

Checkliste für Banken¹

Aus Sicht einer finanzierenden Bank lassen sich aus der bisher vorliegenden OGH-Rsp folgende Grundregeln mit Blick auf § 82 GmbHG und die daraus abgeleiteten Grundsätze für Finanzierungen ableiten:

- Aus Sicht der Bank kann ein Verstoß gegen § 82 GmbHG sowohl Kreditrückzahlungen als auch die Verwertung von Sicherheiten verhindern oder deren Rückabwicklung nach sich ziehen.
- In der Insolvenz einer GmbH ist die finanzierende Bank als deep pocket defendant ein begehrter Beklagter.²
- Leistungen einer GmbH an ein finanzierendes Kreditinstitut fallen grundsätzlich nicht unter das Verbot der Einlagenrückgewähr, weil **echte Dritte** im Prinzip nicht vom Verbotstatbestand erfasst sind. Verstößt die Finanzierung gegen § 82 GmbHG kann der Verstoß aber im Einzelfall bei **Kollusion** oder **grober Fahrlässigkeit** auch dem Kreditinstitut entgegengehalten werden.
- Wenn der Verstoß gegen § 82 GmbHG der Bank entgegengehalten werden kann, hat dies mglw erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen: Die Bank kann sich Rückforderungsansprüche der GmbH ausgesetzt sehen; der GmbH kann ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber der Bank zustehen; bestellte Sicherheiten fallen mglw weg und sind damit der Verwertung durch die Bank entzogen.
- Wie erwähnt, muss sich die kreditgebende Bank § 82 GmbHG entgegenhalten lassen, wenn (i) sie kollusiv (dh in Schädigungsabsicht) mit der GmbH zusammenwirkt, oder wenn (ii) sie Kenntnis vom Verstoß hat, oder ihr zumindest grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Der Bank muss also der Missbrauch bewusst gewesen sein, oder er muss sich ihr grundsätzlich geradezu aufgedrängt haben.
- Daraus folgt nach der Rechtsprechung des OGH eine allgemeine **Erkundigungs- und Prüfpflicht** der Bank.³ Die Bank trifft eine Erkundigungspflicht insbesondere dahingehend, ob ein angemessenes Entgelt geleistet wird, aber auch hinsichtlich der übrigen Parameter für eine im Licht von § 82 GmbHG zulässige Finanzierung. Zu unterscheiden ist zwischen hoch verdächtigen und sonstigen Fällen.
- Als **hoch verdächtig** wurden in der Jud folgende Fälle qualifiziert: eine **MBO-Finanzierung** ohne erkennbaren Ansatzpunkt für eine betriebliche Rechtfertigung, eine **Sicherheitenbestellung ohne Geschäftsbeziehung** zwischen Sicherheitenbestellung durch einen Kreditnehmer,⁴ generell die die **Sicherheitenbestellung durch einen Dritten**,⁵ die **Gründung eines Akquisitionsvehikels zum Anteilserwerb**, wobei die Rückzahlung des Kredits aus Gewinnausschüttungen gespeist werden soll.⁶ In diesen hoch verdächtigen Fällen trifft die Bank eine Erkundigungspflicht zu Entgelt und sonstigen Kriterien (betriebliche

¹ Folgar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 154

² Vgl U. Torggler in Artman/Rüffler/Torggler, GmbH & Co KG 3(9); Hügel in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr 19 (51).

³ Mitterecker, GES 2016, 150 (154; OGH 29.3.2017, 6 Ob 48/17b

⁴ OGH 29.9.2010, 7Ob 35/10p, ZFR 2011/38, 82 (Auer) = GesRZ 2011,110 (Karollus) = RWZ 2010/89, 363 (Wenger).

⁵ OGH 14.9.2011, 6Ob 29/11z, RWZ 2011/94, 355 (Wenger) = GesRZ 2012, 122 (U, Troggler) = ÖBA 2012, 460 (Bollenberger) = ZFR 2012/102, 185 (Köppel).

⁶ OGH 20.3.2013, 6Ob48/12w – Kneisz 1, ÖBA 2013, 601 (Wolkerstorfer/ Gebetsberger) = ecolex 2013, 638 (F. Hörlsberger/riedler) = GesRZ 2013, 230 (Thurnher); 24.11.2015, 1 Ob 28/15x – Kneisz 11, NZ 2016, 147 (Auer) = GesRZ 3016, 219 (Arlt) = Mitterlecker, GES 2016, 150.

Rechtfertigung etc)⁷. Eine **Plausibilitätsprüfung** ist aber grundsätzlich ausreichend; eine echte Nachforschungspflicht besteht grundsätzlich nicht, insbesondere trifft die Bank keine Verpflichtung zur Durchführung einer Angemessenheitsprüfung; vielmehr ist es grundsätzlich möglich, sich auf nicht offenkundig unrichtige Auskünfte zu verlassen.⁸

- In **sonstigen Fällen** ist eine Nachfrage der Bank nur dort geboten, wo sich der Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr schon so weit aufdrängt, dass er nahezu einer Gewissheit gleichkommt. In Fällen, in denen schon beim ersten Anschein eine betriebliche Rechtfertigung plausibel erscheint, und keine Verdachtsmomente gegeben sind, die die Bank am Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung zweifeln lassen müssen, besteht grundsätzlich kein weiterer Überprüfungsbedarf.
- In allen Fällen ist zu prüfen, **ob eine Existenzgefährdung droht**.
- Die Bank muss die ihr präsentierten Daten auswerten und entsprechende Schlüsse daraus ziehen.⁹
- Wird der Bank eine Bilanz der GmbH übermittelt, muss sie diese würdigen und auf Unregelmäßigkeiten in der Bilanz reagieren.¹⁰
- Bestellt eine Gesellschaft zugunsten des Kredits einer anderen Gesellschaft, zu der sie (außer allenfalls der Zugehörigkeit zum gleichen Konzern) keine Geschäfts- oder sonstige Beziehung unterhält, eine Sicherheit, ist dies hochverdächtig.¹¹
- Sobald (höchstgerichtliche Rechtsprechung existiert, wird diese als bekannt vorausgesetzt¹². Die Eintragung einer Maßnahme ins FB entfaltet mit Blick auf die Einlagenrückgewähr keinen Vertrauensschutz zugunsten der Bank.¹³
- Grundsätzlich sind Sicherheiten, die von oben – dh z.B. von einem Gesellschafter der kreditnehmenden GmbH – bestellt werden, unproblematisch. Ein von § 82 GmbHG beeinträchtigter Kreditvertrag kann freilich jegliche akzessorische Sicherheit -dh auch eine solche von oben – wegfallen lassen.¹⁴ Tendenziell weniger problematisch sind nicht akzessorische Sicherheiten und/oder der Beitritt eines echten Mitschuldners, der selbst auch unmittelbar wirtschaftliche Vorteile aus dem gewährten Kredit lukriert.
- Die Jud legt bei der Anwendung von § 82 GmbHG für Banken offenbar einen strengeren Haftungsmaßstab an als für Geschäftsführer.¹⁵

⁷ OGH 14.9.2011, 6Ob29/11z RWZ 2011/94, 355 (Wenger) = GesRZ 2012, 122 (U. Torggler) = ÖBA 2012, 460 (Bollenberger) = ZFR 2012/102, 185 (Köppl); 29.3.2017, 6Ob48/17b

⁸ OGH 29.9.2010, 7Ob35//10p, ZFR 2011/38, 82 (Auer) = GesRZ, 2011, 110 (Karollus) = RWZ 2010/89, 363 (Wenger); 29.3.2017, 6Ob48/17b.

⁹ OGH 14.9.2011, 6Ob29/11z RWZ 2011/94, 355 (Wenger) = GesRZ 2012, 122 (U. Torggler) = ÖBA 2012, 460 (Bollenberger) = ZFR 2012/102, 185 (Köppl); 29.3.2017, 6Ob48/17b

¹⁰ OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p, RWZ 2008/72, 260 (Wenger) = GesRZ 2008, 310 (Stingl) = GES 2008, 315 (Bauer) = ÖBA 2009, 60(Bollenberger).

¹¹ OGH 29.9.2010, 7Ob35//10p, ZFR 2011/38, 82 (Auer) = GesRZ, 2011, 110 (Karollus) = RWZ 2010/89, 363 (Wenger); 29.3.2017, 6Ob48/17b.

¹² OGH 14.9.2011, 6Ob29/11z RWZ 2011/94, 355 (Wenger) = GesRZ 2012, 122 (U. Torggler) = ÖBA 2012, 460 (Bollenberger) = ZFR 2012/102, 185 (Köppl);

¹³ Vgl OGH 20.3.2013, 6 Ob 48/12w – Kneisz I, ÖBA 2013, 604 (Wolkerstorfer/Gebetsberger) = ecolex 2013, 638 (f. Hörlsberger/Riedler) = GesRZ. 2013, 230 (Thurnher); 24.11.2015, 1 Ob 28/15x – Kneisz II, NZ 2016, 147 (Auer) = GesRZ 2016, 219 (Arlt = Mitterecker, GES 2016,150.

¹⁴ OGH 17.7.2013, 3 Ob 50/13v – MBO II, RWZ 2013/82, 315 (Wenger) = GesRZ 2013, 356 (Artmann) = ÖBA 2014, 52 (P.Bydlinski); 24.11.2015, 1 Ob 28/15x – Kneisz II, NZ 2016, 147 (Auer) = GesRZ. 2016, 219 (Arlt) = Mitterecker, GES 2016, 150; 13.12.2016, 3 Ob 167/16d

¹⁵ OGH 5.8.2009, 9 Ob 25/08d (9 Ob 26/08a); 23.3.2016, 6 Ob 171/15p, RWZ. 2016/28, 125 (Wenger) = EvBl-LS 2016/81 (Rohrer) = Schopper/Walch, NZ 2016, 163 = GesRZ 2016, 281 (Schörghofer).