



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. Herbert Ortner als Masseverwalter im Konkurs der H\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Urbanek Lind Schmied Reisch Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. Dr. P\*\*\*\*\* C\*\*\*\*\*, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, 2. G\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, vertreten durch Held Berdnik Astner & Partner Rechtsanwälte GmbH in Graz, wegen je 1.000.000 EUR sA, über die Revisionen der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 15. November 2013, GZ 2 R 187/13g-24, mit dem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 28. August 2013, GZ 34 Cg 16/13k-14, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Den Revisionen wird nicht Folge gegeben.

Die beklagten Parteien sind schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit jeweils 3.704,04 EUR (darin 617,34 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

#### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Über das Vermögen der H\*\*\*\*\* GmbH (im Folgenden H\*\*\*\*\*) wurde mit Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 19. 1. 2012 zu 40 S 7/12w ein Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung eröffnet, wobei

der Kläger zum Masseverwalter bestellt wurde. Mit Beschluss vom 24. 2. 2012 wurde die Bezeichnung dieses Verfahrens auf Konkursverfahren geändert.

An der H\*\*\*\*\* (FN \*\*\*\*\*) waren gemäß dem Firmenbuchauszug vom 19. 3. 2012 (Auszug mit historischen Daten) von 17. 10. 2002 (Datum der Eintragung) bis 24. 5. 2011 (Datum der Eintragung) Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* (51 %), der Erstbeklagte (22 %), der Zweitbeklagte (22 %) und A\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* (5 %) beteiligt. Seit 24. 5. 2011 (Datum der Eintragung) sind Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* (51 %), A\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* (5 %) und die B\*\*\*\*\* GmbH (44 %) Gesellschafter der H\*\*\*\*\*.

Der Zweitbeklagte war von 23. 9. 2002 bis 7. 7. 2010 selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der H\*\*\*\*\*. Die firmenbücherliche Löschung des Zweitbeklagten als Geschäftsführer erfolgte am 4. 8. 2010.

Grundlage für diesen Gesellschafterwechsel war zum einen ein Abtretungsvertrag zwischen dem Erstbeklagten und dem Zweitbeklagten einerseits sowie Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* andererseits vom 7. 7. 2010 und zum anderen die Übertragungsvereinbarung zwischen Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* und der B\*\*\*\*\* GmbH (in Gründung) vom 21. 12. 2010, vertreten durch ihre Gründungsgesellschafter Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* und A\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*. Im Abtretungsvertrag verpflichteten sich der Erstbeklagte und der Zweitbeklagte (aufschiebend bedingt durch die Bezahlung des Abtretungspreises von jeweils 1.000.000 EUR sowie einer Haftungsfreistellung bis spätestens 31. 12. 2010), ihre Geschäftsanteile von jeweils 22 % an Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* abzutreten. In der Übertragungsvereinbarung wurden die Rechte und Pflichten von Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* aus dem Abtretungsvertrag an die B\*\*\*\*\* GmbH übertragen, wozu Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* gemäß

Pkt. III. B1. des Abtretungsvertrags auch berechtigt war. Zugleich wurde von Seiten der B\*\*\*\*\* GmbH erklärt, dass sie beabsichtigt, jeweils den gesamten Geschäftsanteil des Erst- und des Zweitbeklagten der H\*\*\*\*\* zu übernehmen.

Am 3. 12. 2010 schlossen die A\*\*\*\*\* KG (im Folgenden: A\*\*\*\*\*) als Beteiligungsgeberin und die H\*\*\*\*\* als Beteiligungsnehmerin einen Vertrag über die Errichtung einer (typischen) stillen Gesellschaft. Darin heißt es unter anderem:

*Pkt. 1.4. „Der BETEILIGUNGSGEBER beteiligt sich an dem vom BETEILIGUNGSNEHMER betriebenen Unternehmen als typisch stiller Gesellschafter nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Vertrages. Er leistet hiefür eine Vermögenseinlage in Höhe von EUR 4.500.000,00 (in Worten: vier Millionen fünfhunderttausend), die in das Vermögen des BETEILIGUNGSNEHMERS übergeht gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages.“*

*Pkt. 2.1. „Der BETEILIGUNGSGEBER stellt dem BETEILIGUNGSNEHMER im Rahmen dieses Vertrages und auf der Grundlage des zur Verfügung gestellten Finanzplans gemäß Anlage ./2.1a und unter der Voraussetzung des Eintritts der im folgenden geregelten Zuzählungsbedingungen eine einmalige Vermögenseinlage in Höhe von insgesamt **EUR 4.500.000 (in Worten: Euro vier Millionen fünfhunderttausend)** für die Umsetzung der Abschichtung von ehemaligen Gesellschaftern des BETEILIGUNGSNEHMERS sowie des weiteren Wachstum des BETEILIGUNGSNEHMERS und seiner Tochter- und Beteiligungsgesellschaften zur Verfügung, wobei für die Abschichtung von ehemaligen Gesellschaftern maximal ein Betrag von EUR 2.000.000 (in Worten: Euro zwei Millionen) zu verwenden ist. Diese Mittel stehen ausschließlich zur Realisierung des vorgenannten Zwecks zur Verfügung. Der BETEILIGUNGSNEHMER verpflichtet sich, die Beteiligungsmittel insbesondere nicht zur außerhalb des oben genannten Zweckes oder des Geschäftsplanes liegenden Rückführung von allfällig aushaftenden Verbindlichkeiten zu verwenden. Nachschüsse, nachträgliche Leistungen, Verlustabdeckungen, allfällige Haftungen oder ähnliche Verpflichtungen zu Leistungen über die vereinbarte Vermögenseinlage hinaus sind für die BETEILIGUNGSGEBER ausdrücklich ausgeschlossen. Die Zuzählung der Vermögenseinlage gemäß diesem Vertrag hat*

*erst nach Eintritt und Nachweis des Eintritts (Punkt 2.4) der Zuzählbedingungen gemäß Anlage ./2.1b zu erfolgen.“*

*Pkt. 2.2 „Im Zusammenhang mit dem Erwerb der Geschäftsanteile der Herren Dr. P\*\*\*\*\* C\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\* und G\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\* an der BETEILIGUNGSNEHMERIN wird von den Gesellschaftern (Herr Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* und Frau A\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*) eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, gegründet (im folgenden 'NewCO'). NewCO erwirbt die Geschäftsanteile der ehemaligen Gesellschafter an dem BETEILIGUNGSNEHMER und erhält, um den Abtretungspreis bezahlen zu können, ein Darlehen des BETEILIGUNGSNEHMERS in der Höhe von maximal EUR 2.000.000,00 (in Worten: Euro zwei Millionen). In der Folge werden die Gesellschafter ihre Geschäftsanteile an dem BETEILIGUNGSNEHMER in die NewCO einbringen.“*

*In Pkt. 2.3. „Für den BETEILIGUNGSNEHMER ist es für den Abschluss die[es]ses Vertrages eine wesentliche Voraussetzung, dass die Geschäftsanteile der Herrn Dr. P\*\*\*\*\* C\*\*\*\*\* und G\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* am BETEILIGUNGSNEHMER von den Gesellschaftern (unmittelbar oder mittelbar) rechtswirksam erworben werden. Die diesem Erwerb der Geschäftsanteile am BETEILIGUNGSNEHMER von den Herrn Dr. P\*\*\*\*\* C\*\*\*\*\* und G\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* zugrundeliegenden Abtretungsverträge sehen zwei aufschiebende Bedingungen vor. Sie werden rechtswirksam, wenn die vereinbarten Kaufpreise bezahlt und die Herren Dr. P\*\*\*\*\* C\*\*\*\*\* und G\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* von ihren persönlichen Haftungen, die sie im Zusammenhang mit Unternehmensfinanzierungen übernommen haben, freigestellt sind. Aus diesem Grund wird ein Teilbetrag der Vermögenseinlage der BETEILIGUNGSGEBER in der Höhe von EUR 2.000.000,00 bei Vorliegen der Zuzählungsbedingungen auf ein Anderkonto des Herrn Rechtsanwalt Dr. R\*\*\*\*\* F\*\*\*\*\*, treuhändig mit dem einseitig unwiderruflichen Auftrag hinterlegt, dass er diesen Betrag ausschließlich zur schuldbefreienden Bezahlung der Kaufpreise hinsichtlich der oben erwähnten Abtretungsverträge an die Herren Dr. P\*\*\*\*\* C\*\*\*\*\* und G\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* oder von ihnen benannten Dritten entweder (i) Zug um Zug gegen die Befreiung der Herren Dr. P\*\*\*\*\* C\*\*\*\*\* und G\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* von den oben erwähnten persönlichen Haftungen oder (ii) bei bereits Vorliegen dieser Haftungsfreistellungen verwendet. Sollte der Geschäftsanteilerwerb nicht bis zum Ablauf des 31. 01. 2011 rechtswirksam werden, ist der BETEILIGUNGSGEBER berechtigt, unter einer Nachfristsetzung von 14 Bankarbeitstagen, diesen Vertrag mit den Rechtswirkungen gemäß Pkt 4.3. aufzulösen.“*

*Pkt. 4.3. „Bei einer ordentlichen Kündigung durch den BETEILIGUNGSGEBER gemäß Pkt. 9.2. beträgt das Auseinandersetzungsguthaben immer 100 % der Vermögenseinlage gemäß Pkt. 2.1. zuzüglich 15 % p.a. der Vermögenseinlage gemäß Pkt. 2.1.“*

Die Abwicklung der Abschichtung der Beklagten erfolgte über ein Treuhandkonto von Rechtsanwalt Dr. R\*\*\*\*\* F\*\*\*\*\* in der Zeit von 13. 12. 2010 bis 8. 6. 2011. Als Treuhandgeber traten dabei A\*\*\*\*\* und die H\*\*\*\*\* auf. Begünstigte waren die Beklagten sowie die B\*\*\*\*\* GmbH (= NewCo). Von der A\*\*\*\*\* wurden 2.000.000 EUR als „Einlage zugunsten S\*\*\*\*\*, Dr. C\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* GmbH“ mit Wert 17. 12. 2010 auf dem Treuhandkonto eingezahlt. Die Auszahlung der Abtretungspreise von jeweils 1.000.000 EUR erfolgte mit Überweisung per 31. 12. 2010.

Der Erstbeklagte war in Kenntnis darüber, dass der ihm zugeflossene Abschichtungsbetrag durch den Vertrag über die stille Beteiligung der A\*\*\*\*\* finanziert wurde. Auch dem Zweitbeklagten war bekannt, dass die A\*\*\*\*\* beabsichtigte, sich an der H\*\*\*\*\* zu beteiligen und dass die Zahlung der Abtretungspreise an die Beklagten treuhänderisch abgewickelt werden sollen.

In einer Erklärung vom 3. 12. 2010 verpflichteten sich Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* und die beiden Beklagten, für die Dauer der aufrechten stillen Beteiligung mit Vertrag vom 3. 12. 2010, die ihnen hinsichtlich der H\*\*\*\*\* zustehenden Vorabgewinne nicht einzuziehen und den Gesellschaftsvertrag der H\*\*\*\*\* GmbH nicht zu kündigen. Für den Fall der Kündigung durch andere Gesellschafter verpflichtete sich Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* den Geschäftsanteil des kündigenden Gesellschafters entsprechend den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags aufzugreifen um eine Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft zu verhindern. Diese Erklärung

wurde dem Vertrag angeschlossen und von beiden Beklagten am 3. 12. 2010 unterfertigt. Zudem liegt dem Vertrag auch ein Gesellschafterbeschluss bei, der ebenfalls am 3. 12. 2010 von beiden Beklagten unterschrieben wurde, wonach für die Zeit der aufrechten Dauer der mit Vertrag vom 3. 12. 2010 begründeten stillen Gesellschaft für die H\*\*\*\*\* ein Beirat eingesetzt wird. Beide Beklagten waren demnach über das Bestehen des stillen Vertrags in Kenntnis.

In einer ebenfalls vom 3. 12. 2010 datierenden Erklärung sicherte Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* für sich und die B\*\*\*\*\* GmbH - unter entsprechenden in dieser Erklärung dargelegten Bedingungen - ein Abtretungsangebot an A\*\*\*\*\* über 100 % der Geschäftsanteile an der H\*\*\*\*\* zu einem Kaufpreis von 1 EUR zu, dies zur Sicherstellung für die der A\*\*\*\*\* aus dem Beteiligungsvertrag zustehenden Geldforderungen.

Im Jahresabschluss der H\*\*\*\*\* wird auf der Passivseite der Bilanz zum 31. 12. 2010 unter „C. Stille Beteiligung“ ein Betrag von 4.500.000 EUR ausgewiesen. Dazu wird festgehalten, dass darin die Einlage der A\*\*\*\*\* als echter stiller Gesellschafter bilanziert ist. Auf der Aktivseite wird unter Pkt. B.2. Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände unter den Forderungen gegenüber verbundenen Unternehmen ein „Verrechnungskonto B\*\*\*\*\* GmbH“ mit einem Betrag von 2.002.018,04 EUR ausgewiesen.

Die klagende Partei begehrt von den Beklagten jeweils die Zahlung von 1.000.000 EUR sA und brachte dazu im Wesentlichen vor, eine Abschichtung der Altgesellschafter sei durch die Gesellschaft selbst finanziert worden, was unter Zugrundelegung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise einen Verstoß gegen das Verbot der Einlangentrückgewähr

gemäß §§ 82 ff GmbHG darstelle. Die Finanzierung des Abtretungspreises sei dadurch erfolgt, dass die H\*\*\*\*\* mit der A\*\*\*\*\* einen Vertrag über die Errichtung einer (typisch) stillen Gesellschaft abgeschlossen habe und dabei die zur Abschichtung erforderlichen Mittel von 2.000.000 EUR selbst aufgenommen hatte. Diese aufgenommenen Mittel von 2.000.000 EUR seien - um den Eindruck einer rechtlich unzulässigen Einlagenrückgewähr zu vermeiden - über eine Treuhandkonstruktion an die beklagten Parteien durchgereicht worden; dies habe nur der Verschleierung gedient. Die aufgenommenen Mittel seien intern als Darlehen an die B\*\*\*\*\* GmbH vergeben worden. Diese Darlehensgewährung sei rechtlich unzulässig, weil sie nicht fremdüblich sei. Dies deshalb, weil die B\*\*\*\*\* GmbH nicht über eine entsprechende Bonität verfügt hätte, eine Tilgung des Darlehens nur aus Gewinnen der Darlehensgeberin erfolgen hätte sollen, kein schriftlicher Darlehensvertrag zwischen der H\*\*\*\*\* und der B\*\*\*\*\* GmbH vorliege, es keine Vereinbarung über eine Verzinsung gegeben habe, keine betriebliche Rechtfertigung dieser Kreditgewährung erkennbar sei und sie außerdem existenzgefährdend gewesen sei. Hintergrund für diese Konstruktion sei die Annahme gewesen, dass das gesamte Beteiligungskapital von 4.500.000 EUR ungeachtet dessen (vertraglich vorgesehener) Verwendung von Banken als Eigenkapital angesehen hätte werden sollen und dass dieser Wert durch Kreditaufnahme vervielfältigt hätte werden können.

Die beklagten Parteien bestritten das Klagebegehren jeweils dem Grunde nach. Die 2.000.000 EUR seien nicht an die H\*\*\*\*\*, sondern über den Treuhänder an die abzuschichtenden Beklagten geflossen. Dies sei im Vertrag ausdrücklich vorgesehen gewesen. Der H\*\*\*\*\* sei



somit kein Schaden entstanden, weil sie nie einen Anspruch auf Vermögensvermehrung gehabt habe und ihr Vermögen somit nie reduziert worden sei.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Der von den Beklagten erhaltene Betrag von 2.000.000 EUR sei niemals in irgendeiner Form Bestandteil des Gesellschaftsvermögens der H\*\*\*\*\* gewesen, sodass schon mangels Schmälerung des Gesellschaftsvermögens der H\*\*\*\*\* keine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegen könne. Überdies sei nach den vertraglichen Vereinbarungen ausschließlich die B\*\*\*\*\* GmbH begünstigt worden, sodass diese, nicht jedoch die Beklagten als Leistungsempfänger anzusehen seien. Eine allfällige Rückerstattungspflicht könnte daher nur die B\*\*\*\*\* GmbH, nicht jedoch die Beklagten treffen.

Das Berufungsgericht änderte das Urteil im klagsstattgebenden Sinn ab. § 82 Abs 1 GmbHG wolle auch die Übertragung von Geschäftsanteilen auf Kosten der Gesellschaft, also hier der H\*\*\*\*\* verhindern. A\*\*\*\*\* habe sich an H\*\*\*\*\* mit 4.500.000 EUR beteiligt. Als typische stille Gesellschafterin habe sie im Konkurs der H\*\*\*\*\* einen Teilhabeanspruch als Konkursgläubigerin. H\*\*\*\*\* habe über 2.000.000 EUR der insgesamt 4.500.000 EUR dadurch verfügt, indem sie der B\*\*\*\*\* GmbH ein Darlehen in Höhe von 2.000.000 EUR gewährt habe, worauf die B\*\*\*\*\* GmbH nach Erwerb der Anteile von insgesamt 44 % von Dr. B\*\*\*\*\* die Auszahlung vom Treuhandkonto Dr. F\*\*\*\*\* an die Beklagten veranlasst habe. Dr. B\*\*\*\*\* habe somit den Kaufpreis von 2.000.000 EUR nicht aufbringen müssen. Zur Tilgung der Kaufpreisschuld habe vielmehr im Ergebnis H\*\*\*\*\* den „zugunsten des Geschäftsanteilskäufers Dr. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*“ aufgenommenen Kredit von

2.000.000 EUR als Hauptschuld übernommen, diese 2.000.000 EUR als Darlehen an die B\*\*\*\*\* GmbH weitergegeben und vom Treuhandkonto Dris. F\*\*\*\*\* je zur Hälfte an beide Beklagten auszahlen lassen. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ergebe sich daraus ein kreditfinanzierter Verkauf der Geschäftsanteile beider Beklagten, wobei H\*\*\*\*\* Kreditnehmerin geworden sei, um den Käufern (zunächst Dr. B\*\*\*\*\*, danach der B\*\*\*\*\* GmbH) die Geldmittel für den Anteilserwerb als Darlehen zur Verfügung zu stellen. Eine betriebliche Rechtfertigung für diese Vorgangsweise hätten die Beklagten nicht bewiesen. Es wäre an den Beklagten gelegen, nachzuweisen, dass die gewählte Finanzierung des Anteilsverkaufs über eine stille Beteiligung der A\*\*\*\*\* an der „Zielgesellschaft“ H\*\*\*\*\* einem Fremdvergleich standhalte. Die Beklagten seien ehemalige Gesellschafter und damit Gesellschafter im Sinne des § 83 GmbHG, die gegen § 82 Abs 1 GmbHG verstoßende Leistungen empfangen hätten. Als ehemalige Gesellschafter seien sie keine Dritten, bei denen es auf Kollusion, Kenntnis vom Einlagenrückgewährverstoß oder grob fahrlässige Unkenntnis ankäme. Damit die Vermögenswerte der H\*\*\*\*\* ihren Gläubigern ungeschmälert erhalten blieben, seien die Beklagten zum Rückersatz verpflichtet.

Die Revisionen sind aus Gründen der Rechtssicherheit zulässig; sie sind aber nicht berechtigt.

**1.1.** Nach herrschender Auffassung statuiert § 82 Abs 1 GmbHG ebenso wie die korrespondierende Regelung des § 52 AktG nicht nur einen Schutz der Kapitaleinlagen, sondern eine umfassende Vermögensbindung (vgl. *Hügel*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht, in *Kalss/U. Torggler*,

Einlagenrückgewähr [2014] 19 [25 ff]; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 1 mwN).

**1.2.** Ein Verstoß gegen § 82 GmbHG zieht absolute (6 Ob 132/10w; 6 Ob 29/11z; 3 Ob 50/13v), von Amts wegen wahrzunehmende Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich (6 Ob 132/10w; 3 Ob 50/13v; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/425; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 19; *U. Torggler* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr [2014] 89 ff).

**1.3.** Normadressaten des in § 82 GmbHG und § 52 AktG enthaltenen Verbots der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter, grundsätzlich jedoch nach Maßgabe der noch zu erörternden Einschränkungen nicht ein Dritter. Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist jedoch auch auf ehemalige Gesellschafter anzuwenden, sofern die Leistung im Hinblick auf ihre ehemalige Gesellschafterstellung erbracht wird (6 Ob 132/10w GesRZ 2011, 47 [*Rüffler*] = EvBl 2011/22 [*Feuchtmüller*] = immolex 2011/47 [*Cerha*]).

**1.4.** Darüber hinaus sind in bestimmten Fällen Leistungen an Dritte einem Gesellschafter zuzurechnen (dazu *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 18; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 31 ff; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 42 ff). Dies ist dann der Fall, wenn die Leistung an den Dritten zugleich eine Leistung an den Gesellschafter darstellt oder der Dritte eine Stellung einnimmt, die jener eines Gesellschafters gleichkommt (*Artmann* aaO). Jedenfalls darunter fallen Leistungen an Dritte, die vom wirtschaftlichen Ergebnis her gesehen dem Gesellschafter zugute kommen (*Artmann* aaO).

mwN).

**1.5.** Außerhalb dieser Fälle sind Dritte jedenfalls bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig (RIS-Justiz RS0105536, RS0105537; vgl 6 Ob 29/11z). Umso mehr fallen Dritte in den Anwendungsbereich des § 82 GmbHG bzw § 52 AktG, wenn ihnen - wie im vorliegenden Fall - der Zweck des Darlehens, nämlich die Finanzierung des Anteilerwerbs durch die Zielgesellschaft, und damit der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr positiv bekannt ist.

**2.1.** Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 82 GmbHG wird auch dann verstoßen, wenn die Zielgesellschaft nicht bloß eine fremde Verbindlichkeit sichert, sondern selbst einen Kredit aufnimmt, um dem Käufer die Mittel für den Anteilerwerb zur Verfügung zu stellen (RIS-Justiz RS0105540).

**2.2.** Eine (hier vorliegende) typische stille Beteiligung hat Kreditfunktion. Die Rolle des stillen Gesellschafters entspricht in diesem Fall derjenigen eines Kreditgebers. Im Insolvenzfall hat der stille Gesellschafter - im Gegensatz zu einer atypischen stillen Gesellschaft, bei der dem stillen Gesellschafter Mitunternehmerschaft zukommt (vgl RIS-Justiz RS0081668 und RS0075202) - in dem im § 187 UGB näher bestimmten Ausmaß eine Forderung als Insolvenzgläubiger (vgl *Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 187 Rz 11 mwN; *Straube/Appf* in *Straube*, UGB<sup>4</sup> § 187 Rz 4 und 6).

**2.3.** Im vorliegenden Fall vereinbarte die Zielgesellschaft H\*\*\*\*\* mit A\*\*\*\*\* eine Beteiligung, die in Hinsicht eines Teilbetrags von 2.000.000 EUR ausschließlich den Zweck hatte, den Erwerb der Geschäftsanteile der beiden Beklagten an der H\*\*\*\*\* zu finanzieren. Aufgrund der

gewählten Gesamtkonstruktion war allen Beteiligten klar, dass die im Vertrag zwischen A\*\*\*\*\* und H\*\*\*\*\* erwähnte Darlehensgewährung an die B\*\*\*\*\* GmbH nie den Zweck hatte, dass ausbezahlte Gelder bei der B\*\*\*\*\* GmbH verbleiben sollten.

**2.4.** Durch die gewählte Konstruktion (den „Gesamtplan“, vgl. *Karollus*, 6 Ob 48/12w: Das Ende der bisherigen LBO-/MBO-Finanzierungspraxis? GES 2013, 283 [288]; vgl. auch *Brugger*, Ende des Special Purpose Vehicle [SPV] durch 6 Ob 48/12w, NZ 2013, 208 [210]: „Umgehung“: *Umlauf*, Das Verbot der Einlagenrückgewähr im Lichte der jüngsten OGH-Rechtsprechung, NZ 2014, 109 [117]) wurde letztlich H\*\*\*\*\* - wenn auch über den Umweg einer Treuhandschaft - die finanzielle Last der „Abschichtung“ ihrer eigenen Altgesellschafter aufgebürdet, während Dr. B\*\*\*\*\* und die B\*\*\*\*\* GmbH sich die Aufnahme eines Darlehens erspart haben. Dass der Betrag von 2 Millionen EUR an die B\*\*\*\*\* GmbH als „Darlehen“ vergeben wurde, vermag daran nichts zu ändern, dass letztlich eine gegen § 82 GmbHG verstoßende Leistung von H\*\*\*\*\* an die Beklagten vorliegt.

**2.5.** Wirtschaftlich sollten - unter Zwischenschaltung eines existenzgefährdenden Darlehens von H\*\*\*\*\* an A\*\*\*\*\* - die Beklagten direkt aus dem Vermögen der Gesellschaft abgefunden werden (für ehemalige und künftige Gesellschafter vgl. auch 6 Ob 29/11z GesRZ 2012, 122 [*U. Torggler*]; vgl. auch *Karollus* in *Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung, 31 mwN). Leistungen an Dritte, die wirtschaftlich dem Gesellschafter zugute kommen, sind aber nach dem Gesagten ebenfalls vom Ausschüttungsverbot erfasst (*Artmann* aaO § 52 Rz 31; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 18). Insofern muss

die Leistung an die B\*\*\*\*\* GmbH den Beklagten als eigener Empfang zugerechnet werden. Das Verbot, eigene Geschäftsanteile zu erwerben oder sonst (Alt-)Gesellschafter aus Gesellschaftsmitteln abzufinden, kann nicht dadurch umgangen werden, dass ein zukünftiger Gesellschafter dazwischengeschaltet wird, dem die Gesellschaft die notwendigen Mittel unter Verstoß gegen § 82 GmbHG zur Verfügung stellt.

**2.6.** Für die Richtigkeit dieses Ergebnisses spricht auch der Zweck des Verbots der Einlagenrückgewähr, das ja auch dem Schutz der Gläubiger dient. Unter diesem Aspekt wäre es nicht ausreichend, wenn nur die Darlehensgewährung an die B\*\*\*\*\* GmbH sanktioniert wäre, während die tatsächlichen endgültigen Empfänger der Leistung unbehelligt blieben.

**3.1.** Die Argumentation des Zweitbeklagten, dass A\*\*\*\*\* hinsichtlich des Betrags von 2 Millionen EUR ein Forderungsrecht gegenüber der B\*\*\*\*\* GmbH in dieser Höhe eingebracht habe, findet in den Feststellungen der Vorinstanzen keine Grundlage. Selbst wenn dieses Vorbringen zuträfe, wäre daraus im Übrigen für den Rechtsstandpunkt der Beklagten nichts zu gewinnen: In diesem Fall hätte nämlich H\*\*\*\*\* zur Abschichtung ihrer Altgesellschafter die - sie massiv belastenden - Verpflichtungen aus dem Vertrag über die Errichtung einer (typisch) stillen Gesellschaft übernommen und hätte im „Gegenzug“ im Wege der „Einbringung“ lediglich ein wertloses Forderungsrecht gegen die B\*\*\*\*\* GmbH erworben.

**3.2.** Soweit der Erstbeklagte vermeint, es sei von vornherein „kein Darlehen gewollt“ gewesen, ist dem entgegenzuhalten, dass diesfalls ein Scheingeschäft vorläge, das gemäß § 916 ABGB nach seiner wahren Beschaffenheit zu

beurteilen ist. In diesem Fall wäre daher von einer durch das Scheingeschäft verdeckten direkten Auszahlung von H\*\*\*\*\* an die beiden Beklagten auszugehen, sodass auch in diesem Fall Rückgewähransprüche bestünden.

**4.1.** Wird gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, so steht der Gesellschaft ein Rückersatzanspruch zu. Darauf, ob faktisch bereits Rückzahlungen von H\*\*\*\*\* an A\*\*\*\*\* geleistet wurden, kommt es nicht an; entscheidend ist lediglich, dass gebundenes Vermögen unter Verstoß gegen § 82 GmbHG an die Gesellschafter geflossen ist. Dies war aber hier der Fall.

**4.2.** Der Rückgewähranspruch ist unabhängig davon, ob die Gesellschaft ihrerseits bereicherungsrechtlichen, schadenersatzrechtlichen oder anderen Ansprüchen ausgesetzt ist. Aus diesem Grund ist es unbeachtlich, ob die H\*\*\*\*\* von der A\*\*\*\*\* auf Rückzahlung der als Darlehen weitergereichten 2 Millionen EUR in Anspruch genommen werden kann oder nicht. Für einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und damit auch für den Rückgewähranspruch ist vielmehr nur auf den unzulässigen Vermögenszufluss an die Gesellschafter und nicht etwa auf einen kongruenten Schaden der Gesellschaft abzustellen. Die §§ 82 ff GmbHG sind weder schadenersatzrechtlicher noch bereicherungsrechtlicher, sondern gesellschaftsrechtlicher Natur; sie zielen darauf ab, das Gesellschaftsvermögen im Interesse der Gläubiger vor einem ungehinderten Rückfluss an die Gesellschafter zu sichern. Maßgeblich ist daher lediglich, dass dem Gesellschafter etwas zufließt, das einem außenstehenden Dritten in dieser Form, ohne gegen den Sorgfaltsmaßstab der Geschäftsführer zu verstoßen, nie gewährt worden wäre.

**5.1.** Die Argumentation der Beklagten, die H\*\*\*\*\* hätte nie „Zugriff“ auf die Einlage gehabt, ist unerheblich. Entscheidend ist, dass die H\*\*\*\*\* einen Vertrag mit A\*\*\*\*\* über eine stille Beteiligung in Höhe von 4,5 Millionen EUR abschloss und die Einlage mit Einverständnis der H\*\*\*\*\* verwendet wurde. Die Beklagten stehen auf dem Standpunkt, es sei zu keinem Zeitpunkt gewollt gewesen, dass das Vermögen der H\*\*\*\*\* um insgesamt 4.500.000 EUR in Form einer Geldeinlage vermehrt wird. Die klagsgegenständlichen 2.000.000 EUR wären daher niemals den anderen Gläubigern der H\*\*\*\*\* zugute gekommen. Dem kann nicht gefolgt werden.

**5.2.** Den Beklagten ist zuzugeben, dass es im Insolvenzanfechtungsrecht der herrschenden Auffassung entspricht, dass die Befriedigung eines Gläubigers durch einen Dritten mit fremden Mitteln nicht anfechtbar ist, weil diese nicht das Vermögen des Gemeinschuldners betrifft (6 Ob 235/99y). Dies gilt nach der zitierten Entscheidung auch dann, wenn das Geld in das Vermögen des Gemeinschuldners einfließt, dieses jedoch von vornherein zweckgebunden ist.

**5.3.** In einer neueren Entscheidung hat der dritte Senat des Obersten Gerichtshofs das Vorliegen einer Einlagenrückgewähr in einem Fall verneint, in dem eine von einer Gemeinde gegründete und im alleinigen Eigentum der Gemeinde stehende Gesellschaft auf einen Aufwandsersatzanspruch für die Errichtung einer Straße verzichtete (3 Ob 19/14m). Dem lag die Erwägung zugrunde, dass von vornherein nie eine Tragung von Errichtungskosten durch die Gesellschaft beabsichtigt war, sondern die Gesellschaft von der Gemeinde für die Rückzahlung des aufgenommenen Darlehens zweckgewidmete



Bedarfszuweisungen erhielt. Wirtschaftlich betrachtet stelle die Zahlung des Werklohns durch die Gesellschaft daher keinen ihr Vermögen belastenden Aufwand dar, sondern die vereinbarte Verwendung von für diesen Zweck bereitgestellten Mitteln Dritter mit dem offenkundigen Zweck, ein Tourismusprojekt zugunsten der Gemeinde zu fördern. Die Gesellschaft treffe daher keine Rückzahlungspflicht, sodass sie auch keinen Ersatzanspruch nach § 1097 ABGB habe. Der Verzicht auf einen nicht bestehenden Aufwandsersatzanspruch könne wegen der fehlenden Grundvoraussetzung für die Verwirklichung des Tatbestands nach § 82 Abs 1 GmbHG, nämlich einer (unmittelbaren oder mittelbaren) Leistung der Gesellschaft an die Gesellschafter, keine verdeckte Einlagenrückgewähr sein.

**5.4.** Daraus ist jedoch für den Rechtsstandpunkt der Beklagten nichts zu gewinnen. Im vorliegenden Fall geht es nicht um die (insolvenzrechtliche) Gläubigerbenachteiligung auf Seiten des Anteilserwerbers, sondern um die Beurteilung der Frage, ob die finanzielle Last der Abschichtung der Altgesellschafter im konkreten Fall durch die Gesellschaft selbst getragen wurde. Dies ist nach dem Gesagten aber zu bejahen.

**5.5.** Dabei trifft auch nicht zu, dass - wie der Zweitbeklagte formuliert - der Betrag von 2 Millionen EUR gewissermaßen für die Altgesellschafter „reserviert“ war, sodass dieser von vornherein nicht in den Schutzbereich des § 82 GmbHG fiel. Dem liegt eine unzulässige Aufspaltung der erfolgten Darlehensgewährung der A\*\*\*\*\* an H\*\*\*\*\* zugrunde. Für eine derartige Aufspaltung in eine „echte“ und eine vorgeschobene stille Beteiligung (nämlich soweit diese von vornherein den Altgesellschaftern zugute kommen sollte) besteht keine Grundlage. Dazu bedarf es keines Rückgriffs

auf § 1174 ABGB bzw die dieser Bestimmung zugrundeliegende Wertung (vgl dazu *Krejci*, Zu den Rechtsfolgen drittfinanzierter, unerlaubter Ausschüttungen, FS Koppensteiner 115 [1127]). Vielmehr erhielt H\*\*\*\*\* insgesamt 4,5 Millionen EUR, die nicht nur in die Bilanz der Gesellschaft einfließen, sondern auch tatsächlich mit Einverständnis der Gesellschaft verwendet wurden.

**5.6.** Hintergrund der gewählten komplexen Konstruktion dürfte - im Sinne des insoweit nicht substantiiert bestrittenen (§ 267 ZPO) Vorbringens des Klägers - die Annahme gewesen sein, dass das gesamte Beteiligungskapital von 4.500.000 EUR ungeachtet dessen (vertraglich vorgesehener) Verwendung von Banken als Eigenkapital angesehen hätte werden sollen und dass dieser Wert mittels „leverage effect“ durch Kreditaufnahme vervielfältigt hätte werden können. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um das Motiv der Beteiligten, das - mangels entsprechender Erkennbarkeit im Außenverhältnis - nicht geeignet ist, eine andere Beurteilung der erfolgten und bilanzierten stillen Beteiligung zu bewirken.

**6.1.** Lediglich der Vollständigkeit halber ist schließlich darauf zu verweisen, dass die der Argumentation der Beklagten zugrundeliegende Prämisse, H\*\*\*\*\* sei hinsichtlich des Betrags von 2 Millionen EUR keinen Rückzahlungsansprüchen der A\*\*\*\*\* ausgesetzt, nicht zutrifft:

**6.2.** Auch im Fall einer Nichtigkeit des Vertrags über die Errichtung der stillen Gesellschaft würden der A\*\*\*\*\* nämlich zumindest quotenmäßig zu berücksichtigende Kondiktionsansprüche auf die tatsächlich bei der H\*\*\*\*\* verbliebene Bereicherung zustehen; dies wären dann Haftungsansprüche gegen Organmitglieder und

Rückgewähransprüche gegen die Beklagten (vgl. *Karollus*, 6 Ob 48/12w: Das Ende der bisherigen LBO-/MBO-Finanzierungspraxis? GES 2013, 283 [289]).

**6.3.** Neben der Unzulässigkeit von Leistungen, die die Schädigung der Gesellschaft bzw ihrer Gläubiger erst ermöglichen, ist auch dafür zu sorgen, dass eine Rückforderung der bereits erbrachten Leistung nicht gerade jenen Schaden auslöst, den die Verbotsnorm hintanhalt will (*Krejci*, Zu den Rechtsfolgen drittfinanzierter, unerlaubter Ausschüttungen, FS Koppensteiner 115 [125]; vgl auch 6 Ob 48/12w). Sind daher - wie im vorliegenden Fall - die Mittel, die an die Gesellschafter weitergereicht werden sollen, bereits ausbezahlt, so würde eine Rückabwicklung zumindest insoweit einen Schaden für die Gesellschaft auslösen, als die Gesellschaft ihrerseits die ausbezahlten Mittel vom Empfänger nicht mehr zurückerhält.

**6.4.** Dies bedeutet indes keineswegs zwingend, dass die Gesellschaft überhaupt nichts zurückzahlen muss. Vielmehr muss die Gesellschaft den ihr zustehenden Ersatzanspruch gegen den Gesellschafter entsprechend betreiben. Aus diesem Grund hat die Gesellschaft den vom Dritten erhaltenen Darlehensbetrag angesichts der Nichtigkeit des Kredit- bzw Darlehensvertrags nur (aber immerhin) in jenem Maß zurückzuerstatten, in welchem der Gesellschaft aus der Zuzählung dieses Betrags kein Schaden erwachsen ist (*Krejci* aaO 126).

**6.5.** Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Gesellschafter eine Leistung erhalten hat, auf die er keinen Anspruch gehabt hat. Könnte der Gesellschafter diese Leistung behalten und müsste er sie nicht rückerstatten, wäre er letztlich zu Lasten des Dritten bereichert. Aus diesem Grund hat die Gesellschaft im Verhältnis zum Gesellschafter

auf ihrem kapitalgesellschaftlichen Rückgabeanspruch infolge unzulässiger Ausschüttung zu bestehen (*Krejci*, FS Koppensteiner 115 [126]). Es kann nicht Sinn und Zweck der Nichtigkeitssanktion gegenüber dem Dritten sein, dem Gesellschafter den unrechtmäßig erlangten Vorteil zu belassen. Macht die Gesellschaft diesen Anspruch nicht rechtzeitig und auf die gebührende Art und Weise geltend und bleibt sie eben deshalb auf ihrem Schaden „sitzen“, so darf dies den bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch des Dritten nicht schmälern (*Krejci* aaO 126). Insofern ist H\*\*\*\*\* zur Geltendmachung ihres gegenüber der B\*\*\*\*\* GmbH bestehenden Ersatzanspruchs verpflichtet.

**6.6.** Diese Überlegung gilt aber in gleicher Weise auch für die Ansprüche gegen die Beklagten. Es wäre wertungsmäßig nicht konsequent, würde man eine Herausgabepflicht von H\*\*\*\*\* nur in Ansehung jener Beträge bejahen, die von der B\*\*\*\*\* GmbH als unmittelbarer Empfängerin des von H\*\*\*\*\* gewährten Darlehens erlangt werden können, während die Gesellschaft die von den übrigen Haftenden erlangten Beträge behalten könnte. Die Beklagten haben damit im Ergebnis genau jenes Einbringlichkeitsrisiko zu tragen, das sie durch die Vereinbarung mit der Gesellschaft auf diese überwälzen wollten.

**7.** Die behaupteten Verfahrensmängel des Berufungsverfahrens liegen nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Gleiches gilt für die Aktenwidrigkeit.

**8.** Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Der Kläger hat wegen gesonderter Zustellung der beiden Revisionen samt Freistellungsbeschluss zwei Revisionsbeantwortungen erstattet. Diese waren auch gesondert zu honorieren, jedoch jeweils nur auf Basis des

jeden einzelnen Beklagten betreffenden Streitwerts.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 15. Dezember 2014  
Dr. P i m m e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: