

Mai 2004

■ Die strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers
bei der Rückzahlung eines Eigenkapital ersetzenden Darlehens

RA Hon.-Prof. MMMag. DDDr. Dieter G. Kindel, Wien
RA (RAK Hamm) Jens Wengeler, Wien

■ 32. Europäische Präsidentenkonferenz 2004

- Multinationale Rechtsanwalts-Gesellschaften/Partnerschaften in der EU
em RA Hon.-Prof. Dr. Karl Hempel, Wien
- Zulässigkeit der Berufsausübung von Rechtsanwälten
aus Drittländern in der EU (GATS)
RA Dr. Marcella Prunbauer-Glaser, Wien
- Grenzüberschreitende praktische Ausbildung von Berufenen in der EU
RA Dr. Elisabeth Scheuba, Wien



Autoren dieses Heftes:

RA Dr. Manfred Ainedter, Wien
o. Univ.-Prof. Dr. Peter Apathy, Linz
RA Dr. Gerhard Benn-Ibler, Wien
RA Dr. Harald Bisanz, Wien
Dr. Alexander Christian, Wien
RAA Mag. Guido Donath, Innsbruck
RA Dr. Andreas Eustacchia, Wien
RA Dr. Anton Gradischnig, Villach
em. RA Hon.-Prof. Dr. Karl Hempel, Wien
RA Hon.-Prof. MMMag. DDDr. Dieter G. Kindel, Wien
RA Mag. Vera Noss, Wien
RI Dr. Franz Pilgerstarfer, Linz
RA Mag. Dr. Alfred Pressl, Wien
RA Mag. Paul Proksch, Wien
RA Dr. Marcello Prunbauer-Glaser, Wien
Lic. iur. Benedict Saupe, Brüssel
RA Dr. Ullrich Saurer, Graz
Elisabeth Sandbichler, Pressereferentin RAK Tirol
Univ.-Ass. Dr. Lyane Sautner, Linz
RA Dr. Reinhard Schanda, Wien
RA Dr. Wolf-Georg Schärfl, Wien
RA Dr. Elisabeth Scheuba, Wien
RA MMag. Dr. Johann Schilchegger, St. Johann/Pongau
RAA Dr. Heinz-Dietmar Schimanka, Wien
RA Prof. Dr. Walter Strigl, Wien
Univ.-Ass. Mag. Franz Philipp Sutter, Wien
Mag. Silvia Tsorlinis, Wien
RA [RAK Hamm] Jens Wengeler, Wien

Impressum

Medieninhaber und Verleger: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Sitz der Gesellschaft: A-1014 Wien, Kohlmarkt 16. Verlagsadresse: A-1015 Wien, Johannesgasse 23 (verlag@manz.at). Geschäftsführung: Dr. Kristin Hanusch-Linser (Vorsitz), Mag. Lucas Schneider-Manns-Au – Verlagsleitung: Prokurist Dr. Wolfgang Pichler
Herausgeber: RA Dr. Gerhard Benn-Ibler, Präsident des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, A-1010 Wien, Tuchlauben 12, Tel (01) 535 12 75, Fax (01) 535 12 75-13, e-mail: rechtsanwaelte@oerak.at, Internet: <http://www.rechtsanwaelte.at>
Hersteller: MANZ CROSSMEDIA, 1051 Wien
Layout: Böckle & Gmeiner, Fußach
Verlags- und Herstellungsart: Wien
Redaktionsbeirat: RA Dr. Gerhard Benn-Ibler, RA Dr. Harald Bisanz, RA Dr. Michael Enzinger, RA Dr. Georg Fialka, RA Dr. Klaus Hoffmann, RA Dr. Elisabeth Scheuba
Redakteur: Dr. Alexander Christian, Generalsekretär des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages
Redaktion: Generalsekretariat des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, A-1010 Wien, Tuchlauben 12, Tel (01) 535 12 75, Fax (01) 535 12 75-13, e-mail: anwaltsblatt@oerak.at
Anzeigenannahme: Lore Koch, Tel (01) 879 24 25 und Fax (01) 879 24 26; e-mail: Lore.Koch@oon.at
Grundlegende Richtung: Juristische Fachzeitschrift, im Besonderen für das Ständesrecht der Rechtsanwaltschaft, zugleich Organ des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages und der österreichischen Rechtsanwaltskammern.
Zitiervorschlag: AnwBl 2004, Seite
Erscheinungsweise: 11 Hefte jährlich (eine Doppelnummer)
Bezugsbedingungen: Der Bezugspreis für die Zeitschrift inkl. Versandkosten beträgt jährlich EUR 229,-. Das Einzelheft kostet EUR 22,90. Nicht rechtzeitig vor ihrem Ablauf abbestellte Abonnements gelten für ein weiteres Jahr erneuert. Abbestellungen sind schriftlich bis spätestens sechs Wochen vor Jahresende an den Verlag zu senden.
Wird an Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter unentgeltlich abgegeben.
Nachdruck, auch auszugsweise, ist mit Zustimmung der Redaktion unter Angabe der Quelle gestattet. Namentlich gezeichnete Beiträge geben ausschließlich die Meinung der Autoren wieder.

Der aktuelle Beitrag

Willkommen in Europa – Dr. Gerhard Benn-Ibler

269

Wichtige Informationen

272

Termine

273

Schon gelesen?

274

Abhandlungen

RA Hon.-Prof. MMMag. DDDr. Dieter G. Kindel

RA [RAK Hamm] Jens Wengeler

Die strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei der Rückzahlung eines Eigenkapital ersetzenden Darlehens

276

Europa-Seiten

32. Europäische Präsidentenkonferenz

Multinationale Rechtsanwalts-Gesellschaften/Partnerschaften in der EU

282

Zulässigkeit der Berufsausübung von Rechtsanwälten aus Drittländern in der EU (GATS)

285

Grenzüberschreitende praktische Ausbildung von Berufsanwärtern in der EU

287

Anwaltsakademie

292

AVM

294

Berichte

297

Veranstaltungen

303

Rechtsprechung

305

Literaturbericht

316

Indezzahlen

318

Anzeigen

324

Hon.- Prof. Mag. Mag. Dr. Dr. Dr. Dieter G. Kindel, Rechtsanwalt, Wien
Jens Wengeler, Rechtsanwalt (zugelassen in Deutschland, RAK Hamm), Wien

Die strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei der Rückzahlung eines Eigenkapital ersetzenden Darlehens

Eine kritische Betrachtung der Entscheidung OGH 1. 10. 2002, 11 Os 41/02¹⁾

I. Einleitung

Fast jeder Masseverwalter wird die Situation kennen: Ein GmbH-Gesellschafter hat der in eine wirtschaftliche Krise²⁾ geratenen juristischen Person anstelle einer Kapitalerhöhung ein Darlehen gewährt. Zahlt der Geschäftsführer das *de lege lata* gem § 14 Abs 1 EKEG³⁾ gesperrte Darlehen zurück, führt diese Verhaltensweise zu einem Erstattungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter. Dass sich jedoch hinter dieser Rückzahlung Kriminalisierungspotenzial verbirgt, ist nicht zwangsläufig. Erst im Jahre 1997 wurde eine Strafbarkeit dieser Verhaltensweise in den Fokus der strafrechtlichen Diskussion gerückt,⁴⁾ also bereits sechs Jahre nachdem der OGH die in Deutschland entwickelten Regeln zum Eigenkapitalersatzrecht für anwendbar erklärt hat.⁵⁾ Es brauchte weitere fünf Jahre bis dem OGH Gelegenheit gegeben wurde, zur strafrechtlichen Seite der Rückzahlung eines solchen Kredits Stellung zu nehmen. „Verkündet“ wurde eine bemerkenswerte Beurteilung der Rechtslage, welche nachfolgend, insb im Hinblick auf das am 1. 1. 2004 in Kraft getretene EKEG und der mit ihm einhergehenden Änderung in der KO, näher betrachtet werden soll.

II. OGH 1. 10. 2002, 11 Os 41/02

In dem gegenständlichen Judikat hat der OGH die Rückzahlung eines solchen Darlehens als nach der betrügerischen Krida (§ 156 StGB) strafbar befunden und führte hierzu nachfolgend auszugsweise wiedergegeben aus: ... „Sowohl in der Insolvenz der GmbH als auch in der Liquidation dieser Gesellschaft sind Ansprüche des Gesellschafters aus einem eigenkapitalersetzenden Darlehen gegenüber den Ansprüchen sonstiger Gläubiger nachrangig; insb kommt dem Gesellschafter im Hinblick auf dieses eigenkapitalersetzende Darlehen keine Gläubigerstellung im Konkurs zu. Dieser Darlehensgeber ist vielmehr wie ein Gesellschafter der Gemeinschuldnerin zu behandeln (vgl 8 Ob 15/93). Rein buchhalterisch bleibt die Darlehensforderung zwar aufrecht; diese ist jedoch blockiert und damit wirtschaftlich betrachtet Eigenkapital, das als Haftungsfonds nur für die (sonstigen) Gläubiger zur Verfügung steht. Die Deliktsstruktur des § 156 StGB stellt zwar nicht auf eine Krisensituation ab. Gerade aber in der Kridasituation verdeutlicht die im Strafrecht gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise, wie die GenProk in ihrer Stellungnahme zutreffend ausführt, dass der für die Befriedigung der Gläubiger maßgebliche Vermögensstatus

einer kreditunwürdig gewordenen Gesellschaft durch eine in diesem Zeitraum verbotswidrig geleistete Rückzahlung an den darlehensgebenden Gesellschafter nachteilig verändert wird, zumal diese Leistung an den gleich einem Gesellschafter der Gemeinschuldnerin zu behandelnden (8 Ob 15/93) Darlehensgeber tatsächlich mit einer Verringerung des exekutiv verwertbaren Vermögens der GmbH einhergeht, ohne dass eine Saldierung stattfindet, bleiben doch die andrängenden Gläubiger sowohl nach ihrer Zahl als auch im Umfang der Forderungen gleich. Entgegen Schütt kann die Position des ein eigenmitteleretzenden Darlehen gewährenden Gesellschafters auch nicht mit dem Inhaber einer Naturalobligation (insb einer der Verjährungseinrede ausgesetzten Forderung) verglichen werden. Die beim darlehensgebenden Gesellschafter wirkende Rückgewährsperre ist mit der lediglich vom Schuldnerwillen abhängigen bedingten Durchsetzbarkeit einer Naturalobligation eben nicht gleichzusetzen. Ungeachtet einer jedenfalls verpönten Gläubigerbegünstigung iSd § 158 StGB gibt es keine Beschränkung der Zahlung einer Naturalschuld, womit eine rechtlich nach wie vor anerkannte Schuld zum Erlöschen gebracht wird. Die Rückzahlung des eigemitteleretzenden Darlehens widerspricht hingegen der aus der Rechtsordnung abgeleiteten zeitweiligen Ausschaltung der Gläubigerstellung; sie ist auf Grund des damit einhergehenden Rückforderungsverbots unstatthaft. Die Rückzahlung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens an den Gesellschafter hat somit eine Verringerung des Haftungsfonds der

- 1) = ÖJZ 2003, 149ff = JBl 2003, 592ff mit Anmerkung von Köck.
- 2) Nach § 2 EKEG liegt eine für den Eigenkapital ersetzenden Charakter relevante Krise ua bei Zahlungsunfähigkeit (§ 2 Abs 1 Z 1 EKEG), Überschuldung (§ 2 Abs 1 Z 2 EKEG) vor. Das EKEG substituiert damit den Begriff der „Kreditwürdigkeit“ gegen eine präzisere Umschreibung der Krisensituation, und soll damit der Praxis sog Drittvergleiche ersparen, die feststellen sollten, ob ein außenstehender Dritter der Gesellschaft in dieser Situation einen Kredit zu marktüblichen Bedingungen gewährt hätte (vgl ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 5ff).
- 3) Die Regelung löst die analoge Anwendung der Regelung über Nachschüsse nach § 74 GmbHG ab, welche in Anlehnung an Ostheim, GesRZ 1989, 173 (174f) vom OGH in der Grundsatzentscheidung 8 Ob 9/91 = SZ 64/53 = EvBl 1991/179 = RdW 1991, 290f übernommen wurde und seither in seiner stRsp Dreh- und Angelpunkt des Eigenkapitalersatzrechts in Österr war (vgl nur OGH wbl 2001, 492; krit zur Anspruchsgrundlage ua Dellinger, ÖBA 1998, 601 [611]; Koppensteiner, GmbH-Gesetz² § 74 Rz 21).
- 4) Vgl Lewisch, JBl 1997, 712f.
- 5) Vgl die Grundsatzentscheidung 8 Ob 9/91 [FN 3].

Gläubiger zur Folge, weil solcherart das zur Verfügung stehende Vermögen der Gesellschaft reduziert wird, ohne dass damit – bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise – eine im Zeitpunkt der Kridasituation zu Recht bestehende Forderung beglichen wird. Der Vermögensstatus wird daher zu Lasten der Gläubiger der Gesellschaft wirklich verringert.“ . . .⁶⁾

III. Meinungsstand

Bemerkenswert ist diese Beurteilung der Rechtslage schon deshalb, weil sie einer überkommenden Meinung in der Literatur eine Absage erteilt und sich an einer bis dahin Mindermeinung⁷⁾ orientiert.⁸⁾

Den Auffassungen von *Lewisch*⁹⁾ und *Schütt*¹⁰⁾ zur Folge trifft den GmbH-Geschäftsführer nämlich keine strafrechtliche Verantwortung nach § 156 StGB, sondern nach der Begünstigung eines Gläubigers (§ 158 StGB). Ihre Erwägungen stützen sich darauf, dass der Kreis der begünstigten Gläubiger iSd § 158 StGB nicht auf diejenigen zu reduzieren sei, die an der quotenmäßigen Verteilung im Konkursverfahren teilnehmen.¹¹⁾ Insoweit vermögen auch Überlegungen zur funktionalen Gleichstellung von Eigenkapital und eigenkapitalersetzenden Darlehen nicht eine Gläubigerstellung des Darlehensgebers auszuschließen. Der Kredit würden keine „Metamorphose“¹²⁾ zum Eigenkapital durchlaufen, sondern seinen Charakter als eine Gläubigerstellung begründende Forderung behalten.¹³⁾ Das ergebe sich zum einen aus dem Gesellschafts- und Bilanzrecht, wonach diese Forderung auch während der Krise zu passivieren sei, und zum anderen aus der Verzinslichkeit des Anspruchs, der nur einem temporären Ausschüttungsverbot unterliege.¹⁴⁾ Nach *Schütt* ist die Rückzahlsperrre ferner weder dazu geeignet den Rückforderungsanspruch des Darlehensgebers vollumfänglich zu beseitigen, noch führt sie zu einer Einschränkung der quantitativen Gläubigerstellung iSd § 158 StGB.¹⁵⁾ Die Forderung des Gläubigers sei vielmehr aufschiebend bedingt.¹⁶⁾

IV. Eigene Meinung

Im Hinblick auf die aufgezeigte Literatur stellt sich die Frage, ob die vom OGH vertretene Auffassung tatsächlich unter allen Gesichtspunkten haltbar ist.¹⁷⁾

1. An der „Brisanz“ ihrer Beantwortung bestehen vorab keine Zweifel. § 156 StGB pönalisiert im Vergleich zu § 158 StGB Handlungen in Unabhängigkeit zu einer insolvenzrechtlichen Krisensituation und verlagert daher die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verantwortung temporär vor, weil der Eigenkapital ersetzende Charakter des Darlehens nach § 2 EKEG zB bereits bei Überschuldung vorliegen kann.¹⁸⁾ Zudem könnte den Handelnden über die Schadensqualifikation des § 156 Abs 2 StGB eine weit aus höhere Strafe treffen, als es der § 158 StGB vorsieht.¹⁹⁾

2. Zu ihrer Beantwortung bedarf es ferner einer Vergegenwärtigung des Kriteriums, welches die Tatbestände voneinander ab-

grenzt, und anschließend die Subsumtion eines Eigenkapital ersetzenden Darlehens unter dieses Kriterium.

a) Ordnet man eine Rechtshandlung, wie die bei Zahlungsunfähigkeit erfolgte Überweisung von Geldbeträgen vom Geschäftskonto einer GmbH, unter die Straftatbestände, so könnte der § 156 StGB als auch der § 158 StGB verwirklicht sein. Die Handlung, die den Straftatbeständen tatbildlich ist, ist grundsätzlich dieselbe. Die Vor-

6) Vgl OGH ÖJZ 2003, 149 (151) = JBl 2003, 592 mit Anmerkung von Köck.

7) Vgl mit weitgehend identischer Argumentation zum OGH *Brandstetter*, StPdG XXVI 127 (141).

8) Den Erwägungen des OGH nunmehr zustimmend Köck, JBl 2003, 594 f.

9) *Lewisch*, JBl 1997, 712 (713); *ders*, BT I² 273 und 277; *Ders*, RdW 2000, 584 ff.

10) *Schütt*, Rückgewähr eigenkapitalersetzender Leistungen im Kridastrafrecht 120 (122 ff).

11) Vgl *Schütt*, aaO 123; *Lewisch*, RdW 2000, 584 (588).

12) *Lewisch*, RdW 2000, 584 (588).

13) Vgl *Schütt*, aaO 123; *Lewisch*, RdW 2000, 584 (588).

14) Vgl *Lewisch*, RdW 2000, 584 (588).

15) *Schütt*, aaO 123.

16) *Schütt*, aaO 123.

17) Zur Problematik, ob mit der Pönalisierung einer solchen Rückzahlung ein Verstoß gegen das im Strafrecht geltende Analogieverbot vorliegt, hat der OGH sich nicht geäußert (vgl dazu ausführlich *Schütt*, aaO 120 f; siehe auch Köck, JBl 2003, 594). Im Hinblick auf das neue EKEG dürften solche Erwägungen aber gerade unter dem Blickwinkel des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes obsolet sein. Es sei jedoch angemerkt, dass zum Zeitpunkt der gegenständlichen Urteilsfällung durchaus nicht alle Fragen im Eigenkapitalersatzrecht geklärt waren. So hatte die Rsp zB nicht abschließend geklärt, ab die Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts von einer Untergrenze der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen abhängt bzw wie hoch diese Beteiligung nun sein soll (vgl ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 2). In der Lit wurden hierzu unter anderem eine 25%ige (*Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² 323 Rz 2/342) Mindestschwelle oder auch ein gänzlicher Verzicht auf dieses Kriterium (vgl zB *Karollus*, ÖBA 1997, 105 [108 ff]) vorgeschlagen – § 5 Abs 1 Z 2 EKEG sieht nunmehr einen Anteil von 25% vor –. Bedenken hinsichtlich des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes waren daher damals keineswegs bodenlos.

18) So ist Zahlungsunfähigkeit, die von § 158 StGB gefordert wird, nicht jedenfalls mit der Überschuldung gleichzusetzen (vgl *Leukauf/Steininger*, Komm² § 159 Rz 20; *Kienapfel*, BT II³ § 159 Rz 21; *Kirchbacher/Presslauer* in WK² § 159 Rz 63). Ein Unternehmen, dessen Aktivbestände den Passiva rechnerisch unterliegen und bei dem eine negative Fortbestehensprognose besteht, kann durchaus mittels Fremdkredite in der Lage sein, seinen anstehenden Zahlungspflichten nachzukommen.

19) Ob allerdings die Strafbarkeit des Leistungsempfängers nach § 158 Abs 2 StGB – gemeint sind Fälle, in denen die Gesellschaft aus mehreren Gesellschaftern besteht und einer von ihnen das Darlehen gewährt hat – ausscheidet, und demgegenüber die Möglichkeit einer Strafbarkeit des Leistungsempfängers, sollte sich der Geschäftsführer nach § 156 StGB strafbar machen, gem §§ 12 Z 1, 14 als Bestimmungstäter besteht, erscheint zweifelhaft. Nach § 158 Abs 2 StGB muss dem Gläubiger nämlich die entgegengenommene Forderung zustehen. Im Hinblick auf die Rückzahlsperrre nach § 14 EKEG dürfte das – unseres Erachtens gut vertretbar – ausgeschlossen sein (iE auch *Schütt*, aaO 125 u 126; aA wohl *Lewisch*, RdW 2000, 584 [589]).

schriften unterscheiden sich aber in der kausalen Folge der ihnen tatbildlichen Handlung. Die betrügerische Krida setzt tatbestandlich eine wirkliche oder scheinbare Verringerung des Vermögens, also die Verringerung der Aktiven oder Erhöhung der Passiven,²⁰⁾ voraus, wogegen dem Tatbild des § 158 StGB eine Verringerung der Aktiven unter gleichzeitiger Minderung der Passiven entspricht. Für die Verantwortlichkeit des Handelnden ist daher die Stellung des Leistungsempfängers von zentraler Bedeutung. Liegt der Überweisung im exemplarischen Fall ein obligatorische Verpflichtung zugrunde, erfolgt sie also im vertraglichen Synallagma an einen Gläubiger, kommt es grundsätzlich zu einer Minderung der Aktiven unter gleichzeitiger Kürzung der Passiven. Der Gläubiger erhält im Regelfall auch mehr, als er durch quotenmäßige Verteilung im Konkurs- oder Ausgleichsverfahren erhalten hätte, ist daher mit der hM begünstigt iSd § 158 StGB.²¹⁾ Die Stellung des Leistungsempfängers als begünstigter Gläubiger ist somit zentrales Abgrenzungskriterium zwischen den Straftatbeständen.

b) Die Subsumtion des Darlehensgebers eines Eigenkapital ersetzenden Kredits unter dieses Kriterium führt allerdings zwangsläufig zur Konfrontation mit Zweifelsfragen.

aa) Man könnte nämlich der Auffassung sein, dass der Kreis der begünstigten Gläubiger auf diejenigen zu reduzieren ist, die eine formelle Stellung als „gewöhnlicher“ Konkurs- oder Ausgleichsgläubiger einnehmen. Wäre dem so, würde der Darlehensgeber aus dem tauglichen Gläubigerkreis ausscheiden, weil dieser nach der alten Rechtslage seine Forderung nicht einmal als Konkurs- oder Ausgleichsforderung anmelden konnte,²²⁾ und de lege lata eine solche Anmeldung allenfalls bei Aufforderung des Konkursgerichtes statthaft ist (§ 57 a Abs 2 KO).²³⁾ Dieses restriktive Begriffsverständnis muss jedoch verworfen werden. Einerseits geht es weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch aus den Gesetzesmaterialien²⁴⁾ hervor und wird schließlich auch in der Lit nicht vertreten.²⁵⁾ Andererseits erfüllt auch die Leistung an einen vom Konkurs- bzw Ausgleichsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger die Voraussetzungen des § 158 StGB. So wird die Konkursquote für die übrigen Gläubiger im Regelfall schlechter ausfallen – Verringerung der Masse bei gleich bleibender Anzahl der an der quotenmäßigen Verteilung teilnehmenden „gewöhnlichen“ Konkurs- oder Ausgleichsgläubiger –, als es bei der Befriedigung eines Konkurs- oder Ausgleichsgläubigers der Fall wäre.²⁶⁾ Die übrigen Gläubiger sind somit in ihrer Befriedigung beeinträchtigt, und der vom Konkursverfahren ausgeschlossene Gläubiger erhält zwangsläufig mehr, als er im Konkurs- oder Ausgleichsverfahren erhalten hätte. Allein der Verweis auf die formell fehlende Stellung des Darlehensgebers als „gewöhnlicher“ Konkurs- oder Ausgleichsgläubiger vermag somit seine Stellung als begünstigter Gläubiger iSd § 158 StGB nicht auszuräumen, zumal § 57 a Abs 2 KO die Anmeldung seiner Forderung auch unter gewissen Umständen – nämlich bei wenigsten zur teilweisen Befriedigung ausreichender Konkursmasse – vorsieht.

bb) Demzufolge müssten eigentlich alle Gläubiger, die gegen den Schuldner einen vermögensrechtlichen Anspruch haben, begünstigte Gläubiger iSd § 158 StGB sein. Sollte aber die Forderung, die diese Stellung begründet, ein bestimmtes Anforderungsprofil erfüllen?

Der OGH aus der Rückzahlsperrung und dem damit einhergehenden Mangel an Durchsetzbarkeit des Rückforderungsanspruches ua gefolgert, dass die Leistung unter „Ausschaltung der Gläubigerstellung“ an einen zivilrechtlichen Nichtgläubiger erfolgt. Die Undurchsetzbarkeit des Rückforderungsanspruches bedarf somit einer näheren Betrachtung. Hierzu lässt sich eine Vergleichbarkeit zwischen der zivilrechtlichen Systematik von Einwendungen und der des Eigenkapitalersatzrechts erwägen, was schließlich die Frage aufwirft, ob einredebehaftete Forderungen sich dem vermeidlichen Anforderungsprofil anpassen. Dem obersten Gericht ist insoweit beizupflichten, dass der Vergleich mit einer Naturalobligation unter formaljuristischen Aspekten keiner Erwägung stand hält. Die vom Schuldnerwillen abhängige Erfüllung einer zB verjährten Forderung ist grundsätzlich möglich, daher rechtswirksam, wogegen die Rückzahlsperrung die rechtsverbindliche Erfüllung, mag diese auch dem Schuldnerwillen entsprechen, verhindert. Auf der anderen Seite wird man aber auch nicht behaupten können, dass der Anspruch des Darlehensgebers durch die Rückzahlsperrung rechtsvernichtend tangiert wird, wie es etwa bei einer Anfechtung wegen Irrtums mit ex tunc Wirkung der Fall ist.²⁷⁾ Hierzu sei nur auf die Möglichkeit der Krisenüberwindung verwiesen. Vorstehende Ausführungen lassen daher nur den einen Rückschluss zu, nämlich, dass die temporär befristete Undurchsetzbarkeit des Rückforderungsanspruches eine Forderung eigener Art schafft, die sich einer direkten Vergleichbarkeit mit der von einer Einwendung behafteten Forderung entzieht. Ob diese „eigenartige“ Forderung weiter gedacht die Voraussetzungen der die Stellung eines begünstigten Gläubigers begründende Forderung erfüllt, kann sich, da erwar-

20) Vgl. Kirchbacher/Presslauer in WK² § 156 Rz 10.

21) Vgl. zum Begriff der Begünstigung Leukauf/Steininger, Komm³ § 158 Rz 3; Kienapfel, BT II³ § 158 Rz 3; Bertel/Schwaighofer, BT⁷ § 158 Rz 2; Zagler, Strafrecht § 158 Rz 4, Rainer in Trifflerer Komm II § 158 Rz 10; Schütt, aaO 100ff mwN; in der Rsp vgl. OGH 15. 11. 1983, 10 Os 171/83 (uv).

22) Vgl. nur Reich-Rohrigg, GmbH-Recht² 364 Rz 2/465; krit. Karollus, ZK 1996, 37 (39 ff); Ders, ÖBA 1997, 105 (116).

23) Daneben wären ua auch Geldstrafen jeder Art und Ansprüche aus Schenkung ausgeschlossen (§ 58 Z 2 u 3 KO).

24) Vgl. nur die Materialien zur Vorgängerbestimmung des § 158 StGB dem § 485 StG (EB 90 BlgHH 21; EB 167 BlgHH 21; 187 BlgHH 21) und die des weiteren Gesetzwerdungsganges (EB 706 BlgNR 11. GP 314; EB 30 BlgNR 13. GP 303). Im Überblick dazu Schütt, Rückgewähr 100f.

25) So auch Schütt, aaO 103; Lewisch, RdW 2000, 584 (588).

26) In diesem Zusammenhang lesenswert ist der Beitrag von Hartwig, Der strafrechtliche Gläubigerbegriff in § 283 c StGB, in FS für G. Bemmam 328 ff zur dt. Rechtslage.

27) Vgl. Schütt, aaO 123.

tungsgemäß auch hier weder der Wortlaut noch die gesetzgeberische Motivation im Gesetzwerdungsgang des § 158 StGB aufschlussreich sind, nur aus dem Eigenkapitalersatzrecht selbst ergeben.²⁸⁾ Bestätigt § 57 a Abs 1 KO die bisher hM,²⁹⁾ nach der diese Kredite nachrangig zu befriedigen sind, widmet sich § 57 a Abs 2 KO – wie erwähnt – der verfahrensrechtlichen Behandlung solcher Kredites und konkretisiert damit zugleich das Verhältnis zwischen den „gewöhnlichen“ Konkursforderung und den nachrangigen Forderungen. Danach sind Letztere wie „gewöhnliche“ Konkursforderungen durchzusetzen, ihrer Anmeldung ist zumindest – aber immerhin – bei Aufforderung des Gerichtes bei ausreichender Konkursmasse statthaft. Aus dieser Rechtslage lässt sich folgern, dass die Darlehensforderung zwar während der Krise undurchsetzbar ist, trotzdem ihren Charakter als Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt einbüßt. Dem tritt ein weiterer Umstand bekräftigend zur Seite. Solche Kredite sind nach § 67 Abs 3 KO in der Überschuldungsbilanz nur dann nicht zu passivieren, wenn der Darlehensgeber die ausdrückliche oder konkludente Erklärung abgegeben hat, dass er die Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt. Bemerkenswert ist hier die Begründung in der RV zur grundsätzlichen Passivierungspflicht solcher Kredite: . . . „Der Eigenkapitalersatzcharakter ändert nämlich nichts an der Rechtsnatur als Forderung; er hat nur zur Folge, dass der betreffende Anspruch für die Dauer der Krise nicht geltend gemacht werden kann und im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft hinter die Konkursforderung zurücktritt.“ . . .³⁰⁾ Bleibt die gegenständliche Forderung also auch in der Liquidation aufrecht, kann der Darlehensgeber auch während der Undurchsetzbarkeit seines Rückforderungsanspruchs nur Drittgläubiger der Gesellschaft sein. Zivilrechtsakzessorisch folgt daraus, dass allein der Verweis auf die Undurchsetzbarkeit des Rückforderungsanspruches nicht zu einer Ausschaltung der Stellung des Darlehensgebers als begünstigter Gläubiger iSd § 158 StGB führt.

cc) Damit ist eigentlich gleichzeitig die weitere Zweifelsfrage, ob der Kredit eine Zweckverschiebung hin zum Eigenkapitalsurrogat durchläuft und damit für den Darlehensgeber während der Krise lediglich die Stellung eines Gesellschafters begründet, beantwortet. Zwar ist dieser Gedanke durchaus nachvollziehbar, denn verliert der Darlehensgeber während der Krise jede Dispositionsbefugnis über seine Forderung könnte man ihn mehr als Anteilseigner am Gesellschaftsvermögen ansehen als einen Gläubiger, trotzdem hängt dieser Vergleich. Einmal ungeachtet der nach vorherrschender Ansicht auch zum Zeitpunkt der Urteilsfällung bestehenden Passivierungspflicht solcher Darlehen,³¹⁾ erwachsen dem Darlehensgeber, anders als einem Gesellschafter, damals wie heute keine zusätzlichen Verwaltungsrechte an der Gesellschaft aus dem Kredit.³²⁾ Schließlich wird man die Forderung auch nicht unter dem Blickwinkel der nicht gehemmen Zinsen mit hingegebenen Eigenkapital gleichsetzen können.³³⁾

dd) Nach den vorstehenden Ausführung lässt sich konstatieren, dass keine Erwägung, ob aus dem Gläubigerbegriff des § 158 StGB selbst oder aus einem außerstrafrechtlichen Normenkomplex, wirklich geeignet ist, dem Darlehensgeber die Stellung als begünstigter Gläubiger zu verwehren. Alleine daraus aber die abschließende Schlussfolgerung einer strafrechtlichen Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers nach § 158 StGB zu ziehen, würde eine Frage unbeantwortet lassen. Es ließe sich, wie es expressis verbis auch der OGH getan hat, nämlich überdenken, dass mit der Rückzahlung eines solchen Kredits faktisch allemal die Minderung des Gesellschaftsvermögens einhergeht, da der Darlehensgeber selbst doch tatsächlich nur eine vage Hoffnung auf Befriedigung seiner Forderung hat. Fraglich ist aber schon ganz grundsätzlich,

- 28) Zur Zulässigkeit einer teleologischen Interpretation anhand des Zivil- bzw Gesellschaftsrechts vertritt Köck die Auffassung, diese würde sich bereits aus dem Sinn und Zweck der Kridabestimmungen ergeben (vgl Köck, JBl 2003, 594).
- 29) Vgl nur Berger, ÖBA 1996, 837 (844); Karollus, ZIK 1996, 37 (39); Schütt, aaO 42 mwN in FN 355.
- 30) Vgl auch ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 16 zu § 67 KO.
- 31) Vgl nur Berger, ÖBA 1996, 837 (842f) mwN in FN 48; Karollus, ZIK 1996, 37 (38); Lewisch, RdW 2000, 584 (588) mwN in FN 25.
- 32) Vgl Berger, ÖBA 1996, 837 (842).
- 33) So auch Lewisch, RdW 2000, 584 (588) – siehe jetzt § 14 Abs 1 EKEG.

GZ: 24 Cg 240/03g

Versäumungsurteil

Klagende Partei:	Österreichischer Rechtsanwaltsverein Wirtschaftliche Organisation der Rechtsanwälte Österreichs, 1010 Wien
vertreten durch:	Dr. Heinz-Peter Wachter RA, 1030 Wien
Beklagte Partei:	Valerie Kalbas Immobilientreuhänderin und Verwalterin, 1190 Wien

Die beklagte Partei ist schuldig, es zu Zwecken des Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, individuelle und fachlich fundierte Beratung in allen Bereichen, wie Finanz- und Steuerberatung, Erbrecht, Verlassenschaften und Scheidungsrecht anzubieten, oder durchzuführen, insoweit sie dadurch die ihr nach § 117 der Gewerbeordnung zustehenden Berechtigungen überschreitet, insbesondere derartige Dienstleistungen ohne Bezug auf Immobilientransaktionen im Sinne des § 117 Abs 2 GewO anbietet oder tatsächlich gewährt.

20.2.2004	Handelsgericht Wien Mag. Johann Guggenbichler Richter
-----------	---

ob eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im vorliegenden Fall wirklich angemessen ist, denn man sollte nicht aus den Augen verlieren, dass sich in Österreich bisher niemand bei Rückzahlung eines derartigen Darlehens strafbar gemacht hat und die strafrechtliche Verantwortung nach § 156 öStGB schon eine außergewöhnliche Wertung – man denke nur an das enorme Strafmaß dieser Bestimmung – des einer solchen Verhaltensweise innewohnenden Unrechts darstellt. Überdies ist diese Sichtweise unter Berücksichtigung der zuvor gemachten Erhebungen kaum vertretbar. So lässt sich für die Rechtswirklichkeit nicht wegdiskutieren, dass der Darlehensgeber im Regelfall mangels Masse keinen Cent zurückerhält, dieses Verständnis einer Vermögensverringerung rückt aber eine Billigkeitserwägung in den Vordergrund, weil es sich von den Tatbestandsvoraussetzungen löst und damit deutlich gezogene Anwendungsgrenzen zwischen den Bestimmungen verwischt³⁴⁾. Dieser Umstand dürfte auch dem OGH bewusst gewesen sein, denn so erklärt sich die mehr oder weniger eingehende Auseinandersetzung mit Gläubigerstellung des Darlehensgebers. Die seine Entscheidung legitimierenden zivilrechtlichen Erwägungen hierzu sind aber kaum haltbar.

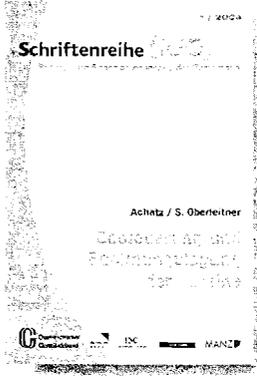
V. Fazit

Nach der hier vertretenen Auffassung macht sich der Geschäftsführer einer GmbH bei Rückzahlung eines Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehens somit im Einklang mit einigen Literaturstimmen und entgegen der Ansicht des OGH nach § 158 StGB strafbar. Das folgt insb aus dem neuen EKEG, welches aber zugegebenermaßen für den hier relevanten Bereich größtenteils nur eine Festschreibung der schon vorher entwickelten Regeln darstellt, und der aus ihm abgeleiteten Gläubigerstellung des Darlehensgebers. Was bleibt ist die in praxi nahezu aussichtslose Hoffnung, dass dem OGH erneut Gelegenheit gegeben wird seine Entscheidung zu überdenken, denn gerade im Hinblick auf die eingangs dargestellte „Brisanz“ der Strafbarkeit für den Handelnden will diese wohl überlegt sein.

34) Wie *Lewisch* zutreffend ausgeführt, ist bei einem derartigen Verständnis eines Vermögensschadens, die tatbestandliche Voraussetzung der Vermögensverringerung nach § 156 StGB über einen Umweg einer Umdeutung als effektive Vermögenseinbuße preisgegeben (vgl. *Lewisch*, RdW 2000, 584 [586]).

RECHTaktuell

Das Neueste zum öffentlichen Recht



Schriftenreihe

Achatz/Oberleitner
Besteuerung und
Rechnungslegung der Vereine
RFG-Reihe, Band 1/2004

Die Autoren bieten einen kompetenten Überblick über die wichtigsten Fragestellungen der **Vereinsbesteuerung** (Besteuerung der gemeinnützigen, mildtätigen und kirchlichen Vereine; Spendenbegünstigung des EStG und das Spendengütesiegel) und der Rechnungslegung nach dem VereinsG 2002 bzw Gewinnermittlung für steuerpflichtige wirtschaftliche Aktivitäten des Vereins. Welche Punkte bei Abfassung der Statuten besonders zu beachten sind, um abgabenrechtliche Begünstigungen zu erlangen, zeigen die **Musterstatuten** im Anhang.

Die Schriftenreihe zur
Fachzeitschrift RFG mit
Themen aus der Praxis,
vertieft dargeboten.

Für alle in einer Gemeinde, die die **Gründung eines ideellen Vereins** beabsichtigen oder in einem Verein eine **Organfunktion übernehmen** bzw innehaben.

2004. 76 Seiten. Br. EUR 18,80 ISBN 3-214-14473-1

Besuchen Sie unsere Fachbuchhandlung für Recht, Steuer, Wirtschaft! Der schnelle Weg zum Recht:
E-Mail: bestellen@MANZ.at • Tel.: 01/531 61-100 • Fax: 01/531 61-455 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Kohlmarkt 16, 1014 Wien FN 124 181w • HG Wien

MANZ 
www.manz.at