



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Hargassner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch Dr. Stephan Briem, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Imperial Kapitalbeteiligungs Gesellschaft mbH & Co KG, Hafferlstraße 7, 4020 Linz, vertreten durch Dr. Ludwig Beurle ua, Rechtsanwälte in Linz, wegen 29.455,80 EUR, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 21. Juni 2016, GZ 3 R 66/16w-14, womit über die Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Linz vom 27. Jänner 2016, GZ 29 Cg 75/15y-7, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.883,16 EUR (darin enthalten 313,86 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die beklagte Kommanditgesellschaft wurde mit Kommanditgesellschaftsvertrag vom 21. Mai 1973 (in der in Rede stehenden Fassung im Folgenden: KGV) gegründet. Als Komplementäre der Beklagten fungieren die Imperial Kapitalbeteiligungsgesellschaft mbH sowie (nunmehr) die IMPERIAL Holdinggesellschaft mbH. Am Vermögen der

Beklagten sind zahlreiche atypisch stille Gesellschafter beteiligt; mit den „Zeichnern“ schloss die Beklagte stille Gesellschaftsverträge (im Folgenden: SGV) ab. Ihr Unternehmensgegenstand ist die Entwicklung und Verwertung von kommerziell benutzten Immobilien sowie die Kapitalbeteiligung an Unternehmen dieser oder ähnlicher Branchen.

Die Klägerin hatte 462 atypisch stille Gesellschaftsanteile mit einem Nominale von gesamt 335.749,25 EUR an der Beklagten am Sekundärmarkt im Zeitraum 2001 bis 2006 von Dritten erworben. Mittlerweile hat die Klägerin ihre Anteile gekündigt.

Die von den atypisch stillen Gesellschaftern der Beklagten unterfertigten „Beitrittserklärungen“ verweisen auf „Allgemeine Aufnahmebestimmungen“ und den „Gesellschaftsvertrag“ (SGV), die beide auf der Rückseite der Beitrittserklärung abgedruckt waren:

„[...] Herr,, tritt mit dieser Erklärung der [Beklagten], Linz, als stiller Gesellschafter gemäß Gesellschaftsvertrag und den Allgemeinen Aufnahmebestimmungen bei.

Die Nominale eines Anteils beträgt öS 10.000,00, der Gewinn- und Beteiligungsfaktor 1,0. [...]“

Im SGV zwischen der Beklagten und ihren stillen Gesellschaftern – wie der Klägerin – heißt es auszugsweise wie folgt:

„VI.

Der stille Gesellschafter ist am Gewinn und Verlust nach Maßgabe seiner voll einbezahlten oder vorzeitig zugewiesenen 'IMPERIAL-Anteile' beteiligt. Als Grundlage der Berechnung der Beteiligung des stillen Gesellschafters wird die von einem Wirtschaftstreuhänder testierte Jahresbilanz herangezogen. Im übrigen sind für die Gewinn- und Verlustverteilung und Anteilsbewertung die Bestimmungen des Kommanditgesellschaftsvertrages vom 21. Mai 1973 in seiner jeweils gültigen Fassung maßgebend, d.h., daß der stille Gesellschafter diesbezüglich den Kommanditisten der

'[Beklagten]' gleichgestellt ist. Der stille Gesellschafter erklärt, den Kommanditgesellschaftsvertrag vom 21. Mai 1973 genau zu kennen und sich den ihn betreffenden Bestimmungen – insbesondere der §§ 3, 5, 7, 8, 13, 14, 17, 19, 25 und 27, ausgenommen des § 22 – zu unterwerfen, und zwar in der jeweils gültigen Fassung.

Haben zu einem Kündigungstermin mehrere stille Gesellschafter mit zusammen mehr als 10 % aller nominellen und einbezahlten Einlagen gekündigt, so hat die Gesellschaft das Recht, den Geschäftsanteil in bis zu acht Halbjahresraten auszubezahlen, welche der Liquidität der Gesellschaft angepasst sind. Die Raten werden von der Geschäftsführung dieser Kommanditgesellschaft festgesetzt. Das jeweilige Restguthaben ist mit 6 % zu verzinsen. Die Zinsen sind mit der letzten Rate fällig.

VII.

Nimmt die '[Beklagte]' weitere Personen als stille Gesellschafter in ihr Unternehmen auf, so werden diese ihren Vertragswillen in der Folge durch Beteiligungs- und Beitrittserklärungen kundtun. Der stille Gesellschafter hat eine Kapitaleinlage einzubringen, die mindestens Nominale öS 10.000.- oder ein Vielfaches davon beträgt. Die nominelle Einlage von öS 10.000.- wird als ein 'IMPERIAL-Anteil' bezeichnet.

Der Beitritt erfolgt:

a) [...]

b) oder durch Unterfertigung der Beteiligungserklärung in Form des Sparplanes, indem dem stillen Gesellschafter für die Zeichnung von jeweils zehn 'IMPERIAL-Anteilen' ein 'IMPERIAL-Anteil' mit dem Beteiligungsfaktor 1,0 vorzeitig zugeteilt wird, und zwar unabhängig von der geleisteten Einzahlung (Aufnahmegebühr und § 17 sind zu berücksichtigen). Für die Mindestbeteiligung (Zeichnung von fünf 'IMPERIAL-Anteilen') und für die Zeichnung von weniger als zehn 'IMPERIAL-Anteilen' wird ebenfalls ein 'IMPERIAL-Anteil' mit obigem Beteiligungsfaktor zugeteilt. Die monatlich geleisteten Einzahlungen werden einem Verrechnungskonto zugunsten des Zeichners gutgeschrieben, bis der Gegenwert eines 'IMPERIAL-Anteiles' erreicht ist. Dieser Betrag wird sodann für die Verrechnung des Anteiles verwendet. Das Verrechnungskonto wird mit 6 % p.a. Habenzinsen und mit 12 % p.a. Sollzinsen kontokorrentmäßig abgerechnet. Sofern die Marktverhältnisse über dem angeführten Sollzinssatz liegen, wird ein Zinszuschlag berechnet, der den allgemeinen üblichen Sätzen für Kontokorrentkredite angepaßt ist und vom Beirat genehmigt werden muß. Die vorzeitig zugeweilten Anteile werden unabhängig von der Höhe der Einzahlung wie

voll einbezahlte Anteile behandelt und nehmen an der Wertentwicklung teil. Die Laufzeit der Einzahlung beträgt maximal 20 Jahre. Der stille Gesellschafter erklärt durch Unterfertigung der Beteiligungserklärung, die Allgemeinen Aufnahmebestimmungen, insbesondere auch hinsichtlich des Rücktrittsrechtes der Gesellschaft, genauestens zu kennen und sich diesen Bestimmungen vollinhaltlich zu unterwerfen.

Der Beitritt gemäß lit. a) und b) dieses Vertragspunktes bedarf in jedem Fall der schriftlichen Annahme durch die Gesellschaft. Nach Unterzeichnung der Beitritts- oder Beteiligungserklärung ist der stille Gesellschafter in das Anteilsbuch der '[Beklagten]' gemäß § 27 Kommanditgesellschaftsvertrag einzutragen. Mit dem Beitritt zur '[Beklagten]' ist der stille Gesellschafter in jedem Fall an den stillen Reserven und am Firmenwert (good will) nach Maßgabe seiner bar und voll einbezahlten oder vorzeitig zugewiesenen 'IMPERIAL-Anteile' mit dem Beteiligungsfaktor 1,0 beteiligt, am Gewinn und Verlust nur bis zur Höhe seiner Einzahlungen auf 'IMPERIAL-Anteile'."

Im KGV, dessen Bestimmungen teilweise auch im Verhältnis zu den stillen Gesellschaftern im SGV für anwendbar erklärt werden, heißt es auszugsweise wie folgt:

„§ 5

Am Gewinn, Verlust und den stillen Reserven (Substanz) und am Firmenwert (good will) nehmen alle Gesellschafter (KG-Gesellschafter einschließlich der 'Komplementär-GmbH I' und stille Gesellschafter) nach Maßgabe folgender Bestimmungen teil:

a) Gewinn- und Verlustbeteiligung

Die Kommanditgesellschaftler sind am Gewinn und Verlust, an den stillen Reserven und am Firmenwert (good will) nach Maßgabe ihrer einbezahlten Einlage, die stillen Gesellschafter nach Maßgabe ihrer bar und voll einbezahlten oder vorzeitig zugewiesenen 'IMPERIAL-Anteile' ohne Berücksichtigung von Verlustminderungen beteiligt. Verluste werden nur bis zur Höhe der geleisteten Einzahlungen zugewiesen.

Jeder Gesellschafter (KG-Gesellschafter und stiller Gesellschafter) nimmt unabhängig vom Eintrittsdatum in die Gesellschaft, mindestens so lange an den Sonderabschreibungen, der Bildung der steuermindernden Rücklage und ähnlichem teil, bis diese zusammen mit der anteiligen normalen Absetzung für Abnutzung und eventuell echten Verlusten 60 % seiner Einlage erreicht haben. Haben hienach alle Gesellschafter die 60 % Verlustgrenze erreicht,

nehmen sie sodann darüber hinaus an den verbleibenden bzw. folgenden Gewinnen und Verlusten weiter teil.

b) Substanzbeteiligung (Beteiligung an den stillen Reserven)

Um die in den einzelnen Jahren angesammelten stillen Reserven entsprechend dem Eintrittsdatum der einzelnen Gesellschafter richtig zu berücksichtigen, wird jeder Kommanditeinlage nach Maßgabe der Einzahlung bzw. jedem bar und voll einbezahlten oder vorzeitig zugeteilten 'IMPERIAL-Anteil' ein Faktor zugeordnet, der vom Eintrittsdatum des Gesellschafters in die Gesellschaft abhängig ist und der die vorhandenen stillen Reserven der Gesellschaft berücksichtigt. Die Ermittlung dieses Faktors erfolgt unter Anwendung des im § 17 angeführten Fachgutachtens Nr. 45 des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation des Institutes für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder und zwar soweit es die Ermittlungen des Substanzwertes (Sachwertes) behandelt, gerundet jeweils auf 1/10 des Anteilswertes (z.B. Faktor 1.4).

Im Falle der Liquidierung wird ein verbleibender Mehr- oder Minderwert nach diesem Schlüssel verteilt.

§ 8

Die Höhe der Kapitaleinlage der 'Komplementär GmbH I' sowie der Kommanditeinlagen der Kommanditisten gemäß § 4 dieses Vertrages kann nur unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen des § 19 dieses Vertrages geändert werden.

Sämtliche Geldbewegungen (Entnahmen, Zuschreibungen nicht entnommener Reingewinne etc.) erfolgen über besondere Privatkonti der Gesellschafter, deren Höhe ohne Einfluß auf das Beteiligungsverhältnis (Gewinn, Verlust und stille Reserven – Substanz –) ist.

Allfällige Verluste sind – soweit sie die Kommanditisten anteilmäßig treffen – von den Kommanditeinlagen abzubuchen, jedoch mit der Verpflichtung, die Kommanditeinlagen durch nachfolgende Gewinne wieder aufzufüllen. Behebungen zu Lasten der Kapital- bzw. Kommanditeinlagen sind nur mit Zustimmung von Gesellschaftern gestattet, die zusammen mit mindestens 75 % beteiligt sind.

Der nach Abzug [...] verbleibende Gewinn oder Verlust wird wie folgt verteilt:

1. Alle Gesellschafter erhalten einen Vorwegbezug von 6 % p.a. ihrer am Jahresbeginn einbezahlten gewinn- und verlustberechtigten Einlage; [...]

2. Der danach verbleibende Restgewinn oder Verlust wird auf die Gesellschafter entsprechend der gewinn- und verlustberechtigten Einlage verteilt [...]

Von dem vorhin angeführten Jahresergebnis werden die Gewinnanteile oder Vorausgewinne (Zinsen) ausgeschüttet. Letztere werden halbjährlich am 30. Juni und am 31. Dezember eines jeden Jahres an die Gesellschafter ausbezahlt.

[...]

§ 17

Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, dann ist für die Auszahlung seines Anteiles die zum Ende des dem Stichtag des Ausscheidens vorangehenden Geschäftsjahres stattfindende Bewertung des Gesellschaftsvermögens (Wert der Unternehmung als Ganzes) maßgebend. Die Feststellung des Unternehmenswertes und daraus die Feststellung des Wertes des Gesellschaftsanteiles erfolgt unter Anwendung des Fachgutachtens Nr. 45 der Kammer der Wirtschaftstreuhänder (Betriebswirtschaftliche Richtlinien für die Ermittlung des Wertes von Unternehmungen). Bei Berechnung des Wertes des Anteiles des ausscheidenden Gesellschafters ist demnach auch der Firmenwert (good will) zu berücksichtigen. Sollte bei Anwendung des erwähnten Fachgutachtens der Wert des Anteiles niedriger sein als der Substanzwert (Sachwert) allein, so hat der ausscheidende Gesellschafter jedenfalls Anspruch auf Auszahlung des anteiligen Substanzwertes seines Anteiles. [...]

§ 27

Die 'Komplementär-GmbH I' und 'Komplementär-GmbH II' sind berechtigt, beliebig viele stille Gesellschafter in die '[Beklagte]' aufzunehmen. Die Kommanditisten erklären, den Inhalt des stillen Gesellschaftervertrages zu kennen und sind damit ausdrücklich einverstanden, daß die stillen Gesellschafter bezüglich ihrer Beteiligung am Gewinn, Verlust und stillen Reserven (Substanz) und Anteilen am Firmenwert (good will) ihnen gleichgestellt sind. Die stillen Gesellschafter nehmen an der Gesellschafterversammlung nicht teil und haben auch kein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung. Zur 'ordentlichen Gesellschafterversammlung' sind jedoch die stillen Gesellschafter einzuladen und ist ihnen von der Geschäftsführung ein Bericht über das vergangene Geschäftsjahr zu geben. Sie sind aber wie die übrigen Gesellschafter der Kommanditgesellschaft in das Anteilsbuch aufzunehmen, in welches alle Gesellschafter (Komplementäre, Kommanditisten, stille Gesellschafter) mit Namen, Beruf und Anschrift und die von ihnen geleistete Einlage einzutragen sind. Weiters ist zu vermerken, wenn ein Gesellschafter diese Funktion als Treuhänder ausübt. Die Gesellschafter sind berechtigt, in das Anteilsbuch während der jeweiligen

Geschäftsstunden Einsicht zu nehmen. Dieses Einsichtsrecht bezieht sich jedoch nur auf sie selbst persönlich betreffende Daten.“

Einen Bilanzgewinn erzielte die Beklagte während der gesamten Geschäftstätigkeit nie. Lediglich in folgenden Jahren erzielte die Beklagte einen „Bilanzgewinn vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“: 1995 (563.000 EUR), 1996 (2.911.000 EUR) und 1997 (4.474.000 EUR); in den übrigen Jahren war selbst der „Bilanzgewinn vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“ negativ. Das „Jahresergebnis vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“ betrug 1995 1.620.579,77 EUR, 1996 2.348.259,13 EUR und 1997 1.563.135,09 EUR; an die stillen Gesellschafter wäre in diesen Jahren jeweils ein Betrag von mehr als 5.800.000 EUR zu zahlen gewesen.

Darüber hinaus erwirtschaftete die Beklagte 2013 einen Jahresfehlbetrag von 1.455.000 EUR; zum 31. Dezember 2013 betrug der Bilanzverlust 58.177.000 EUR.

Die Vorwegbezüge im Zeitraum 2001 bis 2008 wurden auf dem Verrechnungskonto der Klägerin gutgebucht. Auf dem Verrechnungskonto der Klägerin befindet sich per 31. Dezember 2014 ein Saldo von 29.455,80 EUR.

Mit Schreiben vom 20. Mai 2009 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie aufgrund der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 2 Ob 225/07p die Entscheidung getroffen habe, Ausschüttungen an atypisch stille Gesellschafter nur mehr dann vorzunehmen, wenn diese vom Reingewinn der Gesellschaft abgedeckt seien.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2015 kündigte die Klägerin ihre Anteile an der Beklagten mit Wirksamkeit per 2. Jänner 2016 und ersuchte um Auszahlung des Guthabens in Höhe des Klagsbetrags (29.455,80 EUR) auf ihrem

Verrechnungskonto binnen 14 Tagen.

Ein zu 3 St 55/12f der Staatsanwaltschaft Linz geführtes Ermittlungsverfahren gegen (unter anderem) die Beklagte wegen des Verdachts des (schweren) Betrugs und der Untreue wurde von der Staatsanwaltschaft Linz gemäß § 190 Z 2 StPO eingestellt. Über einen Fortführungsantrag gemäß § 195 StPO lag bis zum Schluss der Verhandlung noch keine Entscheidung vor.

Die **Klägerin** begehrt – gestützt auf § 8 Z 1 KGV und Punkt VII lit b SGV – die Zahlung des der Höhe nach außer Streit stehenden Klagsbetrags an Guthaben auf dem Verrechnungskonto. Er setzt sich einerseits aus Vorwegbezügen für den Zeitraum 2001 bis 2008 und andererseits aus Zinsen zusammen. Beim eingeklagten Betrag handle es sich um die vertraglich zugesagte sechsprozentige Mindestverzinsung und die vertraglich zugesagte sechsprozentige Verzinsung des Guthabensstands auf dem Verrechnungskonto. Die Klägerin begehrt in diesem Prozess nicht die Auszahlung ihres Abschichtungsguthabens. Die Vereinbarung einer Mindestverzinsung eines atypisch stillen Gesellschaftsanteils sei zulässig. Sofern die Mindestverzinsung nicht aus dem Gewinn gedeckt werden könne, führe sie zu einem entsprechenden Verlust im Unternehmen des Geschäftsherrn (Beklagte) und damit indirekt zu einem Wertverlust der Anteile der atypisch stillen Gesellschafter. Der Wertverlust des Nominales, den die Klägerin erlitten habe, betrage ca 95 %. Die Beklagte verweigere sowohl die Auszahlung der Abschichtungsguthaben als auch die Auszahlung der auf dem Verrechnungskonto gutgebuchten vertraglich zugesicherten Mindestverzinsung mit dem Argument, es handle sich dabei um eine „Einlagenrückgewähr“. Die

Kapitalerhaltungsvorschriften für Kapitalgesellschaften seien jedoch in keinem Fall auf die stille Gesellschaft anzuwenden, schon weil der stille Gesellschafter gemäß § 180 UGB zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage nicht verpflichtet sei. Gemäß § 182 Abs 2 UGB sei der stille Gesellschafter nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen. Da der Vorwegbezug, soweit er nicht durch einen Jahresgewinn gedeckt sei, ohnedies zur Verminderung des Abschichtungswerts des Anteils des stillen Gesellschafters führe, würde dieser sonst zweifach mit diesem Verlustanteil belastet, was auf eine Enteignung der Klägerin hinauslaufe. Die vertraglich zugesagte Vorwegverzinsung sei nie aus dem Bilanzgewinn der Beklagten finanziert worden, weil es im gesamten Geschäftsleben der Beklagten nie einen Bilanzgewinn gegeben habe. Rechtlich führte die Klägerin aus, die Rechtsprechungslinie des Obersten Gerichtshofs zu 2 Ob 225/07p sei abzulehnen. Überdies bestünden wesentliche Unterschiede zwischen der GmbH & Co KG einerseits und einer stillen Gesellschaft unter Beteiligung einer GmbH & Co KG andererseits. Bei einer atypisch stillen Beteiligung handle es sich um Fremdkapital, nicht um Eigenkapital. Die vertraglich zustehenden Beträge seien auf ein frei behebbares Privatkonto („Verrechnungskonto“) gebucht worden; allenfalls sei in diesem Zeitpunkt eine Einlagenrückgewähr erfolgt. Die Auszahlung dieses Guthabens könne selbst keine Einlagenrückgewähr mehr darstellen.

Die **Beklagte** wendete ein, sie verfüge über ein Kommanditkapital von 4.300 EUR. Die Einlagen der atypisch stillen Gesellschafter beliefen sich per 31. Dezember 2013 auf 96.062.078,32 EUR, nach entsprechender Verlustzuweisung auf 25.270.614,45 EUR bei einer Bilanzsumme von

56.785.567,73 EUR und Verbindlichkeiten von 15.883.099,40 EUR. Sie habe ihre Geschäftstätigkeit ganz entscheidend über die Einlagen der atypisch stillen Gesellschafter finanziert. Ab 1998 hätten die Vorwegbezüge bis zur Einstellung der Gewährung von Vorwegbezügen im Jahr 2009 überhaupt nicht mehr aus dem Bilanzgewinn der Beklagten finanziert werden können. Die Auszahlung von Vorwegbezügen sei von der Beklagten im Jahr 2009 eingestellt worden, weil sie aufgrund der Entscheidung 2 Ob 225/07p zur Auffassung gelangt sei, dass die Gewährung gewinnunabhängiger Vorwegbezüge durch eine GmbH & Co KG wie die Beklagte gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoße und daher rechtswidrig sei. Das Verbot der Einlagenrückgewähr sei analog auf die GmbH & Co KG anzuwenden. Der atypisch stille Gesellschafter einer GmbH & Co KG sei – wie auch in anderen Bereichen – dem Kommanditisten gleichzustellen. Die atypisch stille Beteiligung sei als Eigenkapital zu werten. § 182 Abs 2 UGB und § 83 Abs 1 S 2 GmbHG seien nicht einschlägig, weil es nicht um die Rückzahlung bezogener Gewinne gehe. Zudem seien Gutbuchungen auf dem Verrechnungskonto keine Verfügungen über einen Geldbetrag; der Klägerin sei keinerlei Verfügungsmöglichkeit über das interne Verrechnungskonto zugekommen. Die Vereinbarungen über die Gewährung gewinnunabhängiger Vorwegbezüge seien daher nichtig.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Es hielt – ungeachtet der Außerstreitstellung der Höhe des Klagebegehrens – das Klagebegehren mangels Aufschlüsselung für un schlüssig. Außerdem stünden folgende Gründe dem Anspruch entgegen: Ausgehend von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (8 Ob 2124/96w und 2 Ob 225/07p) sowie der überwiegenden Lehre rechtfertige es

der Gedanke des Gläubigerschutzes in Konstellationen wie der vorliegenden, in denen der Kapitalstock der Gesellschaft und damit der Haftungsfonds für die Gläubiger zum überwiegenden Teil aus Einlagen der stillen Gesellschafter bestehe, die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG und insbesondere das Verbot der Einlagenrückgewähr in gleicher Weise auf den atypisch stillen Gesellschafter der GmbH & Co KG wie auf den Kommanditisten anzuwenden. Die weitgehende Gleichstellung des atypisch stillen Gesellschafters mit dem Kommanditisten einer GmbH & Co KG durch das Höchstgericht in anderen Bereichen spreche für einen Gleichlauf auch im vorliegenden Bereich. Der bloße Stimmrechtsausschluss der stillen Gesellschafter laut § 27 des Kommanditgesellschaftsvertrags sowie der Charakter als Innengesellschaft seien aus Sicht des Gläubigerschutzes und der Kapitalstruktur der Gesellschaft irrelevant. Die begehrte Auszahlung der (gewinnunabhängigen) Vorwegbezüge sei eine unzulässige Einlagenrückgewähr; die dafür angezogene vertragliche Anspruchsgrundlage (in § 8 Z 1 des Kommanditgesellschaftsvertrags) sei nichtig. Gleiches gelte für die in Punkt VII. lit b des Gesellschaftsvertrags vorgesehene Verzinsung des Guthabens auf dem Verrechnungskonto. Da das Guthaben auf dem Verrechnungskonto nicht aus einem Bilanzgewinn stamme, sei die Klage wegen des Verbots der Einlagenrückgewähr abzuweisen.

Das **Berufungsgericht** gab dem Klagebegehren statt. Es sei nicht Aufgabe der Rechtsprechung, komplexe Fragen des Gläubigerschutzes in dafür anders angelegten Rechtsformen fortzuentwickeln. Die Frage der Eigenkapitalfunktion der Einlage der Klägerin und der Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsregeln der §§ 82 f

GmbHG auf den stillen Gesellschafter einer GmbH & Co KG müssten nicht abschließend beantwortet werden, weil das Geschäftsmodell der Beklagten mit ihren stillen Beteiligungen schon mangels Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung den Tatbestand einer verbotenen Einlagenrückgewähr nicht verwirkliche. Dem stillen Gesellschafter könne eine feste Verzinsung seiner Einlage neben einem Gewinnanteil oder sonst ein Mindestgewinn zugesagt werden. Daher sei die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte feste Verzinsung der Einlage mit 6 % sowie die festgelegte Verzinsung des Verrechnungskontos im Rahmen eines stillen Gesellschaftsvertrags erlaubt. Fraglich sei nach der Judikatur lediglich, ob dann, wenn der Unternehmensinhaber bei einer stillen Gesellschaft als Kapitalgesellschaft oder – wie hier – als GmbH & Co KG konstituiert sei, die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG zu beachten seien. Danach sei jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter in Vertragsform oder auf andere Weise, die den Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens bevorteile, unzulässig. Demnach könne nur eine objektive Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung (hier: zur Verfügung gestelltes Kapital gegen Zinsen) eine verbotene (verdeckte) Einlagenrückgewähr darstellen. Ob eine Zuwendung als verbotene Einlagenrückgewähr zu qualifizieren sei, hänge aber nicht allein vom objektiven Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ab. Nach der herrschenden Auffassung sei der Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr nämlich dann nicht erfüllt, wenn das Geschäft einem Fremd- oder Drittvergleich standhalte oder aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt gewesen sei. Im vorliegenden Fall finanziere die Beklagte ihre

Geschäftstätigkeit entscheidend über die Einlagen atypischer stiller Gesellschafter. Von einem Darlehen unterscheidet sich diese stille Beteiligung in erster Linie deshalb, weil der stille Gesellschafter auch an den Verlusten partizipiert (§ 5 KGV). Die Beklagte benötigte zur Finanzierung ihrer Geschäftstätigkeit jedenfalls Fremdkapital, habe sie doch durchwegs seit ihrer Gründung im Jahr 1973, mit Ausnahme der Jahre 1995 bis 1997, mit Verlusten gewirtschaftet. Die stillen Beteiligungen substituierten bei der Beklagten nötige Kredite. Ihnen komme daher eine Kreditfunktion zu. Eine verbotene Einlagenrückgewähr könnte bezogen auf die hier geltend gemachten Zinsen nur dann vorliegen, wenn der vereinbarte Zinssatz gegenüber einer anderen Finanzierungsform unangemessen hoch wäre. Das sei aber angesichts des gesetzlichen Zinssatzes von 4 % (§ 1000 ABGB), von 6 % im Wechsel- und Scheckrecht (Art 48 f WG; Art 45 f SchG) und von 9,2 % über dem Basiszinssatz bei Unternehmern (§ 456 UGB) nicht der Fall gewesen. Es bestünden keine Anhaltspunkte, dass der vertragliche Zinssatz von 6 % im hier zu beurteilenden Zeitraum gegenüber üblichen Kreditzinsen überhöht gewesen wäre. Die vereinbarte Vertragsklausel über den „Vorwegbezug von 6 % pa“ von der entrichteten Einlage und der für das Verrechnungskonto festgelegte Zinssatz stünden durchaus im Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Außerdem sei es auch der Beklagten gemäß § 9 KGV möglich, die vertragliche Beziehung zu kündigen. Die vereinbarte Verzinsung sei auch aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt. Sie verstoße daher nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Der Klägerin stehe daher gemäß Punkt VI. Satz 3 des Gesellschaftsvertrags iVm § 8 Z 1 des Kommanditgesellschaftsvertrags der vereinbarte Vorwegbezug

von 6 % der Einlage zu.

Das Berufungsgericht ließ die Revision zu, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehle, ob die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 82 f GmbHG auch auf den stillen Gesellschafter einer GmbH & Co KG anzuwenden seien.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richtet sich die **Revision** der Beklagten mit dem Antrag auf Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt in der Revisionsbeantwortung, die Revision (als verspätet) zurückzuweisen, hilfsweise der Revision nicht Folge zu geben.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

Die Revisionswerberin trägt vor, der Oberste Gerichtshof habe in der Entscheidung vom 29. Mai 2008, 2 Ob 225/07p (bestätigt in 6 Ob 171/15p), ausgesprochen, das für GmbH-Gesellschafter geltende Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 Abs 1 und § 83 Abs 1 GmbHG sei analog auf den (Nur-)Kommanditisten im Verhältnis zur verdeckten Kapitalgesellschaft anzuwenden. Dies müsse auch für atypisch stille Gesellschafter gelten, die wie im vorliegenden Fall den Kommanditisten vermögensmäßig völlig gleichgestellt seien. Der Oberste Gerichtshof habe in mehreren Entscheidungen den atypisch stillen Gesellschafter als Eigenkapitalgeber aus Gläubigerschutzgründen den Kommanditisten der GmbH & Co KG gleichgestellt. Dies sei auch in der einhelligen Lehre anerkannt und ergebe sich aus den Wertungen des EKEG. Der Mangel an sozietären Mitverwaltungsrechten der atypisch

stillen Gesellschafter sei irrelevant, vielmehr sei im Sinne der steuerrechtlichen Figur der „Mitunternehmerschaft“ die Übernahme des Unternehmerrisikos durch die Beteiligung am laufenden Erfolg und an den Vermögenswertsteigerungen (stille Reserven, Firmenwert) entscheidend. Die Schutzwürdigkeit der Gesellschaftsgläubiger sei unabhängig von Einflussrechten des Stillen gegeben. Im vorliegenden Fall seien die atypisch stillen Gesellschafter die wirtschaftlichen Eigentümer der Beklagten. Vom Kredit unterscheide sich deren Einlage durch deren Eigenkapitalcharakter. Es gehe hier nicht – wie das Berufungsgericht meine – um den Vorwurf der verdeckten Einlagenrückgewähr, bei dem die Drittvergleichsfähigkeit bzw die betriebliche Rechtfertigung zu prüfen seien. Es liege vielmehr ein offener Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor. Davon abgesehen lägen Drittvergleichsfähigkeit bzw betriebliche Rechtfertigung nicht vor. Sollte es entgegen der Auffassung der Revisionswerberin auf die Fremdüblichkeit ankommen, liege insoweit im angefochtenen Urteil eine Überraschungsentscheidung vor, weshalb das Berufungsverfahren mangelhaft sei.

Die Revisionsgegnerin wendet ein, die Vergleichbarkeit mit den Kommanditisten liege hier nicht vor, weil die atypisch stillen Gesellschafter von jeglicher Mitwirkung ausgeschlossen seien. Die Zusage der Auszahlung eines sechsprozentigen Vorwegbezugs sei betrieblich gerechtfertigt. Sollte diese Bestimmung wegen des Verbots der Einlagenrückgewähr nichtig sein, hätte dies die Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags zur Folge, die wechselseitigen Leistungen wären dann bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln. Die von der Beklagten behauptete Insolvenz bei Auszahlung des

sechszwanzigprozentigen Vorwegbezugs sei kein gerechtfertigter Grund, die Auszahlung zu verweigern.

Hierzu wurde erwogen:

1. Zur Rechtzeitigkeit

1.1. Die Revisionsfrist beträgt vier Wochen von der Zustellung des Berufungserkenntnisses an (§ 505 Abs 2 ZPO). Nach Wochen, Monaten oder Jahren bestimmte Fristen enden mit dem Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, der durch seine Benennung oder Zahl dem Tag entspricht, an dem die Frist begonnen hat (§ 125 Abs 2 ZPO). Bei Berechnung einer Frist, die nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, in den der Zeitpunkt oder die Ereignisung fällt, nach der sich der Anfang der Frist richten soll (§ 125 Abs 1 ZPO). Nach der Rechtsprechung kann § 125 Abs 2 ZPO nicht dahin verstanden werden, dass eine Frist von vier Wochen anders zu berechnen wäre als eine – nach § 125 Abs 1 ZPO zu berechnende – Frist von 28 Tagen. Die vierwöchige Frist endet vielmehr – wie eine solche von 28 Tagen – mit dem Tag, der seiner Bezeichnung nach dem Tag des fristauslösenden Ereignisses entspricht (RIS-Justiz RS0036530 [T5]).

1.2. Das Berufungserkenntnis wurde der Beklagten am Mittwoch, dem 6. Juli 2016 zugestellt. Die vierwöchige Frist würde nach den dargestellten Regeln am Mittwoch, dem 3. August 2016 enden.

1.3. Zwischen dem 15. Juli und dem 17. August sowie dem 24. Dezember und dem 6. Jänner werden die Notfristen im Berufungs- und Revisionsverfahren sowie im Rekurs- und Revisionsrekursverfahren gehemmt. Fällt der Anfang dieses Zeitraums in den Lauf einer solchen Notfrist oder der Beginn einer solchen Notfrist in diesen Zeitraum, so wird die Notfrist um die ganze Dauer oder um den bei ihrem

Beginn noch übrigen Teil dieses Zeitraums verlängert (§ 222 Abs 1 ZPO). Die Verwendung der Präposition „zwischen“ in § 222 Abs 1 ZPO (idF Budgetbegleitgesetz 2011) schließt ein Verständnis dahin, dass von dieser Formulierung auch der Anfangs- und Endtermin umfasst ist, keineswegs aus. Der 15. Juli und der 17. August sind daher jeweils mitzuzählen (RIS-Justiz RS0127140). Der Zeitraum vom 15. Juli bis 17. August umfasst daher 34 Tage. Verlängert man die am 3. August 2016 ablaufende Frist um 34 Tage, so ist der letzte Tag dieser Frist der 6. September 2016. An diesem Tag wurde die Revision elektronisch übermittelt, weshalb sie rechtzeitig ist.

2. Rechtsprechung

2.1. In der Entscheidung 8 Ob 624/88 SZ 63/124 = ecolex 1990, 675 (*Karollus* 669) = wbl 1990, 348 (*Dellinger*) wurde ausgesprochen, die völlige Personengleichheit der Geschäftsführer und Gesellschafter der Komplementär-GmbH und der Kommanditisten der KG bewirke als Konsequenz der engen gesellschaftsrechtlichen Verflechtung der aus diesen verschiedenen Rechtspositionen eigener Art erwachsenden Rechte und Pflichten allseitige gesellschaftsrechtliche Treue-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, die auch über die sonst typischerweise für die organschaftlichen Vertreter von Kapitalgesellschaften gezogenen Grenzen der Verantwortlichkeit hinausreichten. Dies zwingt dazu, für die personengleiche GmbH & Co KG im engeren Sinne sei die unmittelbare Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegenüber der Kommanditgesellschaft anzunehmen und zumindest in dieser Beziehung sei die KG im Innenverhältnis wie eine (einheitliche) Kapitalgesellschaft zu behandeln. § 25 GmbHG sei für die Haftung der Geschäftsführer der Komplementär-

GmbH gegenüber der KG analog anzuwenden.

Zur stillen Gesellschaft enthält die Entscheidung keine Aussage.

2.2. In der Entscheidung 8 Ob 12/93 SZ 66/111 beteiligte sich der Kläger als atypisch stiller Gesellschafter an einer GmbH & Co KG „als Mitunternehmer unter Einschluss der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, an den stillen Reserven und am Firmenwert“. Er begehrte aus Prospekthaftung die Rückzahlung des Ausgabepreises.

Der Oberste Gerichtshof führte aus, atypische stille Gesellschaften, deren Wesen darin liegen könne, dass abweichend vom gesetzlichen Regeltypus der stille Gesellschafter schuldrechtlich am Gesellschaftsvermögen nach Art eines Kommanditisten und/oder an der Geschäftsführung des Handelsgewerbes beteiligt werde, ihn somit rechtlich als Mitunternehmer im Sinn des Steuerrechts stellen, würden allgemein als zulässig erachtet. Die Publikums-KG könne nicht aus Prospekthaftung in Anspruch genommen werden. Bei der atypischen stillen Gesellschaft, bei der der stille Gesellschafter schuldrechtlich am Vermögen oder an der Geschäftsführung beteiligt sei, seien die Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaften anzuwenden. Der Kläger könne daher sein Gesellschaftsverhältnis zur erstbeklagten Anlage-Publikums-KG nur durch Kündigung aus wichtigem Grund mit Wirkung für die Zukunft rückgängig machen.

2.3. Die Entscheidungen 8 Ob 16/94 SZ 68/28 und 8 Ob 2035/96i hatten die Sittenwidrigkeit einer – im vorliegenden Fall nicht zu prüfenden – Abfindungsklausel für einen aus einer GmbH & Co KG ausscheidenden Kommanditisten zum Gegenstand.

2.4. In der Entscheidung 8 Ob 4/95 (8 Ob 5/95)

SZ 68/176 sprach der 8. Senat aus, für die atypische stille Gesellschaft sei die Beteiligung des stillen Gesellschafters am „Gesellschaftsvermögen“ und/oder an der Geschäftsführung entscheidend. Bei gegebener Beteiligung am „Gesellschaftsvermögen“ sei eine zusätzliche Beteiligung an der Geschäftsführung nicht maßgeblich. Die Stellung eines atypischen stillen Gesellschafters mit Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert stelle eine „stille Mitunternehmerschaft“ dar. Im Gesellschaftsvertrag werde der Ausdruck „Mitunternehmer“ mehrmals verwendet. Durch diese Mitunternehmerschaft werde ein Gläubigerrecht, aufgrund dessen ein Konkursteilnahmeanspruch als Konkursgläubiger gewährt würde, ausgeschlossen. Die Beteiligung sei Eigenkapital. Der zusätzlichen Erwägungen entsprechend den eigenkapitalersetzenden Forderungen, der Konkursteilnahmeanspruch des stillen Gesellschafters nach § 187 Abs I HGB sei teleologisch zu reduzieren, bedürfe es nicht, wenn schon durch die Stellung als atypischer stiller Gesellschafter eine Mitunternehmerschaft begründet und damit ein Konkursteilnahmeanspruch ausgeschlossen werde.

2.5. In den Entscheidungen 8 Ob 7/95 und 8 Ob 39/95 hielt der Oberste Gerichtshof an der Entscheidung SZ 68/176 fest und ergänzte, der atypisch stille Gesellschafter sei insofern wie ein Kommanditist zu behandeln.

2.6. Die Entscheidung 8 Ob 2124/96b SZ 69/166 (= ecolex 1996, 863 [*Reich-Rohrwig*]) knüpfte an die Entscheidung SZ 66/111 an und führte aus, der Pflichteinlage des an der Komplementär-GmbH nicht beteiligten „Nur-Kommanditisten“ komme auch gegenüber dieser Eigenkapitalcharakter zu. Dieselben Grundsätze gälten für die Ansprüche des atypisch stillen Gesellschafters einer GmbH & Co KG, dessen Stellung der eines Kommanditisten angenähert

sei.

2.7. In der Entscheidung 8 ObS 2107/96b SZ 69/208 (= DRdA 1997/31 [*Geist*]) knüpfte der 8. Senat an seine Vorentscheidungen SZ 66/111, 8 Ob 4, 5/95 und SZ 69/166 an und führte aus, atypisch stille Gesellschafter, deren Stellung der eines Kommanditisten angenähert sei, seien Kommanditisten gleichgestellt. Die Grundsätze über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen würden auch auf den atypischen stillen Gesellschafter angewandt. Sei der stille Gesellschafter wie hier am „Gesellschaftsvermögen“ beteiligt, sei er – gleichgültig, ob er auch an der Geschäftsführung entscheidend mitwirken könne – als atypisch stiller Gesellschafter zu beurteilen; es treffe ihn nämlich die durch das Unternehmerrisiko vermittelte Stellung als Mitunternehmer. Gewähre ein solcher atypischer stiller Gesellschafter ein Darlehen, liege unter den sonstigen oben erwähnten Voraussetzungen ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen vor, auf das die zu diesem entwickelten Grundsätze anzuwenden seien.

2.8. In den Entscheidungen 8 Ob 107/97m (ecolex 1997, 774 [*Fellner*]) und 8 Ob 112/97x (ecolex 1998, 36 [*Fellner*]; bestätigt durch 8 Ob 165/99v) waren der klagenden stillen Gesellschafterin im Gesellschaftsvertrag diverse Kontroll- und Zustimmungsrechte eingeräumt. Der Senat sprach unter Bezugnahme auf SZ 68/176, 8 Ob 7/95 und 8 Ob 39/95 aus, es liege keine atypische stille Gesellschaft vor, denn dazu wäre eine Beteiligung an den Steigerungen des Vermögenswerts entscheidend, wodurch eine Mitunternehmerschaft begründet werde, die einen Konkursteilnahmeanspruch ausschließe. Die weiters vertraglich vereinbarten Informationsrechte gingen nicht über die Großgläubigern üblicherweise gewährten Rechte hinaus.

In 8 Ob 107/97m heißt es weiter, ein Widerspruchsrecht zu ungewöhnlichen Geschäften allein mache die stille Gesellschaft noch nicht zu einer atypischen stillen Gesellschaft. Zusammengefasst handle es sich typologisch eher um ein langfristiges Darlehen mit einem an der Sekundärmarktrendite orientierten variablen Zinssatz als um eine Beteiligung als Gesellschafter bzw Mitunternehmer.

2.9. In der Entscheidung 8 Ob 114/02a ging es um den Konkursteilnahmeanspruch einer KG, die sich an der Gemeinschuldnerin als stille Gesellschafterin beteiligt hatte. Nach dieser Entscheidung wäre der Konkursteilnahmeanspruch der KG nur dann gänzlich verwehrt (RIS-Justiz RS0075202), wenn ihre Beteiligung als sogenannte atypische stille Gesellschaft zu beurteilen wäre. Eine derartige Beteiligungsform liege bei besonderer vom Gesetz abweichender vertraglicher Regelung des Innenverhältnisses vor, wodurch der stille Gesellschafter am „Gesellschaftsvermögen“ und/oder an der Geschäftsführung des Handelsgewerbes beteiligt werde. Unter Berufung auf die Entscheidung 8 Ob 4/95 = SZ 68/176 = RdW 1996, 113 = ZIK 1996, 71 = ecolex 1996, 459 sprach der Oberste Gerichtshof aus, bei gegebener Beteiligung am Gesellschaftsvermögen sei eine zusätzliche Beteiligung an der Geschäftsführung nicht maßgeblich. Die Stellung eines atypischen stillen Gesellschafters stelle eine „stille Mitunternehmerschaft“ dar, die durch die Übernahme von Unternehmerrisiko vermittelt werde. Eine eigene Mitunternehmerinitiative sei nicht erforderlich. Das Unternehmerrisiko werde regelmäßig indiziert durch die Beteiligung am laufenden Erfolg und an den Vermögenswertsteigerungen (stille Reserven, Firmenwert). Werde somit dem stillen Gesellschafter aufgrund des

Gesellschaftsvertrags auch eine Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert eingeräumt, so liege Mitunternehmerschaft und damit eine atypische stille Gesellschaft vor (RIS-Justiz RS0062141). Das vertraglich vorgesehene Recht der KG, bei einem Verkauf von Beteiligungen an den ungarischen Bauunternehmen 90 % des über den Nominalwert hinausgehenden Verkaufserlöses zu erhalten, könnte im Sinn einer Beteiligung auch an stillen Reserven und Firmenwert verstanden werden, judiziere doch der Verwaltungsgerichtshof, Mitunternehmerschaft liege auch dann vor, wenn die Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert nur für den Fall der Unternehmensveräußerung, nicht aber für den Fall des Ausscheidens des stillen Gesellschafters vereinbart sei. Ob diese steuerliche Sicht auch bei Prüfung des Konkursteilnahmeanspruchs gerechtfertigt ist, konnte der Oberste Gerichtshof jedoch offen lassen, weil die Klägerin ihre Forderungsanmeldung ausschließlich auf ein eigenes Forderungsrecht aufgrund des zwischen ihr und der Gemeinschuldnerin abgeschlossenen Garantievertrages gestützt hatte. Daher müsse nicht weiter geprüft werden, ob der KG allenfalls ein Auseinandersetzungsguthaben zustehen könnte oder ob sie doch aus den oben dargestellten Erwägungen als atypische stille Gesellschafterin anzusehen und damit von der Konkursteilnahme jedenfalls ausgeschlossen wäre.

2.10. Auch in der Entscheidung 10 Ob 73/04i (EvBI 2005/118) stellte der Oberste Gerichtshof darauf ab, dass der Kläger als atypisch stiller Gesellschafter an der Wertentwicklung (Gewinn und Verlust) des Geschäftsherrn voll teilnahm und ihm auch gewisse Kontrollrechte hinsichtlich der Beklagten zustanden. Dabei verwies der

erkennende Senat auf Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes. in denen atypisch stille Gesellschafter wie der Kläger als „Mitunternehmer“ und damit Eigenkapitalgeber qualifiziert wurden.

2.11. In 6 Ob 14/14y SZ 2014/125 (ecolex 2015, 128 [Brugger] = GesRZ 2015, 130 [Karollus]) wurde obiter ausgesagt, bei einer atypischen stillen Gesellschaft komme dem Gesellschafter Mitunternehmerschaft zu (keine Forderung als Insolvenzgläubiger).

2.12. In der Entscheidung 2 Ob 225/07p (= SZ 2008/74) hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen:

„Ist bei einer Kommanditgesellschaft kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so sind die Vorschriften über das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 Abs 1 und § 83 Abs 1 GmbHG auf die Kommanditgesellschaft im Verhältnis zu ihren Kommanditisten analog anzuwenden.“

2.13. Der Oberste Gerichtshof hat an dieser Rechtsprechung in den Entscheidungen 6 Ob 171/15p und 6 Ob 198/15h trotz Kritik in Teilen des Schrifttums ausdrücklich festgehalten (vgl RIS-Justiz RS0123863).

Zur Frage, ob das Verbot der Einlagenrückgewähr auch auf atypisch stille Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, analog anzuwenden ist, enthalten diese Entscheidungen keine Aussage.

3. Lehre

3.1. Die österreichische Literatur befasst sich mit der Problematik des atypisch stillen Gesellschafters als Eigen- oder Fremdkapitalgeber im Zusammenhang mit der Frage, wie Ansprüche aus der Beteiligung des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Geschäftsinhabers zu

behandeln sind, weiters im Zusammenhang mit einer etwaigen Qualifizierung eines vom Stillen dem Geschäftsinhaber gewährten Kredits als eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen sowie bei der Beurteilung, ob der atypisch Stille Adressat des Auszahlungsverbots nach § 82 GmbHG bzw § 52 AktG sein kann.

3.2. Nach *Hochedlinger* (in *Jabornegg/Artmann*, UGB² [2010] § 187 Rz 5 mwN und 10) ist die Einlage des Stillen als materielles Eigenkapital zu qualifizieren, wenn die Kriterien der Gewinnabhängigkeit (dh vor allem keine vereinbarte „Mindestverzinsung“) in Verlustjahren und – etwa aufgrund besonderer (Rangrücktritts-)Vereinbarung – der Nachrangigkeit im Insolvenzfall gegeben sind (unter Hinweis an *Eberhartinger*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen [1996] 66 ff; vgl auch *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB 1⁴ § 187 Rz 6). Bei einem vereinbarten „Mindestgewinn“ sei stets das Verbot der Einlagenrückgewähr zu beachten, wenn Unternehmensinhaberin eine Kapitalgesellschaft oder GmbH & Co KG im engeren Sinn ist (*Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 181 Rz 4 und § 186 Rz 9). Mindestgarantien (zB Mindestverzinsungen) bei atypisch stillen Beteiligungen seien in solchen Konstellationen in aller Regel wegen Verstoßes gegen Gläubigerschutzinteressen unwirksam. Der Ausschluss einer Verlustbeteiligung spreche indessen nicht gegen die Qualifikation als Eigenkapital (*Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 187 Rz 5; aA *Trenker* in *Torggler*, UGB² [2016] § 187 Rz 4; *A. Leitner*, Stille Gesellschaft und Eigenkapitalersatz, *ecolex* 1999, 399). In seiner neuesten Stellungnahme (Die GmbH & Still als Alternative zur GmbH & Co KG² In GedS Arnold, GmbH &

Co KG² [2016] 131 [148 ff]) betont *Hochedlinger* den abschließenden Charakter des § 10 EKEG.

3.3. *Trenker* (Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers, wbl 2011, 126, 129) weist darauf hin, dass die Einstufung der Einlage des atypisch stillen Gesellschafters als Eigenkapital eine Ausnahme von § 187 UGB bilde, die sich nur aus dem Gesetz oder angesichts dessen dispositiven Charakters aus dem Vertrag ergeben könne. Habe nun der stille Gesellschafter wie oftmals in den relevanten Entscheidungen die Tragung des Unternehmerrisikos im Wege eines ausdrücklichen Verlustausschlusses oder einer garantierten Rückzahlungsvereinbarung für sich ausgeschlossen, so könne ihm die Übernahme eines solchen nicht bloß aufgrund seiner Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert unterstellt werden. Dies sei eine Negierung des übereinstimmenden Parteiwillens und mit privatautONOMEN Grundsätzen nicht vereinbar. Eine vertraglich allenfalls beabsichtigte Einstufung als „Mitunternehmer“ beziehe sich nur auf das Steuerrecht, aus dem der Begriff ja auch stamme. Für den zivilrechtlichen Eigen- oder Fremdkapitalcharakter der Einlage lasse sich hieraus jedoch nichts ableiten. Im Übrigen hinke der aus Gläubigerschutzgründen aufgestellte Vergleich mit dem Kommanditisten, weil beim stillen Gesellschafter mangels Firmenbucheintragung einer bestimmten Haftsumme kein schutzwürdiges Vertrauen der Gläubiger entstehen könne.

3.4. *Berger* (Stille Beteiligungen im Konkurs des Geschäftsinhabers, RdW 1996, 403) spricht sich in seinem Aufsatz zu der Entscheidung 8 Ob 4, 5/95 für den Fall, dass zwischen dem atypisch Stillen und dem Geschäftsinhaber keine Rangrücktrittsvereinbarung getroffen wurde und auch

kein Fall der gesplitteten Einlage vorliegt, für eine Übernahme der BGH-Rechtsprechung aus: Die stille Einlage sei nur dann als Eigenkapital zu qualifizieren, wenn der Stille nicht nur vermögensrechtlich (Beteiligung am Gewinn, an den stillen Reserven und am Firmenwert), sondern auch hinsichtlich seiner Verwaltungsrechte einem Kommanditisten vergleichbar sei. Er wendet sich damit ebenfalls ausdrücklich gegen die Ansicht des Obersten Gerichtshofs, wonach es auf das Vorliegen einer steuerlichen Mitunternehmerschaft (Beteiligung an Gewinn, stillen Reserven und Firmenwert ausreichend) ankomme.

3.5. Auch andere Autoren sprechen sich gegen das Abstellen auf eine (steuerliche) Mitunternehmerschaft aus (*Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht [1998] 283 f; krit auch *A. Leitner*, *ecolex* 1999, 399; *Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB³ § 187 Rz 6). *Karollus* (*ecolex* 1996, 860) hält zwar in anderen Konstellationen (atypischer Pfandgläubiger) den Ansatz bei den erweiterten Verwaltungsbefugnissen für tragfähiger, räumt jedoch ein, dass die Abgrenzung des Obersten Gerichtshofs anhand der steuerlichen Mitunternehmerschaft aus Gründen der Rechtssicherheit sinnvoll sei, weil Beteiligungsmodelle in der Praxis gerade anhand steuerlicher Kriterien gestaltet würden.

3.6. Der Einfluss des Inkrafttretens des EKEG zum 1. Jänner 2004 (vgl zur alten Rechtslage *Straube/U. Torggler* in *Straube*, HGB³ § 187 Rz 6 f [Stand 1. Jänner 2003, rdb.at]) wird unterschiedlich beurteilt. *Nowotny* (in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/976) lehnt die Koppelung des Eigenkapitalcharakters der stillen Einlage an die steuerliche Mitunternehmerschaft in dieser Allgemeinheit ab. Die bisherige Rechtsprechung sei überholt, weil es durch § 10

EKEG nun klare Vorgaben gebe, unter welchen Voraussetzungen der Stille das Eigenkapitalrisiko zu tragen habe.

3.7. *Straube/V. Appl* (in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 187 Rz 7) beschränken sich auf den Hinweis, die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des EKEG werde wohl auch weiterhin anwendbar sein und zitieren in diesem Zusammenhang *Trenker, Trenker* (wbl 2011, 126 [130]) spricht sich jedoch für einen abschließenden Charakter des EKEG bezüglich der Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital aus und stützt dies auf die Intention des Gesetzgebers, mittels klar umschriebener Tatbestände Rechtssicherheit zu schaffen. § 10 EKEG hätte keinen Anwendungsbereich, wenn zum Eigenkapitalcharakter bereits jede noch so geringe stille Beteiligung am Unternehmenswert ungeachtet irgendwelcher Kontroll- oder Mitbestimmungsrechte genüge. Systematisch interpretiert ergebe sich der eindeutige Wille des Gesetzgebers, die Rechtsprechung zum atypisch stillen Gesellschafter dahingehend einzuschränken, dass die Rechtsfolgen des Eigenkapital-(ersatz-)rechts nur unter den Voraussetzungen des EKEG eintreten sollen (vgl auch *Trenker* in *Torggler*, UGB² § 187 Rz 5; so wohl auch *J. Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG [2004] 419 f; *Hochedlinger* in *Hochedlinger/Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/277 ff).

3.8. Nach *Dellinger* (in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 10 Rz 9) ändere sich auch durch das EKEG nichts an der Wertung, dass eine als Mitunternehmerschaft zu qualifizierende atypisch stille Beteiligung unabhängig vom Eigenkapitalersatzrecht zur Behandlung der stillen Einlage als Eigenkapital führe. Die dem stillen Gesellschaftsvertrag

entsprechende Behandlung atypisch stiller Beteiligungen als Eigenkapital beruhe eben nicht erst auf einer eigenkapitalersatzrechtlichen Umqualifizierung. Außerhalb eines Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens über das Vermögen des Geschäftsinhabers richteten sich die Rechtsfolgen einer atypisch stillen Beteiligung zunächst wieder nach dem Vertrag. Eine nicht schon unter diesem Aspekt unzulässige Leistung an den atypisch Stillen (zB Zinszahlung oder Rückzahlung der Einlage) könne aber nur dann unzulässig sein, wenn der atypisch stille Gesellschafter einem vom EKEG erfassten Gesellschafter gleichstehe (ebenso *Oberndorfer*. Zur Zulässigkeit einer Abfindungsgarantie zugunsten eines atypisch stillen Gesellschafter. RdW 2005, 476). Im Übrigen sei § 6 EKEG analog anzuwenden, wenn im Falle einer mehrgliedrigen atypisch stillen Gesellschaft (insbesondere bei Publikumsgesellschaften) zwar nicht ein stiller Gesellschafter allein die 25%ige Beteiligungsquote erreicht (was häufig der Fall sein wird), wohl aber mehrere oder alle Stillen gemeinsam, diesen zumindest gemeinsam (etwa durch einen gemeinsamen Vertreter) einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte zustehen.

3.9. Nach *Hochedlinger* (aaO 149) habe der Gesetzgeber mit dem EKEG hingegen Klarheit hinsichtlich der Frage schaffen wollen, unter welchen Voraussetzungen einem stillen Gesellschafter eine eigenkapitalersatzrechtliche Gesellschafterstellung zukomme. Dabei stelle das Gesetz – anders als die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des EKEG – nicht auf das (bloße) Vorliegen von Mitunternehmerschaft ab: Voraussetzung nach § 10 Abs 2 EKEG sei vielmehr, dass der Stille mit zumindest 25 % schuldrechtlich am Unternehmenswert eines sogenannten „erfassten

Gesellschafters“ beteiligt ist und ihm zumindest „einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte“ zustehen (Z 1 leg cit) oder der Stille einen „beherrschenden Einfluss“ (Z 2 leg cit) ausübe, wobei in letzterem Fall keine vermögensmäßige Beteiligung des Stillen gefordert sei. Eine Aufrechterhaltung der bisherigen Judikatur nach Inkrafttreten des EKEG würde zu einem Wertungswiderspruch führen: Die strengere Rechtsfolge der Einstufung als Eigenkapital würde für jede atypisch stille Mitunternehmerschaft gelten, die mildere Rechtsfolge der Nachrangigkeit der Insolvenzforderung hingegen lediglich für im Sinn des EKEG qualifiziert beteiligte stille Gesellschafter. Implizit hält auch *Schopper* (in *Schopper/Vogt*, EKEG § 10 Rz 4) die frühere Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs durch das Inkrafttreten des EKEG für überholt.

3.10. Nach manchen Autoren stehe der atypisch stille Gesellschafter wirtschaftlich einem Gesellschafter gleich und unterliege daher dem Kapitalerhaltungsgebot, wenn er gesellschaftergleiche Einflussrechte auf die Gesellschaft habe. Leistungen an ihn wären sodann eine verbotene Einlagenrückgewähr (*Sauer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum AktG² [2012] § 52 Rz 46; referierend *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ [2011] § 52 Rz 31).

3.11. Nach anderen Autoren ist der Kreis der von § 82 GmbHG erfassten Personen nicht in jedem Fall auf den atypisch stillen Gesellschafter auszudehnen (*Bauer/Zehetner* in *Straube*, WK-GmbHG § 82 Rz 81). Dieser habe zum Haftungsfonds nicht in gleicher Weise wie die Gesellschafter beigetragen, weil er nicht nur im Falle der Liquidation, sondern auch bei seinem Ausscheiden einen anteiligen Anspruch auf stille Reserven und Firmenwert habe. Die

Einlage sei nur schuldrechtlicher, nicht gesellschaftsrechtlicher Natur und stehe der Gesellschaft nicht zwingend dauerhaft zur Verfügung. Es sei daher nicht angebracht, ihn in gleicher Weise wie Gesellschafter dem § 82 GmbHG zu unterwerfen, weil seine Leistung nicht ebenso geschützt ist wie das von den Gesellschaftern übernommene Stammkapital. Da seine Leistung somit – je nach vertraglicher Vereinbarung – unproblematisch zurückgezahlt werden könne, gebe es auch keinen Grund, ihn im Rahmen des Schutzes des über das Stammkapital hinausgehenden Vermögens wie einen Gesellschafter zu behandeln. Er hafte daher nur wie ein sonstiger Dritter. Aufgrund seiner gesellschafterähnlichen Stellung sei er jedoch dafür beweispflichtig, dass keine Kollusion vorliege oder dass er nicht grob fahrlässig in Unkenntnis vom Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot durch einen Gesellschafter war (*Bauer/Zehetner in Straube, WK-GmbHG § 82 Rz 81*; abl auch *Auer in Gruber/Harrer, GmbHG [2014] § 82 Rz 20*).

3.12. J. Reich-Rohrwig (Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 419 f) sieht bei atypisch stillen Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft (und GmbH & Co KG ieS) für die Kapitalaufbringung und -erhaltung – insbesondere in Bezug auf gewinnunabhängige Entnahmen solcher atypisch stiller Gesellschafter, auf Rückzahlungen der Einlagen und auf die Liquidation des Unternehmens – dieselben Gefahren, wie sie in Zusammenhang mit den Kommanditisten einer GmbH & Co KG bestehen. Aus diesem Grund sei auch die Erstreckung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln auf diese atypisch stillen Gesellschafter gerechtfertigt. Nach Einführung des EKEG seien solche atypisch stillen Gesellschafter, für die die Kapitalerhaltungsvorschriften zu gelten haben, jedoch nur

jene, deren stille Einlagen als Eigenkapital oder eigenkapitalersetzend iSd § 10 EKEG anzusehen sind.

3.13. Auch nach *Karollus* (ecolex 1996, 860) ist die Erstreckung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln auf atypisch stille Gesellschafter gerechtfertigt.

3.14. Nach *Köppl* (Das Verbot der Einlagenrückgewähr unter besonderer Berücksichtigung Dritter [2014] 61 ff, 64; *dies* in *Torggler, GmbHG* [2014] § 82 Rz 14) sei der atypisch stille Gesellschafter immer dann in den Adressatenkreis des § 82 GmbHG einzubeziehen, wenn seine Einlage anhand der Kriterien des § 10 EKEG als Eigenkapital bzw Eigenkapitalersatz zu qualifizieren sei.

4. Zur Rechtslage in Deutschland

4.1. Rechtsprechung

4.1.1. Der Bundesgerichtshof befasst sich mit der Frage der Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts auf die atypisch stille Gesellschaft seit den 1980er Jahren. In der Entscheidung II ZR 36/84 NJW 1985, 1079 hatte der Gerichtshof zu beurteilen, ob ein atypisch stiller Gesellschafter einer Publikums-KG seine Einlage auch noch in der Abwicklung der stillen Gesellschaft voll zu leisten, oder die rückständige Einlage nur bis zur Höhe seines Verlustanteils zu erbringen habe, wie dies für den typischen stillen Gesellschafter der Fall wäre. Der Bundesgerichtshof entschied, dass die stille Einlage voll zu leisten sei, weil sie nach den getroffenen Vereinbarungen Teil der Eigenkapitalgrundlage der KG geworden sei und damit deren Gläubigern als Haftungsmasse zur Verfügung stehen müsse. Dies begründete er damit, dass den stillen Gesellschaftern in atypischer Weise weitreichende Befugnisse zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung und die

Gestaltung der KG eingeräumt wurden und sie im Wesentlichen den Kommanditisten gleichgestellt waren: So durften sie an der Gesellschaftsversammlung der KG teilnehmen und hatten insofern die gleichen Rechte wie Kommanditisten, als sie an der Wahl des Beirats, der die Geschäftsführung zu beraten und überwachen und über die zustimmungspflichtigen Geschäfte zu entscheiden hatte, beteiligt waren und damit mittelbar auf die Geschäftsführung Einfluss nahmen. Zudem waren die stillen Gesellschafter befugt, im Rahmen der Gesellschafterversammlung den Jahresabschluss festzustellen und über die Gewinnverteilung und -ausschüttung mitzubeschließen; selbst über die Auflösung der KG hatten sie mitzubestimmen. Die betreffenden Mitbestimmungsrechte hätten nach dem Bundesgerichtshof auch deshalb besonderes Gewicht, weil nach den in Frage stehenden Gesellschaftsverträgen die Gesamtheit der stillen Gesellschafter 57 % des stimmberechtigten Kapitals besitzen sollte und demgemäß die übrigen Gesellschafter überstimmen könnte. Dass die stillen Beteiligungen nach den Gesellschaftsverträgen mit besonderen Gewinnvorrechten verbunden waren und am Verlust der KG nicht teilnahmen, habe keine Auswirkungen auf die Qualifikation der stillen Einlagen als Eigenkapital.

4.1.2. In der Entscheidung II ZR 120/15 DStR 2016, 2914 = GWR 2017, 140 (*Jan Henrik Pesek*) ging es um die Frage, ob die atypisch stillen Gesellschafter im Zuge der Auseinandersetzung der mehrgliedrig stillen Gesellschaft empfangene Auszahlungen rückerstatten müssen, wenn ihr Kapitalkonto einen negativen Saldo aufweist. In diesem Fall waren die stillen Gesellschafter am Vermögen des Geschäftsinhabers (zunächst eine AG, im Klagszeitpunkt eine GmbH & Co KG) einschließlich der stillen Reserven unter

Berücksichtigung eines etwaigen Geschäftswerts (= Firmenwert) beteiligt. Ob dies für die Qualifikation der stillen Einlagen als Eigenkapital und dementsprechender Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften erforderlich war, kann der Entscheidung jedoch nicht eindeutig entnommen werden. Ausdrücklich erwähnte der Bundesgerichtshof als Kriterien, welche den Eigenkapitalcharakter der stillen Einlagen in betreffendem Fall begründeten, nämlich nur das Verhältnis des vom Geschäftsherrn eingelegten Kapitals (500.000 EUR) zur Höhe der stillen Einlagen (gesamt 150 Mio EUR) sowie den Umstand, dass die stillen Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag einem Kommanditisten vergleichbare Mitwirkungsrechte hatten, die ihnen weitreichende Befugnisse zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung und die Gestaltung der Kommanditgesellschaft einräumten.

4.1.3. Die Entscheidung IX ZR 191/11 NZI 2012, 860 = GWR 2012, 444 (*Dennis Lang*) = JuS 2012, 1131 (*Karsten Schmidt*) betraf die Frage, ob der atypisch stille Gesellschafter einer GmbH & Co KG nachrangiger Insolvenzgläubiger ist. In diesem Fall waren dem atypisch stillen Gesellschafter erheblich geringere Mitwirkungsrechte eingeräumt als den stillen Gesellschaftern in den beiden zuvor erwähnten Entscheidungen. Der Bundesgerichtshof stellte klar, dass es für die Qualifikation von Zahlungen des atypisch stillen Gesellschafters an die GmbH & Co KG als wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechende Leistungen darauf ankomme, ob die Befugnisse des Stillen denen eines *Kommanditisten* gleich seien. Die Stellung des Stillen bei der GmbH & Co KG müsse demgegenüber *nicht der eines GmbH-Gesellschafters* entsprechen, dies sei nur bei atypisch stiller Beteiligung an einer GmbH erforderlich. Der

Einfluss des stillen Gesellschafters einer GmbH & Co KG auf die Geschäftsführung könne hier anders als bei der stillen Gesellschaft mit einer GmbH von vornherein kein Gleichstellungskriterium sein, weil Kommanditisten nach dem gesetzlichen Leitbild des § 164 HGB ebenso wie ein stiller Gesellschafter von der Führung der Geschäfte ausgeschlossen seien.

Im konkreten Fall konnte sich der stille Gesellschafter vertraglich von den Angelegenheiten der Geschäftsinhaberin unterrichten sowie alle Bücher, Unterlagen und Betriebsprüfungsberichte einsehen. Seine vertraglichen Informations- und Kontrollrechte übertrafen die eines Kommanditisten nach § 166 HGB. Auch vermögensrechtlich war der atypisch stille Gesellschafter weitgehend den Kommanditisten gleichgestellt, weil er am Ergebnis, Vermögen und an den stillen Reserven der Gesellschaft beteiligt war. Hinsichtlich der Gewinnbeteiligung stand der stille Gesellschafter mit ausbedungenen festen Zinsen von sieben Prozent sogar besser als ein Kommanditist nach dem gesetzlichen Leitbild der §§ 168 I, 121 I HGB mit der gewinnabhängigen Vorausverzinsung seines Kapitalanteils von vier Prozent. Seine Verlustbeteiligung war vertraglich mit der Höhe seiner Einlage begrenzt. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs war in der gebotenen Gesamtbetrachtung die Rechtstellung des atypisch stillen Gesellschafters der eines Kommanditisten wirtschaftlich so nahe, dass seine Forderungen in der Insolvenz der Geschäftsinhaberin nach § 39 I Nr 5 InsO ebenso nachrangig seien wie ein Gesellschafterdarlehen.

4.1.4. Mehrere Entscheidungen betreffen die Rückforderung von Darlehen, welche der atypisch stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber (der GmbH) – ohne

ausdrückliche Nachrangvereinbarung – gewährt hatte oder die Auszahlung von Auseinandersetzungsguthaben. Der Bundesgerichtshof qualifiziert die stille Einlage als Eigenkapital und ein vom Stillen gewährtes Darlehen als eigenkapitalersetzend, mit der Folge, dass die Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30 ff dGmbHG zur Anwendung kommen, wenn der Stille hinsichtlich Beteiligung und Einfluss vertraglich weitgehend einem GmbH-Gesellschafter gleichsteht (BGH II ZR 46/88 NJW 1989, 982; II ZR 62/04 NZG 2006, 341; s auch OLG Saarbrücken 4 U 635/97-253 NZG 1999, 155; OLG Stuttgart 19 U 115/08 NZG 2009, 259; s aber OLG Hamburg II U 108/89 NJW-RR 1991, 105; Rechtsstellung vergleichbar mit Kommanditisten). Erforderlich ist somit das kumulative Vorliegen zweier Kriterien, die Beteiligung am Vermögen des Geschäftsinhabers, insbesondere auch an den stillen Reserven (BGH II ZR 46/88 NJW 1989, 982, 983; so auch II ZR 62/04 NZG 2006, 341, 342 f) und die Mitwirkung an der Geschäftsführung in etwa demselben Ausmaß wie sie einem GmbH-Gesellschafter gewährt werden.

4.1.5. Selbst für den Pfandgläubiger, dem ein Kommanditanteil einer GmbH & Co KG verpfändet wurde, bejahte der Bundesgerichtshof die Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln unter ausdrücklicher Bezugnahme auf seine Rechtsprechung zum atypisch stillen Gesellschafter, wenn sich der Pfandgläubiger durch weitergehende Nebenabreden eine Position einräumen lässt, die nach ihrer konkreten Ausgestaltung im wirtschaftlichen Ergebnis der Stellung eines Gesellschafters gleich- oder doch jedenfalls nahekommt (BGH II ZR 251/91 NJW 1992, 3035, 3036 f mwN). Eine solche vergleichbare Position sei im betreffenden Fall dadurch gegeben, dass sich der Pfandgläubiger (eine

kreditgewährende Bank) durch eine Rahmenvereinbarung und Nebenabreden sonst nur einem Gesellschafter zustehende vermögenswerte Rechte gesichert habe und dadurch mittelbar am Unternehmen der Gesellschaft beteiligt gewesen sei: So wurden ihm Gewinnbezugsrechte mitverpfändet und mittels einer Globalzession bestehende und künftige Ansprüche der Kommanditisten auf Auszahlung und Entnahme eines Gewinns sowie die grundsätzlich nur Gesellschaftern zustehenden Ansprüche auf Auszahlung von Abfindungsguthaben in allen Fällen des Austritts, Ansprüche auf Auszahlung des Liquidationserlöses im Falle der Auflösung der Gesellschaft und auf Zahlung des Kaufpreises im Falle der Veräußerung von Geschäftsanteilen sicherungshalber abgetreten. Zudem hatte sich der Pfandgläubiger entscheidende Eingriffsbefugnisse vorbehalten, die es ihm ermöglichten, Einfluss auf die Unternehmenspolitik und die Geschäftsführung zu nehmen. Diese Gesamtbetrachtung ergebe, dass der Pfandgläubiger eine einem Gesellschafter der GmbH & Co KG vergleichbare Rechtsstellung habe, weshalb die Vorschriften über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen (damals § 32a dGmbHG, nunmehr § 39 Abs 1 Z 5 und Abs 4 InsO) auf ihn anwendbar seien.

4.2. Lehre

4.2.1. Bei der atypisch stillen Beteiligung an einer GmbH begnügt sich ein Teil der Literatur mit dem Hinweis, dass Empfänger einer nach den §§ 30 ff dGmbHG verbotenen Zahlung nach der Rechtsprechung auch ein stiller Gesellschafter sein könne, wenn er nach dem stillen Gesellschaftsvertrag die Geschicke der GmbH mit beeinflussen kann sowie an Vermögen und Ertrag der Gesellschaft beteiligt, somit in den mitgliedschaftlichen Verband mit einbezogen ist (vgl etwa *Hommelhoff* in

Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁹ [2016] § 30 Rz 18; *Heidinger* in *Michalski*, GmbHG² [2010] § 30 Rz 120; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz²¹ [2017] § 30 Rz 28; *Pentz* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁵ [2013] § 30 Rz 27; *Verse* in *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz¹¹ [2012] § 30 Rz 51; zust *Habersack* in *Ulmer*, GmbHG [2006] § 30 Rz 68; *Seffer/Erhardt* in *Gummert/Weipert*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts II⁴ [2014] § 83 Rz 43 ff; vgl auch *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co KG im Gesellschafts- und Steuerrecht¹¹ [2010] § 24 Rz 9; ausführlich dazu *Schmid/Hamann*. Die Einlage des atypisch stillen Gesellschafters als haftendes Eigenkapital, DStR 1992, 950; s auch *Geißler*, Aktuelle und fortdauernde Rechtsprobleme bei der GmbH & Still, GmbHR 2008, 515. 520 f).

4.2.2. Ekkenga (in *Fleischer/Goette*, Münchener Kommentar zum GmbHG² [2015] § 30 Rz 165) schließt sich der Auffassung des Bundesgerichtshofs, wonach Beteiligung am Vermögen und an der Entscheidungsfindung kumulativ vorliegen müssen, an. meint jedoch, dass sich aus der Gleichstellung des atypisch stillen Gesellschafters mit den anderen Gesellschaftern für die Zwecke der §§ 30 ff dGmbHG keine praktisch spürbaren Konsequenzen (mehr) ergäben, weil die stille Einlage unter den Verbindlichkeiten zu passivieren sei und der Stille stets einwenden könne, dass die GmbH mit der Kapitalrückzahlung passivistisch entlastet werde. Dies deshalb, weil sich die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach die Einlage des Stillen bei Vorliegen von Vermögensbeteiligung und Einflussrechten als Eigenkapital zu qualifizieren sei, sodass der Stille mit der Finanzierungsverantwortung des „eigentlichen“ Unternehmensinhabers belastet wird und seine Einlage grundsätzlich nicht nach Maßgabe von §§ 234 ff HGB zu

Lasten des Stammkapitals zurückfordern kann, nach neuem Recht (gemeint offenbar: seit Transfer der Eigenkapitalersatzregeln der §§ 32a und 32b GmbHG in das Insolvenz- und Anfechtungsrecht) nicht aufrechterhalten lasse: Geschäftsanteil und stille Einlage stünden einander nicht gleich, weil andernfalls das Stammkapital durch ein „Quasi-Stammkapital“ ergänzt würde, was zu weit ginge und die Wertung in § 136 Abs 2 InsO, wonach eine vor der Insolvenzreife erbrachte Einlage nicht an der Kapitalbindung teilnimmt, missachte.

4.2.3. Nach *Altmeyden* (in *Roth/Altmeyden*, GmbHG⁸ [2015] § 30 Rz 67) kommt es nicht stets auf eine Einflussnahme des Stillen auf die Geschäftsführung an, weil §§ 30, 31 dGmbHG keine Verhaltenshaftung des Gesellschafters begründe. Dieser Ansicht war offenbar auch *K. Schmidt* (Quasi-Eigenkapital als haftungsrechtliches und als bilanzrechtliches Problem, in FS Goerdeler [1987] 487 [497]), weil „die stille Beteiligung mit Vermögensbeteiligungscharakter und Verlustbeteiligung [...] der klassische Fall einer Mittelzuführung mit materiellem Eigenkapitalcharakter [sei]“. Nunmehr stellt er mit der Rechtsprechung darauf ab, ob die stille Beteiligung im Innenverhältnis wie eine Kommanditbeteiligung behandelt werden solle (*K. Schmidt* in Münchener Kommentar zum HGB³ [2012] § 230 Rz 171).

4.2.4. Nach anderer Auffassung ist es ausreichend, dass der stille Gesellschafter entweder schuldrechtlich am Vermögen des Geschäftsinhabers beteiligt ist *oder* ihm Informations-, Kontroll- und Mitwirkungsrechte eingeräumt wurden (*v. Gerkan/Hommelhoff*, Handbuch des Kapitalersatzrechts² [2002] Rz 4.4; *v. Gerkan*, GmbHR 1986. 218. 223: ebenfalls für die Anwendung des

Kapitalersatzrechts, wenn Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten bestehen, es aber an einer Vermögens- oder Gewinnbeteiligung fehlt, *Fleischer*, Covenants und Kapitalersatz, ZIP 1998, 313, 316 ff).

4.2.5. Nach *Johlke/Schröder* (in *v. Gerkan/Hommelhoff*, Kapitalersatzrecht² Rz 5.16 ff) sind die Kapitalersatzregeln auch auf den stillen Gesellschafter anzuwenden, wenn dem Stillen kommanditistengleiche Informations-, Kontroll- und Mitwirkungsrechte zukommen und zumindest eine Beteiligung am Ergebnis der Gesellschaft vorliegt. Eine darüber hinausgehende Beteiligung am Unternehmensvermögen sei demgegenüber nicht unbedingt notwendig; ein Weniger an wirtschaftlicher Beteiligung könne durch ein entsprechendes Mehr bei den Informations-, Kontroll- und Mitwirkungsrechten ausgeglichen werden. In Übereinstimmung mit dem Bundesgerichtshof sei somit jeweils eine Gesamtschau im Einzelfall erforderlich.

4.2.6. Nach *Renner* (Die Stellung des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Geschäftsinhabers, ZIP 2002, 1430) müssen Vermögensbeteiligung und Mitwirkungsrechte kumulativ vorliegen. Sei die Geschäftsinhaberin eine KG, so seien die Mitwirkungsrechte des Stillen an jene eines Kommanditisten anzunähern, sei die Geschäftsinhaberin eine GmbH, so müsse der stille Rechte vergleichbar einem GmbH-Gesellschafter haben. Die Eigenkapitalfunktion müsse sich aus einer Gesamtwürdigung des Vertrags ergeben, wobei Vermögensbeteiligung und Mitwirkungsrechte durchaus in variablem Ausmaß vorliegen könnten: Je geringer die schuldrechtliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen sei, desto umfassendere Mitwirkungsrechte müssten dem Stillen aber eingeräumt sein.

4.2.7. *Kauffeld* (in *Blaurock*, Stille Gesellschaft⁸ Rz 13.22 mwN) grenzt schließlich negativ dahingehend ab, dass zumindest solchen stillen Beteiligungen, die nicht am Verlust des Handelsgewerbes teilnehmen (aA BGH II ZR 36/84 NJW 1985, 1080) oder die bei Insolvenz des Inhabers als Insolvenzforderung geltend gemacht werden können, Fremdkapitalcharakter zukomme. Verlustbeteiligung und Nachrangigkeit bildeten somit die Mindestanforderungen an eine eigenkapitalähnliche stille Beteiligung. Eine Verlustteilnahme liege vor, wenn der Stille keine festen Ansprüche gegen den Inhaber wegen der Einlageleistung habe; eine Grundverzinsung eigenkapitalähnlicher Beteiligungen sei folglich ausgeschlossen.

4.2.8. Im Gegensatz zum atypisch stillen Gesellschafter einer GmbH wird die atypisch stille Beteiligung an einer (GmbH & Co) KG in der Literatur nur selten isoliert untersucht (vgl aber zB *Schön*, Die stille Beteiligung an dem Handelsgewerbe einer Kommanditgesellschaft, ZGR 1990, 220). Dabei wird die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach für die Qualifikation als Eigenkapital kumulativ Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und kommanditistengleiche Informations-, Kontroll- und Mitwirkungsrechte vorliegen müssen, teilweise gebilligt (*Schmid/Hamann*, DStR 1992, 950, 953), mitunter aber auch abgelehnt (vgl *Schön*, ZGR 1990, 220, 228 ff, 247 f, nach dem Eigenkapital kraft Vereinbarung vorliegt, soweit der Stille am Verlust der Kommanditgesellschaft beteiligt ist oder eine Rangrücktrittserklärung abgegeben hat, atypische Vermögens- oder Mitwirkungsrechte jedoch am Fremdkapitalcharakter der stillen Einlage nichts ändern könnten). Die atypisch stille Beteiligung an einer GmbH & Co KG sei unter den gleichen

Voraussetzungen wie eine atypisch stille Beteiligung an einer gesetzestypischen KG als Eigenkapital zu qualifizieren, mit dem Unterschied, dass bei der GmbH & Co KG auch die Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen auf den Stillen zur Anwendung kommen können (vgl. *Schmid/Hamann*, DStR 1992, 950, 953).

5. Steuerrecht

5.1. Nach der älteren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs war Voraussetzung für die Mitunternehmerschaft eines stillen Gesellschafters, dass mit dessen Position Unternehmerwagnis verbunden wäre. Dieses drücke sich in der Unternehmerinitiative und/oder im Unternehmerrisiko aus. Unternehmerinitiative entfalte, wer auf das betriebliche Geschehen Einfluss nehmen könne, wozu auch das einem Gesellschafter zustehende Stimmrecht genüge. Das Unternehmerrisiko bestehe in der Teilnahme am Wagnis des Unternehmens und komme ua in der Beteiligung am Gewinn und Verlust und an den stillen Reserven einschließlich des Firmenwerts zum Ausdruck (VwGH 23. 2. 1994, 93/15/0163; 29. 6. 1995, 94/15/0103; implizit 31. 1. 2001, 95/13/0154, betreffend einen Sachverhalt aus dem Jahr 1990).

5.2. In der jüngeren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist Voraussetzung für die Annahme einer Mitunternehmerschaft, dass für die beteiligten Personen mit ihrer Position Unternehmerwagnis verbunden ist, was sich in der Unternehmerinitiative und dem Unternehmerrisiko ausdrückt. Unternehmerinitiative entfalte, wer auf das betriebliche Geschehen Einfluss nehmen könne. Das Unternehmerrisiko bestehe in der Teilnahme am Wagnis des Unternehmens und komme ua in der Beteiligung am Gewinn und Verlust und an den stillen Reserven einschließlich des

Firmenwerts zum Ausdruck (VwGH 21. 4. 2005, 2000/15/0058, betreffend die Jahre 1995 und 1996; 27. 2. 2008, 2005/13/0050; 19. 10. 2006, 2002/14/0108). Eine unechte stille Gesellschaft liegt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vor, wenn der stille Gesellschafter gesellschaftsrechtlich so gestellt wird, als wäre er Kommanditist. Es muss also im Innenverhältnis insbesondere vereinbart sein, dass der stille Gesellschafter an den stillen Reserven und am Firmenwert beteiligt ist; diese Beteiligung muss jedenfalls für den Fall der Auflösung der Gesellschaft bestehen (VwGH 27. 2. 2008, 2005/13/0050; 1. 9. 2015, 2012/15/0234; 19. 10. 2016, Ra 2015/15/0046 ua).

6. Stellungnahme

6.1. Zur Bedeutung des EKEG

6.1.1. Der Anspruch des Klägers bestünde nur dann nicht, wenn dem entweder das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 82 GmbHG oder die Regeln des Eigenkapitalersatzrechts entgegenstünden.

6.1.2. Jedenfalls soweit die Beteiligungen nach dem 1. 1. 2004 erworben wurden, ist im vorliegenden Fall bereits das EKEG zu berücksichtigen. Nach § 10 Abs 2 EKEG ist ein stiller Gesellschafter einem erfassten Gesellschafter gleichgestellt, wenn der Inhaber des Handelsgewerbes eine Gesellschaft iSd § 4 EKEG ist und der stille Gesellschafter mit zumindest 25 % schuldrechtlich am Unternehmenswert beteiligt ist und ihm zumindest einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte zustehen (Z 1) oder er einen beherrschenden Einfluss ausübt (Z 2). Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen wird die Einlage des stillen Gesellschafters als Eigenkapital ersetzend angesehen (vgl *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG [2004] § 10 Rz 3 ff; *Schopper* in *Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz [2003]

§ 10 Rz 7 ff; vgl auch *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*. Handbuch zum Gesellschaftsrecht [2007] Rz 1542 ff; *Hochedlinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 187 Rz 7). Wenn die Einlage in der Krise gewährt wurde (dies betonen *Kalss/Eckert/Schörghofer*, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & CoKG, GesRZ 2009, 65 [79]; ebenso *Bauer*, GeS 2003, 109; *Hochedlinger*, GedS Arnold² 149), dann ist bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG die Einlage ungeachtet ihrer Qualifikation als (formelles) Fremdkapital eigenkapitalersetzend, was dazu führt, dass in der Insolvenz des Unternehmensträgers die Forderung des Stillen gemäß § 57a IO nachrangig ist. Die Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG sind im vorliegenden Fall eindeutig nicht erfüllt.

6.1.3. Aus § 10 Abs 2 EKEG ergibt sich in einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass in den dort angesprochenen Fallkonstellationen eben kein Eigenkapital vorliegt, sondern eine nur unter bestimmten Voraussetzungen erfasste eigenkapitalersetzende Leistung. Wenngleich das EKEG nur Rückzahlungsbeschränkungen in der Krise normiert, schlägt die sich aus der zitierten Bestimmung zu entnehmende Wertung auch auf Fälle außerhalb der Krise durch, wäre es doch sinnwidrig, außerhalb der Krise weitergehende Rückzahlungsbeschränkungen anzunehmen als sie der Gesetzgeber für die Krise selbst normiert. Daher kann seit Inkrafttreten des EKEG jedenfalls nicht die Einlage jedes atypischen stillen Gesellschafters als Eigenkapital angesehen werden. Vielmehr zeigt § 10 Abs 2 (Z 1) EKEG, dass bloße Mitbestimmungsrechte, selbst wenn sie das Ausmaß der Mitbestimmungsrechte eines Kommanditisten übersteigen (arg

„zumindest“ in Z 1), noch nicht automatisch zur Qualifikation als Eigenkapitalersatz führen, sondern erst dann, wenn der Stille auch mit zumindest 25 % am Unternehmenswert beteiligt ist. Eine derartige Beteiligung ist lediglich dann nicht erforderlich, wenn der Stille einen beherrschenden Einfluss ausübt (Z 2). In allen diesen Fällen liegt überdies nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht Eigenkapital, sondern bloß Eigenkapitalersatz vor.

6.1.4. Damit ist jedenfalls seit Inkrafttreten des EKEG die bisherige Rechtsprechung, die Einlagen des Stillen schon als Eigenkapital qualifizierten, wenn der Stille an den stillen Reserven bzw dem Firmenwert beteiligt war (SZ 68/176) oder wenn die Stellung des Stillen dem eines Kommanditisten angenähert war (SZ 69/166. SZ 69/208), sodass eine „Mitunternehmerschaft“ vorlag, überholt, weil in diesen Fällen nach § 10 EKEG bei Erfüllung von dessen Tatbestandsvoraussetzungen nur Eigenkapitalersatz, nicht aber Eigenkapital vorliegen könnte. Soweit man daher im vorliegenden Fall die Einlagen der stillen Gesellschafter Rückzahlungsbeschränkungen unterwerfen wollte, müsste dies aus anderen Gründen als wegen der in § 10 EKEG angesprochenen – hier nicht erfüllten – Kriterien der Mitbestimmungsrechte und der Beteiligung am Unternehmenswert erfolgen. Aus diesem Grund sind auch die Stellungnahmen der Lehre aus der Zeit vor Inkrafttreten des EKEG insoweit überholt.

6.2. Sonstige Rückzahlungsbeschränkungen

6.2.1. Weil die Voraussetzungen des § 10 EKEG nicht erfüllt sind, wäre der Anspruch der Klägerin nur dann nicht berechtigt, wenn die getroffene Zinsenvereinbarung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) verstieße. Das Verbot der Einlagenrückgewähr betrifft nur

Gesellschafter, deren Einlage „Eigenkapital“ ist (vgl § 82 GmbHG, § 52 AktG).

6.2.2. Die vom Berufungsgericht angestellten Überlegungen über die Fremdüblichkeit der vereinbarten Ausschüttungen bzw deren betriebliche Rechtfertigung sind nur bei der verdeckten Einlagenrückgewähr (verdeckten Gewinnausschüttung) maßgebend. Eine solche liegt vor, wenn dem Gesellschafter nicht direkt die Einlage oder ein Teil davon zurückgewährt wird, sondern wenn durch Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafter oder auch zwischen diesen und Dritten (zB kreditgebenden Banken) dem Gesellschafter indirekt ein Vorteil zukommt, der für die Gesellschaft gleichzeitig ein Nachteil ist. Dann ist zur Beurteilung, ob eine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt, zu fragen, ob diese Rechtsgeschäfte fremdüblich sind oder betrieblich gerechtfertigt sind (RIS-Justiz RS0105532 [T4, T11, T16]; RS0105540 [T1, T3, T8, T12, T13] ua).

6.2.3. Im vorliegenden Fall handelt es sich demgegenüber bei den von der Klägerin begehrten Zahlungen – sofern man die Anwendbarkeit des § 82 GmbHG auf die vorliegende Konstellation bejaht – nicht um eine verdeckte, sondern um eine offene (direkte) Einlagenrückgewähr. Bei dieser kommt es auf einen Fremdvergleich oder eine betriebliche Rechtfertigung nicht an, sondern nur darauf, ob ein ausschüttbarer Bilanzgewinn vorhanden ist (vgl § 82 Abs 1 GmbHG); dies war hier bei der Beklagten nie der Fall. Die Vorwegverzinsung der Einlagen ist im Übrigen nach § 82 Abs 3 GmbHG ausdrücklich ausgeschlossen. Mangels Vorliegens einer verdeckten Einlagenrückgewähr liegen auch die geltend gemachten, das Fehlen näherer Feststellungen zur Fremdüblichkeit monierenden Verfahrensmängel nicht vor.

6.2.4. Dass die Beklagte zur Finanzierung ihrer

Geschäftstätigkeit Kapital benötigt, bewirkt entgegen dem Berufungsgericht noch nicht, dass die Einlagen der stillen Gesellschafter Kreditfunktion haben und daher Eigenkapital sind. Auch die Gesellschafter einer GmbH führen mit ihren Stammeinlagen der GmbH Vermögen zu, das diese zur Finanzierung ihrer Geschäftstätigkeit verwendet, aber dennoch dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegendes Eigenkapital ist. Die Argumentation des Berufungsgerichts setzt voraus, dass die Einlagen der stillen Gesellschafter Fremdkapital sind. Gerade diese Frage, ob die Einlagen Fremd- oder dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegendes Eigenkapital sind, ist aber erst zu prüfen.

6.2.5. Auch die Argumentation der Revision ist nicht stichhaltig, die stillen Gesellschafter seien, weil sie die Beklagte finanzierten, deren wirtschaftliche Eigentümer, sodass § 82 GmbHG anzuwenden sei. Auch eine Bank, die einer Gesellschaft Kredit gewährt, wird dadurch nicht zu deren „wirtschaftlichem Eigentümer“.

6.2.6. Dass die Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters nicht ohne weiteres als Eigenkapital anzusehen ist, ergibt sich neben § 10 EKEG auch aus § 187 Abs 1 UGB. Während dem Kommanditisten in der Insolvenz der Kommanditgesellschaft grundsätzlich kein Konkurssteilnahmeanspruch hinsichtlich seiner Einlage bzw seines Abfindungsanspruchs zukommt (vgl RIS-Justiz RS0102971; RS0061810; RS0065382; RS0105855; RS0104668), kann der stille Gesellschafter nach § 187 Abs 1 UGB (entspricht inhaltlich § 187 Abs 1 HGB) „wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Anteils am Verlust übersteigt, seine Forderung als Insolvenzgläubiger geltend machen“. Die Einlage des stillen Gesellschafters wird somit vom Gesetz – im Gegensatz zur Rechtsstellung des

Kommanditisten im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft – grundsätzlich als Fremdkapital bewertet (*Trenker in Torggler, UGB*² § 187 Rz 4). § 188 UGB enthält eine Sonderregelung für die Insolvenzanfechtung. Demnach kann, wenn aufgrund einer in dem letzten Jahr vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwischen dem Inhaber des Unternehmens oder Vermögens und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt oder sein Anteil an dem entstandenen Verlust ganz oder teilweise erlassen wurde, die Rückgewähr oder der Erlass vom Masse- oder Sanierungsverwalter angefochten werden. Es begründet keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlass unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn das Insolvenzverfahren in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind (§ 188 Abs 2 UGB).

6.2.7. Im Unterschied zur Rechtsstellung des Kommanditisten bedarf es daher beim stillen Gesellschafter einer besonderen Begründung, warum die insoweit dispositive Norm des § 187 Abs 1 UGB nicht gelten soll und die Einlage des Stillen Eigenkapitalcharakter hat. Insofern ist die von der Revisionswerberin herangezogene Entscheidung 2 Ob 225/07p mit dem vorliegenden Fall einer stillen Gesellschafterin nicht vergleichbar, ging es dort doch – wie dargestellt – um eine Einlagenrückgewähr von Eigenkapital.

6.2.8. Außerhalb der von § 10 EKEG erfassten Konstellationen kann die Einlage des stillen Gesellschafters nur dann (materiell) Eigenkapital sein, wenn dies zwischen den Parteien entsprechend vereinbart wurde. Aufgrund der Privatautonomie steht es den Parteien des stillen

Gesellschaftsvertrags frei, beliebige Rückzahlungsbeschränkungen zu vereinbaren. Dabei bedarf es im vorliegenden Fall keines Eingehens auf die Frage, welchen Inhalt eine derartige Vereinbarung im Detail haben muss. Die neuere Literatur stellt hier maßgeblich auf das Vorliegen einer Rangrücktrittsvereinbarung ab (Stöber, FS Pannen [2017] 712 [725 ff]).

6.2.9. Im vorliegenden Fall besteht kein Anhaltspunkt für die Annahme, die Parteien hätten ausdrücklich oder mit der gebotenen Deutlichkeit (§ 863 ABGB) stillschweigend vereinbart, dass die Einlage der stillen Gesellschafter Rückzahlungsbeschränkungen unterläge, wie sie im Kapitalgesellschaftsrecht für Eigenkapital vorgesehen sind.

6.2.10. Nach ständiger Rechtsprechung bedarf die schlüssige Annahme eines Verzichts besonders deutlicher Indizien, ist doch im Zweifel nicht zu vermuten, dass jemand ohne Gegenleistung auf etwas verzichtet (RIS-Justiz RS0014190; vgl auch RS0102001). Im vorliegenden Fall ist kein Grund ersichtlich, warum die Klägerin stillschweigend auf ihre Rechtsstellung nach § 187 Abs 1 UGB verzichten habe wollen. Auch die beklagte Vertragspartnerin hatte keinerlei Indizien dafür, aus dem Erklärungsverhalten der Klägerin bei Unterfertigung der Verträge sei – ohne vernünftigen Zweifel (§ 863 ABGB) – auf einen Verzicht der Klägerin auf die sich aus § 187 UGB ergebende Rechtsstellung zu schließen. Somit liegt auch kein schlüssiger Verzicht der Klägerin auf den Charakter ihrer Einlage als Fremdkapital im Sinne des § 187 Abs 1 UGB vor.

6.2.11. Hinzu kommt eine weitere Überlegung: Im Gegensatz zum Kommanditisten, der mit seiner Vermögenseinlage im Firmenbuch aufscheint, tritt der Stille

nach außen hin überhaupt nicht in Erscheinung. Die zitierten Verträge sind nicht öffentlich (im Firmenbuch) einsehbar. Im Gegensatz zum Kommanditisten gibt es beim Stillen keine Firmenbucheintragung; auch aus der Bilanz lässt sich ein allfälliger atypischer Charakter der Beteiligung des Stillen, die zur Qualifikation seiner Einlage als Eigenkapital führt, nicht notwendig entnehmen. Damit gibt es im Fall des Stillen aber nichts nach außen Dringendes, worauf Fremdgäubiger vertrauen können und wo sie in einem Vertrauen auf eine bestimmte Kapitalausstattung enttäuscht werden könnten (vgl. *Trenker*, wobl 2011, 126 [130]).

6.2.12. Ist die Einlage des atypisch stillen Gesellschafters daher materiell als Fremdkapital anzusehen, ist auch eine Mindestverzinsung nicht prinzipiell unzulässig, ist doch das Verbot des § 82 Abs 3 GmbHG gerade nicht anzuwenden.

6.3. Zur Rechtslage vor dem 1. 1. 2004

6.3.1. Gemäß § 18 Abs 1 EKEG ist dieses auf „Sachverhalte anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2003 verwirklicht werden“. Daraus folgt, dass soweit die Klägerin vor diesem Zeitpunkt Beteiligungen erworben hat (nach dem unwidersprochenen Klagsvorbringen im Zeitraum 2001 bis 2006), das EKEG nicht anwendbar ist. Da im Gegensatz zu der vor 2004 bestehenden Eigenkapitalersatzjudikatur das „Stehenlassen“ eines Kredits für die Eigenkapitalersatzfrage keine Rolle mehr spielt (§ 3 Abs 1 Z 3 EKEG), kann wohl auch nicht argumentiert werden, im „Stehenlassen“ ihrer Beteiligung (als Dauerzustand) sei ein Sachverhalt iSd § 18 Abs 1 EKEG verwirklicht. Auf die vor 2004 erworbenen Beteiligungen ist daher das EKEG nicht anzuwenden.

6.3.2. Vor Inkrafttreten des EKEG hat die Rechtsprechung Einlagen des Stillen

Rückzahlungsbeschränkungen unterworfen, wenn „Mitunternehmerschaft“ vorliegt, weil der Stille an den stillen Reserven bzw dem Firmenwert beteiligt ist (SZ 68/176) oder wenn die Stellung des Stillen der eines Kommanditisten angenähert ist (SZ 69/166, SZ 69/208).

6.3.3. Im vorliegenden Fall ist die Stellung des Stillen, was seine Mitwirkungsrechte betrifft, auch nicht der eines Kommanditisten angenähert: Die Klägerin kann nicht wie der Kommanditist gemäß § 164 UGB einer Handlung eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters widersprechen, wenn die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgeht. Sie hat auch nicht wie der Kommanditist gemäß § 119 iVm § 161 Abs 2 UGB das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung. Der Klägerin kann somit auch im Hinblick auf die zitierte Rechtsprechung nicht unterstellt werden, sie habe ihre Einlage als Eigenkapital der Beklagten verstanden wissen wollen.

6.3.4. Dazu kommt, dass in der neueren Literatur das Abstellen auf den steuerlichen Begriff der „Mitunternehmerschaft“ überwiegend kritisch gesehen wird. Soweit in der bisherigen Judikatur und Literatur auf den Gleichklang mit dem Steuerrecht abgestellt wird, ist zudem darauf zu verweisen, dass nach der unter Punkt 5.2. dargestellten neueren Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs Mitunternehmerschaft im Sinne des Steuerrechts nur dann vorliegt, wenn der Teilhaber Unternehmerwagnis eingeht, was nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs erfordert, dass er an der Unternehmerinitiative und dem Unternehmerrisiko teilnimmt. Soweit in der bisherigen Rechtsprechung zur Rechtslage vor Inkrafttreten des EKEG Mitunternehmereigenschaft des stillen Gesellschafters auch ohne Erfüllung dieser Voraussetzungen bejaht wurde, wird

dies daher nicht aufrechterhalten, zumal dies auch der vom Gesetzgeber mit dem EKEG zum Ausdruck gebrachten Wertung entspricht. Die Voraussetzung, dass der stille Gesellschafter an der Unternehmerinitiative teilnimmt, ist im vorliegenden Fall jedenfalls nicht erfüllt.

6.4. Ergebnis

6.4.1. Mangels Eigenkapitalcharakter ihrer Einlage kann daher das kapitalgesellschaftliche Verbot der Einlagenrückgewähr nicht analog auf die Klägerin angewendet werden.

6.4.2. Zusammenfassend erweist sich die Entscheidung des Berufungsgerichts daher im Ergebnis als frei von Rechtsirrtum, sodass der unbegründeten Revision ein Erfolg zu versagen war.

7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof.
Wien, am 26. September 2017
Dr. K u r a s
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG