

Kein (materieller) Eigenkapitalcharakter einer atypisch stillen Beteiligung nach 6 Ob 204/16t

Gläubigerschutz bei schuldrechtlichen Unternehmenswertbeteiligungen¹⁾

Martin Trenker

In der vielbeachteten²⁾ Grundsatzentscheidung 6 Ob 204/16t hat der OGH jüngst eine analoge Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf einen stillen Gesellschafter einer GmbH & Co KG abgelehnt, obwohl dessen Beteiligung insofern atypisch ausgestaltet war, als er vermögensrechtlich wie ein Kommanditist am Unternehmenswert beteiligt wurde und somit nach bisher hM steuerrechtlich als Mitunternehmer zu qualifizieren war. Der OGH hat § 10 Abs 2 letzter S EKEG nämlich im Einklang mit § 187 UGB die Wertung entnommen, dass es sich bei einer solchen atypisch stillen Beteiligung grundsätzlich um Fremdkapital handle. Der 6. Senat hat damit die Streitfrage nach der Fortgeltung jener Judikatur verneint, welche derartige „stille Mitunternehmer“ hinsichtlich zwingender Gläubigerschutzregelungen, besonders im Insolvenzfall, wie Eigenkapitalgeber behandelt hatte. Dennoch sind damit noch keineswegs sämtliche Fragen um das auf atypisch stille Gesellschafter anwendbare Gläubigerschutzregime geklärt. Das praktische Bedürfnis nach deren Klärung ist freilich umso größer, als sich richtigerweise für sämtliche schuldrechtliche, unternehmenswertbeteiligte Finanzierungsmodelle, insbesondere etwa für Genussrechte, dieselben Fragen stellen und diese auch grundsätzlich gleich zu beantworten sind. Der vorliegende Beitrag möchte daher ausgehend von 6 Ob 204/16t den Gläubigerschutz bei atypisch stillen Gesellschaften und anderen schuldrechtlichen Unternehmenswertbeteiligungen untersuchen.

Stichwörter: Stille Gesellschaft; materielles Eigenkapital; Kapitalerhaltung; insolvenzrechtliche Nachrangigkeit; Nachrangabrede; Rangrücktritt; Verbot der Einlagenrückgewähr; Eigenkapitalersatzrecht; Abfindungsanspruch; Mindestabfindung; Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft; Genussrecht; partiarisches Darlehen; atypisch stille Beteiligung; steuerrechtliche Mitunternehmerschaft; Unternehmenswertbeteiligung; Bilanzierung stiller Beteiligung.

Normen: §§ 52, 54 AktG; §§ 10, 14 EKEG; § 23 Z 2 EStG; § 82 GmbHG; § 57a IO; §§ 164, 179, 181 Abs 2, 184, 185, 186, 187, 188 UGB.

JEL-Classification: K 32.

In a recent landmark decision (6 Ob 204/16t) the Austrian Supreme Court declined the analogous application of the prohibition of repayment of contributions to shareholders according to sections 82 GmbHG, 52 AktG to the case that such contributions are made by silent partners. This is especially remarkable, because the silent partner in question actually participated in the shareholder value of the enterprise just like a limited partner. The court based its decision mainly on sections 10 EKEG and 187 UGB arguing that even the participation of such „atypical silent partners“ was to qualify as debt capital. The 6th Senate of the Supreme Court thereby rejects the applicability of its previous jurisdiction, which treated atypical silent partners as equity investors in regard to the protection of creditors. The following contribution will comprehensively analyse the protection of creditors in regard to atypical silent partnerships and other – non-corporate – forms of participation, such as profit participation rights („Genussrechte“).



Photo: privat

Ass.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker, Institut für Zivilgerichtliches Verfahren, Universität Innsbruck; e-mail: martin.trenker@uibk.ac.at

1. Problemaufriss

Die stille Gesellschaft entzieht sich wegen ihrer Zwitterstellung zwischen schuldrechtlicher (partiarischer) Finanzierung und echter Gesellschaft seit jeher einer gesicherten dogmatischen Erfassung.³⁾ Das gilt umso mehr, als sie dem Rechtsanwender in der Praxis unter dem Sammelbegriff der sogenannten atypisch stillen Gesellschaft in einer Vielzahl unterschiedlicher Gestaltungen begegnet. Die nachstehenden Ausführungen sollen ausgehend von der insoweit richtungsweisenden Entscheidung 6 Ob 204/16t einen Beitrag zur Klärung der Rechtsnatur leisten, indem vor dem Blickwinkel des anwendbaren Gläubigerschutzregimes die äußerst umstrittene Frage nach der Qualifikation einer stillen Gesellschaft mit Unternehmenswertbeteiligung als Fremd- oder Eigenkapital untersucht wird (2.). Konkret geht es um die Frage nach der

- 1) Der vorliegende Beitrag ist eine erweiterte Schriftfassung eines Vortrags, den der Verfasser am 18.4.2018 am Juridicum Wien im Rahmen des „Hügel-Seminars“ gehalten hat.
- 2) S nur die Fülle an Entscheidungsanmerkungen: U. Edelmann, ÖBA 2018, 277 (281); H. Foglar-Deinhardstein, NZ

- 2017, 473 (476); Hochedlinger, GesRZ 2017, 391 (398); Holländer, AnwBl 2018, 255 (256); J. Kepplinger, ZFR 2018, 88; Told, VbR 2018, 35 (37); Wenger, RWZ 2017, 344 (346).
- 3) Für Österreich dazu (einzig) ausf Bauer, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument (2001) 219 ff.

Anwendung all jener Rechtsfolgen, die typischerweise mit der Qualifikation als materielles Eigenkapital im Interesse des Gläubigerschutzes einhergehen: Namentlich sind Eigenkapitalgeber im Insolvenzfall nachrangig (4.2.), unterliegen bei (verdeckten) Kapitalgesellschaften dem Verbot der Einlagenrückgewähr (4.3.), weshalb ihnen zudem keine Mindestabfindung, die über den wahren Wert der Beteiligung hinausgeht, garantiert werden darf (4.4.), und es gelten für sie die Grundsätze über die Lehre vom fehlerhaften Verband (4.5.).

Die Bedeutung der Themenstellung reicht freilich weit über die stille Gesellschaft hinaus, weil die hierzu gefundenen gesetzlichen Wertungen als einzige Anhaltspunkte für die Behandlung schuldrechtlicher Beteiligungsfinanzierungen verallgemeinerungsfähig sind: Die gefundenen Lösungen gelten für vergleichbare Finanzierungsmodelle, wie Genussrechte oder partiarische Darlehen gleichermaßen (3.).

2. Allgemeiner Grundsatz: Atypisch stille Beteiligung als Fremdkapital

2.1. Gesetzliche Ausgangslage: Stille Beteiligung als Fremdkapital

Auch wenn § 179 UGB entgegen seiner Überschrift („Begriff und Wesen der stillen Gesellschaft“) keine Definition enthält, so lässt sich die stille Gesellschaft mE am besten wie folgt beschreiben: Eine Person beteiligt sich schuldrechtlich mit einer Einlage an einem Unternehmen (oder sonstigen Vermögen)⁴⁾ einer anderen Person (= Inhaber) in der Form, dass sie an dessen Wertveränderungen partizipiert, ohne dass Gesellschaftsvermögen entsteht.⁵⁾ Diese Beteiligung setzt

also grundsätzlich⁶⁾ die Erbringung einer Einlageleistung seitens des Stillen voraus; quasi als Gegenleistung partizipiert er am Ergebnis des Unternehmens.

Diese Ergebnisbeteiligung ist nun beim gesetzlichen Regelfall, der typischen stillen Gesellschaft so ausgestaltet, dass die Gewinne und Verluste des Stillen grundsätzlich „nur“ von den Ergebnissen aus der betrieblichen Tätigkeit abhängig sind.⁷⁾ Bei der – vorliegend interessierenden Form⁸⁾ der – atypisch stillen Gesellschaft soll der Stille hingegen am „echten“ Unternehmenswert beteiligt sein, sodass auch stille Reserven und Firmenwert in die Berechnung des „Anteils“ des Stillen am Ergebnis oder am Unternehmenswert selbst (vgl zu dieser Unterscheidung sogleich unten 2.2.1.2.) einzuberechnen sind. Diese Unternehmenswertbeteiligung des atypisch Stillen ist zurückgehend auf Judikatur des deutschen Rechtsfinanzhofs⁹⁾ aus den 20er Jahren auch Voraussetzung einer steuerrechtlichen Mitunternehmerschaft iSd § 23 Z 2 EStG.¹⁰⁾

Bei Beendigung der typischen wie atypischen stillen Gesellschaft gem §§ 184 f UGB kommt es mangels Gesellschaftsvermögens zu keiner Liquidation, sondern nur zu einer schuldrechtlichen Auseinandersetzung: Dabei ist dem Stillen sein Abfindungsguthaben in Geld zurückzubezahlen (§ 186 Abs 1 UGB). Das Abfindungsguthaben errechnet sich aus der Einlage zuzüglich noch nicht behobener Gewinne und abzüglich der verrechneten, aber noch nicht ausgeglichenen Verluste¹¹⁾, egal ob die Gewinne/Verluste am Einlagekonto (Ein-Konten-Modell) oder einem eigenen Verrechnungskonto (Zwei-Konten-Modell) verbucht wurden.

Auch die Konkursöffnung (nicht aber: Sanierungsverfahrenseröffnung [§ 185 Abs 2 UGB *e contrario*]) über den Un-

ternehmensinhaber beendet die stille Gesellschaft zwingend.¹²⁾ § 187 Abs 1 UGB erklärt den folglich entstehenden Abfindungsanspruch des Stillen, also den Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage, soweit sie nicht durch Verluste aufgezehrt wurde, explizit zur Insolvenzforderung. Der Stille wird vom Gesetz somit einem Fremdkapitalgeber gleichgehalten, soweit von seiner Einlage trotz der Verlustzuweisungen im Insolvenzfall noch etwas übrig ist.¹³⁾ Zwangsläufig ist das der Fall, wenn er nach dem Gesellschaftsvertrag von der Verlusttragung ausgeschlossen wird, was § 181 Abs 2 UGB explizit erlaubt.

Diese (partielle) insolvenzrechtliche Gleichstellung des Stillen mit sonstigen Gläubigern und die damit verbundene Abgrenzung zur Stellung des Kommanditisten erfolgte aufgrund einer im Rahmen der Entstehungsgeschichte des ADHGB reiflich diskutierten und überlegten Entscheidung des Gesetzgebers¹⁴⁾, was gerade im gegenständlichen Kontext nicht außer Augen gelassen werden darf.

2.2. Frühere Rsp: Atypisch stille Beteiligung als materielles Eigenkapital

2.2.1. Insolvenzrechtliche Nachrangigkeit

2.2.1.1. Denn die Rsp hat diese Besserstellung des Stillen gegenüber einem „echten Gesellschafter“, insbesondere einem Kommanditisten, offenbar dann für unbillig erachtet, wenn der Stille nicht nur am bilanziellen Ergebnis, sondern wie ein echter Gesellschafter am gesamten Unternehmenserfolg beteiligt ist. Die Anmeldung eines allfälligen Abfindungsguthabens als Insolvenzforderung wurde dem Stillen deshalb seit der in Folge des WEB-Skandals ergangenen Entscheidungen 8 Ob 4, 5/95 trotz bzw entgegen

4) Diese seit der GesBR-Reform mögliche Form der stillen Gesellschaft (dazu zB *Trenker* in U. Torggler, UGB² [2016] § 179 Rz 2a) interessiert im vorliegenden Kontext nicht näher.

5) Vgl *Trenker* in U. Torggler, UGB² § 179 Rz 2; idS auch *Bauer*, Stille Gesellschaft 167 ff; *Hochedlinger* in Jabornegg/Artmann, Kommentar zum UGB I² (2010) § 179 Rz 3; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) Rz 394 f; *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht (2016) Rz 490; *C. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/1073; ferner *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I⁴ (40. Lfg; 2013) § 179 Rz 10; letztlich auch OGH 2 Ob 114/02a, wenn darin maßgeblich auf die Gewinnbeteiligung abgestellt wird.

6) Schenkungsweise Einbuchung ist möglich, s zB *U. Torggler/Straube* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I³

(2003) § 178 Rz 19; *Trenker* in U. Torggler, UGB² § 179 Rz 13 je mwN.

7) *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT Rz 407; *Trenker* in U. Torggler, UGB² § 182 Rz 3.

8) Zu den unterschiedlichen Typen, welche unter den Begriff der atypisch stillen Gesellschaft subsumiert werden, *Straube/V. Appl* in WK-UGB I⁴ § 179 Rz 43 ff; *Trenker* in U. Torggler, UGB² § 179 Rz 16.

9) RFHE 18, 162; grundlegend *E. Becker*, StuW 1925, 1579 (1606); näher *Levedag* in *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft⁸ (2016) Rz 20.60.

10) VwGH 3122/79; 93/15/0163; 2004/15/0126; 2005/13/0050; 2012/15/0234; RIS-Justiz RS0075202.

11) Statt so vieler *Trenker* in U. Torggler, UGB² § 186 Rz 4.

12) *Krejci*, Gesellschaftsrecht I: Allgemeiner Teil und Personengesellschaften (2005) 458; *Straube/V. Appl* in WK-UGB I⁴ § 184, 185 Rz 12; *Trenker* in U. Torggler, UGB² § 185 Rz 6; *Konwitschka* in

Zib/Dellinger, UGB Großkommentar II (2017) § 185 Rz 50 f.

13) *Harrer*, Die stille Gesellschaft in der Krise des Geschäftsinhabers, GesRZ 1999, 218 (219); *Bauer*, Stille Gesellschaft 219, 256; *Trenker* in U. Torggler, UGB² § 187 Rz 4; *Dreher* in *Bergmann/Ratka*, Handbuch Personengesellschaften (2016) 6/93; *C. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 2/1066.

14) In der zweiten Lesung war noch eine pauschale Nachrangigkeit des Stillen vorgesehen; dies wurde jedoch aufgrund eines überaus lesenswerten Antrags eines Hamburger Abgeordneten in dritter Lesung im Wesentlichen entsprechend der heutigen Rechtslage geändert, s *Lutz*, Protokolle der Kommission zur Berathung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (1858) 4547 ff; ferner *K. Schmidt*, Die Kreditfunktion der stillen Einlage, ZHR 140 (1976) 475 (482).

§ 187 Abs 1 UGB verwehrt; der atypisch Stille sei vielmehr stets nur nachrangig zu befriedigen. Begründet wurde dies damit, dass der Stille wegen seiner Unternehmenswertbeteiligung steuer- und gesellschaftsrechtlich Mitunternehmer und daher wie ein echter Gesellschafter Eigenkapitalgeber sei.¹⁵⁾ Dem in 8 Ob 4, 5/95 vereinbarten Verlustausschluss wurde demgegenüber der Charakter eines „leeren Versprechens“ attestiert.

2.2.1.2. Obwohl der OGH zur Begründung dieses Ergebnisses eine teleologische Reduktion von § 187 Abs 1 UGB nicht für erforderlich hielt, so läuft diese Judikatur mE bei näherer Analyse doch genau darauf hinaus. Keiner teleologischen Reduktion bedürfte es lediglich, wenn die Nachrangigkeit unmittelbar aus der vertraglichen Vereinbarung der Unternehmenswertbeteiligung folgt, weil ihre Grundlage dann allein auf den Parteiwillen gestützt werden könnte.¹⁶⁾ Oftmals wird das unterm Strich zugegebenermaßen der Fall sein, wenn eine Beteiligung am Unternehmenswert ohne weitere Einschränkungen vereinbart wurde. Eine solche Beteiligung am Unternehmenswert ist im Insolvenzfall, also bei Überschuldung, nämlich fast zwangsläufig wertlos¹⁷⁾, sodass sich im Ergebnis aus der Vereinbarung ergibt, dass dem Stillen gar kein positives Abfindungsguthaben zusteht. Sein Auseinandersetzungsguthaben wäre schlicht null. Der atypisch Stille erhält unter dieser Annahme also im völligen Einklang mit der Anordnung des § 187 Abs 1 UGB nichts, weil seine Einlage durch Verluste aufgezehrt ist. Eines Rückgriffs auf den angeblichen materiellen Eigenkapitalcharakter seiner Beteiligung bedarf es insoweit nicht.

Schon dieses Resultat setzt aber ein gewisses Vorverständnis der Bedeutung einer „Unternehmenswertbeteiligung“ voraus, nämlich dass die Abfindung des Stillen im Insolvenzfall einfach in Form eines bestimmten Anteils an der *absoluten Höhe* des Unternehmenswerts errechnet werden kann. Diese Interpretation ist zwar in Deutschland herrschend¹⁸⁾, aber keineswegs zwingend. Im Einklang mit dem gesetzlichen Konzept der §§ 181 f, 186 UGB (s oben 2.1.) kann die Beteiligung auch an stillen Reserven einschließlich des Firmenwerts nämlich durchaus anders zu verstehen sein: Sie kann auch nur bedeuten, dass die dem Stillen zuzuweisenden Gewinne und Verluste abhängig von der *Erhöhung/Minderung* des gesamten und nicht nur des bilanziellen Unternehmenswerts errechnet werden.¹⁹⁾ Für diese Auslegung kann immerhin sprechen, dass der Stille andernfalls ja auch an – ihm möglicherweise unbekanntem – verdeckten Reserven und Lasten partizipieren würde, die vor seinem Eintritt begründet wurden, was zumindest nicht unbedingt gewollt sein muss.²⁰⁾ In der Entscheidung 8 Ob 4, 5/95 ging es dementsprechend tatsächlich nur „um Beteiligung am laufenden Erfolg und an den Vermögenswertsteigerungen (stille Reserven, Firmenwert)“; in 8 Ob 107/97m und 8 Ob 112/97x wurde für eine atypisch stille Gesellschaft in Form einer steuerrechtlichen Mitunternehmerschaft ebenfalls nur eine „Beteiligung an den Steigerungen des Vermögenswertes“ gefordert. Auch im österreichischen Schrifttum ist diese Auslegung einer atypisch stillen Beteiligung am Unternehmenswert verbreitet.²¹⁾

Nach letzterem Verständnis der Beteiligung an der Unternehmenswertverände-

rung ist ein Abfindungsguthaben im Insolvenzfall jedenfalls ohne weiteres denkbar: Wenn sich der Stille beispielsweise mit einer Einlage von 1.000.000 EUR zwei Jahre vor Insolvenzeröffnung zu 10% am (Unternehmenswert-)Ergebnis beteiligt und ihm folglich von den in beiden Jahren jeweils erwirtschafteten Verlusten (inklusive stiller Reserven und Firmenwert) von 3.000.000,- EUR je 300.000,- EUR zuzuschreiben sind, bleibt ihm im Insolvenzfall trotz Unternehmenswertbeteiligung ein Abfindungsanspruch von 400.000,- EUR.²²⁾ Dieser könnte – um zur Ausgangstheze zurückzukehren – folglich nur dann widerspruchsfrei als nachrangig eingestuft werden, wenn man sich zu einer teleologischen Reduktion von § 187 Abs 1 UGB im Gläubigerschutzinteresse bekennt. An dieser Stelle sei hierzu allerdings bereits kritisch bemerkt, dass der historische Gesetzgeber dem Stillen in Art 258 ADHGB, der Vorgängernorm zu § 187 UGB, gerade deshalb eine Konkursforderung zuerkannt hat, weil er es für unbillig hielt, den ohnehin schon um die Verluste gekürzten Anspruch des Stillen nochmals hinter die Ansprüche der Gläubiger zurücktreten zu lassen.²³⁾

2.2.1.3. Nicht überzeugen kann eine Deutung der von der Rsp postulierten Nachrangigkeit des atypisch Stillen als bloße Auslegung des Parteiwillens darüber hinaus in solchen Fällen, in denen der Vertrag zwar einerseits von einer Unternehmenswertbeteiligung spricht, den Stillen aber andererseits gem § 181 Abs 2 UGB von der Verlusttragung befreit. In derartigen Konstellationen versagt die ergänzende Vertragsauslegung nämlich regelmäßig²⁴⁾ zur Begründung des fehlenden Konkursteilnahmeanspruchs: Es

15) OGH 8 Ob 4, 5, 7/95; 8 Ob 39/95; 8 Ob 114/02a; RIS-Justiz RS0075202; RS0062141 mit Beisatz T 2; vgl auch RS0102971.

16) IdS *Oberndorfer*, Zur Zulässigkeit einer Abfindungsgarantie zugunsten eines atypisch stillen Gesellschafters, RdW 2005, 476 (479 Fn 20); *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) (2004) § 10 Rz 1; *Konwitschka* in *Zib/Dellinger*, UGB II § 187 Rz 3; *Told*, Kapitalmarktrechtliche Schadenersatzansprüche in der Insolvenz, ZFR 2014, 109 (113 ff); wohl auch *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen (1998) 91; *Rüffler*, Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht – über eine schwierige Beziehung, ÖBA 2011, 699 (701 bei und in Fn 32).

17) Ausf *Told*, ZFR 2014, 109 (114 f), wobei mE fraglich ist, warum sie nach ihren Berechnungskriterien zum Ergebnis kommt, dass die Einlage des Stillen *nur möglicherweise* noch nicht durch Verluste aufgezehrt ist.

18) BGH II ZR 223/92 NJW-RR 1994, 1185; II ZR 132/94 DStR 1995, 1315; *K. Schmidt* in *K. Schmidt*, Münchener

Kommentar zum Handelsgesetzbuch III³ (2012) § 235 Rz 57; *Kauffeld* in *Blaurock*, Stille Gesellschaft⁸ Rz 16.27 f; *Harbarth* in *Canaris/Habersack/Schäfer*, Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar IV⁵ (2014) § 235 Rz 51; ebenso *Bauer*, Stille Gesellschaft 179; *G. H. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² (2006) Rz 479.

19) Vgl möglicherweise idS *Kauffeld* in *Blaurock*, Stille Gesellschaft⁸ Rz 14.35.

20) Hierfür freilich ausdrücklich *Bauer*, Stille Gesellschaft 179; nach *Keul* in *Gummert/Weipert*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts II⁴ (2014) § 92 Rz 28 sei dies zumindest zu vermuten.

21) IdS *U. Torggler/Straube* in *Straube*, HGB I³ § 186 Rz 6; *Trenker* in *U. Torggler*, UGB² § 179 Rz 16, § 186 Rz 6; ebenso *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 91; „Steigerungen des Vermögens“; *Harrer*, GesRZ 1999, 218 (223); *B. Fink*, Auswirkungen eines Insolvenzverfahrens auf die stille Gesellschaft, in *Clavara/Kapp/Mohr*, Jahrbuch Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016 (2016) 227; „gesamten Wertänderung des Unternehmens“; *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht Rz 526.

22) Auch *Harrer* (GesRZ 1999, 218 [224]) hält eine bloße Minderung des Werts der Beteiligung für möglich, ja offenbar sogar für den Regelfall.

23) *Lutz*, Protokolle ADHGB 4547 f; vgl idS auch *Harrer*, GesRZ 1999, 218 (224).

24) Systematisch haltbar wäre zwar eine Auslegung, wonach der Verlustausschluss nur zu dem Zweck vereinbart wurde, dass erwirtschaftete Gewinne entgegen § 182 Abs 2 S 2 UGB auch schon vor Abdeckung bereits angefallener Verluste ausbezahlt werden dürften (so *Told*, ZFR 2014, 109 [115]). Dem Parteiwillen wird das aber in aller Regel nicht gerecht, weil es fast lebensfremd anmutet, einem durchschnittlichen Investor (insbesondere einem Konsumenten [vgl auch § 6 Abs 3 KSchG]) wäre beim Verlustausschluss nur an dieser spezifischen Facette des Verlustausschlusses gelegen. Vielmehr wird ein Verlustausschluss doch nach der Übung des redlichen Verkehrs so zu verstehen sein, dass der Investor vor einem Totalverlust seiner Einlage gefeit sein soll (zutr daher *Schön*, Die stille Beteiligung an dem Handelsgewerbe einer Kommanditgesellschaft, ZGR 1990, 220 [230]).

überzeugt nicht, eine mögliche Inkonsistenz in den vertraglichen Regelungen einfach dahingehend aufzulösen, dass der Verlustausschluss als „leeres Versprechen“ verstanden wird, wie dies der OGH in 8 Ob 4, 5/95 getan hat. Vielmehr ist nach allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung (§§ 914 f ABGB) zu versuchen, ein widerspruchsfreies Ergebnis zu erzielen²⁵); im gegenständlichen Kontext bedeutet dies mangels anderer Anhaltspunkte mE einfach, dass die Unternehmenswertbeteiligung eben nur unter der Voraussetzung eines positiven Unternehmensergebnisses, also *nur zugunsten* des stillen Gesellschafters, greifen soll.²⁶ Man mag ein solches „Rosinenpicken“ für mit Gläubigerschutzgründen unvereinbar erachten (dazu noch unten 4.2.1.), doch muss man dann eben wieder § 181 Abs 2 UGB oder zumindest im Insolvenzfall § 187 Abs 1 UGB teleologisch reduzieren. Ein solches Ergebnis hingegen im Wege der Vertragsauslegung zu unterstellen, läuft auf eine unberechtigte Fiktion des Parteiwillens hinaus, mit der der Rechtsanwender versucht, im Wege der Vertragsauslegung das zu erreichen, was ihm eigentlich unter Schutzgesichtsaspekten vorschwebt.²⁷

Überzeugen könnte die „Weginterpretation“ des vertraglichen Verlustausschlusses nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung (§§ 914 f ABGB) nur dann, wenn eine Beteiligung mit Verlustausschluss nicht geeignet wäre, eine steuerliche Mitunternehmerschaft zu begründen und es den Parteien in erster Linie darum ging, eine solche zu erreichen. Eine Verlustbeteiligung ist aber zumindest nach der Auffassung *Bergmanns*²⁸) für eine steuerrechtliche Mitunternehmerschaft gar nicht notwendig, weil eine derartige Mitunternehmerschaft seines Erachtens seit Einführung des UGB überhaupt nicht mehr von einer umfassenden Ergebnisbeteiligung abhängig ist. Eine Absicht der Parteien, eine steuerliche Mitunternehmerschaft unbedingt zu erreichen, wäre zudem jedenfalls begründungsbedürftig, weil die Subsumtion unter § 23 Z 2 EStG nicht *per*

se vorteilhaft gegenüber der Besteuerung gem § 27 Abs 2 Z 4 EStG (Einkünfte aus Kapitalvermögen) ist. Auch insoweit kann eine *generelle* Annahme einer insolvenzrechtlichen Nachrangigkeit bei Beteiligung am Unternehmenswert also nur durch eine Rechtsfortbildung im Gläubigerinteresse überzeugend begründet werden.

2.2.2. Sittenwidrigkeit vereinbarter Mindestabfindung, Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und des Eigenkapitalersatzrechts

Eine Berufung auf den Parteiwillen scheidet als Grundlage für eine Nachrangigkeit des stillen Gesellschafters ferner, wenn dem atypisch stillen Gesellschafter trotz Unternehmenswertbeteiligung ein Mindestguthaben für den Abfindungsfall oder eine jährliche, ergebnisunabhängige Mindestverzinsung eingeräumt wird.²⁹ Der vereinbarten Unternehmenswertbeteiligung ist in dieser Konstellation gerade nicht implizit der Parteiwille zu entnehmen, dass der Stille im Insolvenzfall vor Befriedigung aller Verbindlichkeiten keinen Anspruch gegen die Gesellschaft habe – im Gegenteil soll gerade dieses Szenario verhindert werden. Das dürfte auch der OGH erkannt haben, weshalb er bei vereinbarter Mindestabfindung den methodisch „ehrlicheren“ Weg beschritt und eine dem atypisch stillen Gesellschafter garantierte Mindestabfindung für sittenwidrig wegen Gläubigerbenachteiligung erachtete, soweit die garantierte Abfindung höher als der wahre Wert der Beteiligung sei.³⁰ Die Begründung dafür ist aber nicht in einer besonders verpönten Einzelfallgestaltung zu sehen, sondern beruht auf einem konsequenten Fortdenken der postulierten Nachrangigkeit des stillen Mitunternehmers gegenüber sonstigen Gläubigern: Ein stiller Gesellschafter, der vermögensrechtlich wie ein Eigenkapitalgeber, insbesondere ein Kommanditist beteiligt sein möchte, muss nach Auffassung dieser Rsp – nach dem Motto „guter Tropfen, böser Tropfen“ – offenbar auch

im Ausscheidensfall gegenüber den Interessen der „echten“ Fremdkapitalgeber zurückstecken: Folglich darf ihm keine Abfindung ausbezahlt werden, die höher als der wahre Wert seiner Beteiligung ist. Da der wahre Wert der Beteiligung gerade im Insolvenzfall gegen null gehen dürfte, ist durch diesen Ansatz wiederum die insolvenzrechtliche Nachrangigkeit gewährleistet.

Dieser vom Parteiwillen unabhängige Lösungsansatz, der allein dem objektiven Gläubigerschutz verhaftet ist, liefert zudem die einzig konsistente Begründung dafür, dass die Rsp³¹) die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft auf solche atypisch stillen Gesellschafter, nicht hingegen auf typische³²) zur Anwendung bringt.³³ Auch die „Umqualifikation“ von Darlehen, die solche atypisch Stillen der Gesellschaft zusätzlich zu ihrer Beteiligung gewähren, in Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen in 8 Ob 2107/96b³⁴) kann sich abgesehen von echten „Finanzplankrediten“³⁵) nicht ohne weiteres aus einer subjektiven Anknüpfung am Parteiwillen, sondern nur aus objektiven Schutzgesichtspunkten ergeben.

2.2.3. Fazit: Zwingende Eigenkapitalqualifikation aus Gläubigerschutzgründen

Zusammengefasst wird bei einer Absicht, die Beteiligung ohne Wenn und Aber vom absoluten Wert des Unternehmens abhängig zu machen, zwar ein Abfindungsanspruch häufig und diesfalls rechtsformunabhängig auszuschließen sein. Der mangelnde Konkurssteilnahmeanspruch des atypisch Stillen kann in gewissen Konstellationen somit in der Tat mit dem Parteiwillen begründet werden. Die höchstrichterlichen Entscheidungen sind hingegen bei näherer Betrachtung als Ausflüsse einer Gleichstellung von am Unternehmenswert beteiligter stiller Gesellschafter mit „echten“ Gesellschaftern zu verstehen, deren teleologisches Fundament Gläubigerschutzergänzungen sind; die befürworteten Rechtsfolgen sind

25) RIS-Justiz RS0017767, zB OGH 5 Ob 288/74; 4 Ob 101/08v uvm; *Heiss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 914 Rz 69 (Stand 1.8.2017, rdb.at).

26) Vgl *Schön*, ZGR 1990, 220 (230); *Trenker*, Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers, wbl 2011, 126 (129 f); idS auch *A. Leitner*, Stille Gesellschaft und Eigenkapitalersatz, *ecolex* 1999, 399 (400); s näher oben Fn 24; aA *Told*, ZFR 2014, 109 (115).

27) Vgl in anderem Kontext *Klöhn*, Treuhanderkonstruktionen bei Publikumpersonengesellschaften, in VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012 (2013) 143 (156); *Trenker*, (Außen-)Haftung

des Treugeberkommanditisten (Teil II), *GerZ* 2017, 95 (96).

28) Neue ertragsteuerliche Beurteilung der atypisch stillen Gesellschaft seit dem UGB? *SWK* 2009, 534; *ders.*, Genussrechte Ausgestaltung – Rechnungslegung – Besteuerung (2016) 411 ff; s ferner *dens.*, Der neue Mitunternehmerbegriff seit dem UGB, *GerZ* 2009, 22; dagegen wiederum *Beiser*, Die Mitunternehmerqualität im Licht des UGB, *SWK* 2009, 779.

29) Vgl zu letzterem *Hochedlinger*, *GerZ* 2017, 398 (Anm).

30) OGH 10 Ob 73/04i; RIS-Justiz RS0034714 mit Beisatz T 1, 2.

31) OGH 8 Ob 12/93; RIS-Justiz RS0062080;

s auch 8 Ob 2124/96b.

32) OGH 4 Ob 233/00v.

33) So erklärt *Riffler* (ÖBA 2011, 699 [701]) die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – neben Rückabwicklungsschwierigkeiten im Innenverhältnis – gerade mit der Nachrangigkeit der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

34) RIS-Justiz RS0075202 mit Beisatz T 2; s ferner OGH 8 Ob 2124/96b.

35) Dazu nach Einführung des EKEG zB *Karollus* in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband (2009) § 3 EKEG Rz 32.

folglich vom Parteiwillen unabhängig und zwingend.³⁶⁾ Ob dieser Zugang auch richtig ist/war, sei an dieser Stelle freilich noch dahingestellt (siehe sogleich unten 2.3.2. sowie 4.2.1.).

2.2.4. Erweiterung hinsichtlich Analogie zum Verbot der Einlagenrückgewähr?

Auf Basis dieses Verständnisses der Judikatur liegt jedenfalls der Schluss nicht mehr fern, bei einer atypischen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft auch die zentrale Bestimmung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzkonzepts im Verhältnis zu den Gesellschaftern, das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 GmbHG und § 52 AktG, analog anzuwenden. Im Schrifttum wurde das bereits mehrfach gefordert³⁷⁾ und folglich etwa die Unzulässigkeit ergebnisunabhängiger Mindestverzinsung postuliert³⁸⁾; Wasser auf die Mühlen dieser Ansicht goss zudem die Entscheidung 2 Ob 225/07p, welche bekanntlich auch den „Nur-Kommanditisten“ einer GmbH & Co KG ohne natürliche Person als Komplementärin in den strengen Kapitalerhaltungsgrundsatz miteinbezog.³⁹⁾ Denn das von der Judikatur *praeter legem* entwickelte Gläubigerschutzkonzept für die atypisch stille Gesellschaft basiert ja wie gezeigt maßgeblich gerade auch auf der These von einer Gleichstellung des atypisch stillen Gesellschafters mit einem Kommanditisten.

Eine analoge Anwendung von § 82 GmbHG bzw § 52 AktG bei atypisch stiller Beteiligung an einer (verdeckten) Kapitalgesellschaft erschiene somit auf Basis der bisherigen Judikatur letztlich

mE nur folgerichtig.⁴⁰⁾ Dadurch würde die konstatierte Unwirksamkeit von Abfindungsgarantien über dem Verkehrswert⁴¹⁾, die Unzulässigkeit eines Verlustausschlusses im Insolvenzfall⁴²⁾ oder die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft⁴³⁾ auf eine solide dogmatische Grundlage gestellt. Dass dem gesonderten Anfechtungsstatbestand von § 188 UGB damit für solche atypischen Beteiligungen sein Anwendungsbereich entzogen würde⁴⁴⁾, wäre letztlich nicht mehr oder weniger problematisch als die teleologische Reduktion von § 187 Abs 1 UGB und/oder § 181 Abs 2 UGB, auf die die bisherige Judikatur bereits hinausläuft (oben 2.2.1.).

2.3. Trendumkehr wegen EKEG: Atypisch stille Beteiligung doch als Fremdkapital (6 Ob 204/16t)

2.3.1. Entscheidungsgegenstand

In 6 Ob 204/16t musste der OGH nunmehr erstmals explizit Stellung zu dieser Frage nach der Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr beziehen. Entscheidungsgegenstand war der Abfindungsanspruch eines atypisch stillen Gesellschafters (Kläger) an einer GmbH & Co KG (Beklagte). Die stillen Gesellschafter der Beklagten wurden vermögensrechtlich „bezüglich ihrer Beteiligung am Gewinn, Verlust und stiller Reserven (Substanz) und Anteilen an Firmenwert (good will)“ einem Kommanditisten gleichgestellt; ein Stimmrecht in der Hauptversammlung stand ihnen allerdings nicht zu. Nach dem Vorbringen der Beklagten setzte sich das Abfindungsguthaben des Klägers ausschließlich aus vereinbarten, gewinnunabhängigen Ver-

zinsungen der letzten Jahre zusammen. Unter Zugrundelegung einer analogen Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr hätte die Beklagte somit gem § 82 Abs 3 GmbHG die Auszahlung der Gewinne verweigern dürfen. Es war daher die analoge Anwendung der für die GmbH & Co KG nach der Rsp geltenden Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 82 f GmbHG auch auf atypisch stille Gesellschafter zu klären.

Der 6. Senat hat freilich den größeren Zusammenhang erkannt und diese Gelegenheit genutzt, um die im Schrifttum heftig umstrittene Frage zu klären, welchen Einfluss denn das Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) auf die Behandlung der atypisch stillen Beteiligung als Eigenkapital nach der bisherigen Judikatur habe. Mit dem EKEG, namentlich § 10 Abs 2 letzter S *leg cit*, hat sich das normative Umfeld zur Lösung dieser Frage nämlich *nach* Ergehen der skizzierten Rsp nicht unerheblich verändert. Ob der Judikatur dadurch jedoch „derogiert“ wurde, war im Schrifttum Gegenstand einer intensiven Debatte.⁴⁵⁾

2.3.2. Umkehrschluss zu § 10 Abs 2 letzter Satz EKEG

§ 10 Abs 2 letzter S EKEG lautet etwas kryptisch: „Für die Einlage gilt Abs 1 entsprechend.“ Ausweislich der Materialien⁴⁶⁾ hat der Gesetzgeber mit dieser apodiktischen Formulierung lediglich sagen wollen, dass der Rückzahlungsanspruch solcher stiller Gesellschafter, welche die Anforderungen von § 10 Abs 2 EKEG erfüllen und die sich in der Krise an einer (verdeckten) Kapitalgesellschaft beteiligt haben (§ 4 EKEG), entgegen § 187 Abs 1 UGB⁴⁷⁾ als Eigenkapital ersetzend zu

36) Ebenso schon zB *Berger*, Stille Beteiligung im Konkurs des Geschäftsinhabers, RdW 1996, 403 f; *Bauer*, Stille Gesellschaft 261 ff.

37) *Karollus*, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 1996, 860 (862 f); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 419 f; *Oberndorfer/Leitner*, Ausdehnung des Einlagenrückgewährverbots auf atypisch stille Gesellschafter? *ecolex* 2009, 956; *Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 181 Rz 4, § 186 Rz 9; *Köppl*, Das Verbot der Einlagenrückgewähr unter besonderer Berücksichtigung Dritter (2014) 50, 85; *dies* in *U. Torggler*, GmbHG (2013) § 82 Rz 14; tendenziell auch *Oberndorfer* RdW 2005, 476 (477 f); *Saurer* in *Kalss/Doralt/Nowotny*, Kommentar zum Aktiengesetz I² (2012) § 52 Rz 46.

38) *Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 181 Rz 4.

39) Mittlerweile stRsp, zB OGH 6 Ob 171/15p; 6 Ob 198/15h; 6 Ob 161/17w; RIS-Justiz RS0123863.

40) Vgl *St. Frotz/Spitznagel*, Gesellschaftsrechtliche Grenzen der Ausgestaltung von Genussrechten, ZUS 2011, 103 (106 f) und *Hochedlinger*, Die GmbH & Still

als Alternative zur GmbH & Co KG, in *Die GmbH & Co KG*² (2016) 132 (153), die beide ausgehend von der bisherigen Judikatur mit diesem weiteren Schritt des OGH rechneten.

41) Zum Zusammenhang zum Verbot der Einlagenrückgewähr oben 2.2.2.

42) Vgl bereits *Bauer*, Stille Gesellschaft 223.

43) Vgl oben 2.2.2. sowie auch *Rüffler*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, in *FS Straube* (2009) 113 (126 f); ferner *Trenker*, *GesRZ* 2017, 95 (101 bei und in Fn 76).

44) Dies betont *Konwitschka* in *Zib/Dellinger*, UGB II § 179 Rz 73 mit Recht.

45) Für eine Fortgeltung der Rsp *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 10 Rz 1, 9; *Saurer*, Atypische Finanzierungsleistungen im EKEG, in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatzrecht im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 135 (144); *Enzinger*, Außergerichtliche Sanierung, in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2004 (2005) 15 (28); *Oberndorfer*, RdW 2005, 476 (480); *Karollus* in *Buchegger*, *Insolvenzrecht*, Erster Zusatzband § 10 EKEG Rz 23; *Straube/V. Appl* in *WK-UGB* I⁴ § 187 Rz 7; *Told*, ZFR

2014, 109 (113 ff); aA *Trenker*, wbl 2011, 126 (131 f); *ders*, Kapitalmarktrechtliche Ansprüche von Genussrechtsinhabern in der Insolvenz, *VbR* 2013, 16; *ders* in *U. Torggler*, UGB² § 179 Rz 2; *Schummer*, Wandelschuldverschreibungen, Mezzaninkapital & Co im Insolvenzverfahren, in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2012 (2013) 105 (128); *U. Torggler*, *Gesellschaftsrecht* AT Rz 414 Fn 571; *Hochedlinger* in *Die GmbH & Co KG*² 132 (149 f); *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/1096; implizit wohl auch bereits *Zehetner/Bauer*, *Eigenkapitalersatzrecht* (2004) 86; offen lassend *Fellner/Mutz*, *Eigenkapitalersatz-Gesetz* (2004) 94; *Karollus*, *Persönlicher Anwendungsbereich des EKEG* (erfasste Gesellschaften, erfasste Gesellschafter – ohne verbundene Unternehmen und Konzern), in *Dellinger/Keppert*, *Eigenkapitalersatzrecht* (2004) 71 (108).

46) *ErRV* 124 BlgNR 22. GP 18.

47) *Schopper* in *Schopper/Vogt*, *Eigenkapitalersatzgesetz* (2003) § 10 Rz 16; *Hochedlinger/Fuchs*, *Stille Gesellschaft* (2007) Rz 1/283.

behandeln ist. § 10 Abs 2 EKEG setzt voraus, dass der Stille – Variante 1 – mit zumindest 25% schuldrechtlich am Unternehmenswert beteiligt ist und ihm zumindest einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte zustehen oder er – Variante 2 – beherrschenden Einfluss ausübt. Das Gesetz ordnet damit an, dass ein stiller Gesellschafter bei qualifizierter Unternehmenswertbeteiligung, und dafür ist ausweislich der Materialien⁴⁸⁾ gerade auf die Beteiligung auch an stillen Reserven und Firmenwert abzustellen, bestimmten Rechtsfolgen im Gläubigerschutzinteresse unterstellt wird: Namentlich ist er gem § 57a IO im Insolvenzverfahren nachrangig und darf ihm seine Einlage einschließlich der vereinbarten fixen oder ergebnisabhängigen Zinsen schon vor Eröffnung und nach Beendigung des Insolvenzverfahrens bis zur Überwindung der Krise nicht zurückbezahlt werden (§ 14 EKEG).

Der OGH hat daraus Teilen des Schrifttums folgend⁴⁹⁾ einen weitreichenden Umkehrschluss gezogen: Erstens können Gläubigerschutzermäßigungen eine zwingende insolvenzrechtliche Nachrangigkeit der stillen Beteiligung eben nur mehr bei Begründung einer qualifizierten Unternehmenswertbeteiligung iSd § 10 Abs 2 EKEG im Krisenstadium einer (verdeckten) Kapitalgesellschaft rechtfertigen. Die bisherige Judikatur, wonach diese Rechtsfolge *per se* aus der Beteiligung am Unternehmenswert folgt, wurde insofern – dh soweit man sie richtigerweise als vom Parteiwillen unabhängige teleologische Reduktion von § 187 Abs 1 UGB verstand (oben 2.2.1.2. und 3.) – für überholt erachtet; dies entgegen einem noch kurz zuvor geäußerten *obiter dictum* gerade des 6. Senats⁵⁰⁾ und der wohl sogar herrschenden Ansicht in der Literatur.⁵¹⁾ Zweitens zeige die gesetzgeberische Wertung, wonach die atypische Beteiligung des Stillen nur unter engen Voraussetzungen als Eigenkapital ersetzend behandelt wird, dass es sich bei ihr grundsätzlich um kein Eigenkapital handelt. Damit scheidet aber eine analoge Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr von vornherein aus.

Beide Schlüsse sind völlig zutreffend: Es ist zwar wohl richtig, dass die bisherige

Judikatur gar nicht auf eigenkapitalersetzlichen Erwägungen basierte, sondern eben auf einer Qualifikation als Eigenkapital, weshalb das EKEG auf den ersten Blick dieses Problem gar nicht geregelt hat.⁵²⁾ Bei systematischer Interpretation ergibt sich aber unzweifelhaft, dass auch diese Judikatur durch § 10 Abs 2 letzter S EKEG „eingefangen“ werden sollte. Wäre nämlich iSd bisheriger Judikatur jede stille Beteiligung am Unternehmenswert weiterhin als nachrangiges Eigenkapital einzustufen, hätte § 10 Abs 2 letzter S EKEG keinen Anwendungsbereich. Dies ist dem Gesetzgeber schon ganz generell nicht zu unterstellen⁵³⁾, erst recht aber nicht bei einem Gesetz, welches durch die Einführung gesetzlich klar umschriebener Tatbestände Rechtssicherheit bezweckt.⁵⁴⁾ Das gilt umso mehr, als eine Fortgeltung der Rsp sogar zu einem eklatanten Wertungswiderspruch geführt hätte: Das EKEG hat iVm § 57a IO „nur“ zur Folge, dass der Anspruch auf Rückzahlung der Einlage nachrangig gegenüber den Ansprüchen der echten Insolvenzgläubiger ist; er wird aber immer noch vor den „echten“ Eigenkapitalgebern bedient (s § 57a Abs 2 IO). Die bisherige Judikatur müsste hingegen ausgehend von der Qualifikation der Einlage als Eigenkapital konsequenterweise dazu führen, dass der atypisch stille Gesellschafter überhaupt erst auf einer Stufe mit den „echten“ Eigenkapitalgebern, jedenfalls aber nach den Ansprüchen aus Eigenkapital ersetzenden Darlehen⁵⁵⁾ zum Zug kommt. Der zu 25% beteiligte atypisch stille Gesellschafter mit Kommanditistenrechten wird vom Gesetz also sogar besser gestellt als jeder beliebige atypisch stille Gesellschafter von der früheren Rsp.

Einzig *Karollus*⁵⁶⁾ versucht diese systematischen Bedenken zu entkräften, weshalb es einen kleinen Wermutstropfen darstellt, dass sich der OGH in seiner ansonsten so vorbildlichen Literaturwiedergabe ausgerechnet mit dessen Stellungnahme nicht auseinandersetzt. Seiner Argumentation ist in der Sache aber mE letztlich ebenfalls nicht zu folgen: *Karollus* vermeint einen Wertungswiderspruch zu vermeiden, weil der qualifizierte stille Gesellschafter iSd § 10 Abs 2 EKEG ja

wegen Anwendung der Rückzahlungssperre gem § 14 EKEG schlechter als ein einfacher atypisch Stiller gestellt würde. Ihn träfe die Kapitalsperre bereits ab Eintritt der Krise, also im Gegensatz zum „einfach-unternehmenswertbeteiligten“ Stillen schon vor Insolvenzeröffnung.⁵⁷⁾ Damit verbliebe § 10 Abs 2 EKEG weiterhin ein sinnvoller Anwendungsbereich. Denkt man die Gleichstellung des am Unternehmenswert beteiligten Gesellschafters mit einem sonstigen Eigenkapitalgeber jedoch konsequent zu Ende, müsste der „einfach-atypisch“ Stille iSd bisheriger Judikatur wie gesagt (oben 2.2.4.) der strengeren Rückzahlungssperre des § 82 GmbHG, § 52 AktG unterworfen werden. Das Gesetz ordnet für den qualifizierten am Unternehmenswert beteiligten Stillen iSd § 10 Abs 2 EKEG also wiederum weniger weitreichende Rechtsfolgen an, als ausgehend von der bisherigen Rsp für jeden beliebigen Stillen mit Unternehmenswertbeteiligung gelten müssten.

Aus letzterer Überlegung ergibt sich zugleich die Richtigkeit der Auffassung des 6. Senats, dass eine analoge Anwendung von § 82 GmbHG, § 52 AktG mit § 10 Abs 2 letzter S iVm § 14 EKEG auf atypisch stille Gesellschafter unvereinbar wäre. Bei Geltung der strengeren Rückzahlungssperre des § 82 GmbHG, § 52 AktG bliebe nämlich wiederum die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG ohne Anwendungsbereich (näher unten 4.3.1.).

2.4. Zwischenfazit: Atypisch stille Beteiligungen sind kein materielles Eigenkapital

Auf die gegenständliche Frage nach der Eigen- oder Fremdkapitalqualität der atypisch stillen Einlage ist somit mit dem OGH – im völligen Einklang mit § 187 UGB und der dahinterstehenden Absicht des historischen Gesetzgebers (oben 2.1.) – zu antworten: „Aus § 10 Abs 2 EKEG ergibt sich in einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass in den dort angesprochenen Fallkonstellationen eben kein Eigenkapital vorliegt, sondern eine nur unter bestimmten Voraussetzungen erfasste eigenkapitalersetzende Leistung.“⁵⁸⁾ Teleologisch rechtfertigt der

48) ErlRV 124 BlgNR 22. GP 18.

49) S die Gegner der Fortgeltung der Rsp oben in Fn 45.

50) 6 Ob 14/14y.

51) S oben in Fn 45.

52) So die Vertreter der Fortgeltung der Rsp, zB *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 10 Rz 1, 9; *Saurer* in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz 135 (144); *Karollus* in *Buchegger*, Insolvenzzrecht, Erster Zusatzband § 10 EKEG Rz 23, der freilich die Rechtsfolge des § 57a IO auch auf die von der früheren Judikatur erfassten

Gesellschafter übertragen will, was ausgehend von dieser Argumentation zumindest nicht leicht vereinbar erscheint.

53) Statt vieler OGH 4 Ob 363/70 SZ 44/25; 10 ObS 169/92; *F. Bydlinki*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 444.

54) ErlRV 124 BlgNR 22. GP 9 f; vgl für den abschließenden Charakter des EKEG auch *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 18 Rz 3; *Schopper*, Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für verbotswidrige Rückzahlung Eigenkapital-ersetzender

Leistungen, wbl 2004, 410; *Trenker*, wbl 2011, 126 (131).

55) Richtig *A. Leitner*, *ecolex* 1999, 399 (400).

56) In *Buchegger*, Insolvenzzrecht, Erster Zusatzband § 10 EKEG Rz 23.

57) S bereits *Trenker*, *VbR* 2013, 16 (19); für analoge Anwendung von § 14 EKEG, womit § 10 Abs 2 letzter S EKEG jedoch in gleicher Weise jeder Anwendungsbereich entzogen würde *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 10 Rz 1.

58) OGH 6 Ob 204/16t Pkt 6.1.3.

OGH diese Besserstellung des atypisch stillen Gesellschafters gegenüber einem Kommanditisten trotz vermögensrechtlicher Gleichstellung – übrigens ebenfalls ähnlich wie die Gesetzesmaterialien zum ADHGB⁵⁹⁾ – mit der zutreffenden Erwägung, dass es beim Stillen keine Firmenbucheintragung gibt. Gläubiger können folgerichtig nicht in schützenswerter Weise auf die Bindung der Einlage vertrauen und in ihrem Vertrauen auf eine bestimmte Kapitalausstattung auch nicht enttäuscht werden.⁶⁰⁾ Fremdkapitalgeber, wie stille Gesellschafter, tragen nun einmal nicht in einer Weise dauerhaft zum Haftungsfonds einer (Kapital-)Gesellschaft bei, dass sich Gläubiger in schutzwürdiger Weise auf den Bestand dieser Beteiligung verlassen könnten.⁶¹⁾

„Unterm Strich“ bedeutet dies eine maßgebliche Einschränkung des Gläubigerschutzes gegenüber der bisherigen Rsp: Der Stille muss entweder zu 25% am Unternehmenswert beteiligt sein⁶²⁾ (allenfalls Zusammenrechnung nach § 6 EKEG)⁶³⁾ und einem Kommanditisten vergleichbare Rechte innehaben (Variante 1); hierfür ist ein Widerspruchsrecht nach § 164 UGB, nach praxisnaher Ansicht sogar nur ein Stimmrecht über außergewöhnliche Maßnahmen erforderlich.⁶⁴⁾ Oder der Stille übt beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft aus⁶⁵⁾ (Variante 2). Hinzu kommt in beiden Varianten, dass der Stille seine Einlage erst in der Krise der Gesellschaft erbracht haben darf, andernfalls sie trotz Vorliegens der Kriterien nach § 10 Abs 2 EKEG nicht Eigenkapital ersetzend ist.⁶⁶⁾ Man mag diese Schranken rechtspolitisch für verfehlt oder zu weitreichend erachten; *de*

lege lata sind sie vom Rechtsanwender aber zu akzeptieren, handelt es sich doch um den einzigen gesetzlichen Anhaltspunkt zur Frage, wie allfällige Gläubigerschutzdefizite bei atypisch stillen Gesellschaften in Form von Unternehmenswertbeteiligungen zu bewältigen sind.

3. Relevanz für vergleichbare schuldrechtliche Finanzierungsformen (zB Genussrechte)

Die Bedeutung der Wertung von § 10 Abs 2 letzter S EKEG, dass die Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters als schuldrechtliche Unternehmenswertbeteiligung *nur*, aber *immerhin* unter den dort normierten Voraussetzungen zwingend insolvenzrechtlich nachrangig ist, sowie die im Folgenden (4.) daraus konkret abzuleitenden Folgen sind verallgemeinerungsfähig: Auch vergleichbare schuldrechtliche Finanzierungsformen mit einer 25%-Unternehmenswertbeteiligung und „kommanditistengleichen“ Rechten iSd § 10 Abs 2 EKEG müssen sich – wohlgeachtet: nur – an den Rechtsfolgen der § 14 EKEG und § 57a IO messen lassen. Das gilt namentlich insbesondere für (Substanz-)Genussrechte und vergleichbare Partizipationsscheine.⁶⁷⁾ Bei Genussrechten liegt eine solche analoge Anwendung wegen der anerkannten Ähnlichkeit zur stillen Beteiligung besonders nahe; folgt man richtigerweise jener Ansicht, welche beide Finanzierungsformen im Grundsatz als ein- und dasselbe anerkennt⁶⁸⁾, ist § 10 Abs 2 letzter S EKEG sogar unmittelbar

anwendbar.⁶⁹⁾ Nichts anderes gilt aber für ein entsprechend ausgestaltetes partiarisches Darlehen. Die jeweilige Bezeichnung der Beteiligung kann nämlich nicht über die Anwendung einer zwingenden Vorschrift im Gläubigerschutzinteresse entscheiden. Für die Frage der Nachrangigkeit kommt es demnach bei jeder schuldrechtlichen Beteiligungsinvestition allein auf die in § 10 Abs 2 EKEG normierten Kriterien an. Diese können bei einem „gewöhnlichen“ partiarischen Kreditgeber mit entsprechenden Mitwirkungsrechten ebenso wie bei einem stillen Gesellschafter erfüllt sein.

Entscheidend ist somit unabhängig vom Namen der Finanzierung – neben dem „kommanditistengleichen“ Mitwirkungsrecht – vor allem das Vorliegen und Ausmaß einer Unternehmenswertbeteiligung. Dem Gesellschafter muss im Liquidationsfall grundsätzlich zumindest 1/4 des Unternehmenswerts zustehen. Entsprechend dem alternativen Verständnis der unternehmenswertbeteiligten stillen Gesellschaft (hierzu oben 2.2.1.2)) genügt es mE allerdings auch, dass der Finanzier zu 25% an den Unternehmenswertsteigerungen/-minderungen ab dem Zeitpunkt der Begründung seiner Beteiligung partizipiert. Ein gleichzeitig vereinbarter Verlustausschluss, eine Mindestverzinsung oder eine Mindestabfindung können die Anwendung des EKEG diesfalls nicht ausschließen. Die gesetzgeberische Wertung ist schlicht wie folgt zu verstehen: Ein Fremdkapitalgeber, der sich im Krisenstadium an einer Kapitalgesellschaft derart intensiv beteiligt, dass ihm zumindest 25% eines allfälligen positiven Unternehmenswerts

59) *Lutz*, Protokolle ADHGB 4549.

60) OGH 6 Ob 204/16t Pkt 6.2.11; so bereits *Trenker*, wbl 2011, 126 (131).

61) Vgl *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (96. Lfg; 2017) § 82 Rz 81; *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 476 (478) (Anm).

62) Dazu noch näher unten 3.

63) *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 86; *Karollus* in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 71 (111); *ders* in *Buchegger*, Insolvenrecht, Erster Zusatzband § 10 EKEG Rz 10; *B. Fink* in *Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 227 (231 f).

64) *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 10 Rz 6; *Karollus* in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 71 (109); *ders* in *Buchegger*, Insolvenrecht, Erster Zusatzband § 10 EKEG Rz 11 f; aA *Saurer* in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatzrecht 135 (142); wohl auch *Fellner/Mutz*, EKEG 93.

65) Dazu ausf *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 10 Rz 13 ff; *Saurer* in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatzrecht 135 (142 f); *Karollus* in *Buchegger*, Insolvenrecht, Erster Zusatzband § 10 EKEG Rz 18 f.

66) Zutr OGH 6 Ob 204/16t Pkt 6.2.11 unter Bezugnahme auf *Kalss/Eckert/Schöghofer*, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG, GesRZ 2009, 65 (79) (freilich zur GmbH & Co KG); zur stillen Gesellschaft bereits deutlich *Karollus* in *Buchegger*, Insolvenrecht, Erster Zusatzband § 10 EKEG Rz 5; offenbar aA *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/1109.

67) *Karollus* in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 71 (109); *ders* in *Buchegger*, Insolvenrecht, Erster Zusatzband § 10 EKEG Rz 13; *Schopper*, Genussrechte und EKEG, ZUS 2011, 107 (111); *Told*, ZFR 2014, 109 (113); *Trenker* in *U. Torggler*, UGB² § 179 Rz 5; vgl auch schon *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 10 Rz 1.

68) Grundlegend *Schön*, Ein allgemeiner Teil der Genussrechte, JZ 1993, 925 (928 ff); *Karollus* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Kommentar zum Aktiengesetz IV (1994) § 221 Rz 279; *Bauer*, Stille Gesellschaft 65 ff; *Krejci/van Husen*, Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarisches Darlehen, GesRZ 2000, 54 (60 f); *Lindinger*, Über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte, JBl 2003, 724

(728 ff); *St. Frotz/Spitznagel*, ZUS 2011, 103 (104); vgl idS auch *W. Schuhmacher*, wbl 2006, 284 (285) (Anm); *Trenker* in *U. Torggler*, UGB² § 179 Rz 5; aA noch *van Husen*, Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital (1998) 121 f.

69) *Bergmann* (Genussrechte 80 ff; *ders*, Genussrechte: Abgrenzung von ähnlichen Rechtsinstituten [Teil I], *ecolex* 2016, 1073 [1075 ff]; zust *Konwitschka* in *Zib/Dellinger*, UGB II § 179 Rz 113) möchte neuerdings (vgl freilich schon in diese Richtung *Anzinger/Klement*, Zur vertraglichen Ausgestaltung der Kündbarkeit von Genussrechten, *GeS* 2011, 321 [324 ff]) danach abgrenzen, dass bei Genussrechten keinerlei Mitwirkungsrechte als Ausdruck einer Gemeinschaftsorganisation vorliegen dürfen, sodass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG (arg: „einem Kommanditisten vergleichbare Mitwirkungsrechte“) nach dieser Ansicht wohl ohnehin zwangsläufig eine stille Gesellschaft vorliegen müsste. Im Ergebnis wäre § 10 Abs 2 EKEG somit nach dieser Ansicht auf als Genussrechte bezeichnete Beteiligungen sogar unmittelbar anwendbar.

oder 25% der erzielten Wertsteigerungen zustehen und der wie ein Kommanditist auf die Gesellschaft Einfluss nehmen kann, muss für die Dauer der Krise insoweit (Finanzierungs-)Verantwortung übernehmen, als er mit seinen Ansprüchen hinter jenen der sonstigen Gläubiger zurückzustehen hat.⁷⁰⁾

4. Konkrete Folgerungen

4.1. Überblick

Anerkennt man somit richtigerweise, dass sich die grundsätzliche Einordnung der unternehmenswertbeteiligten stillen Gesellschaft und vergleichbarer Finanzierungsformen als Fremdkapital aus § 187 Abs 1 UGB und § 10 Abs 2 letzter S EKEG ergibt, sind dennoch noch nicht alle Fragen nach der Anwendung bestimmter Gläubigerschutzbestimmungen geklärt. Der OGH hat nur klargestellt, dass solche Beteiligungen unterhalb der Schwelle von § 10 Abs 2 EKEG seit Einführung des EKEG nicht zwingend als insolvenzrechtlich nachrangig eingestuft werden und nicht dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen (oben 2.3.2.). Das drängt hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Nachrangigkeit schon die vom OGH ebenfalls gestreifte Frage auf, wie mit „Alt-Beteiligungen“ zu verfahren ist, die vor Anwendbarkeit des EKEG, also vor dem 1.1.2004 (§ 18 Abs 1 EKEG) begründet wurden (unten 4.2.1.). Auch die weiterhin bestehende Möglichkeit einer Nachrangigkeit kraft Parteiwillens, insbesondere in Form einer Nachrangigkeitsabrede, bedarf einiger Bemerkungen (4.2.2.). Offen lässt der OGH ferner, ob sich eine Rückzahlungsbeschränkung nicht aus anderen Gründen als der Unternehmenswertbeteiligung ergeben kann.⁷¹⁾ Theoretisch in Betracht kommt hierfür sowohl ein Abstellen auf die Kriterien des § 10 Abs 2 EKEG (4.3.1.), eine Nachrangigkeitsabrede (4.3.2.) oder überhaupt eine Einstufung als materielles Eigenkapital im bilanzrechtlichen Sinn (4.3.3.). Auch für die bisherigen Folgerungen der Rsp, dass nämlich auf atypisch stille

Gesellschafter die Lehre vom fehlerhaften Gesellschaftsbeitritt anwendbar (4.5.) und ein vereinbartes Mindestabfindungsguthaben über dem wahren Wert der Beteiligung sittenwidrig sei (4.4.), sind Auswirkungen der Qualifikation als Fremdkapital naheliegend.

4.2. Insolvenzrechtliche Nachrangigkeit

4.2.1. Alt-Beteiligungen

Alt-Beteiligungen, auf die das EKEG noch nicht anwendbar war, sind solche stille Gesellschaften, die vor dem 1.1.2004 begründet wurden.⁷²⁾ Auch für solche Alt-Beteiligungen nimmt der OGH eine Abkehr von der bisherigen Rsp vor. Er begründet das damit, dass sich die Rsp zum steuerrechtlichen Mitunternehmerbegriff insoweit geändert habe, als nunmehr neben dem Unternehmerwagnis auch eine gewisse Unternehmerinitiative erforderlich sei.⁷³⁾ Unternehmerinitiative setze aber voraus, dass der Stille auf das betriebliche Geschehen Einfluss nehmen könne, weshalb die bloße Beteiligung am Unternehmenswert ohne irgendwelche gesellschafterähnliche Mitwirkungsrechte nicht mehr ausreiche. Damit trägt der OGH letztlich auch einer schon lange vor In-Kraft-Treten des EKEG geäußerten Kritik Rechnung, welche für eine „Umqualifikation“ der stillen Beteiligung in Eigenkapital zumindest auch gewisse Einflussrechte auf die Gesellschaft verlangt hat.⁷⁴⁾ Zugleich beruft sich der OGH aber zudem auf die – offenbar retrospektiv nicht unbeachtlichen – Wertungen des EKEG. Offen bleibt wegen dieser ambivalenten Begründung, ob Alt-Beteiligungen nun im Sinne einer modifizierten Fortgeltung der Judikatur als Eigenkapital einzustufen sind, wenn neben der Unternehmenswertbeteiligung noch gewisse gesellschafterähnliche Mitwirkungsrechte (abzustellen wäre wohl erneut auf die Rechte eines Kommanditisten) vorhanden sind, oder sie ebenfalls nur unter den Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG Eigenkapital ersetzend sind.⁷⁵⁾

ME ist letzteres zutreffend. § 187 UGB nur wegen einer steuerrechtlichen Mitunternehmenschaft teleologisch zu reduzieren, impliziert einen zwingenden Zusammenhang zwischen Unternehmenswertbeteiligung sowie bestimmter Mitwirkungsrechte und insolvenzrechtlicher Nachrangigkeit. Für einen solchen Zusammenhang gibt es im Gesetz aber keine Anhaltspunkte. Auch wenn der Stille für eine steuerrechtliche Mitunternehmenschaft vergleichbare Vermögens- und Mitgestaltungsrechte wie ein Kommanditist haben muss, begründet seine Beteiligung im Außenverhältnis mangels Firmenbucheintragung kein schutzwürdiges Vertrauen der Gläubiger. Ausgehend von der registerrechtlichen Publizität als dem Grundpfeiler des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes im österreichischen Recht⁷⁶⁾ darf der Unterschied zwischen der im Firmenbuch eingetragenen Kommanditeinlage und der dort nicht ersichtlichen stillen Beteiligung also nicht einfach wegen einer Annäherung im Innenverhältnis überspielt werden.

Der berechtigte Kern der bisherigen Judikatur muss sich somit in Wahrheit auf eine Missbrauchskontrolle beschränken: Die wahren wirtschaftlich Beteiligten und Entscheidungsträger einer Gesellschaft sollen sich im Gläubigerinteresse nicht hinter dem „Fremdkapitalcharakter“ ihrer Beteiligung „verstecken“ und damit in guten Zeiten den Profit erwirtschaften, in schlechten Zeiten aber mit den Gläubigern gleichbehandelt werden. So verständlich diese Überlegung auch ist, so groß sind aber wegen der insofern kategorischen Weichenstellung zwischen Eigen- und Fremdkapital die Schwierigkeiten, jene Schwelle zu finden, ab der formales Fremdkapital zum Zwecke eines Umgehungsschutzes materiell (zumindest teilweise) als Eigenkapital behandelt werden muss. Der Ausweg aus diesem Dilemma kann, will man sich nicht in methodisch bedenklicher Weise auf Eigenwertungen des Rechtsanwenders verlassen, nur darin bestehen, sich so gut wie möglich an einschlägigen gesetzlichen Wertungen zu orientieren. Solche stehen mit § 10

70) Auch auf – dem Verneinen nach in der Praxis anzutreffende – Beteiligungsrechte, bei denen der Finanzier ähnlich einer Wandelschuldverschreibung nach Ablauf einer gewissen Zeit oder im Liquidationsfall wählen kann, ob er seine Abfindung nach einer Unternehmenswertbeteiligung berechnet wissen will oder ob er eine bestimmte ergebnisunabhängige Verzinsung über die letzten Jahre vorzieht, ist dieser Grundgedanke übertragbar. Solche Gläubiger dürfen sich somit bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG im Krisenstadium nicht für die ergebnisunabhängige Mindestverzinsung entscheiden, weil sie andernfalls die

intendierte Nachrangigkeit im Krisenfall umgehen könnten.

71) Entgegen *J. Kepplinger*, ZFR 2018, 88 (89 f) (Anm) ist der E darüber hinaus aber keineswegs implizit zu entnehmen, dass der OGH „die analoge Anwendung der GmbH-rechtl Kapitalerhaltungsvorschriften auf (atypisch) stille Gesellschafter einer GmbH (& Co KG)“ unter gewissen Voraussetzungen „befürworten würde“. 72) 6 Ob 204/16t Pkt 6.3.1. 73) 6 Ob 204/16t Pkt 6.3.3. und 4. iVm 5.2. 74) *Berger*, RdW 1996, 403 (404); *Rebhahn* in Jabornegg, Kommentar zum HGB (1997) § 187 Rz 10; *A. Leitner*, eolex 1999, 399 f; *Bauer*, Stille Gesellschaft 263 f; vgl

auch *Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht (1998) 283.

75) *U. Edelmann*, ÖBA 2018, 281 (282); *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 476 (478) (Anm) spricht ebenfalls nur von einer Korrektur der bisherigen Rsp, ohne zu dieser Streitfrage Stellung zu beziehen. Überhaupt eine Anwendung anderer Kriterien befürwortet *Hochedlinger*, GesRZ 2017, 398 (Anm). 76) S näher *Trenker*, Geschlossene Fonds: Einwendungslose Außenhaftung des Treugeberkommanditisten, in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht 2017 (2017) 141 (167 ff); *ders.*, GesRZ 2017, 95 (97).

EKEG nunmehr zur Verfügung, weshalb ein Rückgriff darauf trotz des fehlenden zeitlichen Anwendungsbereichs zweifellos vorzugswürdig gegenüber einer Anlehnung an – ohnedies umstrittene⁷⁷⁾ – steuerrechtliche Kriterien ist, aus denen für zivil-, gesellschafts- und insolvenzrechtliche Probleme von vornherein keine zwingenden Rückschlüsse gezogen werden können.

Auch für Alt-Beteiligung beschränkt sich der zwingende Gläubigerschutz für als Fremdkapital ausgestaltete Unternehmenswertbeteiligungen an Kapitalgesellschaften somit mE auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene auf die in § 10 Abs 2 letzter S iVm § 14 EKEG iVm § 57a IO verbürgten Garantien.

4.2.2. Nachrangigkeit kraft Parteiwillen

Vom EKEG unberührt – egal ob vor oder nach dessen Einführung – bleibt selbstverständlich die Möglichkeit eines freiwilligen Nachrangs des Finanziers kraft Vereinbarung. Eine solche Nachrangigkeitsabrede kann nach allgemeinen Grundsätzen (§ 863 ABGB) auch konkludent abgeschlossen werden und würde – nebenbei bemerkt – auch bei der Beteiligung an anderen Rechtsträgern als einer (verdeckten) Kapitalgesellschaft zur insolvenzrechtlichen Nachrangigkeit führen. Der Entscheidung des 6. Senats⁷⁸⁾ ist insoweit aber deutlich zu entnehmen, dass sich eine konkludente Nachrangigkeit – möglicherweise anders als nach der früheren Judikatur (oben 2.2.1.2)) – nicht mehr ohne weiteres implizit aus der Beteiligung am Unternehmenswert ergibt.⁷⁹⁾

Eine andere, bereits eingangs erörterte (oben 2.2.1.2.)) Frage ist, ob aus der Unternehmenswertbeteiligung nicht folgt, dass die Abfindung des Kapitalgebers im Insolvenzfall der Höhe nach mit null zu bemessen ist. Das ist zwar wie gesagt nicht zwangsläufig so, aber immerhin möglich. Das Ergebnis wäre zwar beim gewöhnlichen Konkursverfahren gleich wie bei einer Nachrangigkeitsvereinbarung (der Stille erhält beide Male nichts, sofern nicht ausnahmsweise alle Insolvenzgläubiger befriedigt werden

können); endet das Verfahren aber mit Sanierungsplanbestätigung, ist es durchaus bedeutsam, ob dem Stillen der Höhe nach kein Abfindungsanspruch mehr zusteht oder dieser „nur“ nachrangig ist.⁸⁰⁾ Dogmatisch dürfen also beide Fälle nicht vermengt werden.

4.3. Analoge Anwendung von § 82 GmbHG, § 52 AktG

4.3.1. Beteiligung iSd § 10 Abs 2 EKEG

Da die gegenständliche Entscheidung eine Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr (nur) auf einen an einer (verdeckten) Kapitalgesellschaft beteiligten atypisch stillen Gesellschafter verneint, der die Tatbestandsmerkmale von § 10 Abs 2 EKEG nicht erfüllt hat, fragt sich, ob anderes gilt, wenn der Stille über eine Beteiligung iSd § 10 Abs 2 EKEG verfügt. Namentlich *Reich-Rohrwig*⁸¹⁾, *Köpp*⁸²⁾ und – wenn auch nicht ganz konsistent – *Zehetner/Bauer*⁸³⁾ haben eine solche Analogie bereits befürwortet.⁸⁴⁾ *Told*⁸⁵⁾ wendet dagegen ein, dass die mit der Analogie verbundene Unzulässigkeit gewinnunabhängiger Vergütung zu weit ginge. Wegen der hohen Anforderungen an eine Beteiligung iSd § 10 Abs 2 EKEG wäre ein Verbot ergebnisabhängiger Verzinsung für solche qualifiziert stillen Gesellschafter mE rechtspolitisch zwar noch vertretbar; jedoch verbietet sich eine analoge Anwendung von § 82 GmbHG, § 52 AktG unter den Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG aus methodischen Gründen.⁸⁶⁾

Das EKEG knüpft in Tatbestand (§ 10 Abs 1 EKEG: „in einem Zeitpunkt, in dem eine Kreditgewährung Eigenkapital ersetzend wäre“) und Rechtsfolge (§ 14 EKEG: „solange die Gesellschaft nicht saniert ist“) an das Vorliegen einer Krise iSd § 2 EKEG an. Eine Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf eine Beteiligung, die die Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG erfüllt, würde dem gesetzlich vorgesehenen Gläubigerschutz hingegen von diesem zentralen Anknüpfungsmoment der Krise entkoppeln und letztlich einen weit darüber hinausge-

henden Schutz installieren. Damit würde § 10 Abs 2 letzter S EKEG wiederum jeder Anwendungsbereich entzogen.

Gerade § 14 EKEG ist §§ 82 f GmbHG in mancher Hinsicht nachempfunden (vgl nur § 14 Abs 3 EKEG mit § 83 Abs 5 GmbHG) und in seiner Beschränkung der Kapitalbindung auf den Zeitraum der Krise folglich als abschließende Regelung zu verstehen; es ist darin eine bewusste Entscheidung gegen das abstrakte Gläubigerschutzkonzept des § 82 f GmbHG, § 52 AktG zu erblicken. Ein zweistufiger Gläubigerschutz durch Anwendung von § 14 EKEG einerseits und § 82 GmbHG, § 52 AktG andererseits verbietet sich daher.⁸⁷⁾ Das gilt jedenfalls, wenn dies – um den 6. Senat zu zitieren⁸⁸⁾ – zum „sinnwidrigen“ Ergebnis führen würde, dass „außerhalb der Krise weitergehende Rückzahlungsbeschränkungen anzunehmen [wären], als sie der Gesetzgeber für die Krise selbst normiert.“

Die Konsequenz davon, dass stille Gesellschafter nicht einmal wegen beherrschenden Einflusses iSd § 10 Abs 2 Z 2 EKEG dem Verbot der Einlagenrückgewähr zu unterwerfen sind, ist rechtspolitisch sicherlich diskutabel. *De lege lata* ist dies aus systematischer Sicht aber zwingende Folge der gesetzgeberischen Entscheidung in § 10 Abs 2 letzter S EKEG, schuldrechtliche Beteiligungen eben *nur* unter eingeschränkten Voraussetzungen *nur* den spezifischen Rechtsfolgen des EKEG zu unterwerfen (vgl aber noch 4.3.4.).

§ 10 Abs 2 EKEG ist somit nicht die Wertung zu entnehmen, dass auf die davon erfassten Gesellschafter das Verbot der Einlagenrückgewähr analog anzuwenden wäre, sondern im Zusammenspiel mit § 14 EKEG sogar im Gegenteil, dass dem nicht so ist.⁸⁹⁾ Bei näherem Hinsehen teilt der 6. Senat in 6 Ob 204/16t⁹⁰⁾ dieses Verständnis offensichtlich, wenn er meint: „Soweit man daher im vorliegenden Fall die Einlagen der stillen Gesellschafter Rückzahlungsbeschränkungen unterwerfen wollte, müsste dies aus anderen Gründen als wegen der in § 10 EKEG angesprochenen – hier nicht erfüllten – Kriterien der Mitbestimmungsrechte und

77) Oben 2.2.1.3) bei und in Fn 28.

78) OGH 6 Ob 204/16t insb Pkt 6.2.9.

79) Richtig *Hochedlinger*, GesRZ 2017, 398 (Anm); *J. Kepplinger*, ZFR 2018, 88 (89 f) (Anm); *U. Edelmann*, ÖBA 2018, 281 (283) (Anm); tendenziell auch *Told*, VbR 2018, 37 (Anm); so bereits *Trenker*, wbl 2011, 126 (129 f).

80) Nach Annahme des Sanierungsplans kann der Stille bei Abgabe einer Nachrangigkeitserklärung seine Forderung im Ausmaß der versprochenen Sanierungsplanquote verlangen, jedenfalls nach

Überwindung der Krise iSd § 2 EKEG (s noch unten 4.3.2.). Der Einlagerückzahlungsanspruch des Stillen ist als bedingte Forderung (§ 16 IO) richtigerweise allerdings auch dann quotenmäßig zu kürzen, wenn die stille Gesellschaft im Fall einer Sanierungsverfahrenseröffnung fortbesteht (näher *Trenker* in *U. Torggler*, UGB² § 187 Rz 8 mwN auch der Gegenansicht).

81) Kapitalerhaltung 419 f.

82) Einlagenrückgewähr 50, 85; *dies* in *U. Torggler*, GmbHG § 82 Rz 14.

83) In WK-GmbHG § 82 Rz 233; s aber auch

aaO Rz 81.

84) Wohl auch *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/1109.

85) VbR 2018, 37 (Anm).

86) Ebenso *Konwitschka* in *Zib/Dellinger*, UGB II § 179 Rz 73.

87) Vgl in ganz ähnlichem Kontext *Schopper*, wbl 2004, 410 (413, 415 f).

88) OGH 6 Ob 204/16t Pkt 6.1.3.

89) Vgl idS auch *Konwitschka* in *Zib/Dellinger*, UGB II § 179 Rz 73.

90) 6 Ob 204/16t Pkt 6.1.4.

der Beteiligung am Unternehmenswert erfolgen“.⁹¹⁾

4.3.2. Nachrangigkeitsabrede

Ein solcher „anderer Grund“ für eine Geltung einer dem Verbot der Einlagenrückgewähr entsprechenden Rückzahlungssperre könnte – wie der OGH⁹²⁾ selbst in den Raum wirft, aber letztlich offen lässt – darin zu erblicken sein, dass mit dem Stillen eine freiwillige Nachrangigkeitsabrede oder Rangrücktrittsvereinbarung⁹³⁾ abgeschlossen wurde. Im Schrifttum findet man bereits deutliche Ansätze in diese Richtung.⁹⁴⁾ Dem ist jedoch entschieden zu widersprechen.

Die Nachrangigkeitsabrede bringt zwar eine gewisse Annäherung der Stellung des Stillen an jene eines Eigenkapitalgebers, diese beruht aber ausschließlich auf dem Parteiwillen. Die Grundlage für eine Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr könnte folglich ebenfalls nur eine ergänzende Vertragsauslegung der Nachrangigkeitsvereinbarung sein, nicht aber eine objektive Umqualifikation im Gläubigerinteresse. Eine solche Auslegung wird in aller Regel aber nicht dem Parteiwillen entsprechen: Es geht nicht an, jemandem, der für den Notfall der Insolvenz des Unternehmers mit der Nachrangigkeit seiner Beteiligung einverstanden ist, zu unterstellen, dass er sich ganz generell der umfassenden abstrakten Kapitalbindung des § 82 GmbHG unterwerfen habe wollen. Im Gegenteil: Es erscheint äußerst weit hergeholt, jemand würde sich ohne weiteres stillschweigend oder im Wege ergänzender Vertragsauslegung dieser in der Praxis geradezu gefürchteten Rechtsfolge unterwerfen wollen.⁹⁵⁾

Der Nachrangigkeitsabrede kann ausgehend von ihrem Zweck lediglich ent-

nommen werden, dass sie nicht erst bei förmlicher Insolvenzeröffnung, sondern bereits bei materieller Insolvenz, also Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gilt und folglich einer Rückzahlung der Beteiligung bereits ab diesem Zeitpunkt entgegensteht. Richtigerweise ist sogar noch einen Schritt weiter zu gehen und typischerweise anzunehmen, dass eine Nachrangigkeitsvereinbarung zu einer Rückzahlungssperre schon ab Eintritt der Krise iSd § 2 EKEG führt. Denn wie die gesetzliche Wertung des EKEG zum Ausdruck bringt, ist die Gefahr einer künftigen Insolvenz schon ab diesem Zeitpunkt so stark, dass eine zeitliche Vorwirkung der Nachrangigkeit im Insolvenzfall sach- und interessengerecht ist. Damit würde – mangels gegenteiliger vertraglicher Anhaltspunkte – im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Gleichklang der freiwilligen mit der gesetzlichen Nachrangigkeit im EKEG hergestellt; das harmoniert auch damit, dass freiwillig und gesetzlich (EKEG) nachrangige Gläubiger nach hL im Insolvenzverfahren gleichrangig befriedigt werden.⁹⁶⁾

4.3.3. Bilanzierung als materielles Eigenkapital

4.3.3.1. Problemaufriss

Nach praktisch einhelliger Ansicht der Glossatoren der Entscheidung 6 Ob 204/16t dürfte eine Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr dann gerechtfertigt sein, wenn die stille Beteiligung vereinbarungsgemäß materielles Eigenkapital vermittelt.⁹⁷⁾ Gemeint ist damit offenbar materielles Eigenkapital im bilanziellen Sinn. Freilich herrscht nicht nur Uneinigkeit über die dafür zu fordernden Voraussetzungen, sondern ist auch rechtsfolgenseitig unklar, worauf

diese Auffassung hinausläuft. Entweder könnte dies so zu verstehen sein, dass die für eine Qualifikation als materielles Eigenkapital notwendigen Anforderungen eine funktional vergleichbare Kapitalssperre wie gem § 82 GmbHG, § 52 AktG erfordern; oder die Vertreter dieser Ansicht befürworten wegen der Bilanzierung als materielles Eigenkapital im objektiven Gläubigerschutzinteresse eine analoge Anwendung von § 82 GmbHG, § 52 AktG.⁹⁸⁾ Letzteres dürfte gemeint sein, wenn darauf abgestellt wird, dass unter der Voraussetzung des bilanziellen Ausweises als Eigenkapital ein Vertrauenstatbestand der Gläubiger geschaffen wird, der eine strenge Kapitalbindung rechtfertigen könne.⁹⁹⁾ Als Ausgangspunkt der Problemlösung ist unabhängig von diesen beiden unterschiedlichen dogmatischen Ansätzen jedenfalls zunächst zu klären, was überhaupt die Voraussetzungen für eine Bilanzierung von stillen Beteiligungen, Genussrechten und vergleichbaren Finanzierungsformen als materielles Eigenkapital sind.

4.3.3.2. Anforderungen in der Vertragsgestaltung an bilanzielles Eigenkapital

Herrschend werden drei Kriterien angegeben, welche für eine Bilanzierung von Genussrechten und stillen Beteiligungen als Eigenkapital erfüllt sein müssen, wobei im Einzelnen Vieles strittig ist: Während über die insolvenzrechtliche Nachrangigkeit als zentrale Voraussetzung Einigkeit herrscht¹⁰⁰⁾, ist beim zweiten anerkannten Kriterium der ausschließlichen Ergebnisbeteiligung schon umstritten, ob und inwieweit auch eine Verlustbeteiligung vorliegen muss.¹⁰¹⁾ Die dritte Voraussetzung der Langfristigkeit ist sogar dem Grunde nach, erst Recht aber hinsichtlich der genauen

91) Auch *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Abrurumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 82 Rz 67 und *J. Kepplinger*, ZFR 2018, 88 (90) (Anm) lehnen eine Anknüpfung ans EKEG explizit ab.

92) 6 Ob 204/16t Pkt 6.2.8.

93) Zum vorliegend nicht weiter interessierenden Unterschied *Schummer* in *Insolvenz-Forum* 2012, 105 (121 ff).

94) Zumindest im Ergebnis so *Hochedlinger* in *Die GmbH & Co KG*², 132 (154 ff); ebenso wohl auch *U. Edelmann*, ÖBA 2018, 281 (282 f) (Anm); *J. Kepplinger*, ZFR 2018, 88 (89 f) (Anm).

95) *Zutr H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 476 (478) (Anm).

96) *Schummer*, EKEG und Insolvenzrecht, in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 143 (146); allgemein auch *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 57a KO Rz 5.

97) *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 476 (478) (Anm); *Hochedlinger*, GesRZ 2017, 398 (Anm); *J. Kepplinger*, ZFR 2018, 88 (89 f) (Anm); *Told*, VbR 2018, 37 (Anm);

vgl auch *Wenger*, RWZ 2017, 344 (346) (Anm). Nicht nachvollziehbar ist es, wenn *B. Fink* (in *Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, 227 [231]) an die Qualifikation als materielles Eigenkapital die Anwendung des EKEG knüpft.

98) Vgl zu diesen beiden unterschiedlichen dogmatischen Grundlagen hinsichtlich der Frage der insolvenzrechtlichen Nachrangigkeit deutlich *Schön*, ZGR 1990, 220 (228).

99) Explizit dafür *Told*, VbR 2018, 37 (Anm); *Oberdorfer/Leitner*, *ecolex* 2009, 956 (957); ebenso *Hochedlinger* in *Die GmbH & Co KG*², 132 (154); vgl auch *dens* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 187 Rz 5; *dens*, GesRZ 2017, 398 (Anm). Vgl auch *Lindinger*, JBI 2003, 724 (735), der damit die Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband (s unten 4.5.) rechtfertigen will.

100) Statt vieler *Bertl/Hirschler*, Bilanzielle Behandlung der stillen Einlage als Eigenkapital, RZW 2009, 261; *Bergmann*,

Genussrechte 328 mwN.

101) *Eberhartinger* (Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen [1996] 77 ff mwN), *Bauer* (Stille Gesellschaft 225 ff) und implizit wohl auch *Hochedlinger* (GesRZ 2017, 398 [Anm]) lehnen das Kriterium der Verlustbeteiligung ab (vgl idS auch *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 214 f). *Eberhartinger* (aaO 77 ff) und *Bauer* (aaO 222 ff) halten darüber hinaus unter dem Gesichtspunkt der Ergebnisbeteiligung einen Verlustausschluss für unschädlich, während *Hochedlinger* (in *Die GmbH & Co KG*², 132 [145 ff]) dem wohl mit der Maßgabe zu folgen bereit ist, dass nur keine ergebnisunabhängige Mindestverzinsung vereinbart sein darf. Indessen wird in der deutschen Diskussion eine Verlustbeteiligung nach hA für unerlässlich erachtet, zB *Polzer/Gaffron* in *MüHdb Gesellschaftsrecht II*⁴ § 84 Rz 12; *Kauffeld* in *Blaurock*, Stille Gesellschaft⁸ Rz 13.22 je mwN.

Ausgestaltung, umstritten.¹⁰²⁾ Vorherrschend dürfte freilich mittlerweile im Anschluss an die *Stellungnahme KFS/RL 13 des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision über die Bilanzierung von Genussrechten und Hybridkapital*¹⁰³⁾ jene Ansicht, wonach alle drei Kriterien in strenger Ausprägung erfüllt sein müssen.¹⁰⁴⁾

Folgt man diesen von der *Stellungnahme KFS/RL 13* vorausgesetzten Anforderungen an die vertraglichen Bedingungen der Beteiligungen, zeigt deren nähere Analyse, dass sich daraus in der Tat eine weitgehend vergleichbare Kapitalbindung wie bei §§ 82 GmbHG, 52 AktG ergibt. Das ist letztlich nur konsequent, weil man im Bilanzrecht im Sinne eines funktionellen Eigenkapitalbegriffs gerade darauf abstellen muss, ob das formelle Fremdkapital im Hinblick auf die zu schützenden Interessen der Gläubiger eine hinreichend hohe Haftungsqualität aufweist.¹⁰⁵⁾

Im Einzelnen fordert die Stellungnahme ganz im Einklang mit der Grundregel von § 82 Abs 1 GmbHG, § 52 AktG, dass sämtliche Vergütungen des Genussrechtinhabers aus Vermögen stammen muss, das als Bilanzgewinn dargestellt werden könnte, womit die Wahrung der gesetzlichen und vertraglichen Ausschüttungssperren sichergestellt wird (KFS/RL 13 Rz 11). Eine ergebnisunabhängige Verzinsung ist iSd § 82 Abs 3 GmbHG, § 54 AktG damit grundsätzlich ebenso ausgeschlossen; wird sie dennoch versprochen, darf sie erst erfolgen, wenn in Folgejahren hinreichende Gewinne erzielt werden, um die ergebnisunabhängige Vergütung zu „finanzieren“ (KFS/RL 13 Rz 12). Der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts bis zur Beendigung des Unternehmens (KFS/RL 13 Rz 18) stellt im Zusammenspiel mit der gebotenen Nachrangigkeit im Insolvenz- und Liquidationsfall (KFS/RL 13 Rz 9) ferner weitgehend (Ausnahme: außerordentliche Kündigung) sicher, dass dem Kapitalgeber seine Einlage

nicht zurückbezahlt werden kann, bevor alle Gläubiger befriedigt wurden. Frühere Rückzahlungen sind nur ausnahmsweise nach Einhaltung einer den Regeln der §§ 54 ff GmbHG, §§ 175 ff AktG vergleichbaren Kapitalherabsetzung zulässig, oder wenn das auszuschüttende Eigenkapital durch neues materielles oder formelles (Kapitalerhöhung) ersetzt wird (KFS/RL 13 Rz 17).

4.3.3.3. Darüber hinausgehende Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr?

4.3.3.3.1. Es zeigt sich also, dass die Anforderungen an eine Bilanzierung als materielles Eigenkapital sehr wohl zu vertraglichen Rückzahlungssperren führen, die eine offene Einlagenrückgewähr weitgehend¹⁰⁶⁾ ausschließen. Die eigentliche Streitfrage reduziert sich damit darauf, ob aus dem bilanziellen Ausweis als materielles Eigenkapital auch auf eine darüber hinausgehende Anwendung sämtlicher Rechtsfolgen des gesetzlichen Verbots der Einlagenrückgewähr geschlossen werden kann. Bedeutung hätte dies insbesondere für eine Geltung des Verbots *verdeckter* Einlagenrückgewähr, dessen Folgen nicht ohne weiteres aus den Voraussetzungen der *Stellungnahme KFS/RL 13* abgeleitet werden können. Zur Lösung des Problems ist auf die beiden möglichen Begründungsansätze zurückzukommen, wonach sich ein solches Ergebnis entweder aus ergänzender Vertragsauslegung oder zwingend aus einer Analogie zu § 82 GmbHG, § 52 AktG ergeben kann (oben 4.3.3.1.).

4.3.3.3.2. Eine Begründung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung setzt einen Parteiwillen voraus, der darauf gerichtet ist, dass auch für den Stillen alle Facetten des Verbots der Einlagenrückgewähr gelten¹⁰⁷⁾, obwohl dies für den bilanziellen Ausweis als Eigenkapital wie gezeigt gar nicht notwendig ist. Im Regelfall ist eine solche Annahme mE jedoch kaum haltbar, sondern läuft eher auf eine Fiktion des Parteiwillens hinaus.

Wie gesagt werden weder der Stille noch die Gesellschaft typischerweise ein manifestes Interesse daran haben, ihren Handlungs- und Gestaltungsspielraum durch den strengen Kapitalerhaltungsgrundsatz, vor allem durch das Verbot *verdeckter* Einlagenrückgewähr, zugunsten unbestimmter Dritter, nämlich der abstrakten Masse der Gesellschaftsgläubiger, erheblich einzuschränken. Wenn daher nicht gerade *ausdrücklich* die Geltung sämtlicher Rechtsfolgen des Verbots der Einlagenrückgewähr vereinbart wird, ist es wenig überzeugend, einen hypothetischen Parteiwillen anzunehmen, der auf dessen Geltung gerichtet ist.

4.3.3.3.3. Konsequenter erschiene demgegenüber die Annahme einer zwingenden Kapitalerhaltung analog § 82 GmbHG, § 52 AktG, wenn und weil durch den bilanzrechtlichen Ausweis ein Vertrauenstatbestand zugunsten der Gläubiger geschaffen wird. Dem steht allerdings – abgesehen von der aufgezeigten Unsicherheit über die Voraussetzungen für materielles Eigenkapital im bilanziellen Sinn (4.3.3.2.) – der Umstand entgegen, dass es gerade nicht der bilanzrechtliche Ausweis ist, an den der österreichische Gesetzgeber sein Gläubigerschutzkonzept knüpft, sondern primär die im Firmenbuch zu publizierenden Informationen über das Stammkapital.¹⁰⁸⁾ Das bilanzielle Eigenkapital vermag dagegen keineswegs *per se* ein Vertrauen auf eine wie auch immer geartete Kapitalbindung zu rechtfertigen; andernfalls müssten auch Gewinnrücklagen einer Ausschüttungssperre unterliegen.¹⁰⁹⁾ Zudem ist ein Jahresabschluss seinem Wesen nach eine stichtags- und periodenbezogene Information, die schwerlich geeignet ist, eine dauerhafte Vertrauensgrundlage zu schaffen. Aus vertrauenstheoretischer Sichtweise lässt sich außerdem einwenden, dass die Gläubiger der Bilanz ohne weiteres entnehmen können, wie viel Eigenkapital aus stillen Beteiligungen, Genussrechten und anderem materiellem Eigenkapital stammt und wie viel aus

102) Gegen Langfristigkeit zB *Eberhartinger*, Bilanzierung 82 ff mwN; offen lassend *Hochedlinger* in Die GmbH & Co KG², 132 (146 Fn 94). Zur Diskussion in Deutschland mwN *Kauffeld* in Blaurock, Stille Gesellschaft⁸ Rz 13.27 ff.

103) Rz 8 ff. Verfügbar unter <http://www.ksw.or.at/PortalData/1/Resources/fachgutachten/18-KFS-RL13.pdf> (abgefragt am 6.7.2018).

104) Ausf *Hirschler/Sulz/Schaffer* in Hirschler, Bilanzrecht: Einzelabschluss Kommentar (2009) § 224 UGB Rz 104 ff; *Sopp/Grünberger* in Zib/Dellinger, UGB III (2013) § 224 Rz 173 ff; *Bergmann*, Genussrechte 326 ff mwN; vgl auch *Bertl/Hirschler*, RZW 2009, 261 f.

105) VwGH 98/14/0131; *Stellungnahme KFS/*

RL 13 Rz 8; *Eberhartinger*, Bilanzierung 73 ff; *Sopp/Grünberger* in Zib/Dellinger, UGB III § 224 Rz 175; *Bergmann*, Genussrechte 326 f mwN.

106) Neben der unverzichtbaren Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung (zur stillen Gesellschaft: § 184 Abs 1 S 3 UGB; zu Genussrechten OGH 10 Ob 34/05f; 1 Ob 105/10p; *van Husen*, Genussrechte 169 f, 210, 235; *Lindinger*, JB1 2003, 724 [730 f]) ist wegen § 184 iVm § 132 Abs 2, § 134 UGB grundsätzlich davon auszugehen, dass auch ein Verzicht auf das ordentliche Kündigungsrecht bei stillen Gesellschaften nicht unbefristet möglich ist (s dazu *Trenker* in U. Torggler, UGB² § 184 Rz 2 mwN). Gute Gründe sprechen freilich dafür, dass die Wertung von

§ 1209 Abs 2 S 2 ABGB diesen Verweis auf § 134 UGB nunmehr kraft analoger Anwendung überlagert (vgl *Konwitschka* in Zib/Dellinger, UGB II § 179 Rz 51, der *de lege lata* für stille Gesellschaften [zu Genussrechten s *dens*, aaO Rz 113 aE] aber wohl keine Möglichkeit einer Analogie sieht).

107) IdS *Hochedlinger* in Die GmbH & Co KG², 132 (154 f); vgl auch *J. Kepplinger*, ZFR 2018, 88 (89 f) (Anm), wenn er darauf abstellt, dass die Einlage als „Eigenkapital tituliert wird“.

108) S schon oben 4.2.1. bei Fn 76

109) Vgl auch *Konwitschka* in Zib/Dellinger, UGB II § 179 Rz 73.

echten Stammeinlagen der Gesellschafter.¹¹⁰⁾ Denn nach hM muss derartiges materielles Eigenkapital in einer gesonderten Position ausgewiesen werden,¹¹¹⁾ umfangreiche Angaben im Anhang kommen hinzu.¹¹²⁾

Eine Anknüpfung an der bilanziellen Behandlung als Analogiebasis für das Verbot der Einlagenrückgewähr würde zudem die schwierige Folgefrage auslösen, ob der bilanzrechtliche Ausweis konstitutiv wirkt und die strenge Kapitalbindung selbst dann greift, wenn eine Beteiligung zu Unrecht als materielles Eigenkapital ausgewiesen wird; dementsprechender Vertrauensschutz in sinnemäßiger oder gar analoger Anwendung zu § 15 Abs 3 UGB ginge aber wohl deutlich zu weit. Umgekehrt fragt sich, ob der zu Unrecht *nicht* als materieller Eigenkapitalgeber ausgewiesene Stille dennoch § 82 GmbHG, § 52 AktG unterliegt. Das wäre zwar im Verhältnis zu anderen als Eigenkapitalgeber ausgewiesenen stillen Gesellschaftern „gerecht“, jedoch würde damit der Boden des vertrauensrechtlichen Begründungsansatzes verlassen.

Gerade hinsichtlich des Verbots der *verdeckten* Einlagenrückgewähr, um dessen Anwendung es bei der gegenständlichen Frage wie gezeigt primär geht, erscheint eine Erfassung von atypisch stillen Gesellschaftern und Genussrechtinhabern zudem überschießend, selbst wenn ihre Beteiligung als Eigenkapital bilanziert wird. Das Verbot verdeckter Einlagenrückgewähr verbietet vereinfacht gesagt jeglichen fremdunüblichen und daher auch nicht betrieblich gerechtfertigten¹¹³⁾ Vermögenstransfer von einer

Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter im Rahmen ihrer sonstigen, also nicht gesellschaftsrechtlichen Rechtsbeziehungen.¹¹⁴⁾ Der Normzweck wird zwar häufig schlicht mit dem erforderlichen Umgehungsschutz des Verbots offener Einlagenrückgewähr erklärt¹¹⁵⁾; in der Sache basiert dieser Umgehungsschutz aber auf der Annahme einer Vermutung¹¹⁶⁾ zugunsten einer verdeckten Zuwendung *wegen* der Gesellschaftereigenschaft. Diese Vermutung hat ihren teleologischen Hintergrund mE wiederum in der besonderen Nahebeziehung des Gesellschafters zur Gesellschaft und seiner Einwirkungsmöglichkeit auf diese. Irgendwelche Einfluss- oder Mitwirkungsrechte eines atypisch Stillen oder Genussrechtinhabers sind aber unstrittig gerade nicht Voraussetzung für die bilanzielle Qualifikation seiner Einlage als Eigenkapital (oben 4.3.3.2.). Es geht deshalb zu weit, ein objektiv fremdunübliches Austauschgeschäft der Kapitalgesellschaft mit einem stillen Gesellschafter ohne weiteres für nichtig zu erklären. Ein Motiv für die Geschäftsleiter, dem stillen Gesellschafter seine Einlage über den Umweg eines Austauschgeschäftes zurückzuzahlen, ist keineswegs typischerweise zu unterstellen, sodass die mit § 82 GmbHG einhergehende Vermutung nicht sachgerecht ist. Bei einer vorsätzlichen Begünstigung und Evidenz der Pflichtwidrigkeit würden außerdem ohnehin die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht greifen.¹¹⁷⁾ Im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung ist eine – auch verdeckte¹¹⁸⁾ – Einlagenrückgewähr zugunsten eines stillen Gesellschafters darüber hinaus gem § 188 UGB anfechtbar. Die Gefahr einer (wirk-

samen) „verdeckten Begünstigung“ eines atypisch Stillen ohne irgendwelche Mitwirkungsrechte ist somit von vornherein derart begrenzt, dass weder die Annahme einer teleologischen Lücke noch einer Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen¹¹⁹⁾ als Voraussetzung der Analogie zu § 82 GmbHG zu überzeugen vermag.

4.3.3.4. Allenfalls erwägenswert wäre eine Analogie zu § 82 GmbHG, § 52 AktG ausgehend vom soeben Gesagten nur, wenn der als bilanzieller Eigenkapitalgeber ausgewiesene Stille zusätzlich über gewisse gesellschaftsrechtliche Mitwirkungsrechte verfügen würde. Es würde sich als Vergleichsbasis anbieten, wiederum auf die Rechte eines Kommanditisten abzustellen. Das Ergebnis wäre nämlich *quasi* eine „Analogie zur Analogie“ zur Erstreckung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf „Nur-Kommanditisten“ einer GmbH & Co KG (oben 2.2.4.): Auch atypisch stille Gesellschafter mit „kommanditistengleichen“ Vermögens- und Mitwirkungsrechten würden dem strengen Kapitalerhaltungsregime unterworfen, vorausgesetzt natürlich der Unternehmer ist eine (verdeckte) Kapitalgesellschaft.

Dagegen bestehen aber ebenfalls gewichtige Bedenken: Allen voran ist auf die bereits dargelegte Erwägung zurückzukommen, dass es anders als beim Kommanditisten keine firmenbuchrechtliche Publizität schuldrechtlicher Beteiligungen gibt und die bilanzielle Abbildung als Eigenkapital keinen gleichermaßen starken Vertrauenstatbestand schafft. Zudem existieren mit Ausnahme des EKEG für „Kapitalgesellschaften & Still“ anders

110) Vgl schon *Lindinger*, JBl 2003, 724 (735).

111) KFS/RL 13 Rz 26; *Sopp/Grünberger* in *Zib/Dellinger*, UGB III § 224 Rz 218; *Bergmann*, Bilanzierung von Genussrechten: Überarbeitung der Stellungnahme KFS/RL 13, RWZ 2016, 296 (297).

112) *Bergmann*, RWZ 2016, 296 (298).

113) Richtigerweise lässt sich das Kriterium der betrieblichen Rechtfertigung im Kriterium der Fremdüblichkeit „unterbringen“, s zB *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz I⁵ (2011) § 52 Rz 13; vgl idS auch RIS-Justiz RS0120438; *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht Rz 1134; abw *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung² [2014] 3 [69 ff].

114) Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ (2007) § 82 Rz 15 f; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 Rz 14.

115) *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 Rz 10; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG (2014) § 82 Rz 36.

116) Umstritten ist, ob diese Vermutung in der Form widerlegbar ist, dass sich der begünstigte Gesellschafter mit dem Einwand entlasten kann, die Geschäftsleiter hätten

ihn nach ihrer subjektiven Vorstellung gar nicht begünstigen wollen. ME ist dies zu verneinen und eine unwiderlegbare Vermutung einer verdeckten Vermögensumkehr anzunehmen. Die subjektiven Vorstellungen der Geschäftsleiter sind für einen Verstoß gegen § 82 GmbHG bei einer objektiv fremdunüblichen Leistung irrelevant (BGH II ZR 306/85 NJW 1987, 1194; *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern [1996/2007] 274 f; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 Rz 15; *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen [2012] 60 f; *Köppl* in *U. Torggler*, GmbHG § 82 Rz 21; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 39). Die Rsp spricht zwar häufig von der widerlegbaren Vermutung, dass eine Leistung wegen der Gesellschaftereigenschaft geleistet wurde. Wenn sie den Gegenbeweis zur Widerlegung dieser Vermutung aber im Nachweis der Fremdüblichkeit oder der betrieblichen Rechtfertigung erkennt (so OGH 6 Ob 288/99t; 6 Ob 271/05d; 7 Ob 35/10p), widerspricht dies der hier vertretenen Ansicht nicht. Denn die Rsp bezweifelt insoweit nicht, dass jede objektiv fremdunübliche und betrieblich nicht gerechtfertigte Gesellschafterbe-

günstigung unwiderlegbar eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt (möglicherweise abw *Karollus* in *Leitner*, Verdeckte Gewinnausschüttung², 3 [59, 71 ff]; diff *Sauer* in *Kalss/Doralt/Nowotny*, AktG I² § 52 Rz 37).

117) RIS-Justiz RS0016733; RS0026587; RS0061579; ausf dazu *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB I/2 (2014) § 50 Rz 16 ff. Verneint man einen Verstoß gegen § 82 GmbHG, überschreiten die Geschäftsleiter durch Begründung eines „schlechtes“ Geschäfts zulasten der Gesellschaft und zugunsten des Stillen keine „starre“ Schranke, sodass für ein Durchschlagen des Missbrauchs der Vertretungsmacht auf den Vertragspartner richtigerweise Vorsatz erforderlich ist (s *U. Torggler/Trenker* aaO § 50 Rz 16; *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB² § 50 Rz 5).

118) *Trenker* in *U. Torggler*, UGB² § 188 Rz 3; idS auch OGH 10 Ob 73/04i; RIS-Justiz RS0119616.

119) Richtigerweise handelt es sich ohnehin um ein- und dasselbe Prüfkriterium, s nur *Canaris*. Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1964) 148 ff; 201; *F. Bydlinki*, Methodenlehre², 474.

als bei der GmbH & Co KG gerade keine gesetzlichen Normen, die eine Gleichstellung mit einer Kapitalgesellschaft anordnen würden¹²⁰⁾; das ist deshalb bedeutsam, weil der OGH in 2 Ob 225/07p die analoge Anwendung von § 82 GmbHG auf die GmbH & Co KG maßgeblich damit begründet hat, dass die Erfassung der GmbH & Co KG in § 67 Abs 1 IO, § 189 Abs 1 Z 2, § 221 Abs 5¹²¹⁾, § 244 Abs 3 UGB, § 22 Abs 2 URG, § 4 Z 3 EKEG eine nachträgliche gesetzliche Lücke offenbaren würde.¹²²⁾ Dieser Überlegung lässt sich zwar entgegenhalten, dass hinsichtlich der betroffenen Regelungsgegenstände dieser Normen – eben mit Ausnahme des EKEG – kein Bedarf für eine Erfassung der an einer Kapitalgesellschaft beteiligten stillen Gesellschafter besteht. Denn eine stille Beteiligung ändert nichts daran, dass der betreffende Rechtsträger die Kapitalgesellschaft bleibt und somit ohnehin von diesen Normen erfasst ist, während bei der GmbH & Co KG der eigentliche Rechtsträger die KG ist.¹²³⁾ Dennoch sprechen die besseren Gründe mE letztlich dafür, die firmenbuchrechtliche Publizität als den maßgeblichen Anknüpfungspunkt für den gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz zu respektieren, weshalb es bei der Differenzierung zwischen formellem Fremd- und Eigenkapital zu bleiben hat. Die – schon für die GmbH & Co KG bedenkliche¹²⁴⁾ – Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs des Verbots der Einlagenrückgewähr im Analogieweg hat folglich dort ihre Grenze zu finden, wo es um die Erfassung formeller Fremdkapitalgeber geht.

4.3.4. Zwischenfazit

Der Inhaber einer schuldrechtlichen Vermögensbeteiligung an einer (verdeck-

ten) Kapitalgesellschaft in Form einer atypisch stillen Beteiligung oder eines Genussrechts ist nicht dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterworfen, und zwar weder bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG, einer vereinbarten Nachrangigkeitsabrede noch bei einer Bilanzierung seiner Einlage als materielles Eigenkapital.¹²⁵⁾ Im Anwendungsbereich des EKEG greift allerdings die funktional ähnliche, wenn auch weit weniger strenge Rückzahlungssperre des § 14 EKEG. Außerdem führt die ergänzende Vertragsauslegung bei einer Nachrangigkeitsvereinbarung oder einem Rangrücktritt im Zweifel zu einem vergleichbaren Resultat. Die Bilanzierung als materielles Eigenkapital setzt ohnehin eine vertragliche Bindung der zugeführten Mittel voraus, die einer offenen Einlagenrückgewähr ohne hinreichende Absicherung der Gläubigerinteressen weitgehend entgegensteht. Hinsichtlich der Gefahr verdeckter Vermögensauskehr an den atypisch Stillen ist mit den gesetzlich vorgesehenen Schutzmechanismen das Auslangen zu finden. Einer Analogie zu § 82 GmbHG, § 52 AktG bedarf es hingegen nicht, selbst wenn die Rechtsstellung des Stillen einem Kommanditisten im Innenverhältnis angenähert wird.

Eine strenge Kapitalbindung iSd § 82 GmbHG, § 52 AktG ist mE damit nur in solchen Ausnahmefällen zu befürworten, in denen die Beteiligung wirklich so ausgestaltet ist, dass der atypisch Stille in einer über die Mindestanforderungen für beherrschenden Einfluss iSd § 10 Abs 2 Z 2 EKEG hinausgehenden Weise (vgl oben 4.3.1.) der „wahre Herr“ im Unternehmen ist.¹²⁶⁾ Dafür ist mit *Schön*¹²⁷⁾ aber sogar ein echtes und umfassendes Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsleitung zu fordern.

4.4. Garantierte Mindestabfindung

Aus der Qualifikation auch atypisch schuldrechtlicher Beteiligungen als Fremdkapital und der folgerichtigen Ablehnung einer analogen Anwendung von § 82 GmbHG, § 52 AktG ist ferner zu folgern, dass eine garantierte Mindestabfindung entgegen 10 Ob 73/04i wirksam vereinbart werden kann, auch wenn sie höher ist als der wahre Wert der Beteiligung im Zeitpunkt des Ausscheidens. Es handelt sich dabei funktional um nichts anderes als einen partiellen Verlustausschluss, der selbst bei einer Beteiligung am Wert des Unternehmens widerspruchsfrei vereinbart werden kann (oben 2.2.2.).¹²⁸⁾ Lediglich wenn der Insolvenzfall vertraglich *besonders* behandelt wird, die Mindestabfindung also beispielsweise nur in dieser Konstellation, nicht aber bei sonstigen Fällen des Ausscheidens zusteht, läuft die Gestaltung auf einen Vertrag zulasten der Gläubiger und eine damit sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung hinaus.¹²⁹⁾

4.5. Keine Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband

Schließlich ist mE (spätestens) mit 6 Ob 204/16t auch die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf atypisch stille Gesellschafter überholt. Der OGH hat die Anwendung dieser Grundsätze wie gesagt (2.2.2.) in 8 Ob 12/93 bejaht und damit eine rückwirkende Anfechtung des Beitritts abgelehnt. Das hat praktisch vor allem zur Folge, dass der atypisch stille Gesellschafter trotz rechtsgeschäftlicher Mängel seiner Beitrittserklärung lediglich *ex nunc* kündigen kann und ihm folglich nur mehr der (allenfalls vorhandene) aktuelle Wert der Beteiligung ausbezahlt, nicht aber

120) Ebenso *Konwitschka* in Zib/Dellinger, UGB II § 179 Rz 73.

121) Indem durch das RÄG 2014 durch den fehlenden Verweis in § 221 Abs 5 UGB auf § 229 Abs 4–7 UGB klargestellt wurde, dass „verdeckte“ anders als „echte“ Kapitalgesellschaften gerade keine vergleichbare Pflicht zur Dotierung gebundener Rücklagen trifft, enthält diese Norm allerdings nunmehr auch ein wesentliches Argument gegen die vom OGH gezogene Analogie für Kommanditisten, was aber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist. Ausf dazu *Bergmann/Schörghofer*, RÄG 2014: Keine Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf verdeckte Kapitalgesellschaften! GesRZ 2014, 340 ff.

122) Ausf *Rüffler/Aburumrieh/Lind*, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in Jauffer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (2016) 71 (76 ff).

123) Die GmbH & Still ist ohnehin nach § 67

Abs 1 IO bei Überschuldung insolvenz-antragspflichtig, muss gem § 189 Abs 1 Z 1 UGB bilanzieren und ihre Geschäftsführer unterliegen der Haftung nach § 22 Abs 2 URG.

124) Krit etwa *U. Torggler*, Die GmbH & Co KG nach OGH 2 Ob 225/07p – eine neue Gesellschaftsform, in Artmann/Rüffler/Torggler, Die GmbH & Co KG nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 3 ff; *Koppensteiner*, Haftung der Kommanditisten aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG, ebendort 13 ff; s ferner die Diskussionsbeiträge bei *Trenker*, ebendort 77 ff; *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 ff; *Nowotny*, Die GmbH & Co KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft? RdW 2009, 326 ff; *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 ff.

125) Generell gegen eine (analoge) Anwendung von § 82 GmbHG auf atypisch stille Gesellschafter *Auer* in Gruber/Harrer, GmbHG § 82 Rz 20; *Konwitschka* in Zib/Dellinger, UGB II § 179 Rz 73; *H. Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG

§ 82 Rz 67; aA offenbar pauschal *Kalss*, Kredite und Sicherheiten im Lichte der Einlagenrückgewähr, in Konecny, Insolvenz-Forum 2015 (2016) 125 (129).

126) So anschaulich *Schön*, ZGR 1990, 220 (232); zust *Harrer*, GesRZ 1999, 218 (224); ebenso *Hochedlinger* in Die GmbH & Co KG² 132 (155); *J. Kepplinger*, ZFR 2018, 88 (90 Fn 14) (Anm).

127) *Schön*, ZGR 1990, 220 (232); erheblich weiter dürfte hingegen *Hochedlinger* in Die GmbH & Co KG² 132 (155) dieses Kriterium auslegen.

128) *Trenker* in *U. Torggler*, UGB² § 186 Rz 2.

129) Vgl zum umgekehrten Fall der Benachteiligung der Gläubiger eines insolventen Gesellschafters durch eine vereinbarungsgemäß niedrigere Abfindung für den Insolvenzfall ausf *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in der Exekution und Insolvenz, JBl 2012, 281 (289 f); *ders*, JBl 2016, 449 ff (Anm); s konkret auch *dens* in *U. Torggler*, UGB² § 186 Rz 2.

seinerzeit geleistete Einlage zurückzahlen ist.

Der OGH hat sich zur Begründung dieser Auffassung im Wesentlichen nur auf die Wiedergabe entsprechender Stellungnahmen im Schrifttum beschränkt; in der Sache hat er aber immerhin erkannt, dass die Rechtfertigung für diese Lehre „beim Gesellschaftsvertrag die Wirkung der anfechtbar entstandenen Gesellschaft nach außen, die faktische Tätigkeit der Gesellschaft und das zu schützende Vertrauen dritter, in Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft stehender Personen auf den Rechtsschein“ wäre.¹³⁰⁾ Bei näherer Betrachtung lässt sich allerdings keiner dieser Gesichtspunkte auf eine zwangsläufig als Innengesellschaft strukturierte¹³¹⁾ atypisch stille Gesellschaft übertragen. Weder entsteht eine Gesellschaft nach außen, noch entfaltet die stille Gesellschaft eine faktische Tätigkeit, noch besteht – wie soeben gezeigt (4.3.3.3.) – ein schutzwürdiges Vertrauen der Gläubiger auf die Erhaltung der Einlage eines bloß schuldrechtlich beteiligten stillen Gesellschafters. Für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft spricht damit lediglich nur noch das Argument, dass die stille Gesellschaft eine auf Dauer angelegte Risikogemeinschaft darstelle, was den BGH in der Tat zur Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft sogar auf typisch stille Gesellschaften veranlasst hat.¹³²⁾ Der OGH hat gerade diesem Ansatz jedoch in 4 Ob 233/00v eine Absage erteilt, was schon deshalb überzeugt, weil andernfalls die Grenzen zwischen schuldrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Beziehungen vollends verwischt würden.¹³³⁾

Es fehlt daher an einer stichhaltigen Begründung für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf Innengesellschaften, weshalb

Innengesellschaften von Teilen der Lehre hiervon *per se* ausgenommen werden.¹³⁴⁾ Das ist konkret auch für die atypisch stille Gesellschaft überzeugend.¹³⁵⁾ Dass der OGH im Anschluss an *K. Schmidt*¹³⁶⁾ der Anwendung dieser Lehre *obiter* das Wort für solche atypisch stillen Gesellschaftler redet, die schuldrechtlich am Unternehmenswert beteiligt sind und ein Widerspruchsrecht zu außergewöhnlichen Maßnahmen gem § 164 UGB haben¹³⁷⁾, überzeugt dagegen nicht (mehr). Dem dieser These wohl auch innewohnenden Gedanken von der Gleichstellung des atypisch stillen Gesellschafters mit einem Kommanditisten haben der Gesetzgeber in § 10 Abs 2 letzter S EKEG sowie der OGH eben nunmehr in 6 Ob 204/16t eine Absage erteilt. Wie die Behandlung als Fremdkapitalgeber in § 187 UGB, § 10 Abs 2 letzter S EKEG beweist, sind die Interessen schuldrechtlich am Unternehmenswert beteiligter Kapitalgeber eben mangels Publizität grundsätzlich nicht zwingend jenen sonstiger Gläubiger untergeordnet; das muss umso mehr gelten, wenn ihr Beitrittsversprechen mangelhaft war und sie daran folglich nach allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre nicht gemessen werden dürfen. Nicht nachvollziehbar ist indes, warum ausgerechnet das bloße Zustimmungsrecht des Stillen gem § 164 UGB eine interne „Mindestorganisation“ schafft und gerade diese „Organisation“ einen besonderen Bestandschutz gegen Nichtigkeitsgründe erfordert.

Selbst wenn die stille Beteiligung so atypisch wäre, dass sie bilanziell als materielles Eigenkapital ausgewiesen wird – was der OGH aber für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gar nicht fordert¹³⁸⁾ –, ist der damit entstehende Vertrauensstatbestand zugunsten der Gläubiger zur Abwehr

berechtigter Rückabwicklungsansprüche der schuldrechtlich Beteiligten mE ebenso wenig hinreichend wie für eine analoge Anwendung von § 82 GmbHG, § 52 AktG (s oben 4.3.3.3.). Auch der Schluss, von einer allfälligen Nachrangigkeitsabrede sei ebenso die Nachrangigkeit von Rückersatzansprüchen aus Mängeln des Beitrittsversprechens erfasst, überzeugt schon aus logischen Gründen nicht. Denn diese Mängel haften auch dem im Rahmen des Beitritts abgegebenen Nachrangigkeitsversprechen an.¹³⁹⁾

Eine Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband auf stille Gesellschaften, egal ob typisch oder atypisch, ist somit abzulehnen.¹⁴⁰⁾ Nicht zuletzt hat diese Verengung des Anwendungsbereichs auch den Vorteil, zumindest für schuldrechtliche Beteiligungen die Wertungswidersprüche zu vermeiden, welche durch den anerkannten Vorrang kapitalmarktrechtlicher Ansprüche gegenüber der Lehre vom fehlerhaften Gesellschaftsbeitritt in der neueren Rsp¹⁴¹⁾ erzeugt wurden.¹⁴²⁾ Die Rsp müsste hingegen konsequenterweise zum wenig befriedigenden Ergebnis gelangen, dass eine *ex-tunc*-Anfechtung einer atypisch stillen Beteiligung wegen eines individuell veranlassten oder gar arglistig¹⁴³⁾ herbeigeführten Irrtums ausgeschlossen, eine Rückabwicklung gem § 11 KMG wegen eines fehlerhaften Prospekts indes zulässig wäre.

5. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- ◆ Der stille Gesellschafter ist nach der – im Rahmen der Entstehungsgeschichte des ADHGB – reiflich überlegten Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers in § 187 UGB hinsichtlich sei-

130) OGH 8 Ob 12/93.

131) Statt aller *Hochedlinger* in Jabornegg/Artmann, UGB I² § 179 Rz 4; *Trenker* in U. Torggler, UGB² § 179 Rz 2; *Straube/V. Appl* in WK-UGB I⁴ § 179 Rz 12.

132) BGH II ZR 158/69, BGHZ 55, 5.

133) *Schäfer* in Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar BGB VI⁷ (2017) § 705 Rz 359 f; *Trenker*, GesRZ 2017, 95 (102).

134) *Fiume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/1: Die Personengesellschaft³ (1977) 26 f; *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband: Grundlagen, Verhältnis zum allgemeinen Vertragsrecht und Anwendung auf Strukturänderungen (2002) 143 ff; *ders* in MüKoBGB⁷ § 705 Rz 359; *Schöne* in Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB (45. Edition; Stand: 1.11.2017) § 705 Rz 162; für Österreich *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT Rz 101 iVm Rz 418 ff, der generell nur rechtsfähige Gesellschaften einbezieht.

135) *U. Torggler/Straube* in *Straube*, HGB I³ § 178 Rz 7; *Straube/V. Appl* in WK-

UGB I⁴ § 179 Rz 22; *P. Bydlinki/Ibler*, Die Wirkung der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen wegen eines Willensmangels, JBl 2016, 2 (14 f); *Trenker*, GesRZ 2017, 95 (102); zurückhaltender noch *ders* in U. Torggler, UGB² § 179 Rz 9 („zweifelhaft“); für Deutschland wie hier zB *Königs*, Die Stille Gesellschaft (1961) 111 ff; *Wiesner*, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (1980) 81 ff; *Schäfer* in MüKoBGB⁷ § 705 Rz 359; besonders ausf und lesenswert *Harbarth* in GroßkommHGB IV⁵ § 235 Rz 176 ff.

136) S aktuell insbesondere *K. Schmidt* in MüKoHGB III³ § 230 Rz 131 ff.

137) OGH 4 Ob 233/00v; zust *C. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 2/1078.

138) So aber *Lindinger*, JBl 2003, 724 (735); noch weitergehend wohl *Konwitschka* in Zib/Dellinger, UGB II § 185 Rz 45, wonach jeder bilanzielle Ausweis, also wohl auch als Fremdkapital, einer Rückabwicklung *ex tunc* entgegenstehe.

139) AA *Lindinger*, JBl 2003, 724 (735). Vgl gegen einen solchen Begründungsansatz in anderem Kontext *Trenker*, GesRZ 2017, 95 (96 mwN).

140) Zu befürworten ist es lediglich, Ansprüche aus dem mangelhaften Beitritt eines während der Krise beigetretenen atypisch stillen Gesellschafters iSd § 10 Abs 2 EKEG analog § 57a IO nachrangig zu behandeln und der Rückzahlungssperre analog § 14 EKEG zu unterwerfen (vgl *Trenker*, VbR 2013, 16 [18]); s ebenso für kapitalmarktrechtliche Ansprüche echter Gesellschaftler *dens*, Nachrangigkeit kapitalmarktrechtlicher Ansprüche in der Insolvenz der emittierenden AG, ÖBA 2013, 187).

141) OGH 7 Ob 77/10i; 6 Ob 28/12d.

142) Vgl ausf iSd *Trenker*, GesRZ 2017, 95 (102 f).

143) So die hM, zB OGH 8 Ob 12/93 SZ 66/111; *G. H. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 226; *U. Torggler* in WK-UGB I⁴ § 105 Rz 93.

nes nicht von Verlusten aufgezehrten Anspruchs auf Rückzahlung seiner Einlage einem Kreditgeber gleichgestellt, seine Beteiligung somit als Fremdkapital anzusehen.

- ◆ Der früheren Rsp, wonach diese Wertung für einen am Unternehmenswert beteiligten atypisch stillen Gesellschafter insofern einzuschränken sei, als er insbesondere im Insolvenzfall wie ein Eigenkapitalgeber zwangsläufig nachrangig gegenüber den sonstigen Gläubigern sei, ist mit § 10 Abs 2 letzter S EKEG implizit eine Absage erteilt worden.
- ◆ Die in § 187 UGB und § 10 Abs 2 letzter S EKEG zum Ausdruck kommende Wertung ist verallgemeinerungsfähig: Sie ist für alle schuldrechtlichen Unternehmenswertbeteiligungen, wie (Substanz-)Genussrechte oder entsprechend ausgestaltete partiarische Darlehen, ebenso maßgebend. Für sämtliche einer atypisch stillen Gesellschaft vergleichbare Finanzierungsformen gelten grundsätzlich identische Gläubigerschutzvorkehrungen.
- ◆ Der Abfindungsanspruch atypisch stiller Gesellschafter ist im Insolvenzfall grundsätzlich nur im mehr unter den Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG nachrangig. Das setzt voraus, dass der Stille während der Krise einer Kapitalgesellschaft eine Beteiligung erworben hat, die ihm 25% des Unternehmenswerts (oder seiner Steigerung) und einem Kommanditisten vergleichbare Rechte vermittelt oder ihn beherrschenden Einfluss ausüben lässt. Diese Wertung wirkt insofern zurück, als auch vor dem 1.1.2004 begründete Alt-Beteiligungen nur mehr unter diesen Voraussetzungen als nachrangig anzusehen sind.
- ◆ Alternativ dazu bleibt selbstverständlich eine freiwillige Nachrangigkeitsvereinbarung oder ein vertraglicher Rangrücktritt – unabhängig von der Rechtsform des Unternehmers – möglich. Eine vereinbarte Nachrangigkeit im Insolvenzfall kann aber nicht (mehr) ohne weiteres konkludent aus der Beteiligung am Unternehmenswert geschlossen werden.
- ◆ Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist auf einen atypisch stillen Gesellschafter grundsätzlich nicht analog anzuwenden, und zwar weder bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG, einer vereinbarten Nachrangigkeit noch bei Bilanzierung der Einlage als materielles Eigenkapital. Bei Anwendung des EKEG greift *nur*, aber *immerhin* die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG. Im Wege ergänzender Vertragsauslegung gilt bei vereinbarter Nachrangigkeit

zudem im Zweifel eine vergleichbare Rückzahlungssperre für die Dauer der Krise. Bei der Bilanzierung als materielles Eigenkapital kann mit der hierfür erforderlichen vertraglichen Kapitalbindung das Auslangen gefunden werden, zumal sich die vertraglichen Anforderungen ohnehin am Gläubigerschutzbedürfnis zu orientieren haben.

- ◆ Eine Unternehmenswertbeteiligung steht entgegen früherer Rsp einer vereinbarten Mindestabfindung nicht im Wege. Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung wäre nur anzunehmen, wenn die Mindestabfindung für den Insolvenzfall, nicht aber alle sonstigen Exit-Szenarien garantiert wurde.
- ◆ Die Lehre vom fehlerhaften Verband ist weder auf typische noch – entgegen früherer Rsp – auf atypisch stille Gesellschafter anzuwenden. ◆

Literaturverzeichnis

Anzinger / Klement, Zur vertraglichen Ausgestaltung der Kündbarkeit von Genussrechten, GeS 2011, 321.

Artmann / Ruffler, Gesellschaftsrecht (2017).

Bauer, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument (2001).

Beiser, Die Mitunternehmerqualität im Licht des UGB, SWK 2009, 779.

K. Berger, Stille Beteiligungen im Konkurs des Geschäftsinhabers, RdW 1996, 403.

Bergmann, Neue ertragsteuerliche Beurteilung der atypisch stillen Gesellschaft seit dem UGB? SWK 2009, 534.

Bergmann, Bilanzierung von Genussrechten: Überarbeitung der Stellungnahme KFS/RL 13, RWZ 2016, 68.

Bergmann, Genussrechte Ausgestaltung – Rechnungslegung – Besteuerung (2016).

Bergmann, Genussrechte: Abgrenzung von ähnlichen Rechtsinstituten [Teil I], ecolex 2016, 1073.

Bergmann / Schörghofer, RÄG 2014: Keine Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf verdeckte Kapitalgesellschaften! GesRZ 2014, 340.

Bertl / Hirschler, Bilanzielle Behandlung einer stillen Einlage als Eigenkapital, RWZ 2009, 261.

Blaurock (Hrsg), Handbuch Stille Gesellschaft⁸ (2016).

P. Bydlinki / Ibler, Die Wirkung der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen wegen eines Willensmangels, JBl 2016, 2.

Canaris / Habersack / Schäfer (Hrsg), Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar IV⁵ (2014).

Dellinger / Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) (2004).

Eberhartinger, Bilanzierung und Besteuerung von Genußrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen (1996).

Enzinger, Außergerichtliche Sanierung, in Konecny (Hrsg), Insolvenz-Forum 2004 (2005) 15.

B. Fink, Auswirkungen eines Insolvenzverfahrens auf die stille Gesellschaft, in Clavara/Kapp/Mohr (Hrsg), Jahrbuch Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016 (2016) 227.

St. Frotz / Spitznagel, Gesellschaftsrechtliche Grenzen der Ausgestaltung von Genussrechten, ZUS 2011, 103.

Gummert / Weipert (Hrsg), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts II⁴ (2014).

Harrer, Die stille Gesellschaft in der Krise des Geschäftsinhabers, GesRZ 1999, 218.

Hochedlinger / Fuchs, Die stille Gesellschaft (2007).

Hochedlinger, Die GmbH & Still als Alternative zur GmbH & Co KG, in Die GmbH & Co KG² (2016) 132.

Jabornegg / Artmann, Kommentar zum UGB I² (2010).

Kalss / Eckert / Schörghofer, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG, GesRZ 2009, 65.

Kalss / Nowotny / Schauer (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017).

Karollus, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, ecolex 1996, 860.

Karollus, Persönlicher Anwendungsbereich des EKEG (erfasste Gesellschaften, erfasste Gesellschafter – ohne verbundene Unternehmen und Konzern), in Dellinger/Keppert (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 71.

Karollus in Buchegger (Hrsg), Das österreichische Insolvenzrecht, Erster Zusatzband (2009) Kommentierung des EKEG.

Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung² (2014).

Karollus / Schulyok, Eigenkapitalersatzende Leistungen (1998).

Köppl, Verbotene Einlagenrückgewähr durch Vermögensauskehr an Nichtgesellschafter (2016).

Koppensteiner, Haftung der Kommanditisten aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG, in Artmann/Ruffler/

Torggler (Hrsg), Die GmbH & Co KG nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 13.

Krejci / van Husen, Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54.

A. Leitner, Stille Gesellschaft und Eigenkapitalersatz, *ecolex* 1999, 399.

Lindinger, Über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte, JBl 2003, 724.

Oberndorfer, Zur Zulässigkeit einer Abfindungsgarantie zugunsten eines atypisch stillen Gesellschafters, RdW 2005, 476.

Oberndorfer / Leitner, Ausdehnung des Einlagenrückgewährverbots auf atypisch stille Gesellschafter? *ecolex* 2009, 956.

Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004).

Rüffler, Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht – über eine schwierige Beziehung, ÖBA 2011, 699.

Saurer, Atypische Finanzierungsleistungen im EKEG, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 135.

K. Schmidt (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch III³ (2012).

K. Schmidt, Die Kreditfunktion der stillen Einlage, ZHR 140 (1976) 475.

Schäfer, Die Lehre vom fehlerhaften Verband: Grundlagen, Verhältnis zum allgemeinen Vertragsrecht und Anwendung auf Strukturänderungen (2002).

Schön, Die stille Beteiligung an dem Handelsgewerbe einer Kommanditgesellschaft, ZGR 1990, 220.

Schön, Ein allgemeiner Teil der Genußrechte, JZ 1993, 925.

Schopper, Genussrechte und EKEG, ZUS 2011, 107.

Schopper / Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz (2003).

Schummer, Wandelschuldverschreibungen, Mezzaninkapital & Co im Insolvenzverfahren, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2012 (2013) 105.

Straube (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch I³ (2003).

Straube / Ratka / Rauter (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I⁴ (40. Lfg; 2013).

U. Torggler, Die GmbH & Co KG nach OGH 2 Ob 225/07p – eine neue Gesell-

schaftsform, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die GmbH & Co KG nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 3.

U. Torggler, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013)

U. Torggler (Hrsg), UGB Unternehmensgesetzbuch Kommentar² (2016).

Trenker, Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers, wbl 2011, 126.

Trenker, Kapitalmarktrechtliche Ansprüche von Genussrechtinhabern in der Insolvenz, VbR 2013, 16.

Trenker, (Außen-)Haftung des Treugeberkommanditisten (Teil II), GesRZ 2017, 95.

Trenker, Geschlossene Fonds: Einwendungslose Außenhaftung des Treugeberkommanditisten, in *Leupold*, (Hrsg.), Forum Verbraucherrecht 2017 (2017) 141.

van Husen, Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital (1998).

Zehetner / Bauer, Eigenkapitalersatzrecht (2004).

Zib / Dellinger (Hrsg), UGB Unternehmensgesetzbuch Großkommentar Band II (2017), III (2013).