

Urteilsanmerkung

Einlagenrückgewähr durch Bestellung einer Sicherheit seitens der Gesellschaft für Gesellschafterkredit / Einwendung gegenüber Kreditgeber

§ 52 AktG; § 82 GmbHG:

Das Verbot der Einlagenrückgewähr schützt nicht nur die Erhaltung eines dem Grundkapital entsprechenden Vermögens, sondern das gesamte Vermögen der AG. Auch § 82 GmbHG verbietet im Prinzip jede Zuwendung der Gesellschaft an die Gesellschafter, die nicht Gewinnverwendung ist. Verboten ist auch jede Zuwendung an einen Gesellschafter, der keine gleichwertige Leistung gegenübersteht und die wirtschaftlich das Gesellschaftsvermögen verringert. Die Bestellung einer Sicherheit für eine Schuld des Gesellschafters ist zulässig, wenn die Gesellschaft eine angemessene (bankübliche) Gegenleistung erhält. Selbst dann ist die Bestellung einer Sicherheit für die Finanzierung des Erwerbs der Anteile an der sicherheitenbestellenden Gesellschaft aber unzulässig, wenn die Organe der Gesellschaft bei gewissenhafter Prüfung hätten erkennen müssen, daß die Gesellschaft nicht in der Lage sein werde, die für die Rückzahlung des Kredits notwendigen Mittel zu erwirtschaften. Ein verbotswidriges Geschäft ist gegenüber einem Dritten (hier: gegenüber dem Pfandgläubiger) bei Kollusion, bei Kenntnis des Dritten um die Verbotswidrigkeit oder bei grob fahrlässiger Unkenntnis nichtig.

OGH 25. 6. 1996 idF des Berichtigungsbeschlusses vom 17. 9. 1996, 4 Ob 2078/96h (OLG Wien 26. 1. 1996, 3 R 258/95; HG Wien 13. 9. 1995, 30 Cg 350/94)

Franz F. und die F.-GmbH waren alleinige Gesellschafter der B.-GmbH. Diese Unternehmen bildeten zusammen mit der G.-GmbH und der G.-GmbH & Co KG die „F.-Gruppe“. Im Juni 1990 erwarb die F.-Gruppe die Firmengruppe D. Diese bestand aus der J.-AG und deren 100%iger Tochter, der J1-GmbH. Beide Unternehmensgruppen waren wirtschaftlich gesund; die Beteiligten erwarteten sich aus der Fusion positive Synergieeffekte. Die Fusion wurde wie folgt vereinbart und auch durchgeführt:

Am 11. 6. 1990 erwarb die B.-GmbH sämtliche Aktien an der J.-AG um S 101,450.000,-. Die Kl finanzierte den Kaufpreis als Hausbank der F.-Gruppe vor.

Am 12. 6. 1990 unterfertigten folgende Unternehmen als Mitschuldner einen Schuldschein, in dem sie sich zur Rückzahlung eines ihnen von der Kl gewährten Darlehens von S 60 Mio verpflichteten: Franz F., F.-GmbH, B.-GmbH, G.-GmbH, G.-GmbH & Co KG und J1-GmbH. Der Darlehensbetrag war bereits am Vortag über einen Treuhänder den Aktionären der J.-AG – es waren dies Mitglieder der Familie D. – als Kaufpreisteilzahlung zugeflossen. Im Schuldschein verpflichtete sich die J1-GmbH weiters, der Kl als Sicherstellung für das Darlehen von S 60 Mio und alle Nebenverpflichtungen bis

zum Höchstbetrag von S 9 Mio eine Hypothek auf der ihr gehörigen Liegenschaft EZ (. . .) einzuräumen. Die Hypothek wurde in der Folge verbüchert.

Mit Beschluß der Hauptversammlung vom 12. 6. 1990 wurde die J.-AG in eine GmbH mit der Firma „J2-GmbH“ umgewandelt.

Mit Verschmelzungsvertrag vom 3. 9. 1990 wurde, bezogen auf den Stichtag 15. 6. 1990, die B.-GmbH mit der J2-GmbH als aufnehmender Gesellschaft verschmolzen.

Mit Verschmelzungsvertrag vom 12. 12. 1990 wurde, bezogen auf den Stichtag 16. 6. 1990, die J2-GmbH mit der J1-GmbH als aufnehmender Gesellschaft verschmolzen.

Mit Beschluß des HG Wien vom 5. 5. 1992 (5 S 83/92) wurde über das Vermögen der J1-GmbH das Konkursverfahren eröffnet; der Bekl wurde zum Masseverwalter bestellt. Auch über das Vermögen folgender Firmen wurde das Konkursverfahren eröffnet: Franz F, F-GmbH, G.-GmbH, G.-GmbH & Co KG.

Die Kl begehrt, den Bekl schuldig zu erkennen, ihr S 5 Mio sA bei sonstiger Exekution in die Liegenschaft EZ (. . .) zu zahlen.

Am Tag der Konkurseröffnung habe das Darlehen mit S 63,921.173,24 unberichtigt ausgehafft. Der Bekl habe die Forderung als Konkursforderung anerkannt, das Absonderungsrecht aber bestritten. Die Kl sei als Hypothekargläubigerin Absonderungsberechtigte. Aus Kostengründen mache sie derzeit nur S 5 Mio geltend. (. . .)

Ein Verstoß gegen §§ 82, 83 GmbHHG liege nicht vor. Die Gewährung einer Sicherheit zu Gunsten des Gesellschafters durch die Gesellschaft könne nicht ohne weiteres als Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr angesehen werden; die B.-GmbH sei niemals Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin gewesen. Allfällige Bedenken seien durch die Verschmelzung der operativen Untergesellschaft mit den Obergesellschaften gegenstandslos geworden.

Das ErstG wies das Klagebegehren ab.

Das BerG änderte die E des ErstG dahin ab, daß es dem Klagebegehren stattgab. Das BerG sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei.

Die gegen diese Entscheidung gerichtete Revision des Bekl ist berechtigt.

Gem § 82 Abs 1 GmbHHG können die Gesellschafter ihre Stammeinlage nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluß als Überschuß der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn, soweit dieser nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluß der Gesellschafter von der Verteilung ausgeschlossen ist. Zweck dieser Vorschrift ist es, das Stammkapital als „dauernden Grundstock der Gesellschaft“ und als einziges „dem Zugriffe der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt“ gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern (236 BlgHH 17. Sess 88). Im Gegensatz zu § 30 dGmbHHG verbietet § 82 GmbHHG im Prinzip jede Zuwendung der Gesellschaft an die Gesellschafter, die nicht Gewinnverwendung ist; § 30 dGmbHHG begnügt sich hingegen mit dem Schutz des dem Stammkapital entsprechenden Vermögens (*Koppensteiner*, GmbHHG § 82 Rz 1).

Die Kapitalerhaltungsvorschriften sollen nach ihrem Sinn und Zweck jede (unmittelbare oder mittelbare) Leistung an einen Gesellschafter erfassen, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und die wirtschaftlich das (im Geltungsbereich des § 30 dGmbHHG: zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche) Vermögen verringert. Darunter fallen Zuwendungen oder Vergünstigungen aller Art ohne Rücksicht darauf, ob sie in der Handelsbilanz der GmbH (oder des Gesellschafters)

einen Niederschlag finden (*Fleck*, Der Grundsatz der Kapitalerhaltung – seine Ausweitung und seine Grenzen, in *Lutter/Ulmer/Zöllner*, FS 100 Jahre GmbHG 391 [399f] mwN).

Auch das AktG verbietet die Rückgewähr von Einlagen. Gem § 52 AktG dürfen den Aktionären die Einlagen nicht zurückgewährt werden; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Reingewinn, der sich aus der Jahresbilanz ergibt, soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung ausgeschlossen ist.

Das deutsche AktG enthält eine sinnliche Vorschrift. Nach § 57 Abs 1 dAktG dürfen den Aktionären die Einlagen nicht zurückgewährt werden. Sowohl das österreichische als auch das deutsche Aktienrecht schützen damit im Interesse der Gesellschaftsgläubiger und der Aktionäre das gesamte Vermögen der Aktiengesellschaft (*Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 52 Rz 6 mwN; *Barz* in *Großkomm AktG* § 57 Anm 3 mwN; *Hefermehl/Bungeroth* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG § 57 Rz 4 mwN; *Lutter* in *Kölner Kommentar*² § 57 Rz 3 mwN).

Ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften kann auch in der Bestellung von Sicherheiten für Dritte am Gesellschaftsvermögen oder an Teilen davon für Forderungen gegen Gesellschafter liegen (*Koppensteiner*, aaO § 82 Rz 17 mwN; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 652 mwN; *Strommer*, Ist eine Bürgschaft der GmbH für Schulden ihrer Gesellschafter zulässig?, WBl 1987, 334; *Baumbach/Hueck*, GmbH¹⁶ § 30 Rz 18 mwN; *Hachenburg/Goerdeler/Müller*, GmbHG⁷ § 30 Rz 53 mwN; *Scholz/Westermann*, GmbHG⁸ § 30 Rz 31 mwN; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁴ § 30 Rz 8 mwN; *Hefermehl/Bungeroth*, aaO § 57 Rz 19; *Lutter*, aaO § 57 Rz 11). Die Bestellung einer Sicherheit für eine Schuld des Gesellschafters (Aktionärs) ist zulässig, wenn die Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung erhält, wie sie bei vergleichbaren Bankgeschäften üblich ist (*Jabornegg*, aaO § 52 Rz 11; zur Angemessenheitsprüfung s *Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, WBl 1993, 269 [276 ff] mwN; s auch *Lutter/Wahlers*, Der Buyout: Amerikanische Fälle und die Regeln des deutschen Rechts, AG 1989, 1 [9] mwN; *Schneider*, „Kapitalmindernde Darlehen“ der GmbH an ihre Gesellschafter, FS Döllerer 537 [546]; *Saurer*, Leveraged Management Buy-Out 75 mwN).

Weder § 82 GmbHHG noch § 52 AktG setzen fest, daß verbotswidrige Geschäfte nichtig sind. Aus dem Zweck des Verbotes wird aber in beiden Fällen die Nichtigkeit verbotswidriger Geschäfte nach § 879 Abs 1 ABGB abgeleitet (*Koppensteiner*, aaO § 82 Rz 19; *Jabornegg*, aaO § 52 Rz 1 mwN; *Saurer*, aaO 101 mwN; aA für verdeckte Gewinnausschüttungen *Arnold*, Verdeckte Gewinnausschüttung im Handelsrecht, GesRZ 1985, 86 [97]; s auch *Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, WBl 1993, 269 [272]; *Nowotny*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Bestätigungsvermerk, RdW 1988, 23). Auch Geschäfte, die gegen § 57 dAktG verstoßen, werden als nichtig erachtet (*Barz*, aaO § 57 Rz 10; *Hefermehl/Bungeroth*, aaO § 57 Rz 71; *Lutter*, aaO § 57 Rz 24, jeweils mwN). Die zu § 30 dGmbHHG vertretene Ansicht, das verbotswidrige Geschäft sei nicht nichtig, sondern der einem verbotswidrigen Geschäft zugrunde liegende Gesellschafterbeschluß sei nur unvollziehbar, hängt damit zusammen, daß § 30 dGmbHHG das Gesellschaftsvermögen nur in Höhe des Stammkapitals schützt (s *Koppensteiner*, aaO § 82 Rz 19 mwN; s auch *Canaris*, Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte, FS Fischer [1979] 31 [55]; *Peltzer/Bell*, Besicherung von Gesellschafterkrediten mit dem GmbH-Vermögen?, ZIP 1993, 1757 f; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht², 946; *Baumbach/Hueck*, aaO § 30 Rz 21 mwN).

Normadressaten des in § 82 GmbHG und § 52 AktG enthaltenen Verbotes der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter (Aktionär), nicht aber auch ein Dritter (s. *Koppensteiner*, aaO § 83 Rz 7; *Jabornegg*, aaO § 56 Rz 9; *Canaris*, aaO 34). Nach § 83 Abs 1 GmbHG sind Gesellschafter, zu deren Gunsten gegen die Vorschriften dieses Gesetzes, gegen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder entgegen einem Gesellschaftsbeschluß Zahlungen von der Gesellschaft geleistet worden sind, der Gesellschaft zum Rückerersatz verpflichtet; § 56 AktG räumt der Aktiengesellschaft einen gleichartigen Rückgewähranspruch ein.

Dritte sind nach hM nur ausnahmsweise rückgabepflichtig. Das folgt schon daraus, daß Geschäfte in der Regel gültig sind, wenn sich das Verbot nur an den einen der beiden Geschäftspartner richtet (*Koziol/Welser*, Grundriß¹⁰ I 142; s. auch *Palandt*, BGB⁵⁵ § 134 Rz 9 mwN). Ist dem vom Verbot nicht betroffenen Geschäftspartner aber bewußt, daß mit dem Vertrag gegen ein Gesetz verstoßen wird, nimmt er somit am Verstoß teil, so ist das Geschäft auch ihm gegenüber nichtig (*Gschnitzer* in *Klang*² IV/1, 180, 184).

Nach *Koppensteiner*, aaO § 83 Rz 7 ist für die Unwirksamkeit eines gegen § 82 GmbHG verstoßenden Geschäftes auch gegenüber dem Dritten zumindest eine Zurechnungsbeziehung zu verlangen, die es gestattet, den Dritten als Gesellschafter zu behandeln. In seiner Abhandlung „GmbH-rechtliche Probleme des Management Buy-Out“, ZHR 155 (1991) 97 (106), vertritt *Koppensteiner* die Auffassung, daß die Unwirksamkeit des mit einem Dritten geschlossenen Sicherungsgeschäftes nur bei Kollusion angenommen werden sollte. Der gleichen Ansicht sind *Lutter/Hommelhoff*, aaO § 30 Rz 34.

Jabornegg, aaO § 56 Rz 9 mwN erachtet Nichtaktionäre namentlich dann als rückgabepflichtig, wenn sie Hintermänner von Aktionären sind oder wenn es um ehemalige oder künftige Aktionäre geht und die verbotene Leistung im Zusammenhang mit deren Aktionäreigenschaft steht.

Canaris, aaO 35 ff erstreckt den Rückgewähranspruch auf Zuwendungen an Dritte, die dem Aktionär „nahestehen“ (Strohänner, Verwandte, Hintermänner), und auf Zuwendungen an bösgläubige Dritte. Der Dritte müsse gewußt haben, daß sein Schuldner Aktionär der sicherungsgebenden Gesellschaft war, daß die Sicherheitenbestellung mit Rücksicht auf diese Eigenschaft erfolgt ist und daß es zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär an einem angemessenen Entgelt fehlt. *Canaris* aaO verweist in diesem Zusammenhang auf den prima facie-Beweis und auf den Grundsatz, daß sich derjenige, der „geradezu die Augen vor der wahren Rechtslage verschließt“, so behandeln lassen muß, als hätte er diese gekannt. *Canaris'* Auffassung wird im wesentlichen von *Scholz/Westermann*, aaO § 30 Rz 33 geteilt.

Meister, Die Sicherheitsleistung der GmbH für Gesellschafterverbindlichkeiten, WM 1980, 390 (394) gesteht der Gesellschaft das Leistungsverweigerungsrecht nicht nur gegenüber dem Gesellschafter, sondern grundsätzlich auch gegenüber dem Sicherungsnehmer zu. Andernfalls ginge das Verbot des § 30 Abs 1 dGmbHG ins Leere, wenn sich die Gesellschaft dem Sicherungsnehmer gegenüber bereits verpflichtet oder diesem schon eine dingliche Sicherheit bestellt hat. Das Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft gegenüber dem Sicherungsnehmer entfällt, wenn dieser – aus der Sicht in dem Zeitpunkt, in welchem die Gesellschaft sich ihm gegenüber erstmals verpflichtet hat – die Natur des Geschäfts als Gesellschaftergeschäft nicht erkennen konnte und ein Drittgeschäft annehmen durfte (*Meister*, aaO 399).

Nach *Lutter/Wahlers*, aaO 11 ist die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB auch auf das Sicherungsgeschäft zwischen dem Dritten und der Aktiengesellschaft zu erstrecken,

wenn der Dritte (= Kreditgeber) über die Verwendung der Mittel zum Zwecke des Erwerbes von Aktien der Zielgesellschaft orientiert ist und dementsprechend weiß, daß das Sicherungsgeschäft dem Verbot aus § 57 Abs 1 Satz 1 dAktG zuwiderläuft. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts mit dem Dritten könne sich auch unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs der Vertretungsmacht ergeben. Soweit ein bewußt schädigendes Zusammenwirken mit dem Gesellschafter gefordert werde, ergebe sich die Nichtigkeit des Sicherungsgeschäfts regelmäßig bereits aus den §§ 138, 826 BGB.

Peltzer/Bell, aaO 1764 behandeln den Sicherungsnehmer, für den im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung die Gesellschaftereigenschaft des Schuldners erkennbar ist, wie einen Gesellschafter. Dem Dritten schade jede Form von Fahrlässigkeit. Angesichts der Notwendigkeit der strikten Beachtung der Kapitalerhaltungsvorschriften bei der GmbH seien an die Gutgläubigkeit des Dritten strenge Anforderungen zu stellen. Der Gesellschaft stehe ihm gegenüber ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

In seiner Abhandlung „Besicherte Darlehen von Dritten an Konzerngesellschaften und Kapitalerhaltungsvorschriften“, GmbHR 1995, 15 (20 f), verlangt *Peltzer* positive Kenntnis vom Verstoß gegen § 30 dGmbHG. Dabei läßt er eine „laienmäßige“ Kenntnis genügen.

Fleck, aaO 406 f erachtet Drittverpflichtungen der Gesellschaft (Begleichung einer Schuld des Gesellschafters oder Bestellung einer Sicherheit für eine Gesellschafterschuld) als grundsätzlich wirksam, es sei denn, der Dritte habe mit dem Gesellschafter bewußt zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Gläubiger zusammengewirkt oder in den rechtlichen oder persönlichen Beziehungen des Nichtgesellschafters zum Gesellschafter liege ein besonderer Zurechnungsgrund.

Schön, Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften, ZHR 159 (1995) 351 (366 ff) mwN, verweist auf die Rsp und Lehre, die das Verbot nur dann auch gegen den Kreditgeber wirken läßt, wenn er im Einzelfall wie ein „Teilnehmer an fremdem Unrecht“ einverständlich an Pflichtenverstoß des Gesellschafters mitwirkt, das heißt in dem seltenen Fall der Kollusion. In der Entgegennahme einer stammkapitalmindernden Sicherheit (Anm: § 30 dGmbHG schützt nur das dem Stammkapital entsprechende Vermögen) liege aber ein eigener Tatbestand der Gläubigergefährdung. Wenn dem Kreditgeber das Gesellschaftsverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Sicherungsgeber bekannt sei und er wisse oder sich leichtfertig der Erkenntnis verschließe, daß die Besicherung das Stammkapital der Sicherungsgeberin angreifen kann, treffe § 138 BGB sowohl den Sicherungsvertrag als auch die Bestellung der dinglichen oder schuldrechtlichen Sicherheit.

Sonnenhol/Groß, Besicherung von Krediten Dritter an Konzernunternehmen, ZHR 159 (1995) 389 (405 ff) gestehen das Leistungsverweigerungsrecht nach § 30 Abs 1 dGmbHG nur gegenüber dem Gesellschafter, nicht aber gegenüber dem Nichtgesellschaftler (Kreditgeber) zu. Ausgenommen werden nur dem Gesellschafter nahestehende Dritte. Gegenüber dem (dem Gesellschafter nicht nahestehenden) Kreditgeber könne aus § 30 dGmbHG kein Leistungsverweigerungsrecht abgeleitet werden; die Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht sei nicht anzuwenden, weil § 30 dGmbHG die Vertretungsmacht des Gesellschafters nicht beschränke. Die Besicherung könne aber wegen Gläubigergefährdung (§ 138 BGB), Schuldnerknebelung (§ 138 BGB) und Kollusion (§ 826 BGB) sittenwidrig sein. Kollusion setze voraus, daß die Bank um die (zumindest) mittelbare Gesellschaftereigenschaft ihres Schuldners, die Natur der Besicherung als Gesellschafter-

geschäft und um die aus der Besicherung folgende Auszahlung zu Lasten des Stammkapitals wisse.

Saurer, aaO 106 verweist darauf, daß die Organe mit dem Abschluß eines verbotswidrigen Rechtsgeschäfts immer auch ihre Vertretungsmacht mißbrauchen. Der Dritte sei weniger schutzwürdig als der Vertretene, wenn er mit dem Vertreter absichtlich zum Schaden der Gesellschaft zusammenwirke (Kollusion) oder wenn das vertretungsbefugte Organ bewußt zum Nachteil der Gesellschaft handle und der Dritte davon wisse. Der Dritte könne sich aber auch dann nicht auf die Vertretungsmacht des Organs berufen, „wenn der Mißbrauch für jeden Einsichtigen evident ist, dem Dritten es sich also geradezu aufdrängen muß, daß der Vertreter bei Geschäftsabschluß mit Schädigungsvorsatz zum Nachteil des Vertretenen handelt“ (SZ 58/123). Bei der Bestellung von Sicherheiten für eine Gesellschafterschuld werde der Dritte nicht schutzwürdig sein, wenn er erkennen konnte oder es für ihn evident sein mußte, daß die Sicherheitenbestellung aufgrund einer negativen Prognose über die Leistungsfähigkeit der Zielgesellschaft gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt. Der Kreditgeber dürfe weder absichtlich an dem für die Gesellschaft nachteiligen Geschäft mitwirken noch vom nachteiligen Geschäft Kenntnis haben, und die Unkenntnis dürfe auch nicht auf grob fahrlässigem Verhalten beruhen. Verstöße die Sicherheitenbestellung nur wegen einer nicht adäquaten Gegenleistung gegen § 52 AktG, so sei nur das Geschäft zwischen Zielgesellschaft und Obergesellschaft nichtig, weil der Dritte die internen Vereinbarungen kaum kennen werde. Kenne er sie, so bleibe die Frage offen, ob sich eine solche Kenntnis auf das Sicherungsgeschäft auswirke (Saurer, aaO 103 ff).

Einhelligkeit besteht demnach nur insoweit, als dem Dritten der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr bei Kollusion entgegengehalten werden kann. In diesem Sinn hat auch der BGH entschieden (WM 1982, 1402).

Kollusion liegt vor, wenn Vertreter und Dritter absichtlich zusammengewirkt haben, um den Vertretenen zu schädigen (Koziol/Welser, aaO 176). In den Entscheidungen zum Vollmachtsmißbrauch wird der Kollusion der Fall gleichgehalten, daß der Gesellschafter bewußt zum Nachteil der Gesellschaft handelt und der Dritte davon gewußt hat oder sich der Mißbrauch ihm geradezu aufdrängen mußte (SZ 58/123 = JBl 1986, 377 = GesRZ 1985, 198 mwN). Eine Erkundigungspflicht wird für den Fall bejaht, daß besondere Umstände den Verdacht des Mißbrauches der Vertretungsmacht nahelegen (GesRZ 1978, 131). Beim Mißbrauch der Vertretungsmacht genügt demnach grob fahrlässige Unkenntnis des Vollmachtsmißbrauches für die Unwirksamkeit des Geschäfts mit dem Dritten (Koziol/Welser, aaO 176 mwN; Stanzl, aaO 857 ff; Strasser in Rummel, ABGB² §§ 1016, 1017 Rz 23 mwN; Reich-Rohrwig, aaO 122 mwN; s auch Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵, 234 mwN; Jabornegg, aaO §§ 71-74 Rz 72; Ostheim, Kritisches zum Beschluß des OGH vom 26. 2. 1980, 5 Ob 515/80, GesRZ 1980, 99 [100]; ua SZ 64/13; aM Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht³ II 413 f; Wünsch, Kommentar zum GmbH-Gesetz § 18 Rz 16).

Auch bei einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr fordert eine Abwägung der Interessen des Kreditgebers und der durch die verbotene Einlagenrückgewähr geschädigten Gesellschaft und ihrer Gläubiger, das Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Kreditgeber nicht nur auf Kollusion zu beschränken. Die Interessen der Gesellschaft und ihrer Gläubiger müssen jedenfalls auch den Interessen jenes Kreditgebers vorgehen, der weiß, daß er den Kredit einem (mittelbaren) Gesellschafter gewährt, der damit den Anteilskauf finan-

ziert, und daß die Sicherheit am Gesellschaftsvermögen bestellt wird. Das gleiche muß auch für jenen Kreditgeber gelten, dem sich dieses Wissen „geradezu aufdrängen“ muß, dessen Unkenntnis demnach auf grober Fahrlässigkeit beruht.

Die beim Vollmachtsmißbrauch vor allem mit Erwägungen des Verkehrsschutzes begründeten Bedenken gegen die Erstreckung der Unwirksamkeit auf Fälle grob fahrlässiger Unkenntnis (Hämmerle/Wünsch, aaO 414) haben bei einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr weniger Gewicht, weil sich die Verbotswidrigkeit des Handelns schon aus dem Gesetz und nicht aus internen Beschränkungen der Vertretungsmacht ergibt (zur Definition des Vollmachtsmißbrauchs als Handeln im Rahmen der erteilten Vollmacht, aber unter Verstoß gegen die Begrenzung, die im Innenverhältnis durch Auftrag, Ermächtigung oder Weisungen im Rahmen des Auftragsverhältnisses erteilt wurde, s Strasser in Rummel² §§ 1016, 1017 Rz 23).

Zur Bestellung von Sicherheiten am Gesellschaftsvermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschafter kommt es vor allem bei Unternehmensübernahmen durch Leveraged Buy Out (LBO) oder durch Management Buy Out (MBO). Beiden Übernahmeformen ist gemeinsam, daß der Erwerb in erster Linie mit Fremdkapital erfolgt; beim MBO übernimmt das bisherige Management das Unternehmen (s dazu Gondesen, Rechtliche Aspekte des Management Buy-Out, WM 1989, 201). Als Sicherheit für das Fremdkapital werden die Vermögensgegenstände des erworbenen Unternehmens verwendet, und die Fremdkapitalbedienung und -tilgung erfolgt durch Zugriff auf den Gewinn, den Cash-flow und gegebenenfalls die stillen Reserven der Zielgesellschaft. Wirtschaftlich reduziert ein LBO das Kapital einer Gesellschaft zugunsten einer höheren Fremdfinanzierung, wobei die dadurch entstehende Zinsbelastung steuerlich absetzbar ist. Der wesentlich erhöhte Fremdkapitalanteil und die durch eine Verschmelzung erzielbare Buchwertaufstockung mit den damit verbundenen erhöhten Abschreibungsmöglichkeiten führen zu einer erheblichen Steigerung des Cash-flow, welcher zu Tilgungszwecken verwendet werden kann und maßgeblich dazu beiträgt, daß die erforderlichen Kreditmittel überhaupt zur Verfügung gestellt werden. Diese Hebelwirkung (Leverage), die in der Nutzung der Liquidität des Zielunternehmens liegt, hat dem LBO seinen Namen gegeben (Lutter/Wahlers, aaO 1 f mwN).

Leistet die GmbH den veräußernden Gesellschaftern Sicherheiten für die Verbindlichkeiten des Käufers, dann kann darin ein Verstoß gegen § 30 Abs 1 dGmbHG (§ 82 GmbHG) liegen (Baumbach/Hueck, aaO § 30 Rz 18 mwN; Lutter/Wahlers, aaO 13). Anders als nach § 30 dGmbHG hängt die Unzulässigkeit einer Sicherheitenbestellung nicht davon ab, ob die dafür notwendige Rückstellung zu einer Unterbilanz führt (Lutter/Wahlers, aaO 14), weil § 82 GmbHG, wie oben ausgeführt, das gesamte Gesellschaftsvermögen und nicht nur den dem Stammkapital entsprechenden Teil schützt. Die Bestellung einer Sicherheit für Gesellschafterverbindlichkeiten am Gesellschaftsvermögen ist zulässig, wenn die Organe der Zielgesellschaft bei gewissenhafter Prüfung annehmen konnten, daß die Zielgesellschaft in der Lage sein werde, die Kreditrückzahlungen zu „verdienen“ (zu den Eigenschaften, die ein Unternehmen aufweisen muß, um für einen Buy Out geeignet zu sein, Kerber; Die Übernahme von Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Buy-Out-Verfahren, WM 1989, 473 [477 f]), und wenn die Sicherheitenbestellung dem Fremdvergleich standhält, das heißt zu Bedingungen erfolgt, die auch einem Außenstehenden eingeräumt würden (zur Angemessenheitsprüfung s Krejci, aaO 276 f).

Im vorliegenden Fall ist nicht festgestellt, ob die spätere Gemeinschuldnerin für die Bestellung der Hypothek ein Entgelt erhalten hat. Die Kl ist der Auffassung, daß § 82 GmbHG (schon deshalb) nicht verletzt sei, weil die Zielgesellschaft (die spätere Gemeinschuldnerin) nach dem Erwerb der Anteile an ihrer Muttergesellschaft durch ein Unternehmen der F.-Gruppe mit den Obergesellschaften verschmolzen worden ist und es damit zu „downstream mergers“ gekommen ist.

Bei einem „downstream merger“ wird die für den Erwerb der Gesellschaft (der Anteile an ihr) aufgenommene Verbindlichkeit an diese selbst übertragen, ohne daß dieser Verbindlichkeit ein Aktivum gegenübersteht. Die Tochtergesellschaft übernimmt die Finanzierung ihres eigenen Erwerbes (*Aman*, „Down Stream Fusion“ Verbot der Einlagenrückgewähr, Gläubigerschutz und Minderheitenrechte, RdW 1995, 292 [294]; zur Problematik dieser Art der Finanzierung eines Unternehmenserwerbes s ua *Schneider*, aaO 540 mwN; *Peltzer*, Rechtliche Probleme der Finanzierung des Unternehmenskaufs beim MBO, DB 1987, 973 [976]).

Auch wenn dieser Finanzierungsleistung keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, wird ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften mit der Begründung verneint, daß weder ein Gesellschafter noch ein einem Gesellschafter nahestehender Dritter daraus einen Vorteil ziehe: Die untergehende Muttergesellschaft komme wegen ihres Unterganges nicht als Empfängerin einer Vorteilszuwendung in Betracht; ihre Gesellschafter seien rechtlich nicht besser gestellt als vor der Fusion (*Aman*, aaO 294; s auch *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 514 unter Berufung auf *Lutter/Wahlers*, aaO 12 f und *Peltzer*, aaO 977, die jedoch beide in diesem Zusammenhang von einer Verschmelzung „up stream“, das heißt einer Verschmelzung der Zielgesellschaft mit der Übernahmegesellschaft als aufnehmender Gesellschaft, ausgehen; zur Unbedenklichkeit von upstream mergers s *Saurer*, aaO 322 f).

Der Auffassung, daß bei einer der Sicherheitenbestellung nachfolgenden Fusion kein Begünstigter mehr vorhanden sei und damit auch kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorliege, ist für den Fall von downstream mergers entgegenzuhalten, daß sich die Gesellschafter der Erwerbsgesellschaft die Bestellung anderer Sicherheiten erspart haben. Sie verbleiben daher auch noch nach Durchführung des(r) downstream mergers als (mittelbar) Begünstigte (*Aman*, aaO 294). Ob die von *Aman* (aaO) vorgeschlagene Nachrangigkeitsklausel einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verhindern könnte (dagegen *Saurer*; Die verbotene Einlagenrückgewähr beim „Down Stream-Merger“, RdW 1996, 155 [156]), kann hier dahingestellt bleiben, weil, wie schon das Begehren der Kl zeigt, im vorliegenden Fall keine solche Vereinbarung getroffen wurde.

Ein Verstoß gegen § 82 GmbHG entfällt auch nicht deshalb, weil, wie das BerG meint, die spätere Gemeinschuldnerin letztlich ihre eigene Verbindlichkeit besichert habe. Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr wird naturgemäß auch dann verstoßen, wenn die Zielgesellschaft nicht bloß eine fremde Verbindlichkeit sichert, sondern selbst einen Kredit aufnimmt, um dem Käufer die Mittel für den Anteilerwerb zur Verfügung zu stellen (s *Lutter/Wahlers*, aaO 9, 12). Daß die Gesellschaft mit der Vorteilszuwendung an einen Gesellschafter eine (formell eigene) schuldrechtliche Verpflichtung erfüllt, kann einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nie ausschließen. Maßgebend ist, ob, wie oben ausgeführt, das Geschäft dem Fremdvergleich standhält und auch dann so geschlossen worden wäre, wenn kein Gesellschafter (kein einem Gesellschafter nahestehender Dritter) daraus einen Vorteil zöge.

Die Bestellung der Hypothek am Vermögen der späteren Gemeinschuldnerin zur Finanzierung des Erwerbes der Anteile an ihrer Muttergesellschaft hat demnach gegen § 82 GmbHG verstoßen, wenn, was derzeit noch nicht feststeht, die spätere Gemeinschuldnerin für die Sicherheitenbestellung kein angemessenes Entgelt erhalten hat oder, trotz Vereinbarung eines angemessenen Entgelts, wenn die Organe der Zielgesellschaft bei gewissenhafter Prüfung erkennen hätten müssen, daß die Zielgesellschaft nicht in der Lage sein werde, die für die Rückzahlung des Kredites notwendigen Mittel zu erwirtschaften.

Die Bestellung der Hypothek war Teil eines Gesamtkonzeptes für den Erwerb der Firmengruppe D. durch die F.-Gruppe, an dem die Kl als Hausbank der F.-Gruppe mitwirkte. Die Kl hat den Kaufpreis vorfinanziert und den Darlehensbetrag noch vor Unterfertigung des Schuldscheines durch die F.-Gruppe und die spätere Gemeinschuldnerin den Aktionären (= Mitglieder der Familie D.) der J.-AG über einen Treuhänder ausgezahlt.

Ob der Kl sämtliche Vereinbarungen bekannt waren und sie daher auch gewußt hat, ob die spätere Gemeinschuldnerin für die Sicherheitenbestellung kein oder kein angemessenes Entgelt erhielt, steht nicht fest. Ebenso wenig ist festgestellt, ob die Organe der Zielgesellschaft bei gewissenhafter Prüfung annehmen konnten, die für die Kreditrückzahlung notwendigen Gewinne erwirtschaften zu können. Diese Fragen wurden im Verfahren I. Instanz auch nicht erörtert, weil das ErstG der Auffassung war, daß dem Bekl schon allein deshalb ein Leistungsverweigerungsrecht zustehe, weil die Hypothek zur Sicherung einer Gesellschafterverbindlichkeit bestellt wurde. Da auch der OGH die Parteien nicht mit einer Rechtsansicht überraschen darf, ist es notwendig, die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben und die Rechtssache in die I. Instanz zurückzuverweisen.

Das ErstG wird mit den Parteien zu erörtern haben, ob und welche Gegenleistung die spätere Gemeinschuldnerin für die Bestellung der Hypothek erhielt, ob die allenfalls vereinbarte Gegenleistung angemessen war und sollte eine angemessene Gegenleistung vereinbart worden sein, ob die Organe der Zielgesellschaft bei gewissenhafter Prüfung annehmen konnten, daß die Zielgesellschaft die für die Rückzahlung des Kredites notwendigen Mittel erwirtschaften werde. Bei der Angemessenheitsprüfung wird zu berücksichtigen sein, daß die Bestellung einer Hypothek für die Schuld eines Dritten eine so schwerwiegende Maßnahme ist, daß sie in der Regel nur durch ein ganz ungewöhnliches Entgelt zu einem Akt ordnungsgemäßer Geschäftsführung werden konnte (*Canaris*, aaO 47; *Peltzer/Bell*, aaO 1764).

Steht fest, daß die spätere Gemeinschuldnerin kein angemessenes Entgelt erhalten hat, so ist zu prüfen, ob dies der Kl bekannt war. Stellt sich heraus, daß die Kl die entsprechenden Vereinbarungen nicht gekannt hat, so stellt sich die Frage, ob die Kl eine Erkundigungspflicht traf. Für eine Erkundigungspflicht spricht, daß der Dritte meist umso weniger ein angemessenes Entgelt annehmen kann, als der Erwerber ja schließlich kreditbedürftig war und die erforderliche Sicherheit offenbar nicht aus seinem eigenen Vermögen aufbringen konnte (*Canaris*, aaO 47; *Peltzer/Bell*, aaO 1764). Da nur ein ganz ungewöhnliches Entgelt die Sicherheitenbestellung angemessen abgelten könnte, konnte die Kl demnach nicht vermuten, daß die spätere Gemeinschuldnerin ein solches Entgelt erhalte. Sie hätte sich daher, wenn ihr das Fehlen eines angemessenen Entgelts nicht ohnedies bekannt war, bei den beteiligten Gesellschaften erkundigen müssen. Die Kl war aber nicht verpflichtet, besondere Nachforschungen oder Angemessenheitsprüfungen anzustellen; sie konnte sich auf – nicht offenkundig unrichtige –

Auskünfte der beteiligten Gesellschaften verlassen. Hat die Kl keine Auskünfte eingeholt, so muß sie sich den Verstoß gegen § 82 GmbHG entgegenhalten lassen; dem Bekl steht dann ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

War eine angemessene Gegenleistung vereinbart, so ist zu prüfen, ob die Organe der Zielgesellschaft bei gewissenhafter Prüfung annehmen konnten, daß die Zielgesellschaft die für die Kreditrückzahlung notwendigen Mittel erwirtschaften werde könne. Hätten sie erkennen müssen, daß dies nicht der Fall sein werde, so bleibt zu prüfen, ob dies die Kl gewußt hat oder ob ihre Unkenntnis auf grob fahrlässiges Verhalten zurückzuführen ist. Auch bei Zutreffen dieser Voraussetzungen ist der Bekl berechtigt, die Leistung zu verweigern.

* *
*

Die vorliegende, außerordentlich sorgfältig begründete E des OGH enthält wichtige Aussagen zu den rechtlichen Grenzen von LBO-Finanzierungen und zur Vermögensbindung bei Kapitalgesellschaften im allgemeinen:

1. Zutreffend betont der OGH, das Aktienrecht schütze im Interesse der Gesellschaftsgläubiger und Aktionäre „das gesamte Vermögen der AG“. Gleiches gilt für das österr GmbH-Recht (*Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 648). Obwohl nach dem Wortlaut der §§ 52 AktG, 82 GmbHG „die Einlagen“ nicht zurückgezahlt werden dürfen, ist das Gesellschaftsvermögen *insgesamt* – und nicht bloß bis zum Betrag des Nennkapitals – dem Zugriff der Gesellschafter entzogen. Man sollte in diesem Zusammenhang daher besser von *Vermögensbindung* und nicht von Kapitalerhaltung sprechen (vgl etwa *Hüffer*, AktG² § 57 Rz 3). Die Vermögensbindung äußert sich in einem *numerus clausus* jener Verfahren, die der Verteilung von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter dienen. Dazu zählen: die Verteilung von Bilanzgewinn, die Zahlung des Erwerbspreises beim ausnahmsweise zulässigen Erwerb eigener Aktien, die Rückzahlung der Einlagen aufgrund einer ordentlichen Kapitalherabsetzung, die Zahlung des Einziehungsentgelts bei der Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien, die Rückzahlung von Nachschüssen, die Verteilung des Liquidationsüberschusses, die Leistung verschmelzungsrechtlicher Zahlungen. Nur in diesen Fällen sind Vermögensverschiebungen zugunsten des Gesellschafter *causa societatis* zulässig.

2. Auch Leistungsbeziehungen aufgrund *schuldrechtlicher* Rechtsgeschäfte zwischen dem Gesellschafter und der Kapitalgesellschaft können gegen die Vermögensbindung der §§ 52 AktG, 82 GmbHG verstoßen. Dies ist der Fall, wenn die Bedingungen solcher Rechtsgeschäfte zu Lasten der Kapitalgesellschaft unangemessen ausgestaltet sind. Denn: Nicht nur die *offene* Rückgewähr von Einlagen (zB durch Barzahlung an die Gesellschafter), sondern auch die – im Gewande anderer Rechtsgeschäfte erfolgende – *verdeckte Einlagenrückgewähr* ist verboten (*Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 52 Rz 10). Mit der hA stellt der OGH hier ausschließlich auf die Angemessenheit des zu prüfenden Rechtsgeschäftes ab. Zu Recht erwägt der OGH nicht, das Vorliegen einer verdeckten Einlagenrückgewähr zusätzlich von der Absicht der Organe der Kapitalgesellschaft, den Vertragspartner gerade wegen seiner Gesellschafterstellung zu begünstigen, abhängig zu machen (Meinungsstand bei *Hüffer*, AktG² § 57 Rz 8 ff).

3. Der OGH geht ferner davon aus, daß Rechtsgeschäfte, die gegen die §§ 52 AktG, 82 GmbHG verstoßen, *nichtig* sind. Unbestritten ist dies nur in den Fällen der *offenen* Einlagenrückgewähr. Die hA knüpft indessen auch an die *verdeckte* Einlagenrückgewähr die Nichtig-

keitsfolge (zum Meinungsstand vgl *Hüffer*, AktG² § 58 Rz 23; *Saurer*, Leveraged Management Buy-Out 101 FN 227). Die Beantwortung dieser Streitfrage war im vorliegenden Fall relevant, denn der Abschluß des Pfandbestellungsvertrages ist zweifelsfrei keine offene Einlagenrückgewähr. Die in der BRD gelegentlich erwogene Gültigkeit des dinglichen Vollzugsgeschäftes bei Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes (vgl *Lutter*, Kölner Komm² § 57 AktG Rz 69 f) dürfte wegen der Titel-Abhängigkeit des dinglichen Geschäfts nach österr Recht indessen nicht in Betracht kommen (vgl aber § 65 Abs 4 AktG).

4. Der OGH erstreckt die Nichtigkeitsfolge auf Dritte (hier: auf den Pfandgläubiger) nicht nur in den Fällen der Kollusion und der Kenntnis des Dritten um die Verbotswidrigkeit; das gleiche müsse vielmehr auch für jenen Kreditgeber gelten, „dem sich dieses Wissen geradezu aufdrängen muß, dessen Unkenntnis demnach auf grober Fahrlässigkeit beruht“. Freilich zeigt gerade die sorgfältige Auswertung des gesellschaftsrechtlichen Schrifttums in der E, daß der OGH mit seiner Ansicht hier fast allein dasteht. Ob die Anwendung der Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht tragfähig ist, kann hier nicht untersucht werden (kritisch etwa *Canaris*, FS Fischer 49 mit dem sehr bedenkenswerten Argument, daß hier – anders als bei Verstößen gegen die Vermögensbindung – stets bewußtes Handeln des Vertreters zum Nachteil des Vertretenen gefordert werde). Hinzu kommt: Gerade im Vertretungsrecht wird gelegentlich zwischen der „Evidenz“ des Mißbrauchs und dem bloßen „Kennenmüssen“, das dem Dritten grundsätzlich nicht schade, unterschieden (vgl *Flume*, Rechtsgeschäft § 45 II 3; *Frotz*, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht 623). Vielleicht weicht aber das Ergebnis des OGH davon bloß terminologisch, nicht sachlich ab. Allerdings bejaht der OGH Erkundigungspflichten der Bank. Dies mag im vorliegenden Fall, in welchem die Bank über die Einzelheiten der Gesamttransaktion wahrscheinlich bestens Bescheid wußte, im Ergebnis unschädlich sein. Allgemein ist die Annahme von Erkundigungs- oder Nachprüfungsverpflichtungen beim Vollmachtsmißbrauch höchst bedenklich. Die verkehrsfreundliche Belastung des Dritten mit derartigen Pflichten wird gerade als Argument gegen die Relevanz grober Fahrlässigkeit ins Treffen geführt (so schon *Flume* aaO). Diese Bedenken treffen auch auf die Erstreckung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf Dritte zu. Man denke bloß an den Überweisungsverkehr zwischen Konzerngesellschaften. Hier ist offenkundig, daß der Bank die Überprüfung von Rechtsgrund und Angemessenheit der im Überweisungsauftrag genannten Transaktion nicht zumutbar ist.

5. Die obige Entscheidung betraf die folgende Finanzierungstransaktion: Die B.-GmbH hatte alle Aktien an der J.-AG gekauft. Ca 60% des Kaufpreises wurden durch ein (offenkundig von der B.-GmbH aufgenommenes) Darlehen finanziert. Nach dem Aktienkauf verpfändete die 100%ige Tochtergesellschaft der J.-AG, die J1-GmbH, ihre Liegenschaft an die kl Bank. Darin lag offenkundig eine Begünstigung der B.-GmbH, denn das besicherte Darlehen hatte der Finanzierung des Aktienkaufs durch die B.-GmbH gedient. Danach nahm die J2-GmbH (ehemals J.-AG) ihre nunmehrige Muttergesellschaft B.-GmbH durch Verschmelzung „down stream“ auf, es folgte die Verschmelzung der J2-GmbH durch Aufnahme durch ihre Tochtergesellschaft J1-GmbH, der späteren Gemeinschuldnerin.

a) Obwohl das Besicherungsgeschäft nicht eine Begünstigung des (unmittelbaren) Gesellschafter, der J.-AG, darstellte, geht der OGH dennoch zu Recht von der Anwendbarkeit der §§ 52 AktG, 82 GmbHG aus. Verboten ist auch eine Leistung an einen Dritten, sofern die Lei-

stung wirtschaftlich betrachtet einem Gesellschafter zugute kommt (*Schiemer/Jabornegg/Strasser* AktG³ § 52 Rz 8). Dies gilt insb für Zuwendungen an Unternehmen, die mit dem Gesellschafter konzernmäßig verbunden sind (*Lutter* in *Kölner Komm² § 57 Rz 46*).

Allerdings führten die beiden Down Stream-Fusionen zu einer Vereinigung des begünstigten Gesellschafters, der B.-GmbH, mit der benachteiligten Kapitalgesellschaft, der J1-GmbH. Auf den Punkt gebracht: Wäre die Verpfändung nicht kurz vor den Verschmelzungen, sondern nach den Verschmelzungen erfolgt, handelte es sich um kein Geschäft zugunsten des Gesellschafters. Soll die Nichtigkeit des Besicherungsgeschäftes tatsächlich vom zeitlichen Ablauf abhängen?

Mit diesem Kernproblem macht der OGH freilich nicht viel Federlesens. Dem geschilderten Argument sei „für den Fall von downstream mergers entgegen zu halten, daß sich die Gesellschafter der Erwerbsgesellschaft (der B.-GmbH; Anm des Rezensenten) die Bestellung anderer Sicherheiten erspart haben“. Auch nach der Fusion seien sie daher mittelbar begünstigt. Der OGH äußert sich somit nicht zur Begünstigung der B.-GmbH, die die Aktien mit den Mitteln aus dem Darlehen erwarb. Er nimmt vielmehr eine verbotene Begünstigung der *Gesellschafter* der B.-GmbH an.

Zunächst ist anzumerken, daß sich die Problematik der Vermögensbindung beim Up Stream Merger nicht anders stellt. In der Sache ist – mit dem OGH – zwar nicht zu bezweifeln, daß eine Begünstigung vorlag, wenn die Gesellschafter der B.-GmbH eine – sonst erforderliche! – Sicherheit nicht bestellen mußten. Dies ist indessen eine Tatfrage. Ob eine derartige Begünstigung vorlag, hätten die Untergerichte zu überprüfen. Handelte es sich bei der B.-GmbH um ein überaus kreditwürdiges Unternehmen, das auf Sicherheitenbestellung durch die Gesellschafter nicht angewiesen war, fehlt jedenfalls insoweit eine Begünstigung der Gesellschafter der B.-GmbH. Die Übernahme von Haftungen durch die Gesellschafter der B.-GmbH indiziert jedoch, daß diese tatsächlich durch die Verpfändung von Gesellschaftsvermögen der J1-GmbH begünstigt wurden.

b) Ist die Verpfändung von Gesellschaftsvermögen der J1-GmbH der Zuwendung an einen Gesellschafter gleichzuhalten, kommt es auf den Fremdvergleich an (anders aber nunmehr § 66a Satz 1 AktG idF EU-GesRÄG). Der OGH nennt folgende Kriterien: Es sei zu überprüfen, ob die Sicherheitenbestellung zu Bedingungen erfolgte, die auch einem Außenstehenden eingeräumt würden. Dies sei nur dann der Fall, wenn die J1-GmbH ein angemessenes Entgelt erhalten habe. Zusätzlich hätten die Organe der J1-GmbH bei gewissenhafter Prüfung zu dem Ergebnis kommen müssen, daß die J1-GmbH in der Lage sein werde, die für die Rückzahlung des Kredites notwendigen Mittel zu erwirtschaften. Auch das zuletzt genannte Kriterium ist in Wahrheit ein Anwendungsfall des Fremdvergleichs. Gleichzeitig wird deutlich, daß der OGH – offenkundig unbewußt – den Übergang der Kreditverbindlichkeit aufgrund der Fusionen in die Fremdüblichkeitsprüfung einbezieht. Darin liegt aber ein Widerspruch: Kein Geschäftsführer wird einen Dritten im Wege einer Schuldübernahme durch die GmbH von einer Kreditverbindlichkeit befreien, auch dann nicht, wenn die GmbH die Rückzahlung voraussichtlich wirtschaftlich verkraftet. Bei Einbeziehung des fusionsbedingten Schuldenüberganges kann der Fremdvergleichstest nur negativ enden.

Läßt man – mit dem OGH – die Frage, ob der Down Stream-Merger gegen die §§ 52 AktG, 82 GmbHG verstößt (dazu neben den vom OGH zitierten Literaturstellen neuerdings auch *Aman*, RdW 1996, 465 sowie demnächst *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 2.64 ff), beiseite,

ist nur zu überprüfen, ob die *Sicherheitenbestellung* fremdüblich war. Dabei kommt es freilich nicht bloß auf die Bedingungen (insb das Entgelt), sondern vor allem darauf an, ob eine derartige Sicherheitenbestellung zugunsten eines Fremden – selbst bei ausreichendem Entgelt – überhaupt erfolgt wäre. Entsprechend der Wert der Pfandliegenschaft dem Betrag der besicherten Verbindlichkeit (S 60 Mio !), ist dies mE unzweifelhaft zu verneinen. Keine Kapitalgesellschaft würde zur Sicherung der Forderung eines Dritten Gesellschaftsvermögen im Wert von 60% des gesamten Unternehmenswertes verpfänden!

Dies und die Einleitungssätze der E zeichnen ein durchaus realistisches Sitten-Bild der M & A-Szene: Nur zwei Jahre vor dem Zusammenbruch des Konzerns wurden beide Unternehmensgruppen als „wirtschaftlich gesund“ eingeschätzt und – wie stets in solchen Fällen – erwarteten sich die Beteiligten „aus der Fusion positive Synergieeffekte“.

Univ.-Doz. Dr. Hanns F. Hügel