanzierung zurechnen lassen); dann müsste – zur Vermeidung der Einlagenrückgewähr-Argumentation – auf jedwede, selbst wirtschaftlich gesehen sinnvolle Konzernstrukturierung verzichtet und jede Akquisition und Finanzierung beim Ultimate Shareholder angesiedelt werden. Diese Konsequenz hat der OGH mit Sicherheit nicht beabsichtigt.

Die bislang vom OGH entschiedenen Fälle (vor 6 Ob 48/12w) betrafen meist die **Haftung oder Sicherheitenbestellung der Kapitalgesellschaft für einen Gesellschafter** (für einen von ihm aufgenommenen Kredit). Das waren daher eindeutige Fälle der Einlagenrückgewähr. In 6 Ob 48/12w wird aber die Tür geöffnet für eine wirtschaftliche **Zurechnung des wirtschaftlichen Handelns der Ges** (Anteilskauf und Aufnahme des Kredites für den Kaufpreis) **an ihren Gesellschafter,** bloß weil der Gesellschafter (mittelbarer) „Nutznießer" dieses Handelns sei. Das ist abzulehnen (sonst gälte bald: „This bad law makes hard cases").

Festzuhalten ist vielmehr die Organisationsfreiheit, nach der jeder frei entscheiden kann, ob er selbst als natürliche Person in der Rechtsform des Einzelunternehmers wirtschaftlich tätig sein will oder für die wirtschaftliche

[34] OGH FN 3.

[35] Nach OGH 14. 9. 2006, 6 Ob 200/06i, kann sich aber der an der verpönten Transaktion beteiligte Gesellschafter nicht auf die Nichtigkeit berufen.

[36] Siehe auch *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG § 82 Rz 75; OGH 6 Ob 5/91; 3 Ob 287/02f.

[37] OGH 20. 1. 2000, 6 Ob 288/99t; 6 Ob 271/05d SZ 2005/178.

[38] OGH 4. 7. 2007, 7 Ob 142/07v.

[39] *Karollus*, Zur Reichweite der Nichtigkeitssanktion bei verdeckten Gewinnausschüttungen, ecolex 2008, 47; *Kalss/Eckert*, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007/615, 583. Siehe auch *Saurer*, RdW 1998, 593; *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 86.

[40] BGH 24. 11. 2003, II ZR 171/01 BGHZ 157, 72.

[41] § 30 Abs 1 Satz 2 dGmbHG; *Sutter/Masseli*, Keine Änderung der Vertragspraxis bei aufsteigenden Sicherheiten in Folge des MoMiG, WM 2010, 1064.

[42] Vgl *Hügel*, OLG Wien zur Einlagenrückgewähr und Kapitalaufbringung bei Umgründungen, RdW 1997, 579.

Tätigkeit eine Kapitalgesellschaft in Form der Ein-Personen-Ges gründet und ob er sein Unternehmen – wie seit der *Semperit*-E[43] anerkannt – in verschiedene Kapitalgesellschaften aufgliedert **(Divisionalisierung).** Es gibt schließlich die Freiheit der Rechtsformwahl. **Eine Ein-Personen-Ges ist per se noch kein Missbrauch der Organisationsform;** auch eine Ein-Personen-Ges darf wiederum eine oder mehrere 100%ige Tochterges errichten[44] und die eine kann dieses und die andere kann jenes Unternehmen direkt oder über eine andere Zwischenholding erwerben. Wie immer auch eine Konzernstruktur mehr oder weniger sinnvoll strukturiert aufgebaut wird, ist das eine freie unternehmerische Entscheidung[45] und enthält schon dadurch ihre – von Gerichten nicht zu hinterfragende! – wirtschaftliche Rechtfertigung!

[43] Eine Haftung des „faktischen Geschäftsführers" als „Durchgriffshaftung" (freilich ohnedies idR nur als Innenhaftung) könnte anerkannt werden, wenn der Gesellschafter nicht nur vom pflichtgemäßen Leitungs- und Weisungsrecht Gebrauch macht, sondern wenn er vielmehr „bei der Einflussnahme auf die Gesellschaft die Sorgfaltspflichten bei der Verwaltung fremden Vermögens verletzt hat", vgl OGH 12. 3. 2001, 8 ObA 98/00w, *Semperit (hier: keine Haftung des Gesellschafters infolge höchstgerichtlicher Anerkennung des Prinzips der Divisionalisierung der Geschäftsbereiche in einzelne Gesellschaften).*

[44] Zum Trennungsprinzip und zur „künstlichen" Aufspaltung in mehrere Gesellschaften und Missbrauch der Organisationfreiheit vgl *Jabornegg,* Die Lehre vom Durchgriff, wbl 1989, 43.

[45] So implizit der OGH (FN 43).

Aber nie (von schwer vorstellbaren Extremfällen, also „hard cases", abgesehen[46]) **sind die von der Ein-Personen-Ges aufgenommenen Kredite** für die wirtschaftliche Tätigkeit dieser Ges dem unmittelbaren Gesellschafter oder der Großmuttergesellschaft oder dem Ultimate Shareholder „zuzurechnen". Alles andere wäre unverständlich; so ist zu hoffen, dass die *Kneisz*-E ein Einzelfall bleibt.

Wenn eine Gesellschaft als Käufer erwirbt und ihr **eigenes** Vermögen damit vergrößert, kann sie mE auch problemlos dafür, also zur Bedienung ihrer **eigenen** Kaufpreiszahlungsverpflichtung, einen Kredit aufnehmen und zurückzahlen. Die Verwendung der zulässigerweise von Tochtergesellschaften erhaltenen Gewinnausschüttungen zur Rückführung eigener Kredite, die zum Erwerb eigenen Anlage- oder Umlaufvermögens (GmbH-Anteile, Sonstiges) aufgenommen worden waren, ist – da „wirtschaftliches Eigengeschäft" – nicht jemand anderem zuzurechnen und nicht zu problematisieren.

Über den Autor:
Hon.-Prof. Dr. Walter Brugger ist Rechtsanwalt in Wien

[46] Die Durchgriffshaftung muss sich auf „Extremfälle" beschränken, so auch *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss,* AktG² § 48 Rz 7.