

# Ausnahmen von der verdeckten Sacheinlage oder: Privilegierung von Banken?

RdW 2004/  
665, S. 714

Der Beitrag erörtert die Voraussetzungen für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage und geht der Frage nach, ob für bestimmte Geschäfte eine Ausnahme vom Institut der verdeckten Sacheinlage zu machen ist. Der Autor behandelt dabei die Frage, ob aus Sicht einer als Gesellschafter agierenden Bank Darlehensgeschäfte gleichsam wie gewöhnliche Umsatzgeschäfte privilegiert sind. Ebenso wird der Frage nachgegangen, ob für Emissionsbanken nicht generell eine Ausnahme von den Kapitalerhaltungsvorschriften gemacht werden muss.

RA Dr. Wolfgang Luschin, LL.M.  
Wien

## 1. Zum Tatbestand

Unter dem Begriff der „verdeckten Sacheinlage“ werden Bareinlagen verstanden, welche mit einem Rechtsgeschäft zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Gesellschafter in zeitlicher und sachlicher Hinsicht derart verknüpft sind, dass unter Umgehung der Sachgründungsvorschriften wirtschaftlich der Erfolg einer Sacheinlage erreicht wird, etwa weil die Barmittel umgehend als Entgelt für eine Leistung des Gesellschafters an diesen zurückfließen<sup>1)</sup>. Der sowohl von der deutschen als auch österreichischen Lehre und Rechtsprechung anerkannte, dem Postulat des Umgehungsschutzes folgende Begriff der verdeckten Sacheinlage geht also davon aus, dass bloß formell eine Bareinlage festgesetzt wird, der Einlagebetrag materiell jedoch der Vergütung einer Sachleistung dient und wirtschaftlich der Gesellschaft nicht als Barleistung zufließt<sup>2)</sup>.

Konsequenz einer derartigen, den Sacheinlagevorschriften widersprechenden Vorgangsweise ist deren Nichtigkeit: Die Rechtsordnung versagt dem Einzahler die Erfüllungswirkung seiner (vermeintlichen) Bareinlage, weshalb er diese nochmals leisten muss<sup>3)</sup>. Der Rückforderungsanspruch aus der fehlgeschlagenen Sacheinlage ist im Konkurs der Gesellschaft eine Konkursforderung, mit welcher der Gesellschafter wegen § 63 Abs 3 GmbHG und § 60 AktG nicht aufrechnen darf.

## 2. Erfordernis eines sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs

### 2.1 Objektive Kriterien

Die Rechtsprechung verlangt für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage einen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen der Kapitalaufbringungsmaßnahme und der Erfüllung des zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft vereinbarten Rechtsgeschäfts<sup>4)</sup>.

Als wesentlichstes Kriterium für das Vorliegen eines sachlichen Zusammenhangs wird der Umstand angesehen, dass der betreffende Gegenstand bei Begründung der Bareinlagepflicht als Sacheinlage eingebracht hätte werden können<sup>5)</sup>. Darüber hinaus werden als Einzelkriterien für das Vorliegen eines sachlichen Zusammenhangs die größenmäßige Übereinstimmung von Einlagebetrag und Gegenleistung, der Umstand, dass es sich um vertretbare Gegenstände handelt sowie das Bestehen einer Nämlichkeit der eingezahlten und der zurückgeflossenen Mittel genannt<sup>6)</sup>.

Der zeitliche Zusammenhang stellt auf einen engen zeitlichen Konnex zwischen der Kapitalaufbringungsmaßnahme und Tilgung der Verbindlichkeit ab. Wann ein derartiger Zusammenhang vorliegt, ist umstritten. *Reich-Rohrwig/Größ*<sup>7)</sup> gehen in Anlehnung an *Konwitschka*<sup>8)</sup> unter Berücksichtigung der Wertungen des § 45 AktG von einem Zeitraum von 2 Jahren aus, da die Kapitalgesellschaft innerhalb dieses Zeitraums mit dem bar aufgebrauchten Stammkapital unbehelligt wirtschaften könne<sup>9)</sup>. Dies überzeugt, da nach Ablauf von 2 Jahren der dann vorgenommene Einbringungs Vorgang am Verbot der Einlagenrückgewähr zu messen ist<sup>10)</sup>. In Deutschland geht die überwiegende Meinung demgegenüber von einem Zeitraum von 6 Monaten aus<sup>11)</sup>.

- 1) OGH 30. 8. 2000, 6 Ob 132/00f, SZ 73/130 = ecolex 2001, 205 (*Konwitschka*) = RdW 2001, 19/30 = GesRZ 2001, 30 = EvBl 2001/41; OGH 23. 1. 2003, 6 Ob 81/02h, ecolex 2003, 685 (*Konwitschka*) = RdW 2003, 323 (Ch. Nowotny) = GesRZ 2003, 163 = GeS 2003, 2002; OGH 6 Ob 196/03x = ecolex 2004/95 (*Konwitschka*) = GeS 2004, 153 = GesRZ 2004, 136 = RdW 2004/122.
- 2) *Reich-Rohrwig/Größ*, Einbringung eines durch unbare Entnahmen überschuldeten Unternehmens in eine GmbH, ecolex 2003, 608 ff; OGH 23. 10. 2003, 6 Ob 196/03, GeS 2004, 153 = ecolex 2003, 680; *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 63 Rz 16 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 1/174 und 1/228; *Konwitschka*, Kapitalerhöhung durch Verrechnung von Gesellschafterforderungen (1998) 17; *Weigl*, Zur Auslegung von EG-Richtlinien, ÖJZ 1996, 933 ff; *Frotz/Dellinger*, Zur aktuellen „kleinen GmbH-Novelle“, ecolex 1994, 18 ff; *Doralt* in MünchKomm<sup>2</sup> § 27 Rz 144 ff; *Gruber*, Verdeckte Sacheinlagen, RdW 2004, 390; *Ch. Nowotny*, Verdeckte Sacheinlagen und Erhaltung von Bareinzahlungen?, RdW 2004, 392; *Karollus*, Umwandlung von Darlehen in Grund- oder Stammkapital: ein gesellschaftsrechtlich zulässiger Vorgang?, ÖBA 1994, 501; für Deutschland beispielsweise: BGH 15. 1. 1990 – II ZR 164/88, ZIP 1990, 156; BGH 4. 3. 1996, II ZR 89/95, BGHZ 132, 133 (139) = NJW 1996, 1286; BGH 16. 9. 2002, II ZR 1/00; BGH 7. 7. 2003, II ZR 2003, 1540; *Hüffer*, AktG<sup>5</sup> § 27 RN 9 ff; *Pentz* in MünchKomm<sup>2</sup> § 27 Rz 84 ff.
- 3) OGH 30. 8. 2000, 6 Ob 132/00f; *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>3</sup> § 20 Rz 24 und 27; *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 6 Rz 21 und 24; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 1/174 und 1/184 ua.

4) Siehe FN 2.

5) In Bezug auf zum Zeitpunkt der Bareinlagenleistung bestehende, sog Altforderungen: *Konwitschka*, 338; *Priester* in *Scholz*, GmbHG<sup>9</sup> § 56 Rz 26; BGH 15. 1. 1990 – II ZR 164/88, WM 1990, 222 (226, 227); BGHZ 110, 60 f; BGH, DB 1992, 1973; *Lutter* in *KölnerKomm<sup>2</sup> § 66 Rz 33*.

6) *Priester* in *Scholz*, GmbHG<sup>9</sup> § 56 Rz 26; *Mayer*, Ein Beitrag zur „Entschleierung“ der verschleierte Sacheinlage im Recht der GmbH, NJW 1990, 2598; *Henze*, ZHR 154 (1990).

7) *Reich-Rohrwig/Größ*, ecolex 2003, 682.

8) *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 244.

9) Ebenso auch *Doralt* in MünchKomm<sup>2</sup> § 27 Rz 148, sowie *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 150 Rz 16.

10) *Reich-Rohrwig/Größ*, ecolex 2003, 682.

11) *Lutter* in *KölnerKomm<sup>2</sup> § 66 Rz 34* und § 183 Rz 73 für 6 Monate; *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG<sup>8</sup> § 5 Rz 147a für 6 Monate; *Frese*, Kredite und verdeckte Sacheinlage – Zur Sondersituation von Emissions-

## 2.2 Umgehungsabrede als subjektive Voraussetzung

Anders als der OGH verlangen die überwiegende dt Lehre sowie der BGH das Vorliegen einer Umgehungsabrede, daher einer Abrede, dass der Zeichner keine bei der Gesellschaft verbleibende Bareinlage, sondern eine Sachleistung erbringt<sup>12)</sup>. Gleichwohl soll es auf subjektive Elemente, wie die Vorstellungen oder die Absicht der Beteiligten nicht ankommen<sup>13)</sup>. Die beiden oben genannten objektiven Kriterien sind dabei nun insoweit von Relevanz, als diese eine widerlegbare Vermutung zu Lasten des Einlageverpflichteten für das Vorliegen einer solchen Abrede begründen<sup>14)</sup>.

Der in Deutschland vorherrschenden Ansicht ist zu folgen: Eine gesetzliche Bestimmung, wonach eine im zeitlichen Zusammenhang mit der Kapitalaufbringungsmaßnahme stehende Tilgung einer Forderung automatisch schon das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage begründet, existiert nicht. Dogmatisch kann als verdeckte Sacheinlage nur ein Geschäft angesehen werden, welches sich als Umgehung der Sacheinlagevorschriften darstellt. Das Umgehungsgeschäft ist dadurch gekennzeichnet, dass ein wirtschaftlich einheitlich gewolltes Rechtsgeschäft in mehrere Teile aufgespalten wird. Der Gesellschaft fließt formal Bargeld als Einlage zu; diese Einlage wird jedoch gegen eine Sacheinlage ausgetauscht. Die Reihenfolge dieses Vorganges, nämlich ob zuerst Bargeld zugeführt wird und dieses als Kaufpreis zurückfließt oder der Vorgang umgekehrt stattfindet, ist dabei gleichgültig<sup>15)</sup>.

Das Erfordernis einer Abrede wird auch durch das Argument gestützt, dass sich die Bewertung eines Verhaltens als Umgehung an den Voraussetzungen der umgangenen Norm messen lässt. Die durch Gestaltung einer verdeckten Sacheinlage umgangene Norm<sup>16)</sup> betrifft aber ein rechtsgeschäftliches Verhalten, welches von einem Gestaltungswillen getragen ist<sup>17)</sup>. Es muss daher Einigkeit darüber bestehen, dass

der Zeichner keine bei der Gesellschaft verbleibende Bareinlage, sondern eine Sachleistung erbringt. Eine verdeckte Sacheinlage kann demnach nur dann vorliegen, wenn sich der Sachverhalt der Bareinlage als gewollte Sacheinlage und somit als Umgehung der Sacheinlagevorschriften darstellt.

Dass die Abrede das entscheidende Moment ist, zeigt auch eine Betrachtung bei Einbeziehung dritter Personen. Ein Gesellschafter, der eine Forderung gegenüber der Emittentin besitzt, könnte gerade zur Umgehung der Sacheinlagevorschriften durch Abrede einen Dritten vorschieben, welcher die Kapitalerhöhung an seiner Stelle bar übernimmt und die so erworbenen Anteile in weiterer Folge an den die Forderung besitzenden Gesellschafter abtritt. Zahlt die Gesellschaft in weiterer Folge die Forderung an ihren Gesellschafter zurück, so liegt aufgrund der zwischen den handelnden Personen getroffenen Abrede eine Umgehung der Sacheinlagevorschriften vor. Hier wird augenscheinlich, dass die Abrede das entscheidende Kriterium ist.

Die gegenteilige Ansicht, nach der die Sacheinlagevorschriften an eine typische Gefahrensituation anknüpfen, die unabhängig davon ist, welche Vorstellung die Beteiligten haben und welchen Wert der Sacheinlagegegenstand hat<sup>18)</sup>, mag zwar rechtspolitisch begründbar sein, doch fehlen hierfür die gesetzlichen Voraussetzungen. Wird formal eine Bareinlage geleistet, so kann sich diese nur dann als (verdeckte) Sacheinlage darstellen, wenn ein weiteres Element hinzukommt, aufgrund dessen der Sachverhalt anhand der tatsächlichen Umstände, und nicht aufgrund des – durch Leistung einer Bareinlage – äußeren Scheins beurteilt werden muss. Dieses Element ist die Abrede, welche den wirtschaftliche Erfolg einer Sacheinlage umfasst.

## 2.3 Neuforderungen

Als verdeckte Sacheinlage kommen nicht nur zum Zeitpunkt der Kapitalaufbringungsmaßnahme bestehende, sondern auch solche Forderungen in Betracht, die zeitlich nach der Maßnahme, beispielsweise einer Kapitalerhöhung, entstanden sind. Voraussetzung dafür ist, dass man die Umgehungsabrede als das entscheidende Kriterium ansieht. Wie bereits oben gezeigt, kann es keinen Unterschied machen, ob vor dem Hintergrund dieser Abrede die Leistung vor oder nach der Durchführung der Barkapitalerhöhung begründet wurde, sie muss lediglich schon im Zeitpunkt der Übernahme der Kapitalerhöhung verabredet, daher im Voraus geplant gewesen sein<sup>19)</sup>. Dies folgt aus der Begründung der verdeckten Sacheinlage als Umgehungsgeschäft. Der von *Konwitschka* und *Koppensteiner*<sup>20)</sup> vertretenen Gegenposition, wonach zukünftige Forderungen, dh Rechtspositionen nicht einlagefähig sind, kann nicht gefolgt werden. Es kann wohl nicht darauf ankommen, ob zum Zeitpunkt der Barkapitalerhö-

banken, AG 2001, 16 für 6 Monate, da die Gesellschaft die Barmittel nach diesem Zeitraum wohl regelmäßig verwendet hätte; *Henze*, Zur Problematik der „verdeckten (verschleierte) Sacheinlage“ im Aktien- und GmbH-Recht, ZHR 154 (1999), 113, hält die 6-Monats-Frist für zu kurz und will auf die Umstände des Einzelfalls abstellen; BGH 4. 3. 1996 – II ZR 89/95, BGHZ 132, 133 (139) hielt 9 Monate für zu lang; in seiner Entscheidung vom 16. 9. 2002, II ZR 1/00 ging der BGH davon aus, dass nach Ablauf von 8 Monaten der geforderte zeitliche Zusammenhang nicht mehr gegeben sei.

12) BGH 4. 3. 1996, II ZR 89/95, BGHZ 132, 133, 139 f = NJW 1996, 1286 = ZIP 1996, 1286; BGHZ 118, 83, 95 = ZIP 1992, 995, 999 = NJW 1992, 2222; *Henze*, ZHR 154 (1999), 105; *Joost*, Verdeckte Sacheinlagen, ZIP 1990, 558 ff; *Ulmer*, Verdeckte Sacheinlagen im Aktien- und GmbH-Recht, ZHR 154 (1990), 128, 142; *Priester*, Kapitalaufbringung bei korrespondierenden Zahlungsvorgängen, ZIP 1991, 345, 351; *G. Müller*, Zur Umwandlung von Geldkrediten in Grundkapital fallender Gesellschaften – Besprechung der Entscheidung BGHZ 125, 131, ZGR 1995, 327, 332; *Hüffer*, AktG<sup>5</sup> § 27 Rz 14; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>7</sup> § 19 RN 30a; *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG<sup>8</sup> § 5 Rz 146 ff, § 19 Rz 93; *R 19 RN 93*; *Pentz* in *MünchKomm<sup>2</sup> § 27 Rz 94*; für Österreich bejahend: *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 63 Rz 17a; *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG<sup>2</sup> § 150 Rz 18; aA *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 203 ff.

13) *Doralt* in *MünchKomm<sup>2</sup> § 27 Rz 146*; unklar *Nagele* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>2</sup> § 27 Rz 13; BGH 15. 1. 1990, BGHZ 110, 47 = AG 1990, 298 (IGH/Lemmerz); *Hüffer*, AktG<sup>5</sup> § 27 Rz 13; vgl auch *Joost*, ZIP 1990, 563.

14) Es kommt insoweit zu einer Beweislastumkehr. Dem Gesellschafter obliegt somit die Beweislast für das Nicht-Vorliegen der Abrede; vgl BGH 4. 3. 1996, II ZR 89/95 = NJW 1996, 1286.

15) *Pentz*, Neues zur verdeckten Sacheinlage, ZIP 2003, 2094; BGHZ 28, 314, 319 f = NJW 1959, 383; BGH ZIP 1982, 689, 692 = NJW 1982, 2444; BGHZ 113, 335, 345 = ZIP 1991, 511, 514 = NJW 1991, 1754; BGHZ 118, 83, 94 = ZIP 1992, 995, 999 = NJW 1992, 2222; BGHZ 132, 133, 138 = ZIP 1996, 595, 596 = NJW 1996, 1286.

16) § 20 AktG oder § 6 Abs 4 GmbHG.

17) *Frese*, AG 2001, 16; *Winter* in *Scholz*, GmbHG<sup>9</sup> § 5 Rz 77/79; *Priester*, ZIP 1991, 351; *Müller*, ZGR 1995, 332; *Henze*, ZHR 154 (1990) 105.

18) So *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 321.

19) So auch BGH 7. 7. 2003 – II ZR 235/01, ZIP 2003, 1540 in Bezug auf das Vorliegen einer Abrede im Zeitpunkt der Feststellung der Satzung, da der hier zu beurteilende Sachverhalt die Gründung einer GmbH betraf; nach BGH 4. 3. 1996 – II ZR 8/95 (Ergänzung zu BGHZ 125, 141 = ZIP 1994, 701 = EWiR 1994, 467 [v. Gerkan]) erfasst das in § 19 Abs 5 Alt 2 dtGmbHG geregelte Umgehungsverbot auch eine nach der Kapitalerhöhung entstandene Forderung auf Auszahlung von Gewinn, wenn ihre Verrechnung mit der (Rest-)Einlageforderung bei der Kapitalerhöhung unter den Beteiligten vorabgesprochen worden ist; in diesem Sinn auch *Henze*, ZHR 154 (1990), 105, 114; *Pentz*, ZIP 2003, 2096; *ders*, MünchKomm<sup>2</sup> § 27 Rz 95; aA *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 128, 133 f; *Priester*, ZIP 1991, 345, 352;.

20) *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 63 Rz 18a; *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 288 ff; *Mayer*, NJW 1990, 2593, 2595 ff.

hung eine einlagefähige Forderung vorliegt, sondern nur darauf, ob zu diesem Zeitpunkt von den Parteien eine Abrede dahin gehend getroffen wurde, dass der Gesellschaft formell eine Bareinlage, aber durch zeitliche Verzögerung des nachfolgenden Rechtsgeschäfts wirtschaftlich jedoch eine Sache zukommen soll. Das verpönte Verhalten liegt nämlich in der Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlich gewollten Vorgangs und nicht in der uU zufälligen zeitlichen Abfolge einer Barkapitalerhöhung und Begründung einer Forderung.

## 2.4 Darlehensforderungen

Die oben dargestellten Grundsätze gelten auch für zum Zeitpunkt einer Kapitalerhöhung bestehende Forderungen aus einem Darlehen<sup>21)</sup>. Eine Einschränkung ist allerdings für jene Sachverhalte zu machen, in denen eine Darlehensforderung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft erst zeitlich nach der Kapitalerhöhung begründet wird. In einem solchen Fall kann hinsichtlich der Darlehensvaluta selbst keine (verdeckte) Sacheinlage vorliegen, da zum Zeitpunkt der Kapitalerhöhung der Gesellschaft bloß Geld in Form eines Darlehens gegeben worden wäre und insoweit kein aliud, daher kein Erfüllungssurrogat, vorliegt<sup>22)</sup>. Wohl aber kann der Anspruch auf die Darlehenszinsen eine Sacheinlageforderung und daher eine verdeckte Sacheinlage begründen.

## 3. Ausnahme für gewöhnliche Umsatzgeschäfte

### 3.1 Definition als gewöhnliches Umsatzgeschäft

In der dt Lehre und Rechtsprechung der Instanzgerichte ist die Auffassung vorherrschend, dass nicht jedes Umsatzgeschäft im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Kapitalaufbringungsmaßnahme den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage erfüllt. Gewöhnliche Umsatzgeschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sollen demnach privilegiert sein<sup>23)</sup>. Für die Frage, ob und inwieweit eine Privilegierung überhaupt bejaht werden kann, kommt es entscheidend darauf an, was unter einem normalen Umsatzgeschäft zu verstehen ist.

*Ulmer* nimmt ein gewöhnliches Umsatzgeschäft an, wenn die Gesellschaft zur Deckung des laufenden Bedarfs vertretbare Gegenstände, die sie im Rahmen des laufenden Geschäfts benötigt, von dem Gesellschafter zu Marktpreisen erwirbt, oder wenn die Gesellschaft die Aufrechnung gegenüber einer fortlaufenden Vergütung erklärt, die ein Gesellschafter für die Übernahme der Geschäftsführertätigkeit erhält<sup>24)</sup>. *Frese* stellt darauf ab, ob das Geschäft im Rahmen einer laufenden Geschäftsverbindung abgeschlossen wurde<sup>25)</sup>. Nach *Groß* soll es demgegenüber darauf ankommen, ob ein

Umsatzgeschäft vorliegt, welches ansonsten zu gleichen Konditionen mit außenstehenden Dritten abgeschlossen worden wäre. Dadurch käme es zu einer Wertkontrolle durch den vom Markt kontrollierten und von ihm gebildeten Marktpreis, welcher als externe Wertkontrolle die Kapitalaufbringung sichern würde<sup>26)</sup>. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Marktpreis kein hinreichendes Kontrollmerkmal sein kann, da ein solches Umsatzgeschäft, mag es sich auch um ein gewöhnliches handeln, das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage nicht auszuschließen vermag. Eine Privilegierung wird nur dort in Betracht kommen, wo ein Umsatzgeschäft vorliegt, das auf Seiten des Gesellschafters oder der Gesellschaft zu seinem/ihrer üblichen Geschäftsbetrieb gehört, mitunter eine Leistung vorliegt, die im Unternehmensgegenstand Deckung findet und einer laufenden Geschäftsbeziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter entspringt<sup>27)</sup>. Ausgenommen sind daher jene Geschäfte, welche lediglich einmalig getätigt werden. Demnach können in der Gründungsphase getätigte Geschäfte in aller Regel nicht als gewöhnliches Umsatzgeschäft bezeichnet werden, da hier keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, aufgrund derer die bei Vorliegen des sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs anzunehmende Vermutung für eine Abrede entfällt.

Liegt ein privilegiertes Umsatzgeschäft vor, liegt die Beweislast für das Vorliegen der die verdeckte Sacheinlage begründenden Abrede bei der Gesellschaft<sup>28)</sup>. Es kann den Handelnden bei Vorliegen eines gewöhnlichen Umsatzgeschäfts nämlich nicht unterstellt werden, sie hätten hier einen Tatbestand geschaffen, der sich prima vista als Umgehungshandlung der Sacheinlagevorschriften darstellt. Der äußere Anschein spricht hier klar gegen eine solche Annahme.

### 3.2 Darlehensvereinbarung als gewöhnliches Umsatzgeschäft von Kreditinstituten

Hält man gewöhnliche Umsatzgeschäfte in dem oben dargestellten Sinn für privilegiert, so knüpft daran die Frage, ob auch ein Darlehensgeschäft zwischen einer als Gesellschafter agierenden Bank und der Gesellschaft darunter fällt. Wenn gleich unter den Begriff eines Umsatzgeschäfts streng genommen nur Warengeschäfte fallen, so müssen darunter wohl auch andere Geschäfte subsumiert werden, sofern sie nur als gewöhnlich zu bezeichnen sind. Die Vermutung für das Vorliegen einer Umgehungsabrede oder deren Wegfall kann nämlich nicht davon abhängen, welche Art von Leistung ausgetauscht werden soll. Demnach können auch Darlehensgeschäfte als gewöhnliche Geschäfte privilegiert sein. Eine Privilegierung ist schon dann anzunehmen, wenn die Leistung zum üblichen Geschäftsbetrieb des Zeichners gehört<sup>29)</sup>. Darlehensgeschäfte gehören dem Grunde nach zum üblichen Geschäftsbetrieb von Kreditinstituten, weshalb auch die von einem Kreditinstitut im Rahmen seines gewöhnlichen Geschäftsbetriebs mit der Gesellschaft getätigten Darlehensgeschäfte privilegiert sein müssen. Die Üblichkeit eines Darlehensgeschäftes lässt sich anhand der verein-

21) *Pentz* in MünchKomm<sup>2</sup> § 27 Rz 114; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>15</sup> § 19 Rz 34; aA *Karollus*, ÖBA 1994, 501 ff.

22) Ähnlich *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG<sup>8</sup> § 19 Rz 62; bei Vorliegen der Vollwertigkeit, Fälligkeit und Unbedenklichkeit der Forderung kann daher auch eine Aufrechnung mit der Einlageforderung durch die Gesellschaft vorgenommen werden.

23) *Priester* in *Scholz*, GmbHG<sup>9</sup> § 56 Rz 31; *ders*, Kapitalaufbringung bei korrespondierenden Zahlungsvorgängen, ZIP 1991, 352; *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 128; *Henze*, ZHR 15 (1990), 105, 112 f.; *Wiedemann* in GroßKomm<sup>4</sup> § 183 Rz 94; *Pentz* in MünchKomm<sup>2</sup> § 27 Rz 97; OLG Hamm, 12. 3. 1990, BB 1990, 1221; OLG Karlsruhe, ZIP 1991, 27; für Österreich ohne nähere Begründung bejahend: *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 150 Rz 18; aA *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 276, welcher den Rechtsgrund der Gesellschafterforderung, ob gewöhnlich, wertäquivalent oder außergewöhnlich als irrelevant ansieht und daher hierfür keine Ausnahme machen möchte.

24) *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 128 ff.

25) *Frese*, AG 2001, 19.

26) *Groß*, Verdeckte Sacheinlage, Vorfinanzierung und Emissionskonsortium, AG 1993, 109; so auch *Henze*, ZHR 154 (1990), 105 ff.; einschränkend *Priester*, ZIP 1991, 345 ff, 353; OLG Karlsruhe, WM 1991, 323 f.

27) Ähnlich *Priester*, ZIP 1991, 345, 353.

28) *Priester*, ZIP 1991, 353; *ders* in *Scholz*, GmbHG<sup>9</sup> § 56 Rz 31; *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 142.

29) *Priester* in *Scholz*, GmbHG<sup>9</sup> § 56 Rz 31.

barten Tilgungsmodalitäten messen<sup>30</sup>). Ist das Darlehensgeschäft so strukturiert, dass eine vorzeitige Rückführung vorgesehen ist, so zB für den Fall einer Kapitalerhöhung, so wird eine Privilegierung ausscheiden. Denn hier sprechen die äußeren Umstände dafür, dass gerade vor dem Hintergrund einer möglichen Kapitalerhöhung die vorzeitige Rückführung vereinbart wurde. Die Beweislast für das Nichtvorliegen einer Umgehungsabrede bleibt daher bei der Bank. Periodisch erfolgende Tilgungs- und Zinszahlungen, auch wenn sie im zeitlichen Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung erfolgen, sind demgegenüber unschädlich<sup>31</sup>).

#### 4. Sondersituation für Emissionsbanken

Nach herrschender deutscher Ansicht liegt keine verdeckte Sacheinlage vor, wenn eine Emissionsbank im Rahmen einer Barkapitalerhöhung mit mittelbarem Bezugsrecht Aktien zeichnet und mit den Einlagemitteln ein Darlehen der Emissionsbank getilgt wird<sup>32</sup>). Voraussetzung hierfür ist, dass die Emissionsbank als fremdnütziger Treuhänder angesehen wird, daher keine Rechte aus den Aktien wahrnimmt, keine Aktien durch Selbsteintritt erwirbt und nicht übernommene Aktien nach Weisung des Vorstands verwertet. Die eigentliche Leistung auf das neue Kapital erfolge hier seitens der Aktionäre, denen die Aktien zum Bezug angeboten werden. Eine aliud-Leistung ist nach der deutschen hL daher zu verneinen<sup>33</sup>). Folgt man dieser Auffassung, so müssen diese Grundsätze auch auf Emissionsbanken Anwendung finden, die im Rahmen eines IPO-Prozesses tätig werden<sup>34</sup>). Auch hier ist der Sachverhalt, wonach die Emissionsbank lediglich als fremdnütziger Treuhänder auftritt, gleich gelagert.

Soweit ersichtlich, hat sich mit dieser Frage für Österreich nur *Konwitschka* beschäftigt, der eine Ausnahme von der Lehre der verdeckten Sacheinlage für Emissionsbanken verneint<sup>35</sup>). Er begründet dies mit der abstrakten Gefahr, dass die Emissionsbank bei Drohung der mangelnden Vollwertigkeit einer Darlehensforderung daran interessiert sein werde, dass die Einlagenschuld und die Darlehensaltforderung zum Nennwert der Letzteren verrechnet werde<sup>36</sup>). Dies vermag nicht zu überzeugen. Zeichner der Kapitalerhöhung ist in wirtschaftlicher Hinsicht letzten Endes der Aktionär und nicht die Bank. Diese wird nur zwischengeschaltet und erfüllt die technische Funktion einer Abwicklungsstelle, welche die neuen Aktien ohne eigenes Interesse übernimmt, um sie an die bezugsberechtigten Aktionäre weiterzuleiten. Es besteht daher keine Notwendigkeit, einen Dritten, welcher in wirtschaftlicher Hinsicht gar nicht Aktionär wird, in die Kapitalerhaltungsvorschriften einzubeziehen. Die Tätigkeit der Emissionsbank berührt daher den Schutzbereich der aktienrechtlichen Kapitalaufbringung nicht.

Die Privilegierung von Emissionsbanken ist aber kein Novum des Kapitalaufbringungsrechts. Eine Parallelbetrach-

tung des Fusionskontrollrechts zeigt, dass auch dort eine Ausnahme für (Emissions-)Banken gemacht wird. Auch diese folgt dem selben oben dargestellten Grundgedanken. Nach § 42e Abs 1 KartG gelten die Bestimmungen für anmeldebedürftige Zusammenschlüsse nicht für den Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, wenn eine Bank die Anteile zum Zweck der Veräußerung erwirbt und die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausübt<sup>37</sup>). Durch diese Bestimmung, welche ihre Parallelregelung in § 37 Abs 3 dtGWB findet, wird das Emissionsgeschäft der Banken von der Anzeigepflicht und Zusammenschlusskontrolle freigestellt<sup>38</sup>).

#### 5. Schlussbemerkung

Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage lässt sich dogmatisch nur mit dem Vorliegen eines Umgehungs geschäfts begründen, für welches eine Umgehungsabrede vorliegen muss. Ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen der Durchführung einer Kapitalaufbringungsmaßnahme und der Tilgung einer gegen die Gesellschaft bestehenden Forderung bildet lediglich ein Indiz für das Vorliegen eines solchen Umgehungs geschäfts. Dies hat zur Folge, dass die Beweislast für das Nichtvorliegen einer verdeckten Sacheinlage beim Gesellschafter liegt.

Die Indizienwirkung für das Vorliegen eines Umgehungs geschäfts bleibt allerdings dort versagt, wo ein gewöhnliches Umsatzgeschäft, daher ein auf einer ständigen Geschäftsbeziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter beruhendes und vom Unternehmensgegenstand gedecktes Geschäft vorliegt. In einem solchen Fall bleibt die Beweislast bei der Gesellschaft.

Kreditinstitute sind von dieser Regelung insoweit betroffen, als im Falle einer Darlehensgewährung, die als gewöhnliches Umsatzgeschäft anzusehen ist, die Beweislast für das Vorliegen einer Umgehungsabrede bei der Gesellschaft und im Konkurs derselben daher beim Masseverwalter verbleibt. Demgegenüber sind Emissionsbanken generell von den Grundsätzen der Kapitalaufbringung auszunehmen, sofern sie sich nicht als Aktionäre gerieren und daher lediglich als fremdnützige Treuhänder einschreiten.

37) Eine Stimmenaübung ist allerdings erlaubt, sofern die Ausübung des Stimmrechts dazu dient, den vollen Wert der Investition zu erhalten und das Wettbewerbsverhalten des Unternehmens dadurch nicht bestimmt wird; vgl im Übrigen auch § 11 ÜbV (1. Verordnung der Übernahmekommission vom 9. 3. 1999 zum Übernahmegesetz), der eine Ausnahme für Kreditinstitute von der Stellung eines Pflichtangebots normiert.

38) Vgl *Frese*, AG 2001, 23.

30) *Frese*, AG 2001, 19.

31) Vgl *Frese*, AG 2001, 19.

32) BGH 13. 4. 1992 – ZR 277/90 – „BuM I“, BGHZ 118, 83 (96, 97); BGH 5. 4. 1993 – ZR 195/91, WM 1993, 944; *Lutter/Gehling*, Verdeckte Sacheinlagen, WM 1989, 1445, 1447; *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 142; *Groß*, AG 1993, 115; *Frese*, AG 2001, 20.

33) *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 142.

34) Eine oberstgerichtliche Rechtsprechung hiezu liegt – soweit dem Autor bekannt – nicht vor.

35) *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 282 f.

36) So *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 282 f unter Verweis auf *Priester*, Kapitalaufbringung bei mittelbarem Bezugsrecht, FS Brandner (1996) 97 (106), und *Welf Müller*, FS Beusch (1993), 631 (644).



#### Der Autor:

RA Dr. Wolfgang Luschin, LL.M. (NYU), ist Partner der HASCH & PARTNER Anwalts-gesellschaft mbH in Wien. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Mergers & Acquisitions, Kapitalmarkt-recht sowie Wettbewerbsrecht.

#### Publikationen des Autors:

Luschin/Warzecha/Salcher

#### Der Gang an die Börse

Wien 2004, 216 Seiten

Preis: 33 €

ISBN: 3-7007-2598-1

Bestellnummer: 87.34.01

