

Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers

von Univ. Ass. Mag. **Martin Trenker**, Innsbruck

Die Stellung des stillen Gesellschafters als Fremdkapitalgeber in der Insolvenz des Unternehmers birgt gewisse Gläubigergefahren. Aus dieser Überlegung hat der Gesetzgeber einen eigenen Anfechtungstatbestand in § 188 UGB geschaffen. Zusätzlich hat der OGH die Einlage eines am Unternehmenswert beteiligten atypisch stillen Gesellschafters als Eigenkapital eingestuft. Dadurch ist eine Insolvenzforderung des Stillen auf Rückgewähr seiner Einlage trotz vereinbarten Verlustausschlusses ausgeschlossen. Der Beitrag erläutert die Stellung des atypisch stillen Gesellschafters in der Unternehmerinsolvenz und unterzieht die referierte Judikaturlinie einer kritischen Überprüfung, insb im Hinblick auf die Einführung von § 10 EKEG.

Deskriptoren: Abfindung; Abfindungsanspruch; atypisch stiller Gesellschafter; Eigenkapitalersatz; Einlagenrückgewähr; Insolvenzanfechtung; stille Gesellschaft; Verlustbeteiligung.
EKEG: § 10; UGB: §§ 187, 188.

- I. Einleitung
- II. Die stille Gesellschaft in der Insolvenz des Unternehmers
 - 1. Allgemeines
 - 2. Anfechtung der Einlagenrückgewähr bzw des Verlusterlasses (§ 188 UGB)
 - 3. Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatzrecht/Eigenkapitalqualität der Einlage
 - 4. Unzulässige Abfindungsklauseln
 - 5. Das Eigenkapitalersatzgesetz
 - 6. Zwischenresümee
- III. Kritik und eigene Ansicht
 - 1. Kein Eigenkapitalcharakter der atypisch stillen Einlage
 - 2. Keine Sittenwidrigkeit der Abfindungsklausel
- IV. Zusammenfassung

I. Einleitung

Die stille Gesellschaft als vertragliche Beteiligung an einem Unternehmen stellt einerseits eine (als solche auch weitgehend anerkannte)¹⁾ Gesellschaft dar, die Einlage des Stillen ist aber andererseits in der Insolvenz²⁾ des Unternehmers grundsätzlich als Fremdkapital zu behandeln. Den Gläubigerrisiken, die aus dem Spannungsfeld zwischen der Stellung als Gesellschafter und Fremdkapitalgeber³⁾ resultieren, widmet sich nicht nur ein eigener Anfechtungstatbestand in § 188 UGB, sondern insb auch die Rspr des OGH: Sie hat darin die Einlage eines am Unternehmenswert beteiligten atypisch stillen Gesellschafters aufgrund dessen

Mitunternehmereigenschaft als Eigenkapital eingestuft; dadurch sei ein Insolvenzananspruch des Stillen auf Rückgewähr seiner Einlage in Form einer vertraglich vereinbarten Abfindung ausgeschlossen.⁴⁾ Weiters hat der OGH in Anlehnung an seine Rspr zum Kommanditisten⁵⁾ Abfindungsklauseln zugunsten atypisch stiller Gesellschafter als unzulässig erachtet, sofern diese ihm eine Abschichtung garantieren, die den wahren Wert seiner Beteiligung überschreitet.⁶⁾ Mit der Einführung des Eigenkapitalersatzgesetzes (EKEG) wurde schließlich ein Sondertatbestand für die stille Gesellschaft geschaffen. Dennoch ist nach überwiegender Ansicht der Literatur die zitierte Rspr über die Eigenkapitalersatzqualität der Einlage des atypisch Stillen weiterhin anwendbar.⁷⁾ Ziel dieser Abhandlung ist es zu prüfen, ob angesichts der gesetzlichen Wertungen noch Raum für eine Qualifikation des atypisch stillen Gesellschafters als Eigenkapitalgeber bleibt. Damit direkt verbunden ist die Frage, ob es zutreffend ist, ihm

¹⁾ Vgl *Straube/U. Torggler* in *Straube*, HGB I³ § 178 Rz 4; *Rebhahn* in *Jabornegg*, HGB § 178 Rz 4 je mwN auch der Gegenansicht.

²⁾ Die folgenden Überlegungen sind auch auf ein Sanierungsverfahren übertragbar, falls die stille Gesellschaft wegen dessen Eröffnung mittels Kündigung aufgelöst wird. Siehe auch die ErläutRV 771 BlgNR 24. GP 12 zum IRÄ-Begleitgesetz 2010.

³⁾ Vgl *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² (2006) Rz 473, die von einer „eigentümlichen Zwitterstellung“ in der Insolvenz sprechen.

⁴⁾ OGH RIS-Justiz RS0075202, bspw 8 Ob 4, 5/95, HS 26.575 = SZ 68/176 = RdW 1996, 113 = ecolex 1996, 459 = ZIK 1996, 71.

⁵⁾ OGH 8 Ob 16/94, HS 26.069 = SZ 68/28 = GesRZ 1995, 265 = RdW 1995, 217 = ecolex 1995, 415.

⁶⁾ OGH 10 Ob 73/04i, ecolex 2005/282 = ÖJZ 2005/118 (EvBl) = AnwBl 2007, 65; 2 Ob 295/04b, ecolex 2005/283 = AnwBl 2007, 65.

⁷⁾ *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband, § 10 Rz 23 EKEG; *Oberndorfer*, Zur Zulässigkeit einer Abfindungsgarantie eines atypisch stillen Gesellschafters, RdW 2005, 476 (480); *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 10 Rz 1, 9; *Enzinger*, Außergerichtliche Sanierung, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2004, 15 (28); *Saurer* in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatzrecht im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 144; aA *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/976.

einen vertraglich vereinbarten Abfindungsanspruch in Höhe seiner Einlage zu verwehren.

II. Die stille Gesellschaft in der Insolvenz des Unternehmers

1. Allgemeines

Unter einer stillen Gesellschaft wird die Beteiligung des stillen Gesellschafters an einem Unternehmen verstanden. Die Einlage des Stillen geht dabei ins Vermögen des Unternehmers über. Der stille Gesellschafter erhält im Gegenzug einen schuldrechtlichen Anspruch auf den vereinbarten Gewinn sowie bei Beendigung auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens.⁸⁾ Als Innen-gesellschaft, die weder rechtsfähig noch in irgendeiner Weise publizitätspflichtig ist, besteht kein mit unternehmerisch tätigen Gesellschaften vergleichbarer Bedarf⁹⁾ an Gläubigerschutz. Die Vorschriften zur stillen Gesellschaft sind demnach überwiegend dispositiver Natur. Insb kann der Vertrag auch eine Beteiligung am Verlust des Unternehmens ausschließen,¹⁰⁾ was bedeutet, dass dem Stillen bei Beendigung jedenfalls ein Anspruch auf Rückgewähr der Einlage zusteht.

In der Insolvenz des Unternehmers ist der stille Gesellschafter grundsätzlich einem Fremdkapitalgeber gleichgestellt. So kann er seine Einlage in dem Ausmaß, in dem sie seinen Verlustanteil übersteigt, als Insolvenzforderung anmelden.¹¹⁾ Soweit er seine Einlage noch gar nicht erbracht hat, muss er dies in der Insolvenz des Unternehmers auch nur in Höhe seiner Verlustbeteiligung.¹²⁾ Wenn eine Verlustpartizipation gänzlich ausgeschlossen wurde, entspricht folglich seine Stellung jener eines Darlehensgebers.¹³⁾ Der Stille kann seinen Abfindungsanspruch in der Insolvenz des Unternehmers als Forderung anmelden. Zur Leistung der rückständigen Einlage kann er diesfalls auch nicht verpflichtet werden.¹⁴⁾

2. Anfechtung der Einlagenrückgewähr bzw des Verlufterlasses (§ 188 UGB)

In Kenntnis der Gefahren, die sich aus der Gesellschafterstellung und der gerade aufgezeigten Privilegierung des Stillen in der Insolvenz gegenüber anderen Gesellschaftern ergeben, hat der Gesetzgeber einen eigenen Anfechtungstatbestand

für die stille Gesellschaft normiert.¹⁵⁾ Danach ist die Einlagenrückgewähr oder ein Erlass des Verlustanteils zugunsten des Stillen in der Insolvenz des Unternehmers anfechtbar, sofern die zugrunde liegende Vereinbarung höchstens ein Jahr vor Insolvenzeröffnung getroffen wurde. Beruht die Einlagenrückgewähr oder ein vollständiger Verlustausschluss auf dem Gesellschaftsvertrag selbst, ist eine Anfechtung jedoch auch in der kritischen Frist ausgeschlossen.¹⁶⁾ Unberührt bleibt die Anfechtung derartiger Vereinbarungen nach den allgemeinen Anfechtungstatbeständen der §§ 27 ff IO.¹⁷⁾

Eine erfolgreiche Anfechtung der Einlagenrückgewähr hat zur Folge, dass der Stille zur Rückzahlung in die Masse verpflichtet ist; im Gegenzug behält er aber immer noch eine Insolvenzforderung im Ausmaß des den Verlustausschluss übersteigenden Betrags gemäß § 187 UGB. Dieser entfällt mE lediglich, wenn die Vereinbarung, auf der dieser Verlustausschluss beruht, gem §§ 27 ff IO anfechtbar ist. Weitergehende Gläubigerschutzmechanismen hat der Gesetzgeber bis zur Einführung des EKEG¹⁸⁾ nicht vorgesehen.

3. Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatzrecht/ Eigenkapitalqualität der Einlage

Eine einschneidende Veränderung erfuhren diese gesetzlichen Grundsätze durch die Rspr des OGH zum Eigenkapitalersatzrecht. Danach wurden Darlehen eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft in der Unternehmenskrise (bei Kreditunwürdigkeit) wie Eigenkapital behandelt.¹⁹⁾ Dasselbe wurde für stille Einlagen solcher Gesellschafter vertreten (= gesplittete Einlage),²⁰⁾ was angesichts der Ähnlichkeiten zwischen Darlehen und stiller Beteiligung mE konsequent ist.

Über das Eigenkapitalersatzrecht hinaus ist die Rspr allerdings in 8 Ob 4, 5/95²¹⁾ für solche atypisch stille Gesellschaften²²⁾ gegangen, bei welchen aufgrund der Beteiligung des Stillen an Firmenwert und stillen Reserven des Unternehmens eine steuerrechtliche Mitunternehmerschaft vor-

¹⁵⁾ Zum genauen Zweck des § 188 UGB vgl auch *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ (2009) Rz 12/2.

¹⁶⁾ *König*, Anfechtung⁴ Rz 12/11 mwN.

¹⁷⁾ Neben § 188 UGB sind auch die allgemeinen Anfechtungstatbestände der IO einschlägig, *Straube/U. Torggler* in *Straube*, HGB I³ § 187 Rz 1; *Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 188 Rz 3.

¹⁸⁾ Siehe hierzu unten II.5.

¹⁹⁾ OGH RIS-Justiz RS RS0060076, grundlegend 8 Ob 9/91; zur Kritik vgl *Koppensteiner*, Kritik des Eigenkapitalersatzrechts, wbl 1997, 489; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 2; *Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht (1998) 81 ff.

²⁰⁾ *Rebhahn* in *Jabornegg*, § 187 Rz 8; *Ostheim*, GesRZ 1989, 122 (183); *Schummer*, ÖJZ 1996, 241 (246).

²¹⁾ OGH 8 Ob 4, 5/95, HS 26.575 = SZ 68/176 = RdW 1996, 113 = eolex 1996, 459 = ZIK 1996, 71.

²²⁾ Vgl zu den verschiedenen Typen der atypisch stillen Gesellschaft *Straube/U. Torggler* in *Straube*, HGB I³ § 178 Rz 22 ff mwN.

⁸⁾ Siehe § 186 Abs 1 UGB.

⁹⁾ Vgl aber noch unten II.2. zu § 188 UGB.

¹⁰⁾ Siehe § 181 Abs 2 UGB; statt aller *Straube/U. Torggler* in *Straube*, HGB I³ § 181 Rz 4; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/966; *K. Schmidt* in *MüKo HGB*² § 231 Rz 201.

¹¹⁾ *Straube/U. Torggler* in *Straube*, HGB I³ § 187 Rz 2.

¹²⁾ *Straube/U. Torggler* in *Straube*, HGB I³ § 187 Rz 3; *Baumbach/Hopt*, HGB³⁴ § 236 Rz 4.

¹³⁾ Vgl *K. Schmidt* in *MüKo HGB*² § 236 Rz 22; *ders.*, Die Kreditfunktion der stillen Einlage, ZHR 140 (1976) 482; *Berger*, Stille Beteiligungen im Konkurs des Geschäftsinhabers, RdW 1996, 403 (405).

¹⁴⁾ *K. Schmidt* in *MüKo HGB*² § 236 Rz 22; *Straube/U. Torggler* in *Straube*, HGB I³ § 187 Rz 3.

liegt.²³⁾ In diesen Fällen wurde die Einlage des stillen Gesellschafters *per se* als Eigenkapital eingestuft.²⁴⁾ Die Vereinbarung eines Verlustausschlusses wurde angesichts der Mitunternehmerschaft lediglich als unbeachtliches „leeres Versprechen“ interpretiert. Somit wurde eine Insolvenzforderung des stillen Gesellschafters entgegen § 187 UGB ausgeschlossen. Gleichsam bedeutet die Einstufung der Einlage als Eigen-/Risikokapital, dass der atypisch Stille in der Insolvenz des Unternehmers zur Aufbringung seiner rückständigen Einlage verpflichtet ist, und zwar entgegen § 187 Abs 2 UGB auch dann, wenn eine Verlustbeteiligung vertraglich ausgeschlossen wurde.²⁵⁾

4. Unzulässige Abfindungsklauseln

Der OGH hat zuletzt in 10 Ob 73/04i die Unzulässigkeit einer vertraglich vereinbarten Abfindung zugunsten des atypisch stillen Gesellschafters ausgesprochen, die über den wahren Wert seiner Beteiligung hinausgeht. Die E stützt sich hierbei auf eine Reihe von Vorjudikaten, die in der Folge im Einzelnen skizziert werden. Nur scheinbar besteht aber eine konsequente und in sich stimmige Rechtsprechungslinie.

In 8 Ob 16/94²⁶⁾ hat der OGH erstmals ausgesprochen, dass die Zusicherung eines garantierten Abfindungsguthabens zugunsten eines Kommanditisten, das über dem Wert seiner Einlage liege, aus Gründen des Gläubigerschutzes und des Gleichbehandlungsgebots sittenwidrig sei. Eine Rückforderung der Einlage selbst scheitere in der Insolvenz an § 172 Abs 3 UGB, weil sie als verbotene Einlagenrückzahlung die erneute Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern auslösen würde. Eine Auszahlung der Einlage im Wege einer Abfindung würde daher zu einer mit der Eigenkapitalqualität unvereinbaren Gleichstellung des Anspruchs des Kommanditisten mit sonstigen Gläubigern führen.

In einer späteren E erwähnt derselbe Senat, dass dieser Rspr in der unter 3. angesprochenen E 8 Ob 4, 5/95 auch für die atypisch stille Gesellschaft gefolgt wurde.²⁷⁾ Allerdings wurde in 8 Ob 4, 5/95 mit keinem Wort auf die Entscheidung zum Komman-

ditisten verwiesen. Die spätere Feststellung des OGH kann sich daher mE nur darauf beziehen, dass durch die Einstufung des atypisch Stillen als Eigenkapitalgeber konsequenterweise eine Einlagenrückgewähr im Wege einer Abfindungsklausel in der Insolvenz des Unternehmens ausgeschlossen wäre. Über eine Sittenwidrigkeit eines darüber hinausgehenden Abfindungsanspruchs sagt 8 Ob 4, 5/95 hingegen nichts.

Ohne sich mit den genannten Vorentscheidungen auseinanderzusetzen, hat der 6. Senat andererseits bedenkenlos eine Abfindung des stillen Gesellschafters in Höhe von 130% seiner Einlage zugesprochen.²⁸⁾ Die Gesellschaft war allerdings noch nicht im Konkurs, sondern befand sich nur in einem „Liquiditätsengpass“. Bedenken gegen eine derartige Form der Einlagenrückgewähr kann nach Ansicht des OGH allenfalls durch § 188 UGB Rechnung getragen werden.

Im Jahr 2004 bejahte der OGH, wie bereits angeführt, die Sittenwidrigkeit einer über den wahren Wert der Beteiligung hinausgehenden Abschlusssatzung zugunsten des atypisch stillen Gesellschafters.²⁹⁾ Begründet wurde dies lediglich mit einem Verweis auf die gerade angesprochenen Vorjudikate. Die anderslautende E des 6. Senats wurde hingegen als nicht vergleichbar angesehen, weil dort mit allen Gesellschaftern dieselbe Abfindung vereinbart worden war und diese zudem nur 130 % der Einlage betrug. In vorliegendem Sachverhalt wurde aber nur einem von über 500 Stillen eine Abfindung in Höhe der dreifachen Einlage zugesichert.

Auffallend ist, dass der OGH in dieser E von einer „den wahren Wert der Beteiligung“ übersteigenden Abfindung spricht, während die Leitentscheidung zum Kommanditisten nur auf die Einlage Bezug nahm. Im Ergebnis bedeutet die Abstellung auf den „wahren Wert“³⁰⁾, dass ein über diesem wahren Wert liegender Teil der Einlage nicht zurückbezahlt werden kann. Daraus folgt in der Unternehmerinsolvenz, wo sich der wahre Wert der Beteiligung gegen Null bewegen wird, dass eine Insolvenzforderung in Höhe der Einlage auch auf diesem Weg ausscheiden dürfte.

Eine bemerkenswerte Erweiterung bringt die zuletzt genannte E zudem dahingehend, dass der Auszahlungsanspruch abgelehnt wurde, obwohl die beklagte Gesellschaft nicht insolvenzreif war. Es wurden lediglich beträchtliche Verbindlichkeiten festgestellt.³¹⁾

²³⁾ Statt aller VwGH 2004/15/0126, GeS 2005/6; *Straube/U. Torggler* in *Straube*, HGB I³ § 178 Rz 25 mwN.

²⁴⁾ Mittlerweile stRspr OGH RIS-Justiz RS0075202, zuletzt 10 Ob 73/04i; kritisch *Berger*, RdW 1996, 403; *Harrer*, Die stille Gesellschaft in der Krise des Geschäftsinhabers, GesRZ 1999, 218 (223 f); *Bauer*, Unternehmensfinanzierung durch stille Gesellschaft – heute und nach zukünftigen EKEG, GeS 2003, 109 (112 Fn 20).

²⁵⁾ *Schubert* in *Oetker*, HGB § 236 Rz 14; *Renner*, Die Stellung des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Geschäftsinhabers, ZIP 2002, 1430 (1435); *Geißler*, Aktuelle und fortdauernde Rechtsprobleme bei der GmbH und Still, GmbHR 2008, 521.

²⁶⁾ OGH 8 Ob 16/94, HS 26.069 = SZ 68/28 = GesRZ 1995, 265 = RdW 1995, 217 = ecolex 1995, 415.

²⁷⁾ OGH 8 Ob 2035/96i, HS 27.437 = HS 27.074 = HS 27.078.

²⁸⁾ OGH 6 Ob 563/95, HS 26.581 = RdW 1996, 407 = ecolex 1996, 607.

²⁹⁾ OGH 10 Ob 73/04i, ecolex 2005/282 = ÖJZ 2005/118 (EvBl) = AnwBl 2007, 65; 2 Ob 295/04b, ecolex 2005/283 = AnwBl 2007, 65.

³⁰⁾ Hiermit dürfte wohl eine nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erfolgte Bewertung der Beteiligung in Abhängigkeit des Unternehmenswerts gemeint sein (*Oberndorfer*, RdW 2005, 476 [478]).

³¹⁾ *Oberndorfer*, RdW 2005, 476 (479).

5. Das Eigenkapitalersatzgesetz

Mit dem GIRÄG 2003³²⁾ wurde das Eigenkapitalersatzrecht im EKEG gesetzlich verankert. Die damit verfolgte Zielsetzung war einerseits die Herstellung von Rechtssicherheit und andererseits die teilweise Abmilderung der bisherigen Rspr.³³⁾ Nach dem neu geschaffenen § 10 Abs 1 EKEG wird die stille Beteiligung eines von § 5 leg cit erfassten Gesellschafters der Darlehensgewährung gleichgestellt. Erfasst sind somit insb Gesellschafter einer (verdeckten) Kapitalgesellschaft, die über beherrschenden Einfluss oder einen Mindestanteil von 25 % an der Gesellschaft verfügen. Erfolgt eine stille Beteiligung derartiger Gesellschafter somit in der Krise (§ 2 EKEG), wird die Einlage als eigenkapitalersetzend behandelt.

Die Umqualifikation der Einlage des „Nur-Stillen“ in Eigenkapital setzt nach § 10 Abs 2 Z 1 EKEG hingegen nunmehr voraus, dass der Stille zu 25 % am Unternehmenswert einer (verdeckten) Kapitalgesellschaft beteiligt ist und ihm einem Kommanditisten vergleichbare Kontrollrechte zustehen. Ebenfalls eigenkapitalersetzend ist nach Z 2 leg cit die Einlage eines stillen Gesellschafters einer erfassten Kapitalgesellschaft, wenn der Stille beherrschenden Einfluss auf diese ausübt.

Die hieraus resultierende Rechtsfolge ist einerseits, dass der Stille seine Einlage bis zur Überwindung der Krise nicht mehr zurückfordern kann.³⁴⁾ Andererseits wird aufgrund der Eigenkapitalqualität der Einlage § 187 UGB verdrängt; der stille Gesellschafter kann seinen Abfindungsanspruch nur mehr nachrangig als Insolvenzforderung geltend machen. Gleichzeitig wird vom stillen Gesellschafter zu verlangen sein, dass er seine rückständige Einlage entgegen § 187 Abs 2 auch über eine allfällige Verlustbeteiligung hinaus zu erbringen hat.³⁵⁾

6. Zwischenresümee

Führt man sich die angesprochenen Gläubigerschutzmechanismen vor Augen, ergeben sich auf mehreren Wegen folgende Rechtsfolgen: Der Anspruch auf Einlagenrückzahlung eines (auch nicht verlustbeteiligten) atypisch stillen Gesellschafters kann entgegen § 187 Abs 1 UGB nicht als Insolvenzforderung durchgesetzt werden. Zudem muss entgegen Abs 2 leg cit eine rückständige Einlage auch dann nachgezahlt werden, wenn eine Beteiligung am Verlust vertraglich ausgeschlossen wurde. Diese Rechtsfolgen treten erstens aufgrund des von der Rspr angenommenen Eigenkapitalcharakters des atypisch stillen Gesellschafters ein, der an Firmenwert und stillen Reserven beteiligt ist.

Zweitens führt auch die Sittenwidrigkeit einer über dem wahren Wert der Beteiligung liegenden Abfindung zu demselben Ergebnis.

Daneben wurde vom Gesetzgeber im EKEG ausdrücklich festgelegt, wann ein Insolvenzanspruch des stillen Gesellschafters nachrangig ist. Das gibt Anlass zu der bereits erwähnten Streitfrage, ob angesichts des Einschreitens des Gesetzgebers die aufgezeigte Rspr überholt ist.³⁶⁾

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch die Anfechtung der Vereinbarung eines Verlustausschlusses nach den Anfechtungstatbeständen der IO die Insolvenzforderung ausschließt. Wurde der Verlustausschluss bspw in einer dem Stillen bekannten/erkennbaren Benachteiligungsabsicht geschlossen, kann diese Vereinbarung angefochten werden, womit diesem in der Insolvenz des Unternehmers keinerlei Forderungen mehr zustehen.

III. Kritik und eigene Ansicht

1. Kein Eigenkapitalcharakter der atypisch stillen Einlage

Vorweg ist nochmals festzuhalten, dass die Einstufung der Einlage des atypisch Stillen als Eigenkapital eine Ausnahme von § 187 UGB darstellt. Eine derartige Ausnahme könnte sich aber nur aus dem Gesetz selbst oder angesichts dessen dispositiven Charakters aus dem Vertrag ergeben.³⁷⁾ In Richtung einer vertraglichen Vereinbarung dürfte auch das Argument zu verstehen sein, dass der atypisch Stille bei der Beteiligung als Mitunternehmer aufgrund der bewussten Entscheidung zur Tragung des Unternehmerrisikos gleich einem Eigenkapitalgeber zu haften habe.³⁸⁾ Das wäre aber eine mE verfehlte Willensfiktion. Schließlich hat der stille Gesellschafter in den relevanten Fällen entweder im Wege eines ausdrücklichen Verlustausschlusses oder einer garantierten Rückzahlungsvereinbarung gerade dieses Risiko ausgeschlossen. Diese Vereinbarung in Hinblick auf die Beteiligung an stillen Reserven und Firmenwert als „leeres Versprechen“ zu bezeichnen,³⁹⁾ ignoriert den übereinstimmenden Parteiwillen und ist daher mit privatautonomen Grundsätzen unvereinbar. Die vertraglich allenfalls beabsichtigte Einstufung als „Mitunternehmer“ bezieht sich nur auf das Steuerrecht, vom dem der Begriff ja auch entlehnt wurde. Für den zivilrechtlichen Eigen- oder Fremdkapitalcharakter der Einlage lässt sich hieraus jedoch nichts ableiten.

Hinzu kommt, dass die grundsätzliche Zulässigkeit der vertraglichen Vereinbarung, den Verlust

³²⁾ BGBl I 2003/92.

³³⁾ ErlRV 124 BlgNR 22. GP 9.

³⁴⁾ Siehe § 14 EKEG.

³⁵⁾ Zutreffend *Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 187 Rz 11; *Renner*, ZIP 2002, 1430 (1435); vgl BGH II ZR 38/80, NJW 1981, 2251; II ZR 36/84, NJW 1985, 1079.

³⁶⁾ Siehe zum Meinungsstand bereits oben Fn 7.

³⁷⁾ *K. Schmidt* in *MüKo HGB² § 236 Rz 33 ff*; *Baumbach/Hopt*, HGB³⁴ § 236 Rz 3; *Berger*, RdW 1996, 403 (403).

³⁸⁾ *Oberndorfer*, RdW 2005, 476 (479 Fn 20); auch *Karollus* in *Buchegger*, § 10 Rz 23, führt die Eigenkapitalqualifikation auf vertragliche Abreden zurück.

³⁹⁾ So aber *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 10 Rz 9 in Anlehnung an 8 Ob 4, 5/95.

auszuschließen, angesichts § 181 Abs 2 nicht zweifelhaft sein kann.⁴⁰⁾ Ebenfalls grundsätzlich möglich muss daher die Vereinbarung einer garantierten Einlagenrückgewähr im Falle des Ausscheidens aus der Gesellschaft sein. Denn diese ist im Ergebnis nichts anderes als ein Verlustausschluss.⁴¹⁾

Schränkt die Rspr aber § 187 UGB dennoch in seinem Anwendungsbereich ein und setzt sich zudem über vertragliche Parteienvereinbarungen hinweg, liegt darin in der Sache eine teleologische Reduktion, die einer fundierten Begründung bedarf.⁴²⁾ Maßgeblich könnten diesbezüglich nur Gläubigerschutzüberlegungen sein. Der idZ immer wieder aufgestellte Vergleich zum Kommanditisten hinkt aber.⁴³⁾ Denn im Gegensatz zur Kommanditgesellschaft wird mangels Firmenbucheintragung einer bestimmten Haftsumme kein schutzwürdiges Vertrauen der Gläubiger erzeugt. Ein überzeugender Grund, die Einlage als Haftkapital zu behandeln, ist daher weder ersichtlich noch wird die Rspr ihrer dahingehenden „Beweislast“ gerecht.

Zudem sollte aber spätestens mit Einführung des EKEG § 187 UGB nur mehr unter den Voraussetzungen des § 10 EKEG verdrängt werden.⁴⁴⁾ Auch wenn die Materialien zum GIRÄG 2003 nicht explizit den abschließenden Charakter des EKEG bezüglich der Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital zum Ausdruck bringen, besteht mE eine solche Intention.⁴⁵⁾ So betonen die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, dass die Einführung gesetzlich klar umschriebener Tatbestände Rechtssicherheit bezwecke und somit eine „Ableitung eigenkapitalersatzrechtlicher Grundsätze mittels Analogie zu § 74 GmbHG“ zukünftig ausgeschlossen sei.⁴⁶⁾ Nun beruht die Rspr zum atypisch stillen Gesellschafter zwar nicht auf einer „Umqualifizierung“, sondern einer generellen Einstufung der Einlage als Eigenkapital. Diese Einordnung, die sowohl in Widerspruch zur vertraglichen Vereinbarung als auch zu § 187 UGB selbst

steht, ist aber angesichts der Wertungen des EKEG nicht haltbar. Dieses erfordert bereits für eine Umqualifizierung der stillen Einlage entweder eine mindestens 25-%ige Unternehmenswertbeteiligung und bestimmte Kontrollrechte, oder insgesamt beherrschenden Einfluss. Diese Norm wäre aber ohne Anwendungsbereich, wenn zum Eigenkapitalcharakter bereits jede noch so geringe stille Beteiligung am Unternehmenswert⁴⁷⁾ ungeachtet irgendwelcher Kontroll- oder Mitbestimmungsrechte führte. Systematisch interpretiert ergibt sich somit mE der eindeutige Wille des Gesetzgebers, die Rspr zum atypisch stillen Gesellschafter dahingehend einzuschränken, dass die genannten Rechtsfolgen lediglich unter den Voraussetzungen des EKEG eintreten sollen.⁴⁸⁾

Bei Aufrechterhaltung der bisherigen Rspr käme es zudem zu einem Wertungswiderspruch: Die strengere Rechtsfolge der Einstufung als Eigenkapital würde danach für jeden atypisch Stillen gelten, die mildere Rechtsfolge der Nachrangigkeit der Insolvenzforderung aber lediglich für qualifiziert atypisch stille Gesellschafter. Ein von § 10 Abs 2 EKEG erfasster stiller Gesellschafter könnte demnach seine Einlage zumindest nach Befriedigung der restlichen Gläubiger geltend machen, während ein noch so geringfügig am Unternehmenswert beteiligter stiller Gesellschafter gar keine Insolvenzforderung hätte.

Die Einstufung als abschließende Regelung entspricht auch dem verfolgten Gesetzeszweck, für Rechtsklarheit und -sicherheit zu sorgen. Kritisch ist nämlich insb die mangelnde Abgrenzung des Anwendungsbereichs der vormaligen Rspr zu beurteilen. Einerseits blieb stets ungeklärt, ob die Einlage des atypisch stillen Gesellschafter nur bei Beteiligung an einer („verdeckten“)⁴⁹⁾ Kapitalgesellschaft Eigenkapital darstellt. Denkbar wäre in Anlehnung an die Rechtslage zum Kommanditisten auch die Ausweitung auf Gesellschaften, bei denen eine natürliche Person unbeschränkt haftet. Die Begründung der Rspr, die Einlage sei aufgrund der Mitunternehmerschaft des atypisch stillen als Haftkapital anzusehen, lässt für eine Differenzierung zwischen Kapital- und Personengesellschaften nämlich keinen Raum. Eine Anwendung dieser Rspr auf eine herkömmliche OG/KG ist mE aber noch weniger nachvollziehbar als bei einer Kapitalgesellschaft. Angesichts der unbeschränkten Haftung einer natürlichen Person entfällt nämlich ein vergleichbares Gläubigerschutzbedürfnis.⁵⁰⁾ ME widerspräche deshalb die Einstu-

⁴⁰⁾ Statt aller *Straube/U. Torggler* in *Straube*, HGB I³ § 181 Rz 4; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/966; *K. Schmidt* in *MüKo HGB*² § 231 Rz 20.

⁴¹⁾ AA *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ (1990) 392 f; *Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 181 Rz 3 mit der Begründung, dass hierbei zuvor angefallene Verluste mit Gewinnen verrechnet werden könnten. ME ist darin nur eine (potentielle) Gewinnbeschränkung zu erblicken, da eine Haftung mit der Einlage weiterhin ausgeschlossen bleibt. Für vorliegende Problematik ist diese Differenzierung ohnedies irrelevant.

⁴²⁾ Ähnlich *Berger*, RdW 1996, 403 (403).

⁴³⁾ Vgl *Berger*, RdW 1996, 403 (405) zur „exakte[n] Trennung der stillen Gesellschaft von der Kommanditgesellschaft“ des Gesetzgebers.

⁴⁴⁾ Ebenso *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* Rz 2/976; aA *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 10 Rz 9; *Oberndorfer*, RdW 2005, 476 (480); *Karollus* in *Buchegger*, § 10 Rz 23 EKEG; *Enzinger* in *Konecny*, Insolvenzforum 2004, 15 (28); *Saurer* in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatzrecht 144.

⁴⁵⁾ Ebenso *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 18 Rz 3.

⁴⁶⁾ ErlRV 124 BlgNR 22. GP 9.

⁴⁷⁾ Dieser Begriff ist gleichzusetzen mit der Beteiligung an Firmenwert und stillen Reserven, worauf sich die bisherige Rspr bezieht (ErlRV 124 BlgNR 22. GP 18).

⁴⁸⁾ Ebenso *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/976; aA *Karollus* in *Buchegger*, § 10 Rz 23 EKEG.

⁴⁹⁾ Dafür *Oberndorfer*, RdW 2005, 476 (479); *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung (2004) 419.

⁵⁰⁾ Vgl *Oberndorfer*, RdW 2005, 476 (479), nach dem von einer eingeschränkten Anwendung auf (verdeckte) Kapitalgesellschaften ausgegangen werde und zwar

fung der Einlage als Eigenkapital bei Personengesellschaften trotz vertraglichen Verlostauschlusses der gesetzlich vorgegebenen Haftungssystematik sowie privatautonomen Grundsätzen in noch stärkerem Ausmaß. Dies stellt mE ein weiteres Indiz für die Problematik der Rspr dar.

Weiters blieb bisher fraglich, inwieweit eine Rückzahlungssperre auch außerhalb der Insolvenz besteht. Wie gezeigt, lehnt der OGH in 10 Ob 73/04i eine Abfindung ab, die über dem wahren Wert der Beteiligung liegt, ohne Feststellungen bzgl einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu treffen. Auch idZ schafft bei ausschließlicher Anwendung des EKEG die exakt definierte Krise in § 2 leg cit klare Verhältnisse.

2. Keine Sittenwidrigkeit der Abfindungsklausel

ME sollte eine Insolvenzforderung des atypisch Stillen zumindest in Höhe seiner Einlage auch nicht wegen Sittenwidrigkeit der Abfindungsvereinbarung verneint werden. Wie der OGH in 8 Ob 16/94 zum Kommanditisten mE zu Recht ausspricht, ist allenfalls ein die Einlage übersteigender Abfindungsbetrag sittenwidrig. Die Rückzahlung der Einlage selbst kann somit – wiederum wie beim Kommanditisten – mE höchstens aufgrund der Einstufung als Eigenkapital verwehrt sein. Diese ist aber, wie gezeigt, außerhalb des EKEG abzulehnen. Warum der OGH in 10 Ob 73/04i plötzlich auf den „wahren Wert der Beteiligung“ anstatt auf die Einlage abstellt, wird nicht begründet und ist auch nicht überzeugend. Es besteht daher keine Grundlage, das Bestehen einer Insolvenzforderung gemäß § 187 Abs 1 UGB zu verneinen, wenn dieser Anspruch sogar vertraglich vereinbart wurde.

Es ist auch rechtspolitisch nicht verständlich, warum eine anlässlich der Gründung der stillen Gesellschaft privatautonom vereinbarte Abfindung, auch wenn sie einen derartigen Wert zum Zeitpunkt der Abschichtung überschreitet, unwirksam sein soll. Zugegeben erweist sich diese Vereinbarung im Nachhinein, sprich für den Insolvenzfall, für die Gläubiger des Unternehmens als nachteilig. Dies kann aber genauso für jede andere Vereinbarung der Gesellschaft mit Dritten gelten. Dass nachteilige „Drittgeschäfte“ vorbehaltlich einer Gläubigeranfechtung wirksam sind, steht aber außer Zweifel. Es gibt auch keine nachvollziehbaren Gründe für eine geringere Schutzwürdigkeit des atypisch stillen Gesellschafters im Vergleich zu sonstigen Dritten, nur weil dieser am Unternehmenswert partizipiert. Insb ist zu bedenken, dass der stille Gesellschafter zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags gerade in keinem Naheverhältnis zur Gesellschaft gestanden hat.⁵¹⁾ Das

„aufgrund der klaren Orientierung der Rspr am Gebot der Kapitalerhaltung.“

⁵¹⁾ Anderes gilt freilich für den oben unter II.3. erwähnten Fall einer „gesplitteten Einlage“. Ist der Stille gleichzeitig Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft kann eine übermäßig hohe Abfindung eine „verdeckte Einlagenrückgewähr“ darstellen. Siehe hierzu *Bauer*,

stellt auch den fundamentalen Unterschied zum GmbH-Gesellschafter dar⁵²⁾: Für diesen besteht tatsächlich ein bedenklicher Anreiz sich im Gesellschaftsvertrag günstige Abfindungsklauseln einräumen zu lassen, die letztlich zu Lasten Dritter gehen. Schließt hingegen ein Dritter mit der GmbH einen atypisch stillen Gesellschaftsvertrag ab, darf gewöhnlich davon ausgegangen werden, dass „at arm's length“ gehandelt und kein ungünstiges Geschäft eingegangen wird. Ansonsten trifft allenfalls den Geschäftsführer die Haftung gegenüber der Gesellschaft, nicht aber den Vertragspartner;⁵³⁾ diese Haftung des Geschäftsführers käme zudem wiederum der Masse zu Gute und würde damit zu einer Korrektur unbilliger Ergebnisse zu Gunsten der Gläubiger beitragen. Insofern bietet das Gesetz ein weiteres taugliches Schutzinstrument für die Insolvenzgläubiger.

Zu bejahen ist hingegen eine Sittenwidrigkeit solcher Abfindungsansprüche, die nur für den Fall der Insolvenz gelten und nicht auch bei sonstigen Auflösungsgründen zum Tragen kommen.⁵⁴⁾ Denn diesfalls ist geradezu evident, dass dem stillen Gesellschafter nur dann ein derartiger Abfindungsanspruch zustehen soll, wenn dieser von der Insolvenzmasse, also auf Kosten der Gläubiger bestritten wird.

Im Ergebnis besteht kein Bedürfnis, eine vertragliche Abfindung, die die Einlage nicht übersteigt, aus Gläubigerschutzgründen für sittenwidrig zu erklären.⁵⁵⁾ Ein Verbot der Einlagenrückzahlung während der Krise des Unternehmens besteht nur im Anwendungsbereich des EKEG.

Auch ergibt sich die Unzulässigkeit der Klausel nicht aufgrund einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Anderer Ansicht ist der OGH wohl in 10 Ob 73/04i. Er spricht in dieser E nämlich aus, dass keine Vergleichbarkeit zu 6 Ob 563/95 bestehe, weil in 10 Ob 73/04i nur einem von vielen Gesellschaftern ein derartiger Abfindungsanspruch zugesichert wurde.⁵⁶⁾ Dies lässt somit Ansätze eines Gleichbehandlungsgrundsatzes in der stillen Publikumsgesellschaft erkennen.⁵⁷⁾

Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument (2001) 118; *Hochedlinger/Fuchs*, Stille Gesellschaft (2007) Rz 1/167; vgl auch § 10 Abs 1 EKEG.

⁵²⁾ Wegen der fehlenden „anstößigen Doppelrolle“ (vgl OGH 8 Ob 9/91) im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist bereits die Einbeziehung der Einlage in das EKEG gemäß § 10 Abs 2 leg cit mE rechtspolitisch fragwürdig.

⁵³⁾ Siehe § 25 Abs 2 GmbHG.

⁵⁴⁾ Vgl *Koller* in *Koller/W.-H. Roth/Morck*, HGB⁶ § 236 Rz 3: Unwirksamkeit des Verlostauschlusses gerade für den Fall der Insolvenz; vgl auch OGH 6 Ob 142/05h, HS 38.185 = GesRZ 2007, 148 = RWZ 2007, 135 (*Wenger*) = wbl 2007/155 = ecolex 2007/225 = RdW 2007, 473 zur GmbH.

⁵⁵⁾ AA *Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 181 Rz 4, wonach bei der atypisch stillen Beteiligung an Kapitalgesellschaften stets das Verbot der Einlagenrückgewähr zu beachten sei.

⁵⁶⁾ Siehe oben II.4.

⁵⁷⁾ Vgl *Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 181 Rz 5; *Oberndorfer*, RdW 2005, 476 (478 f).

Dem ist entgegen zu halten, dass im gegebenen Zusammenhang ungleiche Rechte anlässlich der Gründung der Gesellschaften eingeräumt werden. Bei der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geht es aber darum, dass keine Ungleichbehandlung nach (wenn auch zu ungleichen Bedingungen) erfolgter Gründung der Gesellschaft erfolgen darf.⁵⁸⁾ Überdies ist zu bedenken, dass es sich bei den einzelnen Verträgen zwischen Unternehmer und Stillen jeweils um voneinander prinzipiell unabhängige stille Gesellschaften handelt.⁵⁹⁾ Eine Vergleichbarkeit der Abfindungen der Gesellschafter von verschiedenen Gesellschaften kann aber mE nicht dem Gleichbehandlungsgebot unterfallen.

IV. Zusammenfassung

Die gesetzliche Konzeption der §§ 186 f UGB, welche den vom Verlust ausgeschlossenen stillen Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmens

⁵⁸⁾ Zutreffend *Enzinger* in *Insolvenz-Forum* 2004, 15 (30); aA *Oberndorfer*, *RdW* 2005, 476 (479).

⁵⁹⁾ Eine stille Gesellschaft besteht zwingend aus zwei Personen. Mehrere Stille können sich lediglich zu einer GesbR zusammenschließen, siehe *Straube/U. Torggler* in *Straube*, *HGB I*³ § 178 Rz 10 mwN.

⁶⁰⁾ Zutreffend OGH 6 Ob 563/95.

einem Fremdkapitalgeber gleichstellen, ist mE grundsätzlich gerechtfertigt. Mit dem EKEG besteht nunmehr eine gesetzliche Ausnahme von diesem Grundsatz, wonach die Einlage des stillen Gesellschafters unter bestimmten Voraussetzungen als Eigenkapital ersetzend zu qualifizieren ist. Angesichts der Zielsetzung des EKEG, Rechtssicherheit zu schaffen, ist diese Ausnahme abschließend. Damit ist einer Einstufung der Einlage als Eigenkapital außerhalb der strengen Voraussetzungen des EKEG die Grundlage entzogen worden.

Liegen die Voraussetzungen des § 10 EKEG nicht vor, sind Abfindungsklauseln, die zu einer – wenn auch erfolgsunabhängigen – Einlagenrückgewähr an den atypisch stillen Gesellschafter führen, im Sinne der Privatautonomie grundsätzlich wirksam. Lediglich in den gesetzlich normierten Ausnahmefällen der Anfechtungstatbestände sind derartigen Klauseln Grenzen gesetzt.⁶⁰⁾ Der Gesetzgeber hat in diesem Punkt sogar ein besonderes Regelungsbedürfnis für die stille Gesellschaft erkannt und einen eigenen, von subjektiven Tatbestandsmerkmalen losgelösten Anfechtungstatbestand geschaffen. Zusätzlich gelangen freilich noch die allgemeinen Tatbestände der Gläubigeranfechtung zur Anwendung, womit ein ausreichender und gemessen an Privatautonomie und Vertrauensschutz ausgewogener Gläubigerschutz gewährleistet ist.

SpringerRecht.at



- **hier** können Sie diesen Beitrag kommentieren
- **hier** finden Sie Vorschauen unserer juristischen Zeitschriftenartikel
- **hier** gibt es: News, Expertenforen, Neuerscheinungen und Zeitschriften, ...