

Rechtsprechung

Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von
RA Univ.-Prof. Dr. Raimund Bollenberger,
unter Mitarbeit von
RA Dr. Markus Kellner

OGH-Entscheidungen

1983.

§§ 871, 879, 880a, 1346 ABGB; § 52 AktG; § 82 GmbHG; §§ 25c, 25d KSchG. Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zieht absolute, von Amts wegen wahrzunehmende Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich. Normadressaten des Verbots sind Gesellschaft und Gesellschafter. Dritte sind nur bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig.

Eine materiell fremde Schuld ist durch einen Regressanspruch gegenüber dem Schuldner charakterisiert. Ob eine materiell fremde Schuld besichert oder eine „echte“ Mitschuld eingegangen wird, bestimmt das dem Gläubiger bekannte oder von ihm leicht erforschbare Innenverhältnis der beiden Schuldner.

(Garantie-)Haftungen einer Übernahmegesellschaft sind als ihre materiell eigenen (Kredit-)Verbindlichkeiten anzusehen, wenn die Valuta des besicherten Kreditvertrags zur Begleichung des von der Übernahmegesellschaft geschuldeten Anteilskaufpreises verwendet wird. Die Nichtigkeit des besicherten Kreditvertrags wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr lässt diese materiell eigene Schuld der Übernahmegesellschaft unberührt.

Dem Kreditgeber obliegt keine entsprechende Aufklärung, wenn der Interzedent, der überdies selbst die Kreditverhandlungen für den Hauptschuldner eigenverantwortlich führte, über dessen Finanzlage zur Gänze unterrichtet ist.

Auf eine Mäßigung gemäß § 25d KSchG kann sich der wirtschaftlich begünstigte Gesellschafter eines Share Deals nicht berufen.

Auch im Bereich zwingenden Gesellschaftsrechts ist ein Rechtsfolgenirrtum unbeachtlich.

OGH 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Erst- und der Zweitbeklagte, die zu diesem Zeitpunkt gemeinsam ein kleines Unternehmen führten, beabsichtigten im Jahr 2008, die Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft zu erwerben. Sie erarbeiteten gemeinsam mit ihrem Steuerberater ein Finanzierungsmodell. Der Buchhalter der Zielgesellschaft gewährte den Beklagten und ihrem Steuerberater Einsicht in die Unterlagen (Jahresabschlüsse; Schätzungsgutachten ua) der Gesellschaft. Darüber hinaus führten die Beklagten mit den damaligen Gesellschaftern der Zielgesellschaft (in der Folge immer: Altgesellschafter) Gespräche über das Vermögen der Zielgesellschaft.

Der Steuerberater erarbeitete einen Due-Diligence-Bericht und ein Grundfinanzierungsmodell (in der Folge: Finanzierungsmodell I). Nach diesem Modell sollte die C GmbH (Rechtsvorgängerin der ursprünglich Drittbeklagten, über deren Vermögen mittlerweile ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde; in der Folge immer: Übernahmegesellschaft) mit den Beklagten als Gesellschafter gegründet werden und einen Kredit zum Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft mit Besicherungen durch Vermögenswerte der Zielgesellschaft und auch der Beklagten aufnehmen. Die Finanzierung wurde mit mehreren Banken verhandelt. Der Klägerin, mit der ebenfalls verhandelt wurde, war von Anfang an der Zweck der Kreditaufnahme, nämlich der Erwerb der Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft, bekannt.

Im April 2008 fand ein Gespräch in den Räumlichkeiten der Klägerin statt, bei dem die Beklagten, ihr Steuerberater sowie Mitarbeiter der Klägerin anwesend waren. Der Steuerberater der Beklagten präsentierte das von ihm ausgearbeitete Finanzierungsmodell I und den Due-Diligence-Bericht. Dieser wies Forderungen der Zielgesellschaft aus Lieferungen und Leistungen von rund € 613.000, Kas senbestände und Guthaben von € 490.000 und eine entsprechende Ertragslage aus. Ferner verfügte die Zielgesellschaft über zahlreiche Aufträge. Die Beklagten und die Klägerin gingen daher davon aus, dass der Kredit aus den Erträgen der Zielgesellschaft und den daraus finanzierten Ausschüttungen rückgeführt werden kann.

Die Mitarbeiter der Klägerin befanden, dass dieses Finanzierungsmodell I gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 GmbHG verstoße. Sie teilten daher dem Steuerberater der Beklagten und den Beklagten mit, dass „dieses Modell so nicht geht“. Es entwickelte sich eine Diskussion, ob das Finanzierungsmodell I gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt. Der Steuerberater

der Beklagten war iSd E 4 Ob 2078/96h der Ansicht, dass das davon abhängt, ob die Kreditrückführung im Zeitpunkt der Kreditgewährung sicher erscheine und nicht auf Sicherheiten der Zielgesellschaft zurückgegriffen werden müsse.

Spätestens im Zuge dieses Gesprächs wurde der Vorschlag für ein anderes Finanzierungsmodell (in der Folge immer: Finanzierungsmodell II) erstattet. Es kann nicht festgestellt werden, wer den Vorschlag machte. Dieses Finanzierungsmodell II sah vor, dass die Beklagten zum Zweck des Erwerbs sämtlicher Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft die Übernahmegesellschaft gründen sollten, die ihrerseits 100% der Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft übernehmen sollte. Kreditnehmerin sollte die Zielgesellschaft sein. Mit dem Kredit sollte ausschließlich der Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft finanziert werden. Die Beklagten sollten Geschäftsführer der Zielgesellschaft werden. Bei diesem Finanzierungsmodell II wurde nicht diskutiert, ob es gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt. Die Klägerin machte sich darüber keine Gedanken und hielt auch keine Rücksprache mit ihren hausinternen Juristen.

Mit Gesellschaftsvertrag vom 24.6.2008 wurde die Übernahmegesellschaft gegründet. Gesellschafter und gleichzeitig Geschäftsführer der Übernahmegesellschaft waren die Erstbeklagte sowie der Zweitbeklagte.

Am 23.6.2008 bzw. 26.6.2008 schloss die Klägerin mit der Zielgesellschaft einen Vertrag über einen nicht revolving ausnutzbaren Kredit iHv € 2.300.000. Zu diesem Zeitpunkt standen die Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft im Eigentum der Altgesellschafter. Als Kreditzweck wurde im Kreditvertrag festgehalten: „Erwerb der Geschäftsanteile der (Altgesellschafter)“. Auf S 5 des Kreditvertrags ist festgehalten: „Wir haben davon Kenntnis, dass eine Umstrukturierung Ihres Unternehmens geplant ist und in diesem Zusammenhang (die Übernahmegesellschaft) 100% der Geschäftsanteile an Ihrem Unternehmen erwerben wird. Die Firma (Übernahmegesellschaft) verpflichtet sich bereits jetzt, uns diese noch zu übernehmenden Gesellschafteranteile zu verpfänden.“

Zur Besicherung der Kreditforderung der Klägerin wurden nachstehende Sicherheitenverträge geschlossen:

Sicherheiten der Zielgesellschaft: Mit Pfandbestellungsurkunde vom 26.6./7.7.2008 wurde eine Höchstbetragshypothek von € 2 Millionen auf einer Liegenschaft der Zielgesellschaft begründet.

Sicherheiten Dritter: In drei getrennten Garantieverträgen vom 26.6.2008 über-

nahmen die Beklagten und die Übernahmegesellschaft die Garantie, bis höchstens € 2.300.000 je Garantievertrag zu bezahlen.

Am 23.6.2008 hatte die Klägerin einem Rechtsanwalt, der die Beklagten schon zuvor beraten hatte, einen Treuhandauftrag erteilt. Die Kreditvaluta wurde von der Klägerin vereinbarungsgemäß dem Treuhandkonto des Treuhänders zugeführt.

Am 26.6.2008 schloss die Übernahmegesellschaft in Gründung mit den Altgesellschaftern der Zielgesellschaft einen Abtretungsvertrag. Der Treuhänder zahlte den Kaufpreis für die Geschäftsanteile an die Altgesellschafter aus, nachdem die Übernahmegesellschaft zu 100% Gesellschafterin der Zielgesellschaft geworden war. Die gesamte Kreditvaluta von € 2.300.000 erhielten die Altgesellschafter. Die Zielgesellschaft erhielt nichts.

Am 30.6.2010 wurde über das Vermögen der Zielgesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Klägerin stellte die Forderung aus dem Kreditvertrag fällig. Auf dem Kreditkonto haftete zu diesem Zeitpunkt ein offener Saldo von € 2.247.964,77 aus. Diese Forderung wurde auch im Konkursverfahren angemeldet.

Die *Klägerin* begehrt von den Beklagten € 1 Mio sA.

Die *Beklagten* wenden ein, dass der mit der Zielgesellschaft geschlossene Kreditvertrag wegen Verstoßes gegen § 82 GmbHG absolut nichtig sei. Auch ein abstrakt formulierter Garantievertrag sei unwirksam, wenn das Grundgeschäft gesetzwidrig sei und sich die Unwirksamkeit des Garantievertrags aus dem Verbotszweck ergebe. Das *Erstgericht* wies das Klagebegehren ab.

Das *Berufungsgericht* gab der dagegen von der Klägerin erhobenen Berufung Folge und änderte das Ersturteil iS einer Stattgebung ab.

Die *Revision* ist zulässig, weil es einer Klarstellung bedarf, wie sich die Nichtigkeit eines Kreditvertrags wegen Verstoßes gegen § 82 GmbHG auf Mithaftungen auswirkt. Sie ist jedoch nicht berechtigt.

1. Im Revisionsverfahren zieht die Klägerin zutreffend nicht in Zweifel, dass der mit der Zielgesellschaft geschlossene Kreditvertrag gegen § 82 GmbHG verstößt.

1.1. Seit der E 4 Ob 2078/96h (SZ 69/149 = JBl 1997, 108 [Hügel] [1]) entspricht es der Rsp des OGH (RS0105540, zuletzt 6 Ob 48/12w

[2]; s auch *Bauer/Zehetner* in Straube, GmbHG § 82 Rz 127), dass gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 82 GmbHG nicht nur durch die Bestellung von Sicherheiten für Dritte am Gesellschaftsvermögen (RS0105534), sondern auch dann verstoßen wird, wenn die Zielgesellschaft nicht bloß eine fremde Verbindlichkeit sichert, sondern selbst einen Kredit aufnimmt, um dem Käufer die Mittel für den Anteilserwerb zur Verfügung zu stellen (RS0105540).

1.2. Im hier zu beurteilenden Fall liegt in der Kreditaufnahme durch die Zielgesellschaft eine iSd § 82 Abs 1 GmbHG verbotene Einlagenrückgewähr an die Übernahmegesellschaft, die Alleingesellschafterin der Zielgesellschaft wurde. Die Übernahmegesellschaft hat sich durch die Kreditgewährung der Klägerin an die Zielgesellschaft die Kreditaufnahme zur Finanzierung des Anteilserwerbs an der Zielgesellschaft erspart. Es liegt ein Verstoß gegen § 82 GmbHG vor.

1.3. Eine „betriebliche Rechtfertigung“ dieser Einlagenrückgewähr (vgl dazu 6 Ob 271/05d JBl 2006, 388 [Artmann] [3]; *Bauer/Zehetner* in Straube, GmbHG § 82 Rz 127) ist nicht ersichtlich. Dass bei einer ex ante Betrachtung als möglich erwogen wurde, dass die Kreditraten aus den der Übernahmegesellschaft ausgeschütteten Gewinnen bezahlt werden können, ändert nichts daran, dass die Klägerin den Kreditvertrag mit der Zielgesellschaft, die dadurch unmittelbar aus dem Kreditvertrag verpflichtet wurde, schloss.

1.4. Nach hA zieht ein Verstoß gegen § 82 GmbHG absolute (6 Ob 132/10w; 6 Ob 29/11z [4] mwN), von Amts wegen wahrzunehmende Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich (4 Ob 2078/96h; 4 Ob 252/02s, 6 Ob 132/10w; *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR Rz 4/425; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 19 je mwN).

1.5. Normadressaten des in § 82 GmbHG und § 52 AktG enthaltenen Verbots der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter (Aktionär), grundsätzlich jedoch nicht ein Dritter. § 83 Abs 1 GmbHG und § 56 AktG räumen der Gesellschaft einen Rückgewährungsanspruch gegen den Gesellschafter (Aktionär) ein. Dritte sind jedoch bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig (RS0105536; RS0105537).

1.6. Diese grobe Fahrlässigkeit des Dritten wird in der E 4 Ob 2078/96h darin gesehen, dass sich dem Dritten der Missbrauch „geradezu aufdrängen“ musste.

Es besteht jedoch keine allgemeine Erkundigungs- und Prüfpflicht der Bank (als Dritte); sie muss nur dann nachfragen, wenn sich der Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr schon so weit aufdrängt, dass der Verdacht nahezu einer Gewissheit gleichkommt (6 Ob 271/05d; 9 Ob 25/08d [5]; 7 Ob 35/10p [6]; 6 Ob 29/11z ÖBA 2012/1818 [*Bollenberger*]; RS0105537; s auch *Karollus*, GesRZ 2011, 113; *Milchrahm*, wobl 2012, 222; *Bauer/Zehetner* aaO § 82 Rz 83).

1.7. Liegt Kollusion oder der für den Dritten bestehende dringende Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr vor, hat dies die Unwirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäfts zur Folge (vgl *Karollus*, GesRZ 2011, 113; 6 Ob 29/11z).

1.8. Im Anlassfall musste sich für die klagende Bank – die im vollen Bewusstsein, dass die Kreditgewährung an die Zielgesellschaft ausschließlich dem (sogar im Kreditvertrag als solchem bezeichneten) Zweck der Finanzierung des Anteilskaufs diene – der Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr im beschriebenen Sinn aufdrängen. Ihre grobe Fahrlässigkeit ist daher zu bejahen.

2. Die von der Klägerin und dem Berufungsgericht für die Bejahung der Wirksamkeit sämtlicher, auch akzessorischer Sicherheiten ins Treffen geführte E 6 Ob 200/06i ist nicht unmittelbar einschlägig:

Dieser Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, der dem von den Beklagten vorgeschlagenen, von der Klägerin aber abgelehnten Finanzierungsmodell I entsprach: Der Kreditvertrag wurde zwischen der Übernahmegesellschaft und der Bank geschlossen; die Zielgesellschaft und der im Verfahren beklagte Gesellschafter der Übernahmegesellschaft bestellten Sicherheiten. Bei dieser Konstellation war gerade nicht der Kreditvertrag selbst, sondern nur die Sicherheitenbestellung durch die Zielgesellschaft nichtig. Weder das Akzessorietätsprinzip noch Kapitalerhaltungsvorschriften bedingen die Unwirksamkeit der Bürgschaft durch den Gesellschafter für einen der Übernahmegesellschaft wirksam eingeräumten Kredit.

Davon unterscheidet sich der hier zu beurteilende Fall dadurch, dass die Zielgesellschaft den Kreditvertrag selbst schloss.

3. Die Ausführungen der Klägerin in ihrer Revisionsbeantwortung, dass bei Teilnichtigkeit eines einheitlichen Vertrags im Zweifel der „Restgültigkeit“

[1] ÖBA 1997, 193.

[2] ÖBA 2013, 601 mit Anm von *Wolkertorfer/Gebetsberger*.

[3] ÖBA 2006, 293 mit Anm von *Karollus*.

[4] ÖBA 2012, 460 mit Anm von *Bollenberger*.

[5] ÖBA 2010, 540.

[6] ÖBA 2011, 195.

des nicht wichtigen Teils der Vorzug zu geben sei, lassen zwar außer Acht, dass der Kreditvertrag mit der Zielgesellschaft gerade nicht teilmichtig, sondern – wegen Verstoßes gegen § 82 GmbHG – insgesamt nichtig ist.

Im Ergebnis ist der Einwand aber berechtigt, weil die Klägerin ihr Begehren erkennbar auch darauf gestützt hat, dass die Beklagten und die ursprünglich dritt-beklagte Übernahmegesellschaft „wirtschaftlich keine Interzedenten“ seien; sie hätten die Verträge mit der Klägerin wegen einer eigenen, materiellen Schuld geschlossen. Die Kreditaufnahme habe unmittelbar dem Anteilserwerb der Beklagten, abgewickelt über die in ihrem Eigentum stehende Übernahmegesellschaft, gedient.

Aus folgenden Erwägungen ist jedenfalls die Übernahmegesellschaft (auch) als Kreditschuldnerin anzusehen:

3.1. Die vertragliche Ausgestaltung des Finanzierungsmodells II durch die vier Beteiligten (Bank, Zielgesellschaft, Übernahmegesellschaft und beklagte Parteien) ist im Wege der Vertragsauslegung dann als Einheit zu beurteilen, wenn sich dies aus der übereinstimmenden Parteienabsicht erschließen lässt. Das ist hier der Fall: Der festgestellte Vertragszweck ging dahin, dass der Erwerb der Anteile an der Zielgesellschaft zunächst von dieser finanziert werden sollte. Aus erhofften Gewinnen des Unternehmens waren die Kreditrückzahlungen beabsichtigt. Die von der Bank verlangten und auch vereinbarten Sicherheiten können nicht losgelöst vom Kreditvertrag, sondern nur im Zusammenhang mit dem Vertragszweck des Finanzierungsmodells beurteilt werden, das wirtschaftlich betrachtet zum Erwerb der Zielgesellschaft durch die Beklagten unter Zwischenschaltung der Übernahmegesellschaft führen sollte. Unter diesem Gesichtspunkt sind die Garantieverträge vom 26.6.2008 auszulegen.

3.2. Nach dem Leitsatz zu RS0119014, der den Anwendungsbereich des § 25c KSchG betrifft, sind Personen, die gemeinsam und im gemeinsamen Interesse eine Verbindlichkeit eingehen, „echte“ Mitschuldner und nicht Interzedenten. In wessen Interesse die Übernahme einer Verbindlichkeit liege, sei aus der Sicht des Schuldners zu beurteilen. Komme die Kreditaufnahme auch dem Mithaftenden zugute, liege keine fremde Verbindlichkeit iSd § 25c KSchG vor.

3.3. Unter Berufung ua auf *P. Bydlinski* (ÖBA 2005, 52) stellten die Entscheidungen 3 Ob 111/08g (JBl 2009, 253 [insoweit zust *P. Bydlinski*] [7]) und 3 Ob 1/09g (SZ 2009/83) klar, dass dieser Leitsatz dahin zu konkretisieren ist, dass für die Klärung der Frage, ob eine materielle fremde Schuld besichert oder eine „echte“ Mit-

schuld eingegangen werden soll, das dem Gläubiger bekannte oder von ihm leicht erforschbare Innenverhältnis der beiden Schuldner maßgeblich ist. Eine materiell fremde Schuld ist dadurch charakterisiert, dass dem zahlenden Interzedenten ein Regressanspruch gegenüber dem Schuldner zusteht. Maßgeblich ist der Parteiwille, der – wenn er nicht ausdrücklich erklärt wird – aus den Umständen beim Vertragsabschluss zu erschließen ist. Wenn der Haftende nur eine Bürgschaft übernimmt, also sich im Vertrag mit dem Gläubiger für den Fall zur Zahlung verpflichtet, dass der Schuldner nicht zahlt (§§ 1346 ff ABGB), muss ein weitergehender Verpflichtungswille des Bürgen zur Übernahme einer eigenen materiellen Schuld aus zusätzlichen Umständen hervorgehen, etwa daraus, dass die dem Hauptschuldner gewährten Kreditmittel zum Ankauf einer Eigentumswohnung für beide Ehegatten verwendet werden sollen und dies auch beim Interzessionsgeschäft offen gelegt wird. Der Verwendungszweck muss bei Eingehen der Verbindlichkeit dem Gläubiger zumindest bekannt sein. Nur in einem solchen Fall kann iSd zitierten Leitsatzes davon die Rede sein, dass die Personen „gemeinsam und im gemeinsamen Interesse“ eine Verbindlichkeit als „echte“ Mitschuld eingehen.

Auch in Folgeentscheidungen wurde betont, dass eine materielle fremde Schuld vorliegt, wenn dem Interzedenten ein Regressanspruch gegen den ursprünglichen Schuldner zusteht (4 Ob 205/09i SZ 2010/38 [8]; 8 Ob 5/11k [9] ua).

3.4. Unter Zugrundelegung dieser Auffassung, an der festzuhalten ist und die auch außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG – dem die Übernahmegesellschaft nicht unterliegt – für die Abgrenzung der „echten“ Mitschuld von der Interzession fruchtbar gemacht werden kann, sind jedenfalls die von der Übernahmegesellschaft übernommenen Haftungen als materiell eigene (Kredit-) Verbindlichkeiten der Übernahmegesellschaft zu qualifizieren: Sie lukrierte den unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil aus dem Kreditvertrag. Die Kreditvaluta wurde zur Gänze mit Wissen und im Einvernehmen mit der Klägerin für die Begleichung des von der Übernahmegesellschaft geschuldeten Anteilskaufpreises verwendet. Schon wegen der Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG hätte die Übernahmegesellschaft bei Inanspruchnahme durch die Klägerin keinen Regressanspruch gegen die Zielgesellschaft.

Dass formell nur die Zielgesellschaft, nicht aber, wie von den Beklagten ursprünglich beabsichtigt („Finanzierungsmodell I“), die Übernahmegesellschaft Kreditschuldnerin wurde, lag ausschließlich darin begründet, dass die Kläge-

rin – irrig – davon ausging, dass eine unmittelbare Kreditaufnahme durch die Übernahmegesellschaft gegen § 82 GmbHG verstoße. Nur aus diesem Grund unterblieb nach den Feststellungen die Realisierung des Finanzierungsmodells I. Die Auslegung des von der Übernahmegesellschaft geschlossenen Garantievertrags im gebotenen Zusammenhang aller Verträge, die im Rahmen des Finanzierungsmodells II geschlossen wurden, führt daher zur Beurteilung, dass die Übernahmegesellschaft eine eigene Kreditschuld gegenüber der Klägerin einging.

3.5. Damit ist aber auch dem Argument der Beklagten der Boden entzogen, dass wegen Unwirksamkeit des Kreditvertrags mit der Zielgesellschaft auch keine Haftungen der Beklagten als Interzedenten aus den Garantieverträgen bestünden, weil die Unwirksamkeit des Grundgeschäfts „evident“ sei: Selbst unter Zugrundelegung, dass die Beklagten, die mittelbar über die von ihnen gehaltenen Geschäftsanteile an der Übernahmegesellschaft die Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft erwarben, ihrerseits als Interzedenten zu behandeln wären, müssten sie sich das gültige Grundgeschäft zwischen der Klägerin und der Übernahmegesellschaft entgegen halten lassen.

3.6. Im Ergebnis zutreffend ist somit das Berufungsgericht unter Verweis auf die E 6 Ob 200/06i von der Wirksamkeit der von den Beklagten geschlossenen Sicherheitenverträge ausgegangen, weil im Anlassfall die Übernahmegesellschaft materiell-rechtlich ebenfalls als Kreditschuldnerin anzusehen ist und die von den Beklagten übernommenen Haftungen nach der maßgeblichen Parteienabsicht jedenfalls auch der Besicherung der eigenen, von der Übernahmegesellschaft begründeten Verbindlichkeit dienten.

4. Ob die Beklagten selbst überhaupt Interzedenten sind, behahendenfalls, ob sie sich als Gesellschafter der Übernahmegesellschaft, für deren materiell eigene Kreditschuld sie Haftungen übernehmen, auf die §§ 25c und 25d KSchG berufen könnten (vgl 2 Ob 169/11h ÖBA 2012/1838 [*P. Bydlinski*]; 4 Ob 232/12i [10]), bedarf keiner Prüfung, weil dem Klagebegehren auch unter Zugrundelegung der Anwendbarkeit der §§ 25c und 25d KSchG stattzugeben ist:

4.1. In der E 8 Ob 61/05m (ÖBA 2006/1331 [zust *P. Bydlinski*]) verneinte der OGH eine Aufklärungsobliegenheit des

[7] ÖBA 2009, 234.

[8] ÖBA 2010, 610 mit Anm von *Apathy*.

[9] ÖBA 2011, 598.

[10] ÖBA 2013, 663 mit Anm von *Weber*.

Kreditgebers, wenn der Interzident, der überdies selbst die Kreditverhandlungen für den Hauptschuldner eigenverantwortlich führte, über dessen Finanzlage zur Gänze unterrichtet ist. Diese Auffassung wurde in Folgeentscheidungen bekräftigt (RS0120255; zuletzt 3 Ob 34/13s).

4.2. Sowohl über die Finanzlage der von den Beklagten selbst zum Zweck des Anteilserwerbs gegründeten Übernahmegesellschaft als auch über die Finanzlage der Zielgesellschaft, aus deren an die Übernahmegesellschaft auszuschüttenden Gewinnen die Kreditrückführung geplant war, waren die Beklagten vollständig informiert. Diese Art der Kreditrückführung hätte auch nicht gegen § 82 GmbHG verstoßen.

4.3. Die Verletzung einer die Klägerin treffenden Aufklärungsobliegenheit liegt daher nicht vor.

4.4. Auf eine Mäßigung ihrer Verbindlichkeit gemäß § 25d KSchG können sich die Beklagten schon wegen ihres massiven wirtschaftlichen Eigeninteresses an der von ihnen aktiv betriebenen Kreditvergabe nicht berufen. Allein der Nutzen, den die Beklagten aus der Kreditgewährung zogen, in Verbindung damit, dass kein einziges der in § 25d Abs 2 KSchG aufgezählten Kriterien auf die Beklagten zutrifft, schließt eine Mäßigung ihrer Verbindlichkeit aus (vgl 8 Ob 100/03v [11]; 6 Ob 210/08p).

5. Auch der Irrtumseinwand ist unberechtigt:

5.1. Dazu führt die Revision im Wesentlichen nur aus, bei Wirksamkeit der von der Zielgesellschaft eingegangenen Pfandhaftung würden die Beklagten von der Klägerin nicht in Anspruch genommen; ohne den von ihr veranlassten Irrtum hätten die Beklagten auf dem von ihnen ursprünglich vorgeschlagenen Finanzierungsmodell I beharren können. Die Befriedigung der Klägerin wäre dann aus der von der Zielgesellschaft verpfändeten Liegenschaft erfolgt.

Dabei übersehen die Beklagten zunächst, dass die bei dem Finanzierungsmodell I vorgesehene Pfandhaftung der Zielgesellschaft ebenfalls wegen Verstoßes gegen § 82 GmbHG unwirksam gewesen wäre. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Beklagten bei Realisierung des Finanzierungsmodells I besser gestellt wären.

5.2. Zu den Voraussetzungen für eine Irrtumsanfechtung (§ 871 ABGB), insb zur Irrtumsveranlassung durch die Klägerin, führt die Revision nichts aus. Auf

einen gemeinsamen Irrtum (RS0016230; 6 Ob 334/00m) wird nicht abgestellt.

5.3. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass für den Bereich zwingenden Rechts ein Rechtsfolgenirrtum unbeachtlich ist, entspricht der Rsp (RS0008653 [T2]). Warum dieser bei zwingenden Bestimmungen des Mietrechts (5 Ob 607/84 SZ 57/194 uva) und des Arbeitsrechts (8 ObA 26/00g) geltende Grundsatz bei zwingendem Gesellschaftsrecht nicht anwendbar sein soll, wird in der Revision nicht näher begründet.

6. Das primär auf die Garantieverträge gestützte Zahlungsbegehren der Klägerin, das der rechnerischen Höhe nach unbestritten blieb, ist daher, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannte, berechtigt.

Anmerkung:

1. Manchmal sind die Gerichte wahrlich nicht zu beneiden. Der Rechtswissenschaftler kann sich die Probleme aussuchen, mit denen er sich beschäftigen möchte; die Gerichte müssen nehmen, was kommt. Und das ist in diesem Fall ein zugleich im Gesellschafts-, Kredit- und Kreditsicherungsrecht angesiedeltes vielpersonales rechtsgeschäftliches Konglomerat. Wie nicht selten resultieren einige der rechtlichen Kernprobleme aus der (über-)großen Phantasie der beteiligten Sachkundigen (Steuerberater, Bankmitarbeiter), die es aber nicht geschafft haben, die rechtlichen Rahmenbedingungen einzuhalten, obwohl sie sich der grundsätzlichen Problematik offensichtlich durchaus bewusst waren. (Ob es primär steuerrechtliche Gründe waren, die für die schließlich gewählte Konstruktion sprachen, kann ich nicht beurteilen.)

2. Dabei hätte alles so einfach sein können. Zwei Personen wollten auf Kredit Geschäftsanteile an einer GmbH, der im Verfahren sog *Zielgesellschaft*, erwerben. Sie hätten zu diesem Zweck – allenfalls gemeinsam – einen Kredit aufnehmen und diesen auf Wunsch der kreditierenden Bank mit ihren Liegenschaften sowie den erworbenen Geschäftsanteilen besichern können. Aber da sie die Rückführung des (hohen) Kredits mit Hilfe von aus der Zielgesellschaft stammenden Vermögenswerten erreichen wollten, und vielleicht auch, weil die kreditierende Bank an zusätzlichen Sicherheiten aus dem Vermögen dieser GmbH interessiert war, wurde schließlich ein extrem komplizierter Weg (Finanzierungsmodell II) gewählt: Gründung einer Übernahmegesellschaft, an der (nur) die Erwerbsinteressenten beteiligt waren, wobei diese Gesellschaft alle Anteile an der Zielgesellschaft übernehmen sollte, Kreditaufnahme durch die

Zielgesellschaft selbst und Besicherung der Bank auf jede in concreto nur mögliche Weise, unter anderem auch durch die Abgabe von – jeweils auf die gesamte Kreditsumme lautenden – Garantieerklärungen der beiden Anteilserwerbsinteressenten. Nachdem auch wirtschaftlich alles schiefgegangen war, wurden diese beiden (natürlichen) Personen mit dieser Entscheidung des 3. Senats schließlich auch rechtskräftig zur vollständigen Zahlung des eingeklagten Teils der Kreditsumme (eine Million Euro) zur gesamten Hand verurteilt.

3. Dabei ging der OGH wie die Vorinstanzen davon aus, dass der (zwischen klagender Bank und Zielgesellschaft abgeschlossene) Kreditvertrag wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 Abs 1 GmbHG) nichtig sei. Die überlegenswerte Konsequenz, dass von dieser Nichtigkeit auch die (nicht akzessorischen) Garantiehaftungen zumindest dann infiziert würden und deshalb ebenfalls nichtig sind, wenn sich der Bank der Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr hätte aufdrängen müssen – ein solches Aufdrängen bejaht der 3. Senat –, wird durch einen Kunstgriff verhindert. Er besteht in der *Annahme einer eigenen Kreditschuld (auch) der Übernahmegesellschaft gegenüber der Bank*; und für diese Schuld sei eine Haftungsübernahme durch die beiden Beklagten unter dem Aspekt der verbotenen Einlagenrückgewähr unbedenklich.

4. Den ursprünglichen Plan einer näheren Befassung mit Details der aktuell wieder im Zentrum des Interesses stehenden gesellschaftsrechtlichen Vorfrage (verbotene Einlagenrückgewähr und deren Konsequenzen) musste ich bald verwerfen, da ein solches Vorhaben im Rahmen einer Entscheidungsbesprechung nicht zu bewältigen ist (zur Problematik aus jüngster Zeit statt vieler OGH 6 Ob 48/12w ÖBA 2013, 601 *Walkerstorfer/Gebetsberger* = GesRZ 2013, 230 *Thurnher* = *ecolex* 2013, 638 *Hörlsberger/Rieder*; *Schopper*, FS Fenyves, 2013, 1009; *Brugger*, NZ 2013, 208; *Karollus*, GES 2013, 283, jeweils mit reichen Nachweisen aus Judikatur und Literatur). Und möglicherweise ist das auch nicht im Einzelnen nötig, um zu einer Entscheidung über die eingeklagten Garantieansprüche zu gelangen. In der Folge beschränke ich mich auf zwei Fragen: 1. Wer ist als Kreditnehmerin (bzw Kreditschuldnerin) anzusehen? 2. Stehen den Garanten Einwendungen gegen die begünstigte Bank zu?

5. Zunächst ist also zu untersuchen, ob der kreditvertragliche Lösungsschritt des OGH Zustimmung verdient oder ob er das Vertragsrecht einschließlich der anerkannten Grundsätze der Vertragsauslegung iwS (einschließlich Umdeutung

[11] ÖBA 2004, 635.

usw) überstrapaziert. ME erscheint es zu kühn, die Übernahmegesellschaft als (Mit-)Kreditnehmerin anzusehen, wie das der 3. Senat offenbar tut, wenn er diese Gesellschaft „(auch) als Kreditschuldnerin“ ansieht. Die kreditierende Bank hat das Finanzierungsmodell I, in dem die Übernahmegesellschaft als Kreditnehmerin auftreten sollte, doch ausdrücklich abgelehnt und sich für das Modell II entschieden. Auch wenn ihr dabei eine rechtliche Fehleinschätzung unterlief, ist es mE methodisch nicht zulässig, den Kreditvertrag gerade *im ausdrücklich nicht gewollten Sinn* zu retten. Anders gesagt: Eine Umdeutung der zwischen Bank und Übernahmegesellschaft getroffenen Garantie- in eine Kreditvereinbarung – Umdeutung in einen bloßen Beitritt zur Kreditschuld der Zielgesellschaft würde ja nicht ausreichen, wenn man der Prämisse des OGH folgt, wonach der Kreditvertrag mit der Zielgesellschaft nichtig ist – muss ausscheiden, da die Bank im Vorfeld ausdrücklich erklärt hat, keinen Kreditvertrag mit der Übernahmegesellschaft schließen zu wollen, mag dieser Entschluss auch auf einer Fehleinschätzung der Rechtslage beruht haben. Umso weniger kommt es in Betracht, den mit der Zielgesellschaft geschlossenen Kreditvertrag als „in Wahrheit“ mit der Übernahmegesellschaft zustande gekommen anzusehen und/oder zu behandeln.

6. Doch sogar wenn man eine (kreditvertragliche) Rückzahlungsverpflichtung der Übernahmegesellschaft gegenüber der Bank ablehnt, sind die Garanten damit noch keinesfalls aus dem Schneider. Auch wenn das der 3. Senat so nicht ausdrücklich formuliert, können Personen, die eine *Garantiehafung* (auf erstes Anfordern) übernommen haben, ihrer Verurteilung zur Zahlung anerkanntermaßen nur mit dem *Einwand rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme* entgehen (dazu statt vieler *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht² V, 2009, Rz 3/106 ff). Dieser Einwand steht nur in Extremfällen zu; so etwa dann, wenn der Begünstigte weiß, dass er etwas verlangt, was ihm nicht gebührt und von ihm daher sofort wieder zurückzuerstatten wäre. Allgemeiner wird – unter Fruchtbarmachung des § 1295 Abs 2 ABGB – darauf abgestellt, ob zwischen den Interessen der Bank und den (allenfalls beeinträchtigten) Interessen des Garanten ein ganz krasses Missverhältnis besteht (siehe nur *Koziol* aaO Rz 3/106). Davon kann hier aber keine Rede sein. Die Bank hat ja jedenfalls Geld ausbezahlt und die Garantie dient dem Zweck, dass die Bank dieses Geld wieder zurückerhält. Hinzu kommt, dass die Zahlung der Bank zum wirtschaftlichen Vorteil der Garanten verwendet wurde, da „ihre“ Übernahmegesellschaft damit den Erwerb der

Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft bezahlt hat. Von einem krassen Interessenmissverhältnis zu Lasten der Garanten kann somit keine Rede sein.

[Aus diesem Grund muss wohl auch nicht näher geprüft werden, welche Ansprüche der Bank schon allein aufgrund der Auszahlung der Kreditsumme gebühren und gegen wen diese bestehen. Dazu nur so viel: Die Bank hat Gelder ausbezahlt und steht außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses. Daher darf eine Lösung nicht in Betracht kommen, die ihr unter Berufung auf das Verbot der Einlagenrückgewähr jeglichen Anspruch abspricht bzw der Zielgesellschaft das Recht gibt, sowohl die Rückzahlung der Kreditsumme zu verweigern (auch wenn sich die Bank auf Bereicherungsrecht stützt) als auch von ihrer Gesellschafterin, der Übernahmegesellschaft, gemäß § 83 Abs 1 GmbHG die Erstattung der ihr verbotenerweise zurückgewährten Einlage zu verlangen. Überhaupt muss es – bei ausreichender Solvenz der Beteiligten – primär oder doch zumindest im Ergebnis dazu kommen, dass der Gesellschafter das unzulässigerweise Erhaltene zur Gänze herausgibt (in diese Richtung etwa *Krejci*, FS Koppensteiner, 2001, 115, 127 f; *Karollus*, GES 2013, 289) und zugleich eine darüber hinaus gehende Besserstellung der GmbH im Vergleich zur Vermögenslage ohne Verletzung des § 82 GmbHG vermieden wird. Das ergibt sich bereits aus dem – eingeschränkten – Schutzzweck der §§ 82 f GmbHG, der bereits bei der Frage berücksichtigt werden könnte, wie weit die Nichtigkeitsfolgen eigentlich reichen bzw wer sich auf die Nichtigkeit des Kreditvertrages berufen kann.]

7. Somit bleibt nur mehr die Frage zu klären, ob sich die Garanten unter Berufung auf *Sondernormen des Verbraucherschutzrechts* ihrer Zahlungspflicht entziehen könnten. Der 3. Senat lehnt das (unter 4.4.) mit knapper, aber im Grundsatz zutreffender Begründung ab. Eine etwaige Verletzung von Informationsobliegenheiten der Bank gemäß § 25c KSchG kommt dann nicht in Frage, wenn der Interzedent im Detail über die Finanzlage des „Hauptschuldners“ informiert war. Bei § 25d KSchG würde ich die Akzente hingegen ein wenig anders setzen als der OGH, der auf das massive Eigeninteresse der beiden Garanten an der Kreditgewährung sowie darauf hinweist, dass keines der gesetzlichen Mäßigungskriterien des Abs 2 *leg cit* zugunsten der beklagten Garanten ausschlägt. Da jeder der beiden Garanten eine Garantiehafung für die volle Kreditsumme (€ 2,3 Mio) übernahm, ein Eigeninteresse aber wohl nur hinsichtlich der Hälfte bestand, da jeder der beiden offenbar zu 50% an der Übernahmegesellschaft beteiligt war, kann

der Nutzen jedes einzelnen Garanten aus der Kreditgewährung nicht mit je 100% angesetzt werden. Aber abgesehen davon, dass bei einer etwaigen Mäßigung wegen mangelnder Leistungsfähigkeit auch die übrigen Kriterien des Abs 2 eine Rolle spielen, wurde hier jeder Garant ohnehin auf weniger als auf 50% der übernommenen Garantiesumme, nämlich bloß auf € 1 Mio, belangt, so dass die Entscheidung auch unter diesem Aspekt im Ergebnis nicht zu beanstanden ist.

8. Abschließend möchte ich noch einige Bemerkungen zu einem ganz anderen, eher grundsätzlichen Problem machen; zugleich zu einem Stehsatz, der sich in der Judikatur seit langem findet und auch in der vorliegenden Entscheidung (unter 5.3.) schlicht wiederholt wird: Für den Bereich *zwingenden Rechts* soll ein *Rechtsfolgenirrtum generell unbeachtlich* sein. Dieser Position steht eine ganze Reihe von Argumenten entgegen, die hier allerdings nur ganz knapp angesprochen werden können. So ist schon nicht zu sehen, warum zwischen dispositivem und zwingendem Recht differenziert werden sollte. Es geht jeweils um Verträge, die ein Teil ohne Irrtum nicht abgeschlossen hätte. Dafür spielt es keine Rolle, ob rechtsgeschäftliche Abweichungen möglich gewesen wären. Wer etwa glaubt, er unterliege als privater Verkäufer keiner Gewährleistungspflicht, weshalb er diesen Punkt überhaupt nicht in die Vertragsverhandlungen einbezieht, hätte unter Umständen ohne diesen Irrtum überhaupt nicht oder bloß zu einem höheren Preis abgeschlossen. Besonderen Schutz verdient er allerdings regelmäßig nur dann, wenn dem Partner ein – zumindest objektiver – Vorwurf gemacht werden kann, wenn dieser den Irrtum also veranlasst hat. Sowohl der Irrtum über die (dispositive) Gewährleistungspflicht als auch der über die Wirksamkeit mancher Regelungen, die zwingendem Recht widersprechen, betreffen nun aber ganz massiv den Geschäftsinhalt (und nicht bloß das Motiv zum Abschluss); etwa die Vorstellung des Vermieters, dass auf Vorschlag des Mieters vereinbarte Kündigungsregeln in einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen, dem MRG unterliegenden Mietvertrag wirksam sind. In solchen Fällen sprechen die besseren Argumente für Anfechtbarkeit, wenn ein solcher Vertragsabschluss wesentlicher Irrtum vom anderen Teil veranlasst wurde (idS etwa *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁶ [2013] Rz 8/14; zum Problemkreis näher *Rummel* in *Rummel*³ § 871 Rz 13). Bei arglistiger Täuschung sollte das wohl unbestreitbar sein; für den veranlassten, den Geschäftsinhalt betreffenden Irrtum darf mE aber nichts anderes gelten.

o. Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski, Graz