

Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Hans-Georg Koppensteiner

Ausschluss und Austritt bei der GmbH

Ulrich Torggler

Zur Konzernhaftung nach österreichischem Recht

Julia Nicolussi

Der Stimmrechtsverlust als neue Sanktion der Beteiligungspublizität

Josef Baumüller

Neuerungen in der Corporate-Governance-Berichterstattung über Vorstandsbezüge

Stephan Briem

Die Rechtsnatur der Verjährungsbestimmung des § 275 Abs 4 UGB

Aus der aktuellen Rechtsprechung

OGH-Entscheidungen zu Kapitalgesellschaften und Kapitalmarkt
sowie zum Unternehmens-, Insolvenz- und Privatstiftungsrecht

Unternehmensrecht aktuell

Elektronische Eingaben an Gerichte
Erleichterungen im deutschen Bilanzrecht für Kleinunternehmen
Modernisierung des europäischen Gesellschaftsrechts und
der Corporate Governance
EU: Konsultationen zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung

lässt sich dies für gemeinnützige Bauvereinigungen durchaus anders sehen – und zwar für gemeinnützige Bauvereinigungen jeder „Größe und Rechtsform“ (vgl § 23 Abs 2 WGG; oben Pkt 1.), also auch für entsprechende gemeinnützige Kapitalgesellschaften. Mit gutem Grund verlangt das WGG lediglich „grundsätzliche“ Anwendung der UGB-Regeln, dh vorbehaltlich von *Besonderheiten* als gemeinnützige Bauvereinigung. Solche Unterschiede können sich, auch laut OGH, „aus dem Gesetz selbst ergeben“ – das kann freilich auch bedeuten: gleichsam indirekt, aus der Sache!

Vor allem aufgrund zweier wesentlicher Eigenheiten jeder gemeinnützigen Bauvereinigung erscheint hinsichtlich der Offenlegung in der Tat eine *Anpassung geboten*:

Zum einen unterliegen sämtliche gemeinnützige Bauvereinigungen, also jeder Größe und Rechtsform, nicht nur wie „gewöhnliche“ Kapitalgesellschaften der Abschlussprüfung iSd UGB (somit auf bloße Rechtmäßigkeit des Abschlusses). Dazu tritt vielmehr eine in die Tiefe gehende, „genossenschaftsförmige“ Revision der gesamten Geschäftsgebarung, namentlich speziell auf Einhaltung der Gemeinnützigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit etc (vgl insb § 23 Abs 1 und 3 WGG; H. Keinert, Rechnungslegungsrecht für Juristen [2004] 81). Das vergrößert beträchtlich die Möglichkeit erheblicher *Abweichungen* von dem durch den Vorstand aufgestellten vorläufigen Jahresabschluss. Eine Pflicht zur Offenlegung dieses ungeprüften (daher zudem noch nicht festgestellten; so auch § 28 Abs 3 WGG) Abschlusses ergibt somit bei einer gemeinnützigen Bauvereinigung noch *ungleich weniger Sinn* als bei gewöhnlichen Kapitalgesellschaften laut UGB. Folglich erscheint eine diesbezügliche *teleologische Reduktion* der verwiesenen Norm des § 277 Abs 1 UGB geboten.

Bestärkt wird dies zum anderen dadurch, dass sämtliche gemeinnützige Bauvereinigungen sich ihren Prüfer nicht selbst aussuchen können; diesen entsendet vielmehr (wie auch bei Genossenschaften generell) der zuständige Prüfungsverband. Damit entfällt jede Möglichkeit, wenigstens durch *Auswahl* des Prüfers Einfluss auf den *rechtzeitigen* Prüfungsabschluss zu nehmen. Somit geht der abschließende Hinweis des OGH an die gemeinnützige Bauvereinigung ins Leere, diese solle eben dem Prüfungsverband ihren Abschluss zeitgerecht übermitteln. Und dass „*der Gesetzeswortlaut ... keinen Anhaltspunkt*“ für eine Ausnahme von der Anwendung des UGB biete – so das zentrale Argument des OGH –, ist gerade typisch für Situationen, in denen sich teleologische Reduktion empfiehlt.

4. Resultat: Für gemeinnützige Bauvereinigungen – jeder Rechtsform und Größe, somit ohne jegliche Sonderbehandlung kleiner Genossenschaften! – bedeutet „grundsätzliche“ Anwendung des § 277 Abs 1 UGB, dass entgegen dem OGH der vom Revisor noch nicht geprüfte (und daher noch nicht festgestellte) Jahresabschluss *nicht* beim Firmenbuch offengelegt werden muss. Insofern ist teleologische Reduktion geboten.

Selbst vom Standpunkt des OGH aus hätte sich übrigens § 283 Abs 3 Satz 2 UGB anwenden lassen: Da die Revisionsverzögerung sich als ein für die gemeinnützige Bauvereinigung unvorhergesehenes und vor allem unabwendbares Ereignis darstellt, hätte das Gericht von einer Zwangsstrafe absehen und bis zum Wegfall des Hindernisses zuwarten können.

Etwas eingehender möchten wir den Problemkreis dieser Entscheidung demnächst in einem Aufsatz (in dieser Zeitschrift) behandeln.

Heinz Keinert / Elisabeth Maria Keinert

Em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Keinert, LL.M. (Berkeley) lehrt Unternehmensrecht an der Johannes Kepler Universität Linz. Mag. Elisabeth Maria Keinert ist Universitätsassistentin an der Abteilung für zivilistische Propädeutik der Johannes Kepler Universität Linz.

Insolvenzrecht

Anfechtung eines Gläubigerwechsels: Nachteiligkeit

§ 31 Abs 1 Z 2 Fall 1 KO (nunmehr IO)

§ 5 EKEG

1. Die Befriedigung eines Gläubigers durch Zahlung eines Dritten aus Vermögen, das nicht in die freie Disposition des Schuldners kommen sollte oder gekommen wäre, führt zu

einem „Gläubigerwechsel“. Für die Unanfechtbarkeit dieses Vorgangs ist nicht der bloße Wechsel in der Person des Gläubigers entscheidend, vielmehr darf die Zahlung des Dritten den Befriedigungsfonds der Gläubiger nicht beeinträchtigen.

2. Eine derartige Beeinträchtigung liegt vor, wenn der neue Gläubiger zugunsten seiner Forderung aus einer besseren Rechtsstellung heraus (etwa als Aufrechnungs- oder Absonderungsberechtigter) auf Vermögen des Schuldners zugreifen kann als der von ihm befriedigte Altgläubiger oder wenn sich der Gläubigerwechsel in sonstiger Weise zulasten der späteren Insolvenzmasse auswirkt, indem er die Position der übrigen Gläubiger verschlechtert.

OGH 8.8.2012, 3 Ob 79/12g (OLG Innsbruck 1 R 277/11m; LG Feldkirch 5 Cg 53/10i)

Der Kläger ist Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Schuldnerin (Konkursöffnung am 16.3.2009). A., einer der drei Gründungsgesellschafter der Schuldnerin wurde am 2.12.2005 im Firmenbuch als Gesellschafter gelöscht. Er war von der Gründung der Gesellschaft bis Dezember 2005 selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer gewesen. Seit Mai 2008 ist G. selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer. Eine mittlerweile aufgelöste Immobilien-GmbH war Schwestergesellschaft der Schuldnerin. Deren Gesellschafter und Geschäftsführer waren ident mit jenen der Schuldnerin. Gegenseitige Beteiligungen untereinander gab es nicht. Unabhängig von seinem offiziellen Status als Gesellschafter und Geschäftsführer hatte A. maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke und die Geschäftsgebarung beider Gesellschaften. Er bestimmte aus dem Hintergrund alles.

Mit in Form eines Notariatsakts geschlossenem Treuhandvertrag vom 21.1.2008 vereinbarten A. und J., dass J. als sein Treuhänder einen Geschäftsanteil von 30 % an der Schuldnerin hält. Über Wunsch des J. wurde dieser Treuhandvertrag mit Vereinbarung vom 25.3.2008 mit sofortiger Wirkung einvernehmlich aufgelöst. Mit notariellem Angebot vom 2.5.2008 bot J. als Treuhänder A. als Treugeber den bisher treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteil mit dem Nominale 15.000 Euro (= 30 %) unwiderruflich zur Abtretung an; A. nahm das Anbot am 2.5.2008 (notariell) an. Im Firmenbuch wurde dieser Gesellschafterwechsel nicht eingetragen.

Spätestens ab September 2008 kam die Schuldnerin in finanzielle Schwierigkeiten; es wurden diverse Exekutionsverfahren zur Hereinbringung von Gesamtverbindlichkeiten von zirka 86.000 Euro gegen sie anhängig gemacht. Auch die Schwesterfirma war zum damaligen Zeitpunkt insolvenzgefährdet. Am 26.9.2008 brachte die Arbeiterkammer als Vertreterin von 21 Arbeitnehmern wegen offener Entgeltansprüche von 805.626,61 Euro einen Konkursantrag gegen die Schuldnerin ein. Mit Schreiben vom 2.10.2008 teilte die beklagte Gebietskrankenkasse dem Insolvenzgericht mit, dass das Beitragskonto der Schuldnerin einen Rückstand von 207.478,09 Euro aufweist und diesbezüglich zwischen der beklagten Partei und der Schuldnerin am 4.9.2008 eine Zahlungsvereinbarung abgeschlossen wurde. Mit E-Mail vom 10.10.2008 informierte die beklagte Partei das Insolvenzgericht, dass seitens der Schuldnerin die am 4.9.2008 geschlossene Zahlungsvereinbarung nicht eingehalten wurde, und erklärte die Bereitschaft, zur Deckung der Verfahrenskosten einen Kostenvorschuss zu leisten.

In einer Tagsatzung am 15.10.2008 wurde darüber diskutiert, dass möglicherweise von dritter Seite Gelder aufgebracht werden können, um die Verbindlichkeiten bei den Gläubigern Finanzamt, Arbeitnehmer und Gebietskrankenkasse abzudecken. Weitere Gläubiger waren nicht aktenkundig. Als möglicher Investor war die C. GmbH im Gespräch, die daran dachte, in die Unternehmensgruppe als Mehrheitseigentümerin einzusteigen. Über den Inhalt der Tagsatzung vom 15.10.2008 wurde die beklagte Partei seitens des Insolvenzgerichts nicht informiert. Ein weiterer Investor, die T. AG war am Erwerb von Patenten des A. interessiert, wollte aber aufgrund des Medieninteresses nicht selbst in Erscheinung treten, sondern beauftragte eine Anwalts-GmbH mit der Wahrung ihrer Interessen. Ziel war es, gemeinsam mit A. die bei einer 100%igen Tochter der Schuldnerin, der schweizerischen A. AG, „geparkten“ Patente zu

erwerben. Um Verkaufsgespräche zu ermöglichen, war es aus Sicht der Anwalts-GmbH erforderlich, zunächst die Insolvenz der Schuldnerin abzuwenden. Dazu sollte A. und der Immobilien-GmbH ein Darlehen gewährt werden, das betraglich nur insofern ausgeschöpft werden durfte, als damit jene Beträge bezahlt werden sollten, die zur Konkursabwendung erforderlich waren. Über Nachfrage teilte der Insolvenzrichter der Anwalts-GmbH jene Beträge mit, die ihm von der Arbeiterkammer, vom Finanzamt und von der Gebietskrankenkasse bekannt gegeben worden waren. Die Anwalts-GmbH verlangte, dass A. nicht mehr Gesellschafter der Schuldnerin sein durfte. Es sollte ein Tausch der Gesellschaftsanteile zwischen A. und G. dergestalt erfolgen, dass A. nur noch Gesellschafter der Immobilien-GmbH und G. nur noch Gesellschafter der Schuldnerin sein sollte. Nicht geplant war, dass G. die Anteile an der Schuldnerin treuhändig für A. halten hätte sollen. Die Anwalts-GmbH wollte diesen Tausch zum einen deshalb, um nicht auf die Idee zu bringen, es läge Eigenkapitalersatz vor, zum anderen deshalb, weil der Darlehensgeberin die Immobilien-GmbH werthaltiger erschien. Sinn und Zweck der geplanten Darlehensvereinbarung war also, dass der Investor nur jenen Betrag zur Verfügung stellen sollte, der tatsächlich zur Abwendung der Insolvenz erforderlich war. Dies war sämtlichen involvierten Personen bekannt. Die Darlehensnehmer selbst, aber auch die Schuldnerin sollten nie auf das Geld greifen dürfen. Die Darlehensnehmer hatten keine Verfügungsgewalt über die Beträge, die auszahlten waren. Eine allfällige Darlehensgewährung der Anwalts-GmbH direkt an die Schuldnerin war nie Thema. Die Immobilien-GmbH wurde nur deshalb als Darlehensnehmerin einbezogen, weil sie im Besitz von Grundstücken war und diese Sicherheiten für die Darlehensgeberin darstellten.

Am 30.10.2008 erklärte A. vor einem Notar neuerlich die Annahme des notariellen Anbots des J. vom 2.5.2008. Mit weiterem Notariatsakt vom 30.10.2008 schlossen A. und G. unter Beitritt der Schuldnerin einen Abtretungsvertrag, der folgenden wesentlichen Inhalt aufweist:

„1. J. hält für A. an der ... [Schuldnerin] einen Geschäftsanteil, der einer zur Hälfte einbezahlten Stammeinlage von 15.000 Euro entspricht, treuhänderisch. Mit Abtretungsanbot vom 2. 5. 2008, GZ ..., des öffentlichen Notars ... hat J. diesen Geschäftsanteil an A. zur Abtretung angeboten. Mit Annahmeerklärung vom heutigen Tag, GZ ..., des beurkundeten Notars hat A. dieses Abtretungsangebot angenommen. A. ist daher Gesellschafter der ... [Schuldnerin] mit einer zur Hälfte bar einbezahlten Stammeinlage von 15.000 Euro.

2. A, geboren am ..., tritt hiermit seinen unter Punkt 1. beschriebenen Geschäftsanteil an der ... [Schuldnerin] in Höhe einer zur Hälfte einbezahlten Stammeinlage im Nennbetrag von 15.000 Euro an Herrn G., geboren am ..., ab. Dieser erklärt die Vertragsannahme und übernimmt den Geschäftsanteil in sein Eigentum.

3. Der Abtretungspreis für den vertragsgegenständlichen Geschäftsanteil wird infolge bestehender Verluste der Gesellschaft mit 1 Euro vereinbart.

5. Eine Genehmigung der Gesellschaft zur Abtretung dieses Geschäftsanteiles wird gesondert eingeholt.

6. Stichtag für den Übergang der mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten ist der Tag der Vertragsunterfertigung. ...

8. A. erklärt, von dritter Seite Investorengelder bereitzustellen bzw bereits bereitgestellt zu haben, um folgende Verpflichtungen der ... [Schuldnerin] zu bezahlen:

8.1. Bereits geleistete Darlehensrückzahlung an die ... Bank ..., betreffend die Verbindlichkeiten der ... [Schuldnerin] in der Höhe von zirka 133.000 Euro in den Monaten August und September 2008.

8.2. Zirka 1.400.000 Euro zur rechtzeitigen Abwendung der Eröffnung des Konkursverfahrens.

Die ... [Schuldnerin] ist über Anweisung von A. verpflichtet, bis zum 31.12.2008 der Immobilien-GmbH die in 9.1 und 9.2 genannten Beträge zurückzubezahlen.

9. Die ... [Schuldnerin] als Muttergesellschaft der A. AG in CH... garantiert, dass die A. AG folgende Immaterialgüterrechte bzw Patentanmelderechte und Erfindungsrechte samt Marken- und Gebrauchsmusterschutzrechten an A. bzw an eine von A. noch namhaft zu machende (auch

juristische) Person bis zum 30.11.2008 unentgeltlich und ohne jede Gewährleistung überträgt:

10. Das gewährte Gesellschafterdarlehen an A. wird mit den von ihm an die ... [Schuldnerin] erbrachten Leistungen aufgerechnet, sodass seitens der ... [Schuldnerin] keine Forderungen aus diesem Darlehen gegenüber A. geltend gemacht werden. ... [Schuldnerin] verzichtet daher gegenüber A. auf Ansprüche aus diesem Gesellschafterdarlehen.

Umgekehrt verzichtet A. auf Ansprüche gegenüber der Gesellschaft, welcher Art auch immer, aus den von ihm erbrachten Leistungen, sodass auch seitens A. der ... [Schuldnerin] gegenüber keine Forderungen aus den von ihm erbrachten Leistungen geltend gemacht werden.

11. Sollten Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, so bleibt die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen hiervon unberührt. Das Gleiche gilt, falls sich herausstellen sollte, dass der Vertrag eine Regelungslücke enthält. Anstelle der Regelungslücke soll diesfalls eine angemessene Regelung gelten, die dem am nächsten kommt, was die Vertragspartner gewollt hätten, wenn sie die Unwirksamkeit, Undurchführbarkeit oder Lückenhaftigkeit gekannt hätten.

Dieser Notariatsakt samt Abtretungsvertrag wurde von A. und G. unterfertigt, wobei G. die Urkunden jeweils zweimal, einmal für sich als Gesellschafter und einmal als Geschäftsführer für die Schuldnerin, unterfertigte. Am 6.11.2008 schlossen die Schuldnerin sowie A. als Darlehensnehmer einerseits und die Anwalts-GmbH als Darlehensgeberin andererseits eine von der Anwalts-GmbH formulierte Darlehensvereinbarung mit folgendem (auszugsweise wiedergegebenen) maßgeblichen Inhalt:

„I. Darlehensbetrag

1.1. Der Darlehensgeber stellt dem Darlehensnehmer ein Darlehen in der Höhe von 1.400.000 Euro zur Verfügung.

1.3. Der Darlehensgeber ist verpflichtet, den Darlehensbetrag gemäß Pkt. II. (Verwendungszweck) zu verwenden, sofern gegenständliche Vereinbarung in Rechtswirksamkeit erwächst.

1.4. Der Darlehensnehmer, namentlich Herr A. sowie ... [Schuldnerin] haften solidarisch und unbeschränkt für den gesamten Darlehensbetrag.

II. Verwendungszweck

2.1. Das Darlehen wird dem Darlehensnehmer ausschließlich zur Begleichung von fälligen Verbindlichkeiten der ... [Schuldnerin] ... sowie der ... [Schuldnerin] ... gewährt, um den jeweils drohenden Konkurs abzuwenden.

2.2. Der Darlehensgeber wird über Anweisung der Darlehensnehmer in Abstimmung mit dem Konkursrichter ... zum Konkursverfahren ... an das ... [Insolvenzgericht] nachfolgende Beträge zur Anweisung bringen:

805.626,61 Euro – Forderung der AK ...
207.478,09 Euro – Forderung der GKK ...
225.198,03 Euro – Forderung Finanzamt ...
1.238.302,73 Euro – Gesamtsumme

In die Vertragsverhandlungen zu dieser Darlehensvereinbarung und in die nachfolgende Abwicklung waren die Schuldnerin bzw ihr Geschäftsführer G. nicht eingebunden. Es kann nicht festgestellt werden, dass zwischen A. und/oder der Schuldnerin einerseits und der Schuldnerin andererseits über die Abtretungsvereinbarung vom 30.10.2008 hinaus eine Vereinbarung in Bezug auf den Darlehensbetrag von 1,4 Mio Euro, insb ein Darlehensvertrag, geschlossen wurde. Die im Abtretungsvertrag vom 30.10.2008 unter Pkt 8. formulierte Rückzahlungsverpflichtung vom 31.12.2008 verstand sich dahingehend, dass der Betrag von der neuen Firmengruppe, die als neue Mehrheitseigentümerin in die schuldenrische GmbH einsteigen wollte, bezahlt werden sollte. Auf das von der Anwalts-GmbH eingerichtete Treuhandkonto wurde in der Folge von der Investorin der Betrag von 1,4 Mio Euro eingezahlt. Weder A. noch die Schuldnerin konnten selbst auf dieses Konto zugreifen. Ausschließlich die Anwalts-GmbH war zeichnungs- bzw verfügungsberechtigt. Sie führte am 14.11.2008 folgende Überweisungen durch: 805.626,61 Euro an die Arbeiterkammer, 207.478,09 Euro an die beklagte Partei, 225.198,03 Euro an das Finanzamt. Zwecks Beschleunigung war verein-

bart worden, dass die Beträge nicht an das Gericht, sondern gleich direkt an die jeweiligen Gläubiger ausgezahlt werden sollten, weshalb der zuständige Insolvenzrichter der Anwalts-GmbH auch die jeweiligen Kontoverbindungen dieser Gläubiger mitgeteilt hatte.

Mit Beschluss vom 18.11.2008 wies das Insolvenzgericht daraufhin den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin mangels Bescheinigung der Konkurseröffnungsvoraussetzung der Zahlungsunfähigkeit ab. Tatsächlich war die Schuldnerin zum damaligen Zeitpunkt überschuldet, zahlungs- und kreditunfähig. Die beklagte Partei hatte darüber auch Kenntnis. Ohne die oben angeführten Zahlungen wäre das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet worden. Am 16.3.2009 eröffnete das Insolvenzgericht den Konkurs über das Vermögen der Schuldnerin. In weiterer Folge wurden auch die Immobilien-GmbH und A. insolvent. Am 4.5.2009 meldete A. eine Darlehensforderung von 1,4 Mio Euro an, die der Insolvenzverwalter wegen ihrer das Eigenkapital ersetzenden Eigenschaft bestritt. Am 9.7.2009 wurde über das Vermögen der Immobilien-GmbH, am 8.4.2010 über das Vermögen des A. ein Insolvenzverfahren eröffnet.

Der Insolvenzverwalter begehrt von der beklagten Gebietskrankenkasse die Zahlung von 207.478,09 Euro sA (auf ein bestimmtes Konto). Die Schuldnerin habe diesen Betrag innerhalb der Sechsmonatsfrist des § 31 Abs 4 KO geleistet. Die beklagte Partei habe trotz ihres Wissens über die Zahlungsunfähigkeit die Zahlung entgegengenommen. Die Zahlung werde daher gemäß den Bestimmungen der §§ 30 und 31 KO angefochten. Der Geschäftsführer der Schuldnerin habe im Rahmen des Insolvenzverfahrens dem Insolvenzrichter gegenüber in Aussicht gestellt, die Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegenüber den Arbeitnehmern, gegenüber der beklagten Partei und gegenüber dem Finanzamt in einer Gesamthöhe von 1.238.302,73 Euro zu begleichen; dies hätte mittels eines von A. der Schuldnerin zugesagten Darlehensbetrages erfolgen sollen. A. sei zum Zeitpunkt der Darlehenszahlung und der Zahlung an die Gläubiger Gesellschafter der Schuldnerin iSd EKEG gewesen; er habe damals 30 % der Gesellschaftsanteile durch einen Treuhänder gehalten (der Abtretungsvertrag hinsichtlich der Gesellschaftsanteile zwischen A. und J. sei mangels Einhaltung der Notariatsaktsform und fehlender Zustimmung der Gesellschaft und der Geschäftsführung unwirksam). Er sei zum Zeitpunkt der Zahlung an die beklagte Partei Gesellschafter iSd § 5 Abs 1 Z 2 EKEG gewesen. Das von ihm gewährte Darlehen zur Zahlung der Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten sei gegenüber der Schuldnerin eigenkapitalersetzend. A. habe als Darlehensgeber insgesamt eine Darlehenssumme von 1,4 Mio Euro zur Verfügung gestellt, die er seinerseits als Darlehensnehmer von der Anwalts-GmbH bezogen habe. Seitens der Schuldnerin sei die Anwalts-GmbH angewiesen worden, ua einen Teilbetrag von 207.478,09 Euro an die beklagte Partei zu überweisen. Zwischen A. und der Schuldnerin habe keine ausdrückliche Vereinbarung über den Verwendungszweck der Darlehenssumme von 1,4 Mio Euro existiert. Mit den erfolgten Zahlungen seien nicht sämtliche Gläubiger befriedigt und auch nicht alle Forderungen der Gläubiger gedeckt worden. Die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin sei dadurch nicht beseitigt worden. Die beklagte Partei habe die Zahlung trotz des Wissens angenommen, dass sie nicht zur Gänze befriedigt werden würde bzw dass trotz der Zahlung die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin nicht zu beseitigen sei.

Die Anfechtung sei auch befriedigungstauglich. Die Geldmittel, aus denen die Zahlung an die beklagte Partei erfolgt sei, seien aufgrund des eigenkapitalersetzenden Charakters Vermögen der Schuldnerin, das in der Masse zu verbleiben habe. Eine Rückzahlung an den Gesellschafter A. sei wegen der eigenkapitalersetzenden Eigenschaft seiner Darlehenszahlung unzulässig. Die Rechtshandlung sei auch benachteiligend gewesen.

Die beklagte Partei wandte ein, dass A. und die Immobilien-GmbH als Solidarschuldner bei der Anwalts-GmbH am 6.11.2008 ein Darlehen von 1,4 Mio Euro aufgenommen hätten. Im Darlehensvertrag finde sich die Bestimmung, dass der Darlehensgeber die Darlehenssumme ausschließlich dafür verwenden dürfe, um Verbindlichkeiten der Schuldnerin und der Immobilien-GmbH abzudecken, ua die Forderung der Beklagten mit 207.478,09 Euro. Die Zahlung sei vom Bankkonto der Darlehensgeberin direkt auf das Konto der beklagten Partei erfolgt. Die Behauptung, die Schuldnerin habe die Darlehensgeberin angewiesen, diesen Betrag an die beklagte Partei zu überweisen, sei nicht richtig. A.

habe der Schuldnerin kein Darlehen gegeben. Es sei auch nicht vereinbart worden, dass die Schuldnerin eine Rückzahlungsverpflichtung aus welchem Grund immer gegenüber A. habe. Eine willkürliche Verfügungsmöglichkeit der Schuldnerin habe sich schon durch die strenge Zweckwidmung verboten. Bereits bei der Darlehensaufnahme durch A. und die Immobilien-GmbH hätten die Darlehensnehmer und die Darlehensgeberin den genauen Verwendungszweck vereinbart, sodass die Darlehensvaluta nicht in die freie Disposition der Schuldnerin kommen habe dürfen. Die Zahlung an die beklagte Partei habe die Gläubiger nicht benachteiligt, sondern einen bloßen Gläubigerwechsel bewirkt. Durch die Verweise des Klägers auf eigenkapitalersetzende Darlehen sei für ihn nichts zu gewinnen: Der Schutzzweck des EKEG liege nicht in der Schaffung weiterer Anfechtungstatbestände. Daher könne dahingestellt bleiben, ob A. iSd § 5 EKEG erfasster Gesellschafter sei oder nicht. Am 30.10.2008 und weiters zum Zeitpunkt der Darlehensvereinbarung sei A. nicht mehr Gesellschafter der Schuldnerin gewesen, sondern habe den an ihn abgetretenen, von J. treuhändig gehaltenen Geschäftsanteil an G. abgetreten. Da A. nicht mehr Gesellschafter der Schuldnerin gewesen sei, hätten er und die Immobilien-GmbH als unbeteiligte Dritte anfechtungsfest das Darlehen aufnehmen können.

- ▶ Das Erstgericht wies die Klage ab.
- ▶ Das Berufungsgericht gab der Klage statt.
- ▶ Der OGH gab der Revision der Beklagten Folge und stellte die klageabweisende Entscheidung des Erstgerichts wieder her.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

1. Der Masseverwalter hat in seiner Anfechtungsklage (auch) den Anfechtungsfall des § 31 Abs 1 Z 2 Fall 1 KO geltend gemacht. Abgesehen davon, dass dieser Tatbestand keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Nachteiligkeit enthalte, liege im vorliegenden Fall die Nachteiligkeit der angefochtenen Rechtshandlung (der Zahlung) offensichtlich auf der Hand. Durch die Befriedigung der Forderungen der Arbeitnehmer, der beklagten Partei und des Finanzamts sei es zu einer Konkursverschleppung gekommen, wodurch weitere Gläubiger keine Befriedigung erhalten hätten; vier Monate später sei mit zusätzlichen Gläubigern und mittlerweile erhöhten Verbindlichkeiten doch der Konkurs eröffnet worden. Folge dieser Verschleppung sei eine eindeutige Quotenverschlechterung gewesen, die zu einer Gläubigerbenachteiligung geführt habe.

Auf der Grundlage dieses Vorbringens ist allerdings das Begehren nach einer Rückzahlung des gesamten Betrags, den die beklagte Partei im November 2008 erhalten hat, an die Masse nicht schlüssig.

Die Deckungsanfechtung nach § 31 Abs 1 Z 2 Fall 1 KO erfordert kumulativ den vom Masseverwalter zu erbringenden (RIS-Justiz RS0050751) Nachweis einer – zumindest mittelbaren – Gläubigerbenachteiligung und der Befriedigungstauglichkeit des Anfechtungsanspruchs (3 Ob 106/10z; *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ [2009] Rz 11/30). Da Umstände, aus denen sich zwingend eine Quotenverschlechterung in Höhe des Klagsbetrags ergäbe, nicht erkennbar sind, wäre vom Masseverwalter eine Berechnung des der Masse durch die Konkursverschleppung tatsächlich entstandenen Nachteils anzustellen gewesen (Differenzrechnung; vgl 4 Ob 306/98y = SZ 71/210). Geltend gemacht wurde stattdessen aber nur die Rückzahlung des erhaltenen Geldbetrags; dieser kann nicht mit dem „Quotenschaden“ gleichgesetzt werden.

2. Angesichts der Feststellungen bedarf es keiner weiteren Erläuterung, dass durch die angefochtene Zahlung die beklagte Partei begünstigt wurde (§ 30 Abs 1 Z 3 KO).

3. Eine erfolgreiche Anfechtung nach den §§ 30, 31 KO setzt allerdings auch voraus, dass sie befriedigungstauglich ist: Die Beseitigung der Rechtswirkungen einer Schuldnerhandlung muss geeignet sein, die Befriedigungsaussicht der Gläubiger zu fördern (RIS-Justiz RS0050751 [T10]), indem die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger auf das Vermögen der Schuldner erweitert bzw erleichtert werden (*König*, Anfechtung⁴, Rz 5/2 und 5/4).

3.1. Nach der Rspr ist die Befriedigung eines Gläubigers durch Zahlung eines Dritten aus Vermögen, das nicht in die freie Disposition des Schuldners kommen sollte oder gekommen wäre, nicht anfechtbar. Durch die Rückgängigmachung der Zahlung würde zwar die eine Forderung erlöschen, eine ebenso große aber aufleben (RIS-Justiz RS0064410). Bei Beurteilung der Frage, ob eine Zahlung aus fremden Mitteln oder aus Mitteln der Schuldnerin erfolgte, müssen die maßgeblichen Vereinbarungen und Vorgänge nach ihrem wirtschaftlichen Zweck betrachtet werden (vgl zur gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung RIS-Justiz RS0111460 [T6]; 3 Ob 129/12k).

Dieser Vorgang wird als „Gläubigerwechsel“ bezeichnet (*Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetz, § 27 KO Rz 100 mwN; RIS-Justiz RS0110262). Entscheidend für die Unanfechtbarkeit ist aber nicht der bloße Wechsel in der Person des Gläubigers, sondern dass die Zahlung des Dritten den Befriedigungsfonds der Gläubiger nicht beeinträchtigt hat. Daraus folgt, dass die Zahlung anfechtbar ist, wenn der neue Gläubiger zugunsten seiner Forderung aus einer besseren Rechtsstellung heraus – etwa als Aufrechnungs- oder Absonderungsberechtigter – auf Vermögen des Schuldners zugreifen kann (RIS-Justiz RS0064410 [T2]) oder wenn sich der durch die Befriedigung des früheren Gläubigers erfolgte Gläubigerwechsel in sonstiger Weise zulasten der späteren Insolvenzmasse auswirkt, sich also die Position der übrigen Gläubiger verschlechtert (RIS-Justiz RS0064410 [T3], RS0110262).

3.2. Wirtschaftlich betrachtet stammt der der beklagten Partei zugeflossene Geldbetrag nicht aus der Masse, sondern von einem Dritten, der ein Darlehen gegeben hat. Selbst wenn man annähme, dass der Darlehensgeber – wirtschaftlich betrachtet – ein Darlehen an die Gesellschaft gegeben hat, ist zu beachten, dass es sich bei der Darlehensvereinbarung vom 6.11.2008 um ein einheitliches Geschäft handelt, aus dem nicht einzelne Teile für Zwecke der Anfechtung gleichsam „herausgepickt“ werden dürfen (siehe RIS-Justiz RS0123338; zuletzt etwa 3 Ob 181/11f). Nach Pkt 2. der Vereinbarung wird das Darlehen ausschließlich zur Befriedigung konkret bezifferter Forderungen von konkret genannten Gläubigern gewährt, wobei die Zahlung unmittelbar an die Gläubiger erfolgen sollte. Im Hinblick auf den der Darlehensvereinbarung zugrunde liegenden Bedingungs Zusammenhang wäre der gewährte Darlehensbetrag in keinem Fall in die Masse geflossen; die Alternative zur Zahlung an die angeführten Gläubiger wäre der Wegfall eines Geldflusses von der Darlehensgeberin gewesen.

An der fehlenden Befriedigungstauglichkeit würde sich auch nichts ändern, wenn man – mit dem Berufungsgericht – davon ausginge, dass das Darlehen der Schuldnerin von A. als

Gesellschafter iSd § 5 Abs 1 Z 3 EKEG gewährt worden wäre: Auch in diesem wäre zu beachten, dass es nach der Vereinbarung vom 6.11.2008 zu einem Geldfluss nur unter den vereinbarten Bedingungen, insb der Zweckbestimmung, gekommen ist; die Leistung an die beklagte Partei kann davon nicht isoliert werden. Der Gesellschafter konnte aufgrund der Bedingungen seiner Darlehensgeberin der Schuldnerin Kredit nur zur Befriedigung bestimmter Gläubiger verschaffen. Wenn der kreditgewährende Gesellschafter an die Stelle des befriedigten Gläubigers tritt, ist der Vorgang für die Masse nicht nur nicht nachteilig, sondern sogar günstig, hat doch der Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft nach Eigenkapitalersatzrecht keinen Rückforderungsanspruch, während der Altgläubiger als Konkursgläubiger Anspruch auf die Konkursquote hätte.

Somit kommt es auch nicht auf die vom Kläger in seiner Berufung gewünschte Feststellung an, die lautet: „*Zwischen A. und der Immobilien-GmbH einerseits und der ... [Schuldnerin] andererseits ist dahingehend ein Vereinbarung zustande gekommen, dass 1,4 Mio Euro zwecks Abwendung des Insolvenzverfahrens zur Verfügung gestellt werden. Im Rahmen dieser Darlehensgewährung wäre die Klägerin verpflichtet gewesen, den Darlehensbetrag auf Anweisung von A. zurückzuzahlen.*“

3.3. Insgesamt liegt daher eine gleiche Situation wie bei einem „Gläubigerwechsel“ vor, der die Befriedigungstauglichkeit der Anfechtung beseitigt.

Anmerkung:

1. Der komplizierte Sachverhalt lässt sich auf folgende wesentliche Elemente reduzieren: Gegen die Schuldnerin, eine GmbH, wurde bereits einige Monate vor dem nunmehr anhängigen Konkursverfahren ein Insolvenzantrag gestellt. Um die Insolvenz abzuwenden, erklärte sich ein ausländischer Unternehmer („Investor“) bereit, die Befriedigung mehrerer Gläubiger, darunter die beklagte Sozialversicherungsanstalt, zu finanzieren. Hierfür wurde eine ausgeklügelte Konstruktion gewählt: Der Investor gewährte einem Gesellschafter der Schuldnerin („A.“) mit beherrschendem Einfluss auf diese sowie der D.-Immobilien-GmbH, die im Folgenden wegen (ursprünglicher) Gesellschafteridentität mit der Schuldnerin als „Schwester-GmbH“ bezeichnet wird, ein Darlehen. Als Sicherheit dienten Grundstücke der Schwester-GmbH. A. und die Schwester-GmbH verpflichteten sich, die Gelder zur Schuldentilgung ua gegenüber der Beklagten zu verwenden, was in weiterer Folge auch geschah. Vor Abschluss der Vereinbarung musste A. auf Geheiß des Investors seine Gesellschafterstellung aufgeben; dazu trat er seinen Geschäftsanteil an den Geschäftsführer („G.“) der Schuldnerin ab und sollte im Gegenzug dafür dessen Anteile an der Schwester-GmbH erhalten. Dieser Abtretungsvereinbarung trat auch die Schuldnerin bei, weil sie sich darin verpflichtete, den zur Schuldentilgung verwendeten Betrag binnen weniger Wochen auf Anweisung von A. an die Schwester-GmbH zurückzuzahlen. Einige Monate später wurde dennoch ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet, zugleich auch über jenes von A. und der Schwester-GmbH. Der Insolvenzverwalter focht nun die Befriedigung der beklagten Sozialversicherungsanstalt gem §§ 30, 31 IO an.

2.1. Wenngleich die Beklagte nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin befriedigt und daher begünstigt iSd § 30 IO wurde, hat der OGH eine Anfechtung zu Recht abgelehnt: Denn es fehlt sowohl am Erfordernis der Gläubigerbenachteiligung (RIS-Justiz RS0064410; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetz, § 27 KO Rz 100; zur der stRspr widersprechenden Zuweisung der Beweislast zum Anfechtungsgegner siehe *König*, JBl 2012, 804 [808]) als auch der Befriedigungstauglichkeit (*König*, Die Anfechtung nach

der Konkursordnung⁴ [2009] Rz 5/8), wenn und weil eine Deckung aus Mitteln erfolgt, die nicht zum Vermögen der Schuldnerin zählen und keinesfalls in deren Dispositionsfreiheit gelangt wären. Die Befriedigung eines Gläubigers durch einen Dritten läuft nämlich – sei es aufgrund einer Vereinbarung (§ 1422 ABGB) oder auf bereicherungsrechtlicher Grundlage (§ 1042 ABGB) – auf einen bloßen Gläubigerwechsel hinaus. Dieser wirkt sich auf die Befriedigungsaussichten der Gläubiger nicht aus, sofern der neue Gläubiger keine stärkere Position (zB als Aus-/Absonderungs- oder Aufrechnungsberechtigter) als der vorherige Gläubiger erlangt (*König*, Anfechtung⁴, Rz 5/9).

2.2. Das Berufungsgericht hatte die Zahlung an die Beklagte der Schuldnerin offenbar wegen Annahme eines eigenkapitalersetzenden Kredits im Verhältnis zum erst unmittelbar zuvor ausgeschiedenen Gesellschafter A. „zugerechnet“. Die Anwendbarkeit des EKEG (dazu Pkt 3.) führt indessen lediglich dazu, dass der Rückzahlungsanspruch des Kreditgebers gesperrt (§ 14 EKEG) und in der Insolvenz der Schuldnerin nachrangig (§ 57a IO) zu behandeln ist. Das EKEG begründet dagegen keine „Nachschusspflicht“ iSd, dass der Gesellschaft in der Krise Vermögen zur Verfügung zu stellen wäre; ebenso wenig lässt sich eine solche Verpflichtung aus der konkreten Vereinbarung ableiten, ist diese doch erkennbar darauf gerichtet, der Gesellschaft keine Verfügungsmacht oder gar Eigentum an den Darlehensvaluta zu verschaffen. Es gibt daher keine Grundlage, die Leistung an die Beklagte der Schuldnerin in der Weise zuzurechnen, dass sie aus ihrem Vermögen, dh der Insolvenzmasse, getätigt worden wäre. Es ist mE auch durchaus legitim, Dritten zu ermöglichen, aus eigenen Mittel ausgewählte Gläubiger des Schuldners anfechtungsfrei zu befriedigen, zumal der Gleichbehandlungsgrundsatz für Dritte nicht gilt. Ganz entgegen der Ansicht des klagenden Masseverwalters würde die Qualifikation der Leistung an die Beklagte als eigenkapitalersetzend sogar dazu führen, dass den restlichen Gläubigern ein Vorteil aus der Rechtshandlung erwächst. Denn der neue Gläubiger wäre gem § 57a IO lediglich nachrangig zu behandeln.

3.1. Die Frage, ob die vorliegende „Kreditierung“ eigenkapitalersetzend war, könnte dementsprechend im weiteren Insolvenzverfahren eine erhebliche Bedeutung spielen. Auch wenn aus dem Sachverhalt nicht alle erforderlichen Informationen für eine lückenlose Überprüfung hervorgehen, scheint daher die ein oder andere Überlegung lohnend. Entgegen der Ausführungen der Unterinstanzen, die maßgeblich auf die Stellung von A. abstellten, drängt sich mE die Frage in den Vordergrund, ob im Verhältnis der Schuldnerin zur Schwester-GmbH ein eigenkapitalersetzender Kredit anzunehmen ist. Denn aus den in der Entscheidung dargestellten Auszügen aus dem Abtretungsvertrag geht nur ein Rückzahlungsanspruch der Schwester-GmbH (Pkt 8.2.) hervor, während zwischen A. und der D.-GmbH wechselweise auf alle Forderungen verzichtet wurde (Pkt 10.).

3.2. Da keine unmittelbare Beteiligung zwischen beiden Gesellschaften bestand, kann sich der persönliche Anwendungsbereich des EKEG nur aus § 9 Abs 2 leg cit ergeben. Dafür ist zunächst Personenidentität iSd Abs 1 leg cit zwischen beiden Gesellschaften erforderlich. Obwohl im maßgeblichen Zeitpunkt der Kreditgewährung – genauer: beim Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts (zB *Karollus* in *Buchegger*, Insolvenzrecht, Zusatzband I [2009] § 5 EKEG Rz 6) – wegen des zuvor vorgenommenen „Anteilstauschs“ zwischen A. und G. keine Gesellschafteridentität mehr vorgelegen hat, war A. immer noch „beherrschend“ iSd § 5 Abs 1 Z 3 iVm § 9 Abs 1 Z 2 EKEG an der kreditnehmenden Schuldnerin beteiligt; die genaue Höhe der Beteiligung an der kreditierenden Schwester-GmbH wurde zwar nicht festgestellt, es ist aber gut möglich, dass A. nach dem „Anteilstausch“ mit G. auch das Kriterium einer kontrollierenden Beteiligung iSd § 5 Abs 2 iVm § 9 Abs 1 Z 1 EKEG an der Schwester-GmbH erfüllte, womit die erforderliche Personenidentität iSd Abs 1 gegeben wäre. § 9 Abs 2 EKEG setzt allerdings nach hM (statt vieler *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG [2003] § 9 Rz 44; aA *Bauer/Zehetner*, Eigenkapitalersatzrecht [2004] 83) zudem voraus, dass „dieselbe Person“ eine entsprechende Weisung erteilt hat, was aus dem Sachverhalt nicht hervorgeht. Hinzuweisen ist jedoch dar-

auf, dass der Begriff der „Weisung“ weit zu verstehen ist und auch faktisch verbindliche „Anregungen“ erfasst sind (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ [2007] Anh § 74 Rz 17). Ferner spricht nach mE zutreffender Ansicht bei Kreditwürdigkeit der empfangenden Gesellschaft ein Beweis ersten Anscheins für die Weisungserteilung (*Dellinger*, EKEG – leicht zu umgehen, GES 2004, 125 [129]; für Beweislastumkehr *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG, § 9 Rz 36 ff).

3.3. Während das Tatbestandsmerkmal der Krise (§ 2 EKEG) nach den Feststellungen zweifellos erfüllt war, ist allerdings fraglich, ob die Befriedigung der Beklagten und die dadurch begründete Rückzahlungsforderung auch einen Kredit iSd § 3 EKEG an die Schuldnerin darstellt. Nach dem weiten Begriffsverständnis des EKEG ist zwar jede bewusste Überlassung von Liquidität ein Kredit. Entgegen bisher hM (zB *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG [2004] § 3 Rz 1 f; *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG, § 3 Rz 8) geht die neuere Lehre aber davon aus, dass der vorliegende Erwerb einer Forderung gegen die Gesellschaft – vorbehaltlich einer Umgehungskonstruktion – nicht anders zu behandeln sei wie ein „Stehenlassen“ in der Krise, das nach § 3 Abs 1 Z 3 EKEG ausdrücklich vom Kreditbegriff ausgenommen wurde (*Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ [2011] § 52 Rz 62; *Schopper*, Die GmbH & Co KG im Eigenkapitalersatzgesetz, in *GeD* W.-D. Arnold [2011] 147 [166]; ausführlich *Karollus*, Erwerb von Kreditforderungen durch einen Gesellschafter – ein Anwendungsfall des EKEG? GES 2012, 431). Dem ist zuzustimmen, weil der Gesellschaft keine zusätzlichen liquiden Mittel zur Verfügung gestellt werden (vgl ErlRV 124 BlgNR 22. GP, 7). Die vorliegende Konstellation dürfte daher nach dem EKEG unbedenklich sein. Nicht mehr zu überprüfen ist somit, ob – wie von der Revision vorgebracht – auch die Ausnahmebestimmung für kurzfristige Geldkredite gem § 3 Abs 1 Z 1 EKEG einschlägig ist. Es sei aber der Hinweis erlaubt, dass eine Rückzahlung binnen 60 Tagen nicht nur vereinbart, sondern auch *ex ante* realistisch und ernstlich gewollt sein muss (*Karollus* in *Buchegger*, Insolvenzrecht, Zusatzband I, § 3 EKEG Rz 7), was wegen der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung der Schuldnerin wohl kaum nachzuweisen gewesen wäre.

Folgt man also der neueren Auffassung zur mangelnden Eigenkapitalersatzqualität des „Forderungserwerbs“, ist der Rückzahlungsanspruch der Schwester-GmbH gegenüber der Schuldnerin keine nachrangige Insolvenzforderung gem § 57 IO. Es handelt sich daher um einen herkömmlichen – anfechtungsrechtlich unbedenklichen – Gläubigerwechsel.

4.1. Ein weiteres Gläubigerschutzinstitut wurde im bisherigen Verfahren mangels Vorbringens des Masseverwalters gänzlich vernachlässigt, nämlich das Verbot der Einlagenrückgewähr: Dessen Beachtlichkeit ist aber insofern naheliegend, als zumindest wirtschaftlich eine Kreditgewährung zwischen Schwestergesellschaften iWS vorliegt. Unabhängig davon, dass § 3 Abs 1 Z 3 EKEG den Forderungserwerb privilegiert, übernimmt die Schwester-GmbH durch die Befriedigung der Beklagten das Bonitätsrisiko der Schuldnerin. Diese „Kreditierung“ hält wegen der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin einem fremdüblichen Drittvergleich (dazu jüngst OGH 13.9.2012, 6 Ob 110/12p mwN) aber wohl kaum stand. Hinzu kommt, dass eine Verzinsung der Leistung – soweit ersichtlich – nicht vorgesehen war. Eine betriebliche Rechtfertigung ist auch nicht darin zu erblicken, dass die aufgewendeten Mittel vom Investor stammen und dieser eine entsprechende Verwendung vorgegeben hat, weil die Schwester-GmbH für das ihr vom Investor gewährte Darlehen als Personal- und Realschuldner haftet und die Leistung somit im Ergebnis aus ihrem eigenen Vermögen finanziert wurde.

Voraussetzung der Verbotswidrigkeit ist jedoch ferner, dass die Leistung zwischen den Schwestergesellschaften einem Gesellschafter der leistenden GmbH zurechenbar ist. Ob dies zutrifft, kann nicht abschließend beantwortet werden, weil aus dem Sachverhalt weder die genauen Beteiligungsverhältnisse hervorgehen noch, in welcher Weise A. und G. auf die Leistung der Schwester-GmbH „eingewirkt“ haben. Erschwert wird die Beurteilung dadurch, dass in rechtlicher Hinsicht große Unsicherheit herrscht, ob als Zurechnungsgrund eine Veranlassung durch den Gesellschafter in eigenem Interesse (zB *Rüffler*, Konzernfinanzierung im Lichte des EKEG, in *Kalls/Rüffler*, Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht [2004] 111 [128]) oder aus betriebsfrem-

den Motiven (*Cahn/von Spannenberg* in *Spindler/Stilz*, AktG² [2010] § 57 Rz 72, 78 ff mwN) ausreicht oder stets ein (mittelbarer) Vermögensvorteil des gemeinsamen Gesellschafters notwendig ist (zB *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern [2007] 273 mwN). Da wegen des Gesellschaftertauschs von A. und G. keine Gesellschaftsidentität zum Leistungszeitpunkt mehr gegeben war, wäre zudem zu beurteilen, inwieweit eine Kreditierung im Hinblick auf eine ehemalige gemeinsame Gesellschafterstellung der maßgeblichen Personen schadet (vgl allgemein zB RIS-Justiz RS0105518 [T7]; *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG, § 82 Rz 78). Ausgehend von der rechtlichen und tatsächlichen Ausgangslage ist ein Verstoß gegen § 82 GmbH mE jedenfalls nicht auszuschließen; es sei daher noch ein kurzer Blick auf die möglichen Rechtsfolgen erlaubt.

4.2. Aus einem Verstoß gegen § 82 GmbHG folgt nämlich, dass trotz fehlender Anfechtbarkeit gem §§ 27 ff IO ein Rückforderungsanspruch gegenüber der beklagten Sozialversicherungsanstalt auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage denkbar bleibt – allerdings zugunsten der (ebenfalls insolventen) Schwester-GmbH. Auch Dritte müssen sich nach stRSpr nämlich einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht entgegenhalten lassen, dh, wenn sie die Verbotswidrigkeit kannten oder diese evident sein musste (RIS-Justiz RS0105537; grundlegend OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h). Unter dieser Voraussetzung wäre aber auch die kreditnehmende Schuldnerin rückerstattungspflichtig. Da mangels ausreichender Vertretungsmacht kein wirksamer Titel gegeben wäre, stünde der Schwester-GmbH ein Bereicherungsanspruch als Insolvenzforderung zu (vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 83 Rz 7). Strittig ist, ob daneben unabhängig von der Bösgläubigkeit ein gesellschaftsrechtlicher Rückerstattungsanspruch besteht (dafür zB *Artmann*, Kreditgewährung im Konzern, in FS Roth [2011] 23 [25] mwN). Maßgeblich dagegen spricht mE aber, dass eine Schwestergesellschaft kein Risikokapital gewährt hat und daher auf sie auch keine spezifisch gesellschaftsrechtlichen Rechtsinstitute anwendbar sind (*Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG⁷ [2012] § 30 Rz 62 ff mwN).

5.1. Da es sich im vorliegenden Fall um keinen Kredit iSd § 3 EKEG handelt (oben Pkt 3.3.), ergibt sich auch kein Konflikt zwischen Eigenkapitalersatzrecht und Kapitalerhaltung. Variiert man den Sachverhalt jedoch nur dahingehend, dass der Schuldnerin ein neuer Kredit von der Schwester-GmbH zur Verfügung gestellt wird, um ihre Verbindlichkeiten zu tilgen, würde sich die Frage nach dem Verhältnis beider Gläubigerschutzinstrumente zueinander stellen. Es ist daher naheliegend, auch dieses Problem kurz zu thematisieren. Der genannte Konflikt besteht darin, dass der genannte (bereicherungsrechtliche) Rückerstattungsanspruch der kreditierenden Schwester-GmbH, der aus § 82 GmbHG resultiert (oben Pkt 4.2.), im Widerspruch zur Rückzahlungssperre gem § 14 EKEG steht. Die überwiegende Lehre will in diesem Fall nach Auszahlung der Kreditvaluta Letzterer den Vorrang einräumen (zB *Rüffler*, Konzernfinanzierung, 133 f; *M. Auer*, Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, in FS *Koppensteiner* [2007] 1 [4 ff]; *Karollus* in *Buchegger*, Insolvenzrecht, Zusatzband I, § 9 EKEG Rz 40 mwN; aA insb *Artmann*, Kreditgewährung, 23 ff).

5.2. Dies überzeugt mE nicht. Dem häufig angeführten Vorrang kraft Spezialität oder Posteriorität (zB *Ch. Fischer*, Eigenkapitalersatzende Konzernfinanzierung nach dem EKEG [2005] 146) ist entgegenzuhalten, dass bei ganz unterschiedlichen Tatbestandsmerkmalen kein Fall der Derogation vorliegt, was sich auch bei vergleichbaren Normenkonflikten zeigt (vgl *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen [2012] 130; *Rüffler*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation und Kapitalerhaltung in der AG, in FS *Straube* [2009] 113 [123]). Allenfalls lässt sich ein Vorrang in solchen Fällen mit dem erweislichen Willen des (späteren) Gesetzgebers begründen. Der begründungslose Entfall des im Ministerialentwurfs (306 ME 21. GP, 3) vorgesehenen (ohnehin nur auf wechselseitige Beteiligungen bezogenen) Vorrangs der Kapitalerhaltung lässt aber keine Rückschlüsse darauf zu. Gewichtiger ist zwar das systematische Argument, dass die Kreditgewährung an

eine Schwestergesellschaft in der Krise regelmäßig eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellen dürfte, weshalb § 9 EKEG bei einem Vorrang von § 82 GmbHG sein praktischer Anwendungsbereich entzögen würde (*M. Auer*, Benachteiligungsverbot, 4 ff uam). Sowohl bei einer betrieblichen Rechtfertigung der Kreditierung, die eine verbotene Ausschüttung ausschließt (dazu zB *Rüffler*, Konzernfinanzierung, 126), als auch bei Gutgläubigkeit der Schwestergesellschaft verbliebe § 9 EKEG jedoch zumindest ein ausreichender Anwendungsbereich, um keine überflüssige Normsetzung (vgl *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff⁸ [1991] 444) anzunehmen. Wenig überzeugend ist mE auch die Auffassung, dass durch den Erstattungsanspruch gem § 9 Abs 1 EKEG gegen die Konzernmutter ein angemessener Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Gläubigerinteressen stattgefunden habe (zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, Anh § 74 Rz 29). Denn der begünstigte Gesellschafter, dh der Erstattungspflichtige gem § 9 Abs 1 EKEG, ist in den relevanten Konfliktfällen ohnehin zwangsläufig rückerstattungspflichtig gem § 83 GmbHG. Die Schlussfolgerung, dass der Gesetzgeber mit dieser Rechtsfolgenanordnung gerade für den Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorsorgen wollte, ist daher kaum haltbar, zumal hierfür ohnehin ein gleichwertiger Schutz besteht. Der noch weitergehenden Auffassung, dass gar kein Verstoß gegen § 82 GmbHG vorliege, wenn und weil der Erstattungsanspruch gegen den kontrollierend Beteiligten werthaltig sei (*Artmann*, Kreditgewährung, 23 f mwN), ist ebenfalls zu widersprechen. Denn auch die Werthaltigkeit des vergleichbaren Rückerstattungsanspruchs gem § 83 GmbHG (oder des Schadenersatzanspruchs gegen den Geschäftsführer) kann die Verbotswidrigkeit einer unzulässigen Zuwendung nicht ausschließen. Außerdem ist nicht einsichtig, warum die kreditgebende Gesellschaft das Risiko einer unvorhersehbaren, nachträglichen Zahlungsunfähigkeit des begünstigten Gesellschafters, dh der Mutter, tragen soll.

Vielmehr ist umgekehrt fraglich, ob gem § 14 EKEG auch (gesetzliche) Rückzahlungsansprüche infolge von Nichtigkeit (§ 879 ABGB) des Kreditvertrages gesperrt sind. Naheliegend ist gerade das Gegenteil, weil dem Gesetzgeber aus systematischer Sicht nicht unterstellt werden sollte, gesetzswidrige Vermögensverlagerungen in ihrem Bestand zu sichern. Jedenfalls bedürfte es hierfür einer gewichtigen Rechtfertigung, die bei einem Interessenkonflikt der vom EKEG geschützten Gläubiger mit dem finanzierungsverantwortlichen Gesellschafter idR zwar gegeben sein dürfte (insofern zutreffend *Karollus* in *Buchegger*, Insolvenzrecht, Zusatzband I, § 14 EKEG Rz 32). Besteht der Verbotszweck aber seinerseits im Schutz Dritter, bedarf es einer umfassenden Interessenabwägung. Dabei überwiegt die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Gläubiger der Kreditgeberin darauf, dass das Vermögen der Gesellschaft nicht durch fremdunübliche Konzerngeschäfte auf Wunsch der Konzernmutter geschmälert wird, gegenüber jenem der Gläubiger der Kreditnehmerin in ihrem Vertrauen auf den exekutiven Zugriff auf eine rechtswidrig erlangte Leistung (*Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG³, § 52 Rz 60a). Die hM führt dagegen zum Ergebnis, dass die Konzernmutter mittels rechtswidriger Weisung entscheiden kann, welcher Gläubigergruppe das Vermögen im Endeffekt zukommt. Dies befremdet, selbst wenn die Konzernmutter hierfür rückerstattungspflichtig wird. Insgesamt sprechen mE die besseren Gründe dafür, § 14 EKEG auf den Rückerstattungsanspruch wegen eines Verstoßes gegen § 82 GmbHG nicht anzuwenden.

6. Der vorliegende Sachverhalt zeigt zusammengefasst paradigmatisch, dass das Anfechtungsrecht in vielen Fällen nicht losgelöst vom Gesellschaftsrecht betrachtet werden darf und der gesellschaftsrechtliche Gläubigerschutz den anfechtungsrechtlichen (und umgekehrt) in vielerlei Hinsicht ergänzen kann (vgl *Trenker*, Insolvenzanfechtung, 175 f und 248 ff). Auch innerhalb des Gesellschaftsrechts eröffnen sich unterschiedliche Schutzmechanismen, deren Verhältnis zueinander durchaus problematisch werden kann.

Martin Trenker

MMag. Dr. Martin Trenker ist Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck.

GesRZ-QUARTALSABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD

AKTION
JETZT 20%
GÜNSTIGER!



BESTELLEN SIE JETZT IHR QUARTALSABO

Ja, ich bestelle Exemplare

GesRZ-Quartalsabo 2015 inkl. Onlinezugang und App

(44. Jahrgang 2015, Heft 5+6)

EUR 30,60

Jahresabo 2015 EUR 153,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma _____

Kundennummer _____

Straße/Hausnummer _____

PLZ/Ort _____

E-Mail _____

Telefon (Fax) _____

Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift _____

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

www.lindeverlag.at • office@lindeverlag.at • Fax: 01/24 630-53

Linde