

## II. Kapitalerhaltungsgrundsatz und Verbot der Einlagenrückgewähr

---

### A. Das Trennungsprinzip und sein „Preis“

Gemäß § 1 AktG ist die Aktiengesellschaft eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit und damit Trägerin von Rechten und Pflichten.<sup>7</sup> Wenngleich es für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung an einer entsprechenden Legaldefinition fehlt, wird auch ihr – mit Blick auf ihre gem § 61 Abs 1 GmbHG feststehende Rechtsfähigkeit – eigene Rechtspersönlichkeit zuerkannt.<sup>8</sup> Beide Gesellschaftsformen gelten damit unstrittig als juristische Personen<sup>9</sup> und genießen volle Rechtsfähigkeit ohne umfangreiche Beschränkung auf den Unternehmensgegenstand.<sup>10</sup>

Gewissermaßen klarstellend<sup>11</sup> statuieren § 48 AktG und § 61 Abs 2 GmbHG in weiterer Folge eine strikte Trennung der Rechts- und Vermögenssphären der Gesellschaft einerseits und die ihrer Gesellschafter andererseits. Demnach haftet den Gläubigern der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten ausschließlich das Gesellschaftsvermögen, unter grundsätzlichem Ausschluss einer persönlichen Haftung der Gesellschafter.

---

<sup>7</sup> *Galls* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 1 Rz 11; *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 1 Rz 11.

<sup>8</sup> *Winkler/Gruber* in Gruber/Harrer, GmbHG § 61 Rz 1; *Aicher/Kraus* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (81. Lieferung 2015) § 61 Rz 3; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in U. Torggler, GmbHG (2014) § 61 Rz 3; *C. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht – Systematische Darstellung sämtlicher Rechtsformen (2008) Rz 4/22.

<sup>9</sup> Vgl *Aicher/Kraus* in Straube, WK-GmbHG § 61 Rz 3; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz – Kommentar<sup>3</sup> (2007) § 61 Rz 6; *Winkler/Gruber* in Gruber/Harrer, GmbHG § 61 Rz 7; *Galls* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 1 Rz 11; *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 1 Rz 11.

<sup>10</sup> Siehe nur *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/2.

<sup>11</sup> Vgl *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 48 Rz 1.

Umgekehrt ist aber auch den Gläubigern der Gesellschafter ein unmittelbarer Zugriff auf das Vermögen der jeweiligen Gesellschaft verwehrt.<sup>12</sup> Steht nun den Gesellschaftsgläubigern das Gesellschaftsvermögen als Befriedigungsfonds zur Verfügung, so handelt es sich dabei um eine variable Größe, die bedingt durch Gewinne einerseits und Verluste andererseits steten Schwankungen unterworfen ist.<sup>13</sup> Ferner ist das Gesellschaftsvermögen ein enden wollendes Befriedigungsobjekt, das überdies auch nicht durch Nachschüsse der Gesellschafter aufzufüllen ist.<sup>14</sup> Insofern ist die Haftung der Kapitalgesellschaften eine mit dem jeweils vorhandenen Vermögen gedeckelte sohin beschränkte. Damit erhellt sich aber auch, dass § 48 AktG und § 61 Abs 2 GmbHG nebst dem Trennungsprinzip auch das System einer beschränkten Haftung normieren.<sup>15</sup> Beschränkung des Haftungsfonds auf Seiten der Gesellschaft und der – die Erfüllung der jeweiligen Einlageverpflichtung vorausgesetzt – Haftungsausschluss der Gesellschafter bedingen ein strenges gesetzliches Regime, das in seiner Gesamtheit den Schutz des Vermögens der Gesellschaft sicherstellen soll.<sup>16</sup>

Obleich das Kapitalgesellschaftsrecht ein umfangreiches System gesetzlicher Bestimmungen zum Zwecke des Vermögensschutzes vorsieht,<sup>17</sup> kommt dem Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsgrundsatz zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger überragende Bedeutung zu, um den skizzierten negativen Auswirkungen der Sphärentrennung zu begegnen.<sup>18</sup> Vor dem Hintergrund des hier verfolgten Anliegens gelten die nachfolgenden Erwägungen alleine dem Kapitalerhaltungsgedanken. Auf eine Auseinandersetzung mit Fragen der Kapitalaufbringung wird daher bewusst verzichtet.

---

<sup>12</sup> Ua *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 9; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in U. Torggler, GmbHG (2014) § 61 Rz 7, 18; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 48 Rz 5.

<sup>13</sup> *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 48 Rz 4.

<sup>14</sup> Vgl *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 48 Rz 4 mwN; siehe auch § 1184 ABGB.

<sup>15</sup> *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/4 mwN.

<sup>16</sup> *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 48 Rz 6; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 61 Rz 6; vgl ferner *Heider* in MünchKomm I<sup>4</sup> § 1 Rz 9.

<sup>17</sup> Ausführlich dazu *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 11 ff.

<sup>18</sup> OGH 3 Ob 86/10h SZ 2010/125 = GesRZ 2011,115 (*van Husen*) = RWZ 2010, 328 (*Wenger*) = ZUS 2011,32 (*Knauder*, Rechtsprechungsübersicht) = GES 2010, 273 = ecolex 2011,335 = RdW 2011,148 = NZ 2011,152 = ZIK 2011,160 = AnwBl 2011,94 = AnwBl 2011,355; vgl auch *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 1; *Karollus* in Leitner, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (12) („*Eckpfeiler*“).

## B. Das Verbot der Einlagenrückgewähr – Ein Aufriss

### 1. Grundlegendes

Das Gesellschaftsvermögen als einziges den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehendes Befriedigungsobjekt ist bedingt durch die Tätigkeit der (werbenden) Gesellschaft eine in jede Richtung dynamische Größe.<sup>19</sup> Mit dieser Einsicht geht der zwingende Schluss einher, dass mit den strengen Regelungen im Hinblick auf die Kapitalaufbringung bei Gründung aber auch bei Kapitalerhöhungen, für den Gläubigerschutz nicht das Auslangen gefunden werden kann.<sup>20</sup> Denn stünde das einmal aufgebrachte Kapital respektive Vermögen der Gesellschaft den Anteilshabern zur freien Disposition, könnte den Gesellschaftsgläubigern willkürlich ihr Haftungsfond entzogen werden. Sohin tritt zum Prinzip der (realen) Kapitalaufbringung das Gebot der Kapitalerhaltung in prominenter Form des Verbotes der Einlagenrückgewähr<sup>21</sup> als zweite, wesentliche Säule des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes hinzu.<sup>22</sup>

Reglementiert ist das Verbot der Einlagenrückgewähr in §§ 52, 54 und 56 AktG für die AG<sup>23</sup> einerseits und in §§ 82, 83 GmbHG für die GmbH andererseits. Die Verbotstatbestände selbst finden sich in § 52 und auch § 54 AktG sowie unter § 82 Abs 1 GmbHG, wohingegen die Sanktionen wegen allfälliger Verstöße in den Folgebestimmungen statuiert sind.<sup>24</sup> Im Wesentlichen gleichen sich – abgesehen von geringfügigen Abweichungen insbesondere auf Ebene der Rechtsfolgen – die aktien- und GmbH-rechtlichen Normen, weshalb von einer inhaltlichen Identität der Kapitalerhaltungsvorschriften ausgegangen werden kann.<sup>25</sup> In diesem Sinne gelten die nachfolgenden Ausführungen für AG und GmbH, vorbehaltlich gesondert auszuweisender Divergenzen, gleichermaßen.

<sup>19</sup> Siehe bereits II.A.

<sup>20</sup> Vgl nur *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 1; *Auer* in Gruber/Harrer, GmbHG § 82 Rz 18.

<sup>21</sup> Zur Unschärfe des Terminus siehe unten II.B.3.

<sup>22</sup> *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (12f); *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 1; vgl auch *K. Schmidt*, Grundlagen und Zukunft der Ausschüttungsverbote, in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr (2014) 1.

<sup>23</sup> Durch den Verweis des Art 5 SE-VO – Verordnung (EG) Nr 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE) – auf das jeweilige nationale Aktienrecht gelten die einschlägigen Bestimmungen des AktG auch für die Societas Europaea.

<sup>24</sup> Zu alledem siehe *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (6).

<sup>25</sup> Vgl bloß *Bauer/Zebetner* in Straube, WK-GmbHG (27. Lieferung 2009) § 82 Rz 15; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 95.

## 2. Regelungszweck

Gelten die einschlägigen Bestimmungen des Kapitalgesellschaftsrechts dem Grundsatz der Kapitalerhaltung, so erhellt sich auch deren primärer Zweck als Mechanismus des Gläubigerschutzes.<sup>26</sup> Diese Ausrichtung auf den Schutz der Gläubiger darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass unmittelbares Schutzobjekt die Kapitalgesellschaft bzw deren Vermögen ist. Vermittels eines abstrakten Schutzes der Gesellschaft – greift dieser doch völlig unabhängig von einer tatsächlichen Gefährdung der Gläubigersphäre – kommt es folglich zur Erstreckung dieser Schutzwirkung auf die Interessen der Gesellschaftsgläubiger.<sup>27</sup> Mehr reflexartig iSe Nebenfolge verwirklicht sich überdies ein Minderheitenschutz für die Gesellschafter sowie die Sicherstellung deren Gleichbehandlung.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> OGH 6 Ob 288/99t SZ 73/14 = RdW 2000/245, 280 = wbl 2000/221, 330 = ecolex 2000/208, 512 = GesRZ 2000, 89; *Auer* in Gruber/Harrer, GmbHG § 82 Rz 3; *Karollus* in Leitner, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (13); *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 2; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 3; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 48 Rz 3; *Köppl*, Einlagenrückgewähr 8; *Koppensteiner*, Nichtigkeit wegen Einlagenrückgewähr verbotswidriger Verträge, in Hainz/Krejci, Festschrift Johannes Reich-Rohrwig – Zum 60. Geburtstag (2014) 117 (118); für Deutschland siehe ua *Verse* in Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz<sup>11</sup> (2012) § 30 Rz 2; *Ekkenga* in *Goette/Fleischer*, Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung I<sup>2</sup> (2015) § 30 Rz 15; anders *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 100 f, der im Gläubigerschutz lediglich den sekundären Zweck des Verbotes der Einlagenrückgewähr sieht; primärer Verbotszweck liege dagegen im Minderheitenschutz einschließlich Sicherstellung der Gesellschaftergleichbehandlung sowie Wahrung der Zuständigkeitsstruktur bei der Gewinnverteilung.

<sup>27</sup> *Karollus* in Leitner, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (13) (qua „*abstrakten Schutz der Gesellschaft*“).

<sup>28</sup> Insbesondere *Auer* in Gruber/Harrer, GmbHG § 82 Rz 3; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 3; *Karollus* in Leitner, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (13) („*höchstens nebenher*“); beachte ferner *Koppensteiner* in Hainz/Krejci, FS Reich-Rohrwig 117 (118) unter Verneinung weiterer Normzwecke neben dem Schutz der Gläubiger; differenzierend jedoch *Hügel*, Geschäftschancen und Konzernsynergien, in *Gruber/Rüffler*, Gesellschaftsrecht – Wettbewerbsrecht – Europarecht – Hans Georg Koppensteiner zum 70. Geburtstag (2006) 11 (20); *ders*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich, in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr (2014) 19 (23 f, 31 f) mit Hinweis auf den Zusammenhang mit Rechnungslegung sowie Gewinnermittlung und damit auf den Anlegerschutz (Rechnungslegungs- und Informationsfunktion); idS auch *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 4; aA *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 100 („*Erster Gesetzeszweck ...*“).

Bereits in den Materialien zum GmbHG,<sup>29</sup> auf die auch die stRsp des OGH<sup>30</sup> wiederholt rekurriert, wird der vordringliche Zweck des Schutzes und der Wahrung von Gläubigerinteressen besonders akzentuiert. So darf „das Stammkapital<sup>31</sup> als dauernder Grundstock der Gesellschaft und einziges dem Zugriffe der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt nicht durch Zahlungen an die Gesellschafter geschmälert werden“.<sup>32</sup> Diese Grundwertung gilt, trotz Fehlens gleichlautender Ausführungen in den Materialien zum AktG, nicht zuletzt aufgrund des unstrittig mit den einschlägigen Vorschriften des GmbHG identen Normzwecks auch für die AG.<sup>33</sup>

### 3. Umfang der Bindungswirkung

Entgegen dem Wortlaut der zitierten Materialien<sup>34</sup> zum GmbHG reduziert sich der Grundsatz der Kapitalerhaltung gerade nicht auf die isolierte Erhaltung des Stamm- bzw Grundkapitals.<sup>35</sup> So wird nach gänzlich hA nicht

<sup>29</sup> ErlRV 236 BlgHH 17. Sess 88 (zu § 75 der Regierungsvorlage, der dem späteren § 82 GmbHG entspricht).

<sup>30</sup> Ua OGH 4 Ob 2078/96h (Fehringer) SZ 69/149 = JBl 1997, 108 (Hügel) = RdW 1998, 593 (Saurer) = EvBl 1996/144 = RdW 1996, 471 = ecolex 1997, 437 = AnwBl 1997, 300 = ÖBA 1997, 193; 6 Ob 288/99t SZ 73/14; 4 Ob 252/02s ecolex 2003/83, 177 (Reich-Rohrwig/Größ) = EvBl 2003/48, 229 = GES 2003, 161 = wbl 2003/150, 237 = RZ 2003, 128 = RdW 2003/167, 201; 3 Ob 287/02f SZ 2003/133 = RWZ 2004/11, 38 (Wenger) = wbl 2004/93, 192 = GesRZ 2004, 57 = GES 2004, 149 = ecolex 2004/166, 381 = RdW 2004/123, 155; 6 Ob 271/05d SZ 2005/178 = JBl 2006, 388 (Artmann) = ÖBA 2006/1337, 293 (Karollus) = GES 2006, 164 = RdW 2006/261, 279 = ecolex 2006/172, 398 = GesRZ 2006, 148 = RZ 2006, 130 = AnwBl 2007, 338; 7 Ob 142/07v RWZ 2009/33, 108 (Wenger); 2 Ob 225/07p (GmbH & Co KG) SZ 2008/76 = GesRZ 2008, 259 (Fragner/Schimka) = GesRZ 2008, 310 (Stingl) = JAP 2008/2009/14, 100 (Rauter) = SWK 2008, 1449 (Moser) = GES 2008, 315 (Bauer) = ÖBA 2009/1522, 60 (Bollenberger) = RWZ 2008/72, 260 (Wenger) = RdW 2009/284, 326 (C. Nowotny) = JBl 2008, 791 = AnwBl 2008, 431 = ecolex 2008/343, 918 = RdW 2008/542, 581 = ZIK 2009/162, 99; 7 Ob 35/10p RWZ 2010/89, 363 (Wenger) = ZFR 2011/38, 82 (Auer) = GesRZ 2011, 110 (Karollus) = wbl 2011/61, 162 = AnwBl 2011, 258 = GES 2010, 217 = ÖBA 2011/1694, 195 = NZ 2011/46, 179 = ecolex 2011/134, 334 = RdW 2011/145, 147 = ZIK 2011/285, 199.

<sup>31</sup> Richtig wohl Gesellschaftsvermögen.

<sup>32</sup> ErlRV 236 BlgHH 17. Sess 88 (zu § 75 der Regierungsvorlage, der dem späteren § 82 GmbHG entspricht); vgl auch RIS-Justiz RS0105518.

<sup>33</sup> So ua OGH 6 Ob 271/05d SZ 2005/178 = JBl 2006, 388 (Artmann) = ÖBA 2006/1337, 293 (Karollus).

<sup>34</sup> Siehe FN 32.

<sup>35</sup> Anders hingegen das dGmbHG in seinem § 30, der sich mit dem Schutz jenes Vermögens begnügt, dass dem Stammkapital entspricht (siehe bloß *Ekkenga* in

nur das Stamm- und Grundkapital geschützt, sondern vielmehr das gesamte Vermögen der jeweiligen Gesellschaft iSe Sondervermögensschutzes.<sup>36</sup> Geht es aber anerkanntermaßen um die Bewahrung des Gesellschaftsvermögens vor wertmäßigen Reduktionen,<sup>37</sup> so entbehrt die geläufige Terminologie, wie sie auch das AktG in seiner Überschrift zu § 52 gebraucht, der notwendigen Schärfe. Weder der Begriff des „Verbotes der Einlagenrückgewähr“ noch jener der „Kapitalerhaltung“ repräsentieren den skizzierten Umfang des zugrundeliegenden Prinzips in hinreichender Weise. Im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm ist es richtig von „Vermögensbindung“,<sup>38</sup> und als Ausfluss derselben von „Verbot unzulässiger Vermögensausschüttungen“<sup>39</sup> zu sprechen.<sup>40</sup>

In dieses Verständnis fügen sich letztlich auch die, in den einschlägigen Bestimmungen statuierten Verbotstatbestände. Sowohl § 52 Abs 1 1. HS AktG als auch § 82 Abs 1 1. HS GmbHG normieren eingangs des jeweiligen Verbotstatbestandes explizit ein Verbot der Einlagenrückgewähr, beschränken sich jedoch nicht auf dieses, sondern ergänzen es (implizit) um eine Untersagung jedweder Leistung an die Gesellschafter, die nicht Gewinnausschüttung ist.<sup>41</sup> Demnach bedarf es bei der (verbotenen) Leistung der Gesellschaft gerade keines inneren Zusammenhanges zur tatsächlichen

---

MünchKomm GmbHG I<sup>2</sup> § 30 Rz Rz 1); vgl dazu auch die zahlreichen Hinweise in der österr Lehre, so ua *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 1; *Hügel* in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr 19 (25 ff); jüngst OGH 6 Ob 14/14y ecolex 2015/50 (*Brugger*) = GesRZ 2015, 130 (*Karollus*) = NZ 2015, 105 (*Trill*) = JAP 2014/2015/23, 236 (*Milchrahm/Rauter*) = GES 2015, 17 = wbl 2015/56, 164 = ZIK 2015/149, 118 = AnwBl 2015, 259.

<sup>36</sup> Ua mwN *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 3; *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 1; *Bauer/Zehetner* in Straube, WK-GmbHG § 82 Rz 2; vgl auch *Hügel* in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr 19 (26 f).

<sup>37</sup> *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 1; vgl auch *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 3; *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter I, GesRZ 1999, 86 (90); anders *Bauer/Zehetner* in Straube, WK-GmbHG § 82 Rz 10.

<sup>38</sup> Ausdrücklich zuletzt OGH 6 Ob 14/14y ecolex 2015/50 (*Brugger*) = GesRZ 2015, 130 (*Karollus*) = NZ 2015, 105 (*Trill*) = JAP 2014/2015/23, 236 (*Milchrahm/Rauter*); *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 1 mwN; aA *Bauer/Zehetner* in Straube, WK-GmbHG § 82 Rz 10 („Kapitalerhaltung“).

<sup>39</sup> *Karollus* in Leitner, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (21 f); werden die geläufigen Termini in weiterer Folge verwendet, ist ihnen dieses extensive Verständnis beigemessen.

<sup>40</sup> Krit *Hügel* in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr 19 (22).

<sup>41</sup> Insb *Hügel* in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr 19 (25); *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 11; *Bauer/Zehetner* in Straube, WK-GmbHG § 82 Rz 17; auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 1.

Einlagenleistung des empfangenden Anteilsinhabers.<sup>42</sup> Insofern erfüllen auch zur ursprünglichen Einlagenleistung inkongruente Zuwendungen den Verbotstatbestand, geht es doch nicht zuletzt um eine wertmäßige Bindung bzw Sicherung des Gesellschaftsvermögens und nicht um eine gegenständliche.<sup>43</sup>

Versteht man das Verbot der Einlagenrückgewähr als Instrument umfassender Vermögensbindung, gebietet sich eine extensive Auslegung der im gegenständlichen Kontext wenig präzisen Verbotstatbestände quasi von sich aus.<sup>44</sup> Sohin bedeutet jedwede vermögensmindernde Leistung der Gesellschaft zugunsten eines Gesellschafters eine verbotswidrige Ausschüttung. Dies gilt vorbehaltlich der Ausschüttung eines ordnungsgemäß festgestellten und zur Verteilung freigegebenen Bilanzgewinnes einerseits, sowie gesetzlicher Ausnahmetatbestände und drittüblicher Austauschgeschäfte andererseits.<sup>45</sup>

Damit verdeutlicht sich auch der Umfang des kontextuell zur Anwendung kommenden Leistungsbegriffes. So ist jeder Vermögenstransfer von der jeweiligen Gesellschaft zu einem Anteilsinhaber, unabhängig davon ob er offen oder aber verdeckt unter dem Deckmantel eines Umsatzgeschäftes erfolgt, vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfasst.<sup>46</sup> Als unzulässige Einlagenrückgewähr respektive Vermögensausschüttung sind letzthin

<sup>42</sup> *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 11; *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 1; *Bauer/Zebetner* in Straube, WK-GmbHG § 82 Rz 46; *Auer* in Gruber/Harrer, GmbHG § 82 Rz 19; *Karollus* in Leitner, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (18).

<sup>43</sup> *Karollus* in Leitner, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (22 f); *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 1; *Bauer/Zebetner* in Straube, WK-GmbHG § 82 Rz 219; *K. Schmidt* in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr 1 (7); *Koppensteiner*, in Hainz/Krejci, FS Reich-Rohrwig 117 (126); *Bayer* in MünchKomm AktG I<sup>4</sup> § 57 Rz 10; aA OGH 3 Ob 2374/96f RZ 1997, 225.

<sup>44</sup> Vgl *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 11; für das dAktG *Bayer* in MünchKomm AktG I<sup>4</sup> § 57 Rz 7–9.

<sup>45</sup> Ua OGH 6 Ob 226/09t GesRZ 2010, 276 (*Winner/Obradovic*) = GesRZ 2010, 328 (*Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*) = ZFR 2011/70, 128 (*Rubm*) = RWZ 2010/62, 264 (*Wenger*) = GES 2010, 123 = ecolex 2010/283, 776 = AnwBl 2010, 569 = wbl 2010/201, 535 = NZ 2010/82, 331 = GBU 2010/10/03 = RdW 2010/515, 509; 6 Ob 196/03x SZ 2003/137 = RWZ 2004/5, 18 (*Wenger*) = ecolex 2004/95, 189 (*Konwitschka*) = RdW 2004/349, 390 (*Gruber*) = wbl 2004, 353 (*Pilgerstorfer*) = GesRZ 2004, 136 = GES 2004, 153 = RdW 2004/122, 154.

<sup>46</sup> Ua OGH 3 Ob 287/02f SZ 2003/133 = RWZ 2004/11, 38 (*Wenger*); 4 Ob 2078/96h (*Fehringer*) SZ 69/149 = JBl 1997, 108 (*Hügel*) = RdW 1998, 593 (*Saurer*); 6 Ob 288/99t SZ 73/14; *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 8; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 12; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 15; *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH-Gesetz<sup>7</sup> (2009) § 82 Rz 4 mwN; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 119.

grundsätzlich all jene Leistungen einer Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter zu qualifizieren, denen keine oder eine nur inäquivalente Gegenleistung gegenübersteht.<sup>47</sup>

#### 4. Zulässige Leistungen – Ausnahmetatbestände

Der Umkehrschluss legt nahe, dass es einer GmbH bzw AG nicht generell verwehrt ist mit ihren Gesellschaftern Geschäfte zu schließen.<sup>48</sup> Ob ein solches Geschäft zulässig iSd des Verbotes der Einlagenrückgewähr ist, muss in einem ersten Schritt anhand der objektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung geprüft werden.<sup>49</sup> Dabei sind nebst Bewertung der ausgetauschten Hauptleistungen auch alle mit dem konkreten Geschäft einhergehenden Nebenpflichten ins Kalkül zu ziehen.<sup>50</sup> Der in diesem Zusammenhang vielfach gebrauchte Terminus der „Angemessenheitsprüfung“<sup>51</sup> erscheint im Lichte der jüngeren, oberstgerichtlichen Rechtsprechung wohl nicht mehr zutreffend.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> OGH 7 Ob 142/07v RWZ 2009/33, 108 (*Wenger*); 3 Ob 287/02f SZ 2003/133 = RWZ 2004/11, 38 (*Wenger*); vgl auch *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 10 („inäquivalente schuldrechtliche Austauschbeziehungen“); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 119 („objektives Missverhältnis“); *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 12 („Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung“).

<sup>48</sup> Etwa *Auer* in Gruber/Harrer, GmbHG § 82 Rz 36; *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 52 Rz 10; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 23; *Karollus* in Leitner, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (57); *Köppl*, Einlagenrückgewähr 7; *Napokoj*, Rückzahlungsansprüche der Aktiengesellschaft gegen Aktionäre aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr, GES 2007, 70; OGH 4 Ob 252/02s ecolx 2003/83, 177 (*Reich-Rohrwig/Größ*).

<sup>49</sup> Vgl dazu § 55 AktG bzw § 82 Abs 4 GmbHG.

<sup>50</sup> Ausführlich dazu jeweils mwN *Karollus* in Leitner, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (60 f); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 121 ff.

<sup>51</sup> *Karollus* in Leitner, Gewinnausschüttung 1 (60 f); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 121 ff; anders *Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 269 (276 f): dieser erstreckt die Angemessenheitsprüfung auch auf die Frage der betrieblichen Rechtfertigung.

<sup>52</sup> Vgl OGH 8 Ob 20/13v EvBl 2013/99, 618 (*Robrer*) = RWZ 2013/39, 139 (*Wenger*) = GesRZ 2013, 286 (*Milchbrahm*) = AnwBl 2013, 624 = ecolx 2013/289, 708: für eine objektiv-adäquate Gegenleistung zieht der erkennende Senat den Terminus der „Üblichkeit“ heran, wohingegen von „Angemessenheit“ iZm dem Fremdvergleichstest die Rede ist. Dh die Angemessenheitsprüfung verlagert sich gleichsam von der Äquivalenzprüfung hin zur Ebene des Drittvergleiches. Inwiefern die jeweilige Leistungsbeziehung dem Maßstab objektiver Äquivalenz unter Einbeziehung aller zuzugestehenden Bandbreiten genügt ist iSd Entscheidung im Wege einer Üblichkeitsprüfung zu beurteilen.