46. Jahrgang / August 2017 / Nr. 4

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Linde
www.lindeverlag.at

Jörg Zehetner / Merve Cetin
Verbotene Einlagenrückgewähr: Prüfungsschema

Susanne Kalss / Julia Nicolussi
Aktuelle Satzungsgestaltungen in Aktiengesellschaften

Bernd Schneiderbauer / Zurab Simonishvili / Florian Alexander Hutzl
Der Nachlass als GmbH-Gesellschafter

Philipp Fidler / Martin Winner
Acting in Concert und seine Rechtsfolgen

Vedran Obradović
Zurechnungsfragen im Übernahmerecht

Josef Baumüller
Nichtfinanzielle Berichterstattung und Bilanzstrafrecht

Zentrum für Stiftungsrecht
Résumé-Protokolle der jüngsten Fachgespräche

Aus der aktuellen Rechtsprechung
Gesellschafts- und stiftungsrechtliche Entscheidungen

Unternehmensrecht aktuell
Neues von der ESMA
PSG-Novelle 2017

des GesRÄG 2013 bis zum Inkrafttreten des AbgÄG 2014, BGBl I 2014/13, keinen Antrag auf Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf 10.000 € stellten), sondern um die unterschiedliche Behandlung der vor dem Inkrafttreten des GesRÄG 2013 gegründeten Gesellschaften gegenüber den nach dem Inkrafttreten des GesRÄG 2013 gegründeten Gesellschaften. Da der Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes nicht gehalten ist, eine Gründungsprivilegierung auch für „Altgesellschaften", i.e. Gesellschaften, die vor dem Inkrafttreten des GesRÄG 2013 gegründet wurden, vorzusehen, hat der Gesetzgeber im konkreten Fall den ihm zustehenden rechtspolitischen Gestaltungsspielraum nicht überschritten.

V. ...

Anmerkung:

Nachdem das GesRÄG 2013, BGBl I 2013/109, eine GmbH-Gründung mit einem Mindeststammkapital von 10.000 € sowie die Möglichkeit einer Kapitalherabsetzung bis zu diesem Betrag für Alt-GmbHs vorgesehen hatte, wurde das Mindeststammkapital nach nur acht Monaten durch das AbgÄG 2014, BGBl I 2014/13, wieder auf den ursprünglichen Betrag von 35.000 € angehoben. Neu gegründete GmbHs können nunmehr eine auf 10 Jahre befristete Gründungsprivilegierung mit einem Gründungskapital von mindestens 10.000 € in Anspruch nehmen, wobei mindestens 5.000 € eingezahlt werden müssen.

Der OGH trug in seinem dritten Antrag auf Normprüfung (OGH 20.7.2016, 6 Ob 74/16z, GesRZ 2016, 346 [*Stegner*]; die ersten beiden Anträge wurden teilweise wegen eines zu eng gewählten Anfechtungsumfangs und teilweise mangels Präjudizialität der angefochtenen Bestimmungen zurückgewiesen; vgl VfGH 19.6.2015, G 211/2014; 25.2.2016, G 495/2015) im Wesentlichen zwei Argumente für eine Gleichheitswidrigkeit dieser (Neu-)Regelungen an den VfGH heran: Erstens wurde der rechtspolitische Wankelmut des Gesetzgebers moniert, an dessen Ende eine unsachliche Regelung stehe. Die Unsachlichkeit ergebe sich ua daraus, dass nach 10 Jahren die Mindesteinzahlungserfordernisse gem § 10 Abs 1 zu erfüllen sind, obwohl dann nach klaren statistischen Ergebnissen (vgl dazu *Bachner*, Die gründungsprivilegierte GmbH, RdW 2014, 115 [120]) die Schwelle der Unternehmensgründung überschritten und die Gefahr einer Insolvenz bereits gesunken sei (vgl OGH 20.7.2016, 6 Ob 74/16z, Pkt 2.7.2.). Zweitens sah der OGH eine unsachliche Ungleichbehandlung zwischen Altgesellschaften (das sind solche, die zwischen 1.3.2004 und 1.7.2013 gegründet wurden und ihr Stammkapital weder auf 10.000 € herabsetzen [Rechtslage nach dem GesRÄG 2013] noch die Gründungsprivilegierung nach § 10b GmbHG idF des AbgÄG 2014 in Anspruch nehmen können) und sonstigen Gesellschaften (also GmbHs, die entweder mit 10.000 € gegründet wurden oder auf diesen Betrag herabgesetzt wurden [Rechtslage nach GesRÄG 2013] und dieses Stammkapital bis 1.3.2024 beibehalten dürfen oder die die Gründungsprivilegierung [Rechtslage nach dem AbgÄG 2014] in Anspruch nehmen können). Erstere können ihr Stammkapital nach der neuen Rechtslage nicht der Gründungsprivilegierung entsprechend herabsetzen. Der VfGH verwarf beide Argumente mit dem Hinweis auf den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers (der Antrag des OGH wurde teils abgewiesen, teils mangels Präjudizialität zurückgewiesen; vgl Rn 26 ff des vorliegenden VfGH-Erkenntnisses [hier nicht abgedruckt]).

Eine Sachlichkeitsprüfung (vgl zB VfGH 14.6.2010, G 75/09, VfSlg 19.096/2010; 7.12.2011, G 17/11 ua, VfSlg 19.584/2011; 27.6.2013, G 26/2013 ua, VfSlg 19.767/2013) der Ungleichbehandlung zwischen Alt- und Neugesellschaften wurde nicht vorgenommen. Der VfGH führte lediglich aus, dass der Gleichheitssatz eine Gründungsprivilegierung auch für Altgesellschaften nicht erfordert (vgl Pkt IV.2.4. und IV.2.5. des vorliegenden VfGH-Erkenntnisses). Dies ist umso bemerkenswerter, als der Gesetzgeber selbst die Bedenken des OGH bereits in den Materialien zum GesRÄG 2013 (ErlRV 2356 BlgNR 24. GP, 15) teilte und deshalb den Altgesellschaften in der Zwischenrechtslage die Möglichkeit gab, das Stammkapital entsprechend herabzusetzen (für die Verfassungswidrigkeit der Differenzierung auch *Bachner*, RdW 2014, 119; *Rüffler*, Nicht jeder Reformstau ist beklagenswert, GES 2013, 1 [2]).

Der Gesetzgeber verfolgte bei der (Wieder-)Anhebung des Mindeststammkapitals durch das AbgÄG 2014 steuerliche Ziele (Mindestkörperschaftsteuer; vgl ErlRV 24 BlgNR 25. GP, 27 ff). Der VfGH besiegelt die Erhöhung sowie die auf Neugründungen beschränkte Möglichkeit der 10-jährigen Gründungsprivilegierung und schließt damit dieses Kapitel ab.

Philipp Merzo

Mag. *Philipp Merzo* ist Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien.

*

GmbH: Einlagenrückgewähr

§ 1422 ABGB
§§ 82 und 83 GmbHG

1. Der Normzweck der §§ 82 und 83 GmbHG ist auf Erhaltung und Wiederherstellung des Gesellschaftsvermögens gerichtet.
2. Bürgt der Alleingesellschafter einer GmbH mit anderen Bürgen zur ungeteilten Hand für den Kredit eines Dritten und löst die GmbH die Kreditforderung ein, verstoßt die Einlösung nicht gegen diesen Normzweck, wenn die GmbH die Zahlung der eingelösten Forderung durch Aufrechnung gegen eine Forderung eines der Mitbürgen erreicht.

OGH 27.2.2017, 6 Ob 239/16i (OLG Innsbruck 1 R 48/16t; LG Innsbruck 66 Cg 156/13p)

- Das Berufungsgericht änderte das Urteil des Erstgerichts teilweise ab. Es hielt eine Gegenforderung in Höhe von 78.598,65 € für berechtigt. Die beklagte GmbH habe die offene Forderung einer Bank gegen deren Kreditnehmerin eingelöst, für welche Kreditforderung neben dem Kläger und einem Dritten auch ihr (mittelbarer) Gesellschafter und Geschäftsführer (kurz: Konzernchef) als Bürge und Zahler haftete.
- Der OGH wies die außerordentliche Revision der klagenden Partei zurück.

Aus der Begründung des OGH:

1. Nach § 1422 ABGB kann derjenige, der die Schuld eines anderen, für die er nicht haftet (§ 1358 ABGB), bezahlt, vor oder bei der Zahlung vom Gläubiger die Abtretung seiner Rechte verlangen; hat er dies getan, so wirkt die Zahlung als Einlösung der Forderung. Dass die Vorinstanzen aufgrund der Erklärung der Beklagten in ihrem Schreiben vom 19.8.2010 von einer Einlösung der Forderung der Bank gegenüber der Kreditnehmerin ausgegangen sind, ist durchaus vertretbar.

1.1. Auch wenn die Beklagte in diesem Schreiben vom *„Haftungsbetrag"* spricht, so stellt sie doch auch klar, dass *„die Zahlung als ‚Haftung/Forderungseinlösung' gegen Übersendung aller Sicherheiten, sprich Herausgabe sämtlicher Wechsel (... [Dritter], ... [Kläger], ... [Konzernchef]) getätigt"* werde. Ob sie damit, wie der Kläger weiters meint, *„durch die Zahlung ihren (mittelbaren) Alleingesellschafter ... [Konzernchef] von seiner Haftung aus dem Bürgschaftsvertrag befreien wollte"*, ist idZ ohne Belang.

1.2. Der Argumentation des Klägers, die Beklagte habe *„wirtschaftlich betrachtet"* keine *„Schuld eines anderen"* bezahlt, sodass es zu keiner Forderungseinlösung habe kommen können, ist entgegenzuhalten, dass mit *„Haftung"* iSd § 1422 Halbsatz 1 ABGB nur eine solche gegenüber dem Gläubiger gemeint ist (vgl *Stabentheiner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.02] [2014] § 1422 Rz 2). Die Beklagte haftete aber der Bank für den von dieser der Kreditnehmerin gewährten Kredit, aus dem sie eine Forderung von 78.898,64 € einlöste, nicht; iSd § 1422 ABGB ist deshalb von der Zahlung einer Schuld eines anderen, für die sie nicht haftet, auszugehen.

1.3. Gegen das Argument des Klägers, die Beklagte habe bloß *„die Verpflichtung ... [des Konzernchefs] aus seiner Bürgschaft erfüllt"*, spricht allein schon der Umstand, dass die Beklagte die Übersendung aller Sicherheiten, und zwar ausdrücklich auch des vom Konzernchef unterfertigten Wechsels, verlangte.

2.1. Die Vorinstanzen verneinten den vom Kläger behaupteten Verstoß der Beklagten gegen §§ 82 f GmbHG vor allem mit der Begründung, es sei zu keiner Verminderung des Gesellschaftsvermögens gekommen. Die von der Beklagten geleistete Zahlung sei durch die eingelöste Forderung substituiert worden. Diese sei aufgrund der Bürgenhaftung des Klägers als Bürge und Zahler besichert und damit werthaltig gewesen; eine Gefährdung deren Einbringlichkeit sei nicht behauptet worden. Abgesehen davon, dass die Beklagte das ausführlich begründete Vorbringen des Klägers, die Forderung sei aufgrund dessen wirtschaftlicher Situation bereits bei Einlösung durch die Beklagte *„stark gefährdet"* gewesen, substanziiert gar nicht bestritten hat, kommt es darauf aber auch gar nicht an:

2.2. Unabhängig davon, ob es sich bei der Forderungseinlösung der Beklagten um eine verbotene Einlagenrückgewähr in Form einer verdeckten Ausschüttung (ausführlich dazu *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG [2014] § 82 Rz 36 ff) handelte, ist bei Beurteilung der Rechtsfolgen immer der Verbotszweck maßgeblich. Der Normzweck der §§ 82 f GmbHG ist auf Erhaltung und Wiederherstellung des Gesellschaftsvermögens gerichtet (*Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter, GesRZ 1999, 86 [90]; *Bollenberger*, Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Umsatzgeschäfte: Wertausgleich und Nichtigkeit, RdW 2008, 7 [9]; *Rüffler*, GesRZ 2011, 49 [Entscheidungsanmerkung]; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] [2011] § 52 Rz 72; *Auer*, aaO, Rz 64; vgl aber auch *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG [2009] § 82 Rz 76 f).

Dieser Zweck ist im vorliegenden Fall durch die Einwendung der Gegenforderung, die gerade darauf abzielt, eine Zahlungsverpflichtung der Gesellschaft gegenüber einem Dritten zu vermeiden und damit deren Kapitalbasis zu stärken, nicht beeinträchtigt.

3. bis 3.2. ...

Anmerkung:

1. Eine GmbH wurde auf Vertragsaufhebung und Zahlung von 80.000 € geklagt. Im Verfahren, das schließlich auch den OGH in der hier zu besprechenden Entscheidung beschäftigen sollte, wurden von beiden Seiten schwere Geschütze des Zivil- und Gesellschaftsrechts aufgefahren.

2. Die beklagte GmbH erwarb im Wege der Forderungseinlösung eine Kreditforderung in Höhe von 78.598,65 € mit dem Zweck, diese Forderung dem Kläger entgegenzuhalten. Die Forderungseinlösung ist in § 1422 ABGB geregelt. Gemäß dieser Bestimmung kann derjenige, der die Schuld eines anderen, für die er nicht haftet, bezahlt, vor oder bei Zahlung vom Gläubiger die Abtretung seiner Rechte verlangen; hat er dies getan, so wirkt die Zahlung als Einlösung der Forderung, dh, der Einlösende tritt in die Rechte des Gläubigers ein.[1] Mit der Einlösung gehen auch die für die Forderung bestellten Pfandrechte sowie gewährte Bürgschaften und Garantien auf den Einlösenden über.[2] Vor diesem Hintergrund hatte die Einlösung im konkreten Fall – trotz Insolvenz des Schuldners der eingelösten Forderung – einen ganz besonderen prozessualen Wert für die einlösende GmbH: Der Kläger hatte nämlich als Bürge und Zahler sowie durch Unterzeichnung eines Wechsels die Haftung für die nunmehr an sich – zumindest mit Blick auf den eigentlichen Schuldner – notleidende Forderung übernommen. Die beklagte GmbH erwarb somit durch die Einlösung eine Forderung, die sie dem Kläger wegen seiner aus der Bürgschaft und dem Wechsel resultierenden Haftung im Prozess als Gegenforderung (vermutlich durch Aufrechnungseinrede) entgegenhalten konnte.

3. Diesen Schachzug wollte der Kläger aber nicht gelten lassen und konterte mit einer gesellschaftsrechtlichen Argumentation. Diese fußte darauf, dass neben dem Kläger und einem Dritten auch der Geschäftsführer und zugleich indirekte Alleingesellschafter der beklagten GmbH für die notleidende Forderung als Solidarschuldner – ebenfalls als Bürge und Zahler sowie aus einem Wechsel – haftete. Aus Sicht des Klägers stellte die vorgenommene Forderungseinlösung daher eine gem §§ 82 und 83 GmbHG verbotene – und somit nichtige – Einlagenrückgewähr dar, weil – so die Argumentationslinie – die GmbH durch die Forderungseinlösung den mittelbaren Alleingesellschafter von seiner Haftung befreien wollte, indem sie dessen Verpflichtung aus seiner Bürgschaft erfüllte. Auf Basis einer nichtigen Forderungseinlösung kann naturgemäß kein wirksamer Erwerb einer Gegenforderung erfolgen; die Argumentation des Klägers hätte also im Erfolgsfall der beklagten GmbH die *compensando* eingewendete Gegenforderung aus der Hand geschlagen.

4. Im Ergebnis wurde vom OGH die Forderungseinlösung anerkannt und die Argumentation mit der verbotenen Einlagenrückgewähr verworfen. Zur Frage der Einlagenrückgewähr hatten die Vorinstanzen argumentiert, die Forderungseinlösung sei schon deswegen kein Verstoß gegen §§ 82 und 83 GmbHG, weil es zu keiner Minderung des Vermögens der GmbH gekommen sei: Die von der beklagten GmbH geleistete Zahlung sei durch die eingelöste Forderung substituiert worden; die Werthaltigkeit der Forderung sei durch die bestehende Bürgenhaftung jedenfalls gegeben gewesen. Der OGH wählte eine andere Begründung für das gleiche Ergebnis und führte aus: *„Unabhängig davon, ob es sich bei der Forderungseinlösung der Beklagten um eine verbotene Einlagenrückgewähr ... handelte, ist bei Beurteilung der Rechtsfolgen immer der Verbotszweck maßgeblich. Der Normzweck der §§ 82 f GmbHG ist auf Erhaltung und Wiederherstellung des Gesellschaftsvermögens gerichtet ... Dieser Zweck ist im vorliegenden Fall durch die Einwendung der Gegenforderungen, die gerade darauf abzielt, eine Zahlungsverpflichtung der Gesellschaft gegenüber einem Dritten zu vermeiden und damit deren Kapitalbasis zu stärken, nicht beeinträchtigt."*

5. Diese Begründung des OGH ist in ihrer Kürze eher überraschend; gerne hätte man mehr zur dahinter stehenden Argumentation erfahren. Zunächst ist mE richtig, dass bei der Beurteilung der

[1] Hat der Zahlende die Abtretung hingegen nicht begehrt, so führt seine Zahlung zur Tilgung und damit auch zum Untergang der Sicherungsrechte. Dem Zahlenden steht gegen den Schuldner dann allenfalls der Verwendungsanspruch nach § 1042 ABGB zu; vgl *Koziol/Spitzer* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB[5] (2017) § 1422 Rz 1.

[2] *Stabentheiner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.03], § 1422 Rz 7 und 11; vgl auch *Koziol/Spitzer* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB[5], § 1422 Rz 7, mit Verweis auf *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB[5], § 1358 Rz 12.

Rechtsfolgen einer Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr der Normzweck relevant ist, allerdings nach nahezu einhelliger Literaturmeinung als Entscheidungskriterium für die Frage, ob das verbotswidrige Rechtsverhältnis gesamt- oder lediglich teilnichtig ist.[3] Im jeweiligen Umfang der Nichtigkeit (also entweder gesamthaft oder bloß teilweise) ist freilich nach stRspr immer von absoluter Nichtigkeit auszugehen,[4] auf die sich grundsätzlich jeder Dritte berufen kann.[5] In der hier vorliegenden Entscheidung scheint der OGH jedoch anzudeuten, dass – angesichts des Normzwecks – selbst bei Verstoß gegen §§ 82 und 83 GmbHG (arg: „*Unabhängig davon, ob ...*") die Nichtigkeit zur Gänze wegfallen könne. Ob der OGH dies wirklich meint und – wenn ja – wie er dies dogmatisch ableiten würde (etwa durch teleologische Reduktion?), wird aber leider nicht näher ausgeführt und bleibt daher offen.

Im Übrigen kann zum Normzweck der §§ 82 und 83 GmbHG noch ergänzt werden,[6] dass die Kapitalerhaltungsregeln regelungstechnisch an den Schutz der Gesellschaft und ihres Vermögens anknüpfen; die jeweilige GmbH ist also der Dreh- und Angelpunkt der Kapitalerhaltung. Der eigentliche Regelungszweck liegt aber nach hA nicht im Schutz der Gesellschaft (zumal diese durch Umgründung oder Liquidation jederzeit beendet werden kann und die Gesellschafter grundsätzlich nicht zur Sanierung einer GmbH in der Krise verpflichtet sind), sondern im Schutz der (abstrakten, typisierten) Gläubigerinteressen sowie mE auch im Schutz der Gesellschafter und potenzieller Anleger. Für die Dauer des Bestands der Gesellschaft ist die Wahrung der Interessen der Gläubiger und der Gesellschafter allerdings bei der GmbH und bei deren Organen gebündelt und wird exklusiv über diese kanalisiert; deswegen ist das Verbot der Einlagenrückgewähr – paradoxerweise – kein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger.

6. Neben den Überlegungen und Ausführungen zum Normzweck wirft auch die vom OGH vorgenommene Würdigung von Funktion und Wirkung von Forderungseinlösung einerseits und Aufrechnungsrede andererseits, jeweils im Lichte von § 82 GmbHG, Fragen auf: Genau genommen führt nämlich – anders als in der Entscheidung verknappt ausgeführt – die prozessuale Einwendung einer Gegenforderung gar nicht dazu, dass eine Zahlungsverpflichtung *vermieden* wird; vielmehr dient die Aufrechnungseinrede nur, aber immerhin der *Erfüllung* einer Zahlungsverpflichtung durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung.[7] Die Einwendung einer Gegenforderung kann daher *per se* auch nicht zu einer Stärkung der Kapitalbasis führen: Dass die Aufrechnungseinrede prozessual überhaupt schlagend wird, setzt nämlich voraus, dass die erhobene und eingeklagte Forderung, der sie entgegengesetzt wird, zu Recht besteht. Der Beklagte opfert somit die ihm zustehende Gegenforderung, jedoch nur für den Fall, dass das Gericht die Klagsforderung als zu Recht bestehend erkennt. Die Aufrechnung der eingeklagten Forderung mit einer Gegenforderung führt daher lediglich zu einer Bilanzverkürzung und damit zu keiner automatischen Kapitalstärkung; vielmehr neutralisiert sie allfällige Auswirkungen auf das Eigenkapital.

Demgegenüber besteht unter gewöhnlichen Umständen der allgemein erwartbare Vorteil der Aufrechnung darin, dass kein Zahlungsfluss stattfindet und damit die Liquidität der Gesellschaft geschont wird. Auch dieser Vorteil war im konkreten Fall aber nicht gegeben, weil die GmbH die Gegenforderung ja bereits vorab durch Zahlung des Forderungsbetrags an den früheren Gläubiger erworben hatte und damit sogar einen Liquiditätsabfluss schon im Vorfeld einer allenfalls durch die Aufrechnung zu bewirkenden Tilgung der eingeklagten Forderung in Kauf genommen hatte.[8] Mit der vom OGH ins Treffen geführten Stärkung der Kapitalbasis können somit eigentlich nur die sonstigen Vorteile gemeint sein, die durch die Erhebung der Aufrechnungseinrede erzielbar sind, nämlich insb die Vermeidung von ansonsten anfallenden Verzugszinsen und von zu ersetzenden Prozesskosten.

7. In Anbetracht dieser Vorteile und des daraus resultierenden prozessualen Werts einer Gegenforderung *kann* deren Erwerb durch Forderungseinlösung – je nach den Umständen des Einzelfalles – selbstverständlich auch im Lichte von §§ 82 und 83 GmbHG legitim sein, selbst wenn die Forderungseinlösung möglicherweise gleichzeitig einen (indirekten) Gesellschafter begünstigt. Die Begünstigung des indirekten Alleingesellschafters war allerdings im konkreten Fall ohnedies durch den festgestellten Sachverhalt kontraindiziert, weil die GmbH auch die Herausgabe des vom indirekten Gesellschafter ausgestellten Wechsels verlangt hatte. Durch die Aufrechnungseinrede wurde zwar die eingelöste Forderung getilgt; allerdings stehen nun dem Kläger die Rechte gem § 1358 ABGB zu, sodass dieser nun seinerseits (anteilig) Regress bei den anderen Bürgen nehmen könnte. Die beklagte GmbH hat somit gar nicht mehr die Möglichkeit, die verbliebenen Sicherheiten in Anspruch zu nehmen und etwa ihren indirekten Alleingesellschafter zu belangen, sondern müsste möglicherweise sogar dem Kläger den Wechsel des mittelbaren Alleingesellschafters herausgeben. Eine Haftungsbefreiung des indirekten Gesellschafters konnte die GmbH daher – zumindest ab dem Zeitpunkt, in dem die Aufrechnungseinrede schlagend wurde – wohl gar nicht (mehr) herbeiführen. Zu allfälligen Regressansprüchen unter den Bürgen, die somit für die Beurteilung des Sachverhalts auch ins Gewicht fallen könnten, schweigt der aus der OGH-Entscheidung erkennbare Sachverhalt jedoch.

Falls im konkreten Fall die Forderungseinlösung trotz Übernahme des Wechsels durch die GmbH und trotz der zu vermutenden Regressansprüche des Klägers dennoch einen Vorteil für den indirekten Alleingesellschafter[9] zulasten der GmbH bewirkt hätte, wären mE für die Beurteilung der Zulässigkeit aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht – bei angesichts der bestellten Sicherheiten angenommener Werthaltigkeit der eingelösten Forderung – die Nachteile aus dem Liquiditätsabfluss durch die Forderungseinlösung (sowie aus der mit der Einlösung einhergehenden Übernahme des Risikos der Insolvenz der [Solidar-]Schuldner) einerseits gegen die Vorteile im Zivilprozess durch Vermeidung nachteiliger Zins- und Kostenfolgen andererseits abzuwägen gewesen. Der prozessuale Wert einer Gegenforderung steigt mit der Wahrscheinlichkeit, dass ohne die Möglichkeit, diese Forderung *compensando* einzuwenden, der Zivilprozess für die GmbH verloren gehen würde. Ein Verzicht der GmbH auf eine von einem (indirekten) Gesellschafter bestellte Sicherheit, auf die infolge einer Forderungseinlösung an sich gegriffen werden kann, wäre ohne drittvergleichsfähige Gegenleistung und/oder betriebliche Rechtfertigung unzulässig. Keinesfalls folgt aber aus §§ 82 und 83 GmbHG eine absolute Verpflichtung der GmbH, unter mehreren gleichwertigen Bürgen in erster

[3] *Kodek/Csoklich* in *Höpfel/Ratz*, StGB², Wirtschaftsstrafrecht Rz 47; *Haberer* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht (2016) Rz 11.212; *U. Torggler*, Rechtsfolgen verbotener Vermögensverlagerungen, in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr (2014) 89 (95 ff); *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 82 Rz 76; *Rüffler*, GesRZ 2011, 49; *Bollenberger*, Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Umsatzgeschäfte: Wertausgleich und Nichtigkeit, RdW 2008, 7 (9); *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 83 Rz 39 (dort auch mit Nachweisen zur hier nicht relevanten Diskussion, ob der Umfang der Nichtigkeit am Verbotszweck oder am hypothetischen Parteiwillen abzulesen ist).

[4] OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z, GesRZ 2012, 122 (*U. Torggler*); 17.7.2013, 3 Ob 50/13v, GesRZ 2013, 356 (*Artmann*); 15.12.2014, 6 Ob 14/14y, GesRZ 2015, 130 (*Karollus*); 24.11.2015, 1 Ob 28/15x, GesRZ 2016, 219 (*Arlt*); 22.12.2016, 6 Ob 232/16k, GesRZ 2017, 116 (*Zehetner*).

[5] Vgl *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein* ua, GmbHG, § 83 Rz 40.

[6] Vgl zum Folgenden *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein* ua, GmbHG, § 82 Rz 8 f und § 83 Rz 34 und 39; zum Schutz der Gesellschaft selbst als Regelungszweck siehe auch OGH 13.12.2016, 3 Ob 167/16d.

[7] Vgl zur Zahlungsfunktion der zivilrechtlichen Aufrechnung *Griss/P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB², § 1438 Rz 4.

[8] Ein vorzeitiger Liquiditätsabfluss hätte vermieden werden können, wenn die GmbH mit dem Gläubiger etwa eine Inkassozession oder einen Forderungskauf mit gestundetem (oder aufschiebend bedingtem) Kaufpreis vereinbart hätte, was aber naturgemäß – und im Gegensatz zur Forderungseinlösung – die Zustimmung des Gläubigers erfordert hätte.

[9] Ein Vorteil für den indirekten Gesellschafter kann mE überhaupt nur argumentiert werden, wenn man iS einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung den Gesamtplan aus Forderungseinlösung und Aufrechnungseinrede betrachtet: Durch die *Compensando*-Einwendung der eingelösten Forderung gegen die Forderung des Klägers (und Bürgen) wird die eingelöste Forderung getilgt; allerdings könnte der Kläger nun seinerseits gem § 1358 ABGB (anteilig) Regress bei den anderen Bürgen nehmen. Der Vorteil für den Alleingesellschafter könnte darin gesehen werden, dass er nicht als Erster in Anspruch genommen wurde und somit nicht das Insolvenzrisiko der anderen Bürgen tragen muss.

Linie jenen mit einer mitgliedschaftlichen Nahebeziehung zur Gesellschaft in Anspruch zu nehmen. Allgemein gesprochen verlangt das Verbot der Einlagenrückgewähr nämlich nur, dass Gesellschafter auch in ihrer Position als Schuldner oder Gläubiger nicht besser behandelt werden als jeder Dritte; es besteht aber keine Verpflichtung, den Vorteil der GmbH dadurch zu maximieren, dass Gesellschafter in ihren schuldrechtlichen Beziehungen mit der GmbH schlechter behandelt werden als Dritte.[10]

8. Wenn der OGH in der vorliegenden Entscheidung darauf hinweist, dass der Normzweck der §§ 82 und 83 GmbHG auf Erhaltung und Wiederherstellung des Gesellschaftsvermögens gerichtet ist, so erinnert diese Aussage auch daran, dass der Tatbestand der Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr zunächst einmal verlangt, dass überhaupt ein Vermögenstransfer zulasten der Gesellschaft stattfindet. Unter Vermögenstransfer ist eine *„in Geld messbare Vermögensminderung"* bei der GmbH zu verstehen.[11] Aus dem Blickwinkel des Verbots der Einlagenrückgewähr ist ein solcher Vermögenstransfer nur dann relevant, wenn er in die Vermögenssphäre eines Gesellschafters – unter Ausklammerung seiner Beteiligung an der GmbH – oder eines dem Gesellschafter nahestehenden Dritten zielt, wobei es mE nicht darauf ankommt, ob der Vermögenstransfer in der Sphäre des Gesellschafters dann tatsächlich einen konkreten Vorteil entfaltet.[12] Daraus lässt sich mE die allgemeine Wertung ableiten, dass Vermögen, das die GmbH *„als bloße Durchgangsstation"* von vornherein nur zweckgebunden, belastet oder (auflösend) bedingt erwirbt, nicht dem Schutz von § 82 GmbHG unterliegt, sofern der Gesellschaft insgesamt keine Belastung entsteht.[13] Dies passt auch zur stRspr, nach der bei der Beurteilung, ob gegen die Kapitalerhaltungsregeln verstoßen wird, nicht auf einzelne Elemente eines Sachverhalts, sondern iS einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung immer auf die gesamte Konstruktion, den Gesamtplan, abzustellen ist.[14] Im Umgründungsrecht ergibt sich eine Parallelwertung daraus, dass ein Verstoß gegen § 82 GmbHG – sofern keine Kapitalentsperrung stattfindet[15] – jedenfalls dann ausscheidet, wenn das im Zuge einer Verschmelzung oder einer Abspaltung zur Aufnahme bewegte Vermögen insgesamt (*per saldo*, netto) einen positiven Verkehrswert hat.[16]

9. Erwähnenswert ist noch, dass in der Literatur die Frage der Forderungseinlösung vor dem Hintergrund der Kapitalerhaltung deutlich kritischer gesehen wird als in der vorliegenden Entscheidung.[17] Die Gründe für diese skeptische Haltung sind nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen: Löst die GmbH eine Forderung gegen einen ihrer Gesellschafter ein, verändert dies zwar nicht den Inhalt der Verbindlichkeit[18] (bei Werthaltigkeit der eingelösten Forderung kommt es lediglich zu einem Aktiventausch von Geld gegen eine Forderung); allerdings bürdet sich die GmbH – selbst bei momentaner Vollwertigkeit der Forderung – das Risiko der Insolvenz des Gesellschafters und die Eintreibungslast auf. Im Übrigen mag sich der Gesellschafter eine schonende oder gar nachlässige Eintreibung der Forderung durch die GmbH und damit Liquiditätsvorteile erhoffen.[19] ME kann daher die Einlösung der Forderung gegen einen Gesellschafter durch eine GmbH dann gem §§ 82 und 83 GmbHG unzulässig sein, wenn die Forderung nicht werthaltig ist oder wenn der Gesellschafter die Einlösung treuwidrig veranlasst hat, insb um die Betreibung der Forderung gegen ihn zu stören oder zu vereiteln. Demgegenüber kann eine solche Forderungseinlösung etwa im Kontext einer Restrukturierung, deren Sanierungswirkung (auch) der GmbH zugutekommt, durchaus zulässig sein.[20]

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Mag. *Heinrich Foglar-Deinhardstein*, LL.M. ist Partner einer Rechtsanwaltsgesellschaft in Wien und schwerpunktmäßig mit Gesellschafts-, Umgründungs- und Stiftungsrecht sowie M&A befasst.

Umgründungen

Sidestream Merger zweier GmbHs

§ 220 Abs 3 und § 232 Abs 1a AktG
§ 17 FBG
§§ 96 und 98 GmbHG

1. Bei einer Verschmelzung zweier GmbHs muss der Beschluss der Gesellschafter der beteiligten GmbHs über die Verschmelzung vor dem Ablauf der Neunmonatsfrist des § 220 Abs 3 AktG gefasst werden.
2. Fehlt dieser Beschluss bei der Anmeldung der Verschmelzung zur Eintragung in das Firmenbuch, ist dies ein schwerwiegender Mangel, bei dem eine Verbesserung nicht in Betracht kommt.
3. § 232 Abs 1a AktG kommt nur zur Anwendung, wenn die Tochtergesellschaft *upstream* mit ihrer Muttergesellschaft verschmolzen wird.

OGH 27.2.2017, 6 Ob 253/16y (OLG Linz 6 R 197/16g; LG Wels 29 Fr 3007/16d)

F. ist Alleingesellschafter der M. GmbH, die F. Privatstiftung ist Alleingesellschafterin der M. I. GmbH und der S. GmbH.

Gegenstand dieses Firmenbuchverfahrens ist ein Umgründungsplan vom 22.9.2016 unter Zugrundelegung der Bilanzen zum 31.12.2015. Die Antragstellung beim Erstgericht erfolgte am 6.9.2016.

- Die Vorinstanzen wiesen sämtliche Eintragungsanträge mit der Begründung ab, der für den Teilschritt *„Verschmelzung der M. GmbH zur Aufnahme in die M. I. GmbH"* notwendige zustimmende Generalversammlungsbeschluss der M. GmbH sei (nach Aufforderung des Erstgerichts zu dessen Vorlage) erst am 19.10.2016 und damit außerhalb der Neunmonatsfrist des § 220 Abs 3 AktG gefasst worden.
- Der OGH wies den ordentlichen Revisionsrekurs der Privatstiftung und der Einschreiter im Firmenbuchverfahren zurück.

Aus der Begründung des OGH:

Der Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

1. Nach dem Umgründungsplan sollen (ua) zwei GmbHs miteinander verschmolzen werden (§§ 96 ff GmbHG), und zwar konkret nach § 96 Abs 1 Z 1 GmbHG durch Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft (übertragende Gesellschaft: M. GmbH) im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine andere bestehende Gesellschaft (übernehmende Gesellschaft: M. I.

[10] *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Leitner*, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung[2] (2014) 1 (57 f, 59 und 63); *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein* ua, GmbHG, § 82 Rz 81.

[11] *Koppensteiner*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, GesRZ 2014, 3 (6). Deswegen kann die Erbringung wertloser Leistungen an einen Gesellschafter, für die die GmbH auch von Dritten kein Entgelt erzielen hätte können, keine verbotene Einlagenrückgewähr darstellen; vgl OGH 26.1.2017, 3 Ob 204/16w.

[12] *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG (2014) § 82 Rz 26, 29 ff und 36 f; diesem folgend *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein* ua, GmbHG, § 82 Rz 13.

[13] *Rüffler/Aburumieh/Lind*, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (2016) 71 (89 und 93); *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein* ua, GmbHG, § 82 Rz 104; vgl idS wohl auch OGH 8.4.2014, 3 Ob 19/14m, GesRZ 2014, 331 (*Karollus*); 15.12.2014, 6 Ob 14/14y.

[14] OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p, GesRZ 2011, 110 (*Karollus*); 15.12.2014, 6 Ob 14/14y; 24.11.2015, 1 Ob 28/15x; 22.12.2016, 6 Ob 232/16k; *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein* ua, GmbHG, § 82 Rz 101.

[15] *H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand (2017) § 31 Rz 77 und 216.

[16] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein* ua, GmbHG, § 82 Rz 101, 103 und 141; vgl auch *Grünwald*, Probleme des Rechtsüberganges bei Spaltungen, GesRZ 1995, 110 (111); *Ton*, Verbotene Einlagenrückgewähr bei der Abspaltung zur Aufnahme im Konzern, ecolex 1999, 172; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 332; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Praxisleitfaden Verschmelzung (2015) Kap VII.C Rz 8 und 25.

[17] Insb *U. Torggler/H. Torggler*, 15 Jahre „Fehringer" – Zur Einlagenrückgewähr über und an Dritte, insb durch Sicherheiten, in FS W. Jud (2012) 723 (731 f).

[18] Vgl *Koziol/Spitzer* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB[5], § 1422 Rz 6.

[19] *U. Torggler/H. Torggler*, 15 Jahre „Fehringer", 731 f.

[20] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein* ua, GmbHG, § 82 Rz 105.

GesRZ-JAHRESABO

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

BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle ☐ Exemplare

GesRZ-Jahresabo 2017 inkl. Onlinezugang und App **EUR 170,–**
(46. Jahrgang 2017, Heft 1-6)

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

Name/Firma _____ Kundennummer _____

Straße/Hausnummer _____

PLZ/Ort _____ E-Mail _____

Telefon (Fax) _____ Newsletter: ☐ ja ☐ nein

Datum/Unterschrift _____

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

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

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

Linde