

Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht

Martin Karollus

- I. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen des Verbots der Einlagenrückgewähr**
 - A. Parallelen und Wertungsunterschiede im Gesellschaftsrecht und im Abgabenrecht
 - B. Rechtsgrundlagen im österreichischen Recht und im Unionsrecht
 - 1. Österreichisches Recht
 - 2. Unionsrecht
 - C. Das Ausschüttungsverbot als Eckpfeiler des Kapitalschutzsystems für Kapitalgesellschaften
 - D. Erfasste Gesellschaften
 - E. Umfang des Ausschüttungsverbots
 - 1. Bindung des gesamten Vermögens
 - 2. Allgemeines Ausschüttungsverbot, nicht nur Verbot einer „Rückgewähr der Einlage“
 - 3. Zulässigkeit von Dividendenzahlungen
 - 4. Durchbrechungen des Verbots der Einlagenrückgewähr in besonderen Ausnahmefällen
 - 5. Keine Verzinsung der Einlage
 - F. Erfasster Personenkreis
 - 1. Grundprinzip: Sonderrecht für Vermögenszuwendungen an Gesellschafter
 - 2. Erfasste Gesellschafter
 - 3. Gleichstellung mit Gesellschaftern („Gesellschafterähnliche Personen“)
 - 4. Qualifikation von gegenüber Dritten erbrachten Leistungen auch als Leistung an einen Gesellschafter
 - G. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes im Überblick
 - 1. Rückgewähranspruch
 - 2. Außenhaftung des Aktionärs
 - 3. Ausfallhaftung der Mitgesellschafter
 - 4. Schadenersatzhaftung der Organmitglieder, Abschlussprüfer
 - 5. Nichtigkeit verbotswidriger Rechtsgeschäfte
 - 6. Strafrecht
 - H. Grenzüberschreitende Sachverhalte (Kollisionsrecht)
- II. Verdeckte Gewinnausschüttungen**
 - A. Allgemeiner Ansatz
 - B. Beurteilungskriterien für die Prüfung der (Un-)Zulässigkeit des Rechtsgeschäftes

1. Objektive Inäquivalenz als Grundvoraussetzung
2. Gegenbeweis: Drittvergleich (fehlende causa societatis) und betriebliche Rechtfertigung
3. Vorteilsausgleich
4. Verdeckte Gewinnausschüttung bei fehlendem betrieblichen Interesse der Gesellschaft trotz objektiv äquivalenten Leistungen?

C. Rechtsfolgen

D. Praktische Anwendungsfälle

1. Geschäftsführergehalt, Pensionszusage, Arbeitsentgelt, Scheindienstverhältnisse
2. Umsatzgeschäfte etc zu unangemessenen Konditionen
3. Für die Gesellschaft nutzlose Leistungen bzw ihren Interessen widersprechende Transaktionen
4. Verlagerung von privaten Aufwendungen des Gesellschafters in die Gesellschaft
5. Kreditbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, Sicherheiten, Cash Pooling, Kreditaufnahme für Zwecke des Gesellschafters
6. Konzernumlagen
7. Unentgeltliche Zuwendungen an den Gesellschafter, Spenden
8. Verzicht auf Forderungen und auf sonstige Rechte gegen den Gesellschafter
9. Abkauf von Gesellschafterrechten
10. Abfindung ausscheidender Gesellschafter
11. Schwarzgeschäfte
12. Corporate Opportunities
13. „Gruppenvertrag“ im Rahmen der Gruppenbesteuerung
14. Geschäfte mit einem Dritten, die ausschließlich im Interesse des Gesellschafters liegen
15. Transaktionen der Gesellschaft mit einem Dritten, die der Gesellschafter auch selbst durchführen hätte können

III. Kreditgewährung an einen Gesellschafter, Sicherheitengewährung für einen Kredit des Gesellschafters, Konzernfinanzierung, Cash Pooling und Kreditaufnahme zur Weiterleitung an den Gesellschafter im Besonderen

A. Kreditgewährung „up stream“ und „side stream“

B. Sicherheitenbestellung „up stream“ und „side stream“

1. Qualifikation der Sicherheit als Leistung an den Gesellschafter
2. Zulässigkeitsvoraussetzungen
3. „Fehrringer“: Fremdübliche Gegenleistung
4. Betriebliche Rechtfertigung
5. Existenzgefährdung als Grenze
6. Auswirkungen eines Verstoßes gegenüber dem dritten Kreditgeber/ Sicherheitennehmer

C. Cash Pooling

D. Kreditaufnahme durch die Gesellschaft mit dem Zweck der Weiterleitung an den Gesellschafter

1. Allgemeine Grundsätze und Entwicklung der Judikatur
2. 6 Ob 48/12w im Besonderen

IV. Zusammenfassung

I. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen des Verbots der Einlagenrückgewähr

A. Parallelen und Wertungsunterschiede im Gesellschaftsrecht und im Abgabenrecht

Gegenstand des vorliegenden Beitrages ist eine möglichst übersichtliche und prägnante Darstellung des Verbots der Einlagenrückgewähr mit einem besonderen Schwerpunkt auf der Fallgruppe der verdeckten Gewinnausschüttungen. Damit soll einerseits der derzeitige Stand der gesellschaftsrechtlichen Diskussion zusammengefasst werden und andererseits auch dem Leser in der Zusammenschau mit anderen in diesem Handbuch enthaltenen Beiträgen¹ der Vergleich zu ähnlichen Phänomenen im Abgabenrecht ermöglicht werden, um damit die – von *Roman Leitner* und von *Leitner* stets in besonderer Weise geförderte – fächerübergreifende Kommunikation zu erleichtern. Dieser gesamtheitliche Ansatz entspricht nicht nur einem Grundanliegen des Verfassers, sondern insbesondere auch der an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Kepler Universität Linz vorgenommenen besonderen Schwerpunktsetzung im Bereich des Unternehmensrechts im weiteren Sinn. Da sich das Linzer Institut für Unternehmensrecht (früher: Institut für Handels- und Wertpapierrecht) stets vertieft mit dem gesellschaftsrechtlichen Verbot der Einlagenrückgewähr befasst hat,² war eine Beteiligung auch an dem vorliegenden Handbuch naheliegend.

Im Hinblick auf die verdeckte Gewinnausschüttung – das Generalthema des vorliegenden Buches – ergeben sich bei einer fächerübergreifenden Betrachtung sowohl frappierende Gemeinsamkeiten als auch markante Unterschiede: Die praktischen Fallgestaltungen, in denen eine verdeckte Gewinnausschüttung in Betracht kommt,³ sind im Abgabenrecht und im Gesellschaftsrecht durchaus gleich. Dies macht es möglich, das viel reichhaltigere abgabenrechtliche Fallmaterial – unter Beachtung der Unterschiede zwischen den beiden Rechtsgebieten – auch im gesellschaftsrechtlichen Kontext als Anschauungsquelle heranzuziehen.⁴ Dass die einschlägigen Tatbestände des Abgabenrechts und des Gesellschaftsrechts unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen (Schutz des Steueraufkommens im einen Fall, Schutz der Gesellschaft, ihrer Gläubiger und ihrer [Minderheits-] Gesellschafter im anderen Fall⁵), dass daher auch die Teleologie im Einzelfall eine andere sein kann, und dass durch diese Tatbestände jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen (Ansprüche zu Gunsten des Fiskus einerseits, zu Gunsten der Gesellschaft

1 Siehe insbesondere die Beiträge von *Kirchmayr* zur verdeckten Gewinnausschüttung im Ertragsteuerrecht, von *Bachl* zu Bewertungsfragen, von *Bach* zur Bilanzierung, von *Roman Leitner* zum Finanzstrafrecht und von *Schmieder* zum Strafrecht.

2 Neben zahlreichen Publikationen ist insbesondere auf die einschlägigen Kommentierungen von *Artmann* und *Jabornegg* hinzuweisen.

3 Siehe dazu noch die Beispiele unten II. D.

4 Zutreffend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar, 3. Auflage (2007) § 82 Rz 15 und *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) § 52 Rz 10, die daher auch in der Folge – etwa bei *Koppensteiner/Rüffler* in Rz 17 und bei *Artmann* in Rz 16 – in großem Umfang auf Entscheidungen des VwGH Bezug nehmen, sowie *Bauer/Zehetner in Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (27. Lieferung 2009) § 82 Rz 62, die insbesondere auch für eine Heranziehung der im Abgabenrecht anerkannten Wertermittlungsmethoden plädieren.

5 Zum Normzweck des gesellschaftsrechtlichen Verbots siehe auch noch unten C.

andererseits) ausgelöst werden,⁶ müsste als Selbstverständlichkeit nicht besonders erwähnt werden. Auch die rechtliche Beurteilung erfolgt in beiden Rechtsgebieten jeweils grundsätzlich voneinander unabhängig: So kann etwa ein Vermögensabfluss an den Gesellschafter abgabenrechtlich als bloße „Einlagenrückzahlung“ keine Steuerfolgen auslösen, dennoch aber gesellschaftsrechtlich als vielleicht sogar ganz eindeutiger Fall einer offenen „Rückgewähr der Einlage“ unzulässig sein und daher sehr wohl gesellschaftsrechtliche Rechtsfolgen auslösen. Diese gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen (Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter, der die unzulässige Leistung erhalten hat, gemäß § 83 Abs 1 GmbHG und § 56 Abs 3 AktG, unten G. 1., zuzüglich der Haftung weiterer Personen, unten G. 3. und 4.) können dann freilich wiederum Steuerfolgen auslösen.

Die Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung im Abgabenrecht lassen sich dahingehend auf den Punkt bringen, dass die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung als gegeben hingenommen und diese als Gewinnausschüttung (bzw aus Sicht der Gesellschaft: als Gewinnverwendung) behandelt wird; auf dieser Basis kommt es zu einer Korrektur (Erhöhung) des zu versteuernden Gewinns der Gesellschaft (KöSt) und zur Besteuerung einer Gewinnausschüttung an den Gesellschafter (KESt).⁷ Das Gesellschaftsrecht verlangt dann aber doch die Rückgängigmachung der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung (Rückgewähranspruch⁸ und allenfalls Haftung weiterer Personen⁹); die Nachzahlung der Steuern lässt den gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch nicht entfallen; notwendig ist daher auch eine gesellschaftsrechtliche Sanierung.¹⁰ Sobald der Rückgewähranspruch zu aktivieren ist,¹¹ bzw auf der Ebene des Gesellschafters, wenn die Rückzahlung erfolgt,¹² kann dies wiederum weitere Steuerfolgen auslösen. Auch wegen dieser – nicht immer hinreichend erkannten – Interdependenzen zwischen den in den beiden Rechtsgebieten vorgesehenen Rechtsfolgen erscheint eine verstärkte interdisziplinäre Betrachtung des Phänomens der verdeckten Gewinnausschüttung unverzichtbar.

Ein weiterer auffälliger Unterschied besteht darin, dass das Gesellschaftsrecht für inäquivalente Leistungsbeziehungen nur die Kategorie der verdeckten Gewinnausschüttung bereithält, während im Abgabenrecht auch ein bloßer Irrtum, der nicht als verdeckte Gewinnausschüttung eingeordnet wird, mit der Folge einer „Fehlerkorrektur“ vorliegen kann; diese Fehlerkorrektur wird dann wohl auch zumeist mit den gesellschaftsrechtlich gebotenen Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung (Rückgängigmachung der verbotenen Vermögensverschiebung) kongruent sein. Im Gesellschaftsrecht gibt es hingegen keine derartige Differenzierung zwischen gravierenden

6 Daher zu Recht vor einer unreflektierten Übernahme der steuerrechtlichen Judikatur im Gesellschaftsrecht warnend *Auer in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar* (2014) § 82 Rz 40.

7 Letzteres gilt dann nicht, soweit die Beteiligungsertragsbefreiung aufgrund des „Schachtelprivilegs“ (§ 94 Z 2 EStG in Verbindung mit § 10 Abs 1 KStG; siehe auch Abs 2 zum internationalen Schachtelprivileg) eingreift. Gesellschaftsrechtlich sind hingegen auch verdeckte Gewinnausschüttungen an Gesellschafter, die selbst Körperschaften sind, ohne Unterschied verboten.

8 Siehe dazu unten G. 1.

9 Siehe dazu unten G. 3. und 4.

10 Siehe dazu noch unten G. 1.

11 Zur Frage, ab wann dies der Fall ist, siehe den Beitrag von *Bach*, 283 (291 ff).

12 Siehe dazu den Beitrag von *Kirchmayr*, 137 (151 f, 179 ff).

und minderschweren Fällen mit jeweils unterschiedlichen Rechtsfolgen, sondern es liegt entweder eine verbotene verdeckte Gewinnausschüttung vor oder aber es kommt zu gar keinen – jedenfalls nicht zu gesellschaftsrechtlichen – Sanktionen. Der engere abgabenrechtliche Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung hängt wiederum damit zusammen, dass im Abgabenrecht dem subjektiven Element – der bewussten Vorteilszuwendung *causa societatis* (= mit einer Grundlage in dem Gesellschaftsverhältnis) – eine viel größere Bedeutung als positive Tatbestandsvoraussetzung einer verdeckten Gewinnausschüttung beigemessen wird als im Gesellschaftsrecht. Allerdings wird dieses subjektive Element dann auch im Abgabenrecht oft aus Indizien, wie eben einer festgestellten objektiven Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung, erschlossen. Im Gesellschaftsrecht kommt es zwar nach der heute herrschenden Auffassung zunächst auf ein solches subjektives Element nicht an,¹³ über den möglichen Gegenbeweis – bei festgestellter objektiver Inäquivalenz – einer Nichtbeeinflussung der Transaktion durch die Gesellschaftsterstellung (also einer fehlenden *causa societatis*) können dann aber doch auch diese subjektiven Gesichtspunkte Bedeutung erlangen.¹⁴

Aktuell ist im Gesellschaftsrecht die Diskussion über die Erfassung an sich objektiv äquivalenter Leistungsbeziehungen, denen aber die betriebliche Rechtfertigung bzw eine betriebliche Veranlassung aus Sicht der Gesellschaft fehlt (und bei denen daher schon gerade deshalb die *causa societatis* als Motiv ins Auge springen dürfte); die jüngste Judikatur des OGH geht deutlich dahin, auch dies als verdeckte Gewinnausschüttung zu erfassen.¹⁵ Ausgehend von der stärkeren subjektiven Ausprägung der Tatbestandsmerkmale im Abgabenrecht erscheint es jedenfalls denkbar, dass dieser Ansatz auch auf das Abgabenrecht übertragen wird. Die Folge wäre dann eine generelle Nichtanerkennung von Leistungsbeziehungen, bei denen es an einem betrieblichen Interesse der Gesellschaft fehlt.¹⁶

Gewisse Unterschiede bestehen schließlich bezüglich des Kreises der vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfassten Transaktionspartner, so dürfte man sich etwa im Gesellschaftsrecht mit der Erfassung von Familienangehörigen des Gesellschafters viel schwerer tun als im Abgabenrecht (unten I. F. 3.). Auch die Zurechnung verläuft jeweils unterschiedlich, wie sich etwa am Fall der Transaktionen zwischen Schwestergesellschaften zeigt: Im Abgabenrecht erfolgt die Zurechnung „im Dreieck“ über den gemeinsamen Gesellschafter (Gewinnkorrektur bei der benachteiligten Gesellschaft, Annahme einer Ausschüttung an den Gesellschafter und einer Wiedereinlage in die begünstigte Gesellschaft), wohingegen im Gesellschaftsrecht richtigerweise ein direkter Rückgewähranspruch zwischen den beiden Schwestergesellschaften eingreift (unten I. F. 3.).¹⁷

Angesichts der durchaus bedeutsamen tatbestandlichen Unterschiede zwischen der verdeckten Gewinnausschüttung im Abgaben- und im Gesellschaftsrecht kann man sich die Frage stellen, ob es wirklich glücklich ist, dass der ursprünglich im Bereich des Abga-

13 Siehe dazu noch unten II. B. 1.

14 Siehe dazu noch unten II. B. 2.

15 Siehe dazu noch unten II. B. 4.

16 In eine ähnliche Richtung geht wohl auch die Judikatur des VwGH zur „verdeckten Ausschüttung an der Wurzel“, siehe etwa VwGH 25.4.2013, ZI 2010/15/0139.

17 Diese Frage ist allerdings hoch umstritten und bisher höchstrichterlich nicht geklärt.

benrechts entwickelte Begriff der „verdeckten Gewinnausschüttung“¹⁸ gleichermaßen auch im Gesellschaftsrecht verwendet wird, weil damit in den beiden Rechtsgebieten etwas zwar Ähnliches, im Detail aber dann doch wiederum signifikant Unterschiedliches bezeichnet wird, was zu Missverständnissen Anlass geben könnte. In der gesellschaftsrechtlichen Literatur wurden daher auch schon alternative Bezeichnungen wie etwa „verdeckte Vermögensverlagerungen“ vorgeschlagen. Die Bezeichnung der einschlägigen Sachverhalte als „verdeckte Gewinnausschüttung“ hat sich aber auch im Gesellschaftsrecht derart stark durchgesetzt, dass im vorliegenden Beitrag an dieser Terminologie festgehalten wird.

Man mag aber auch durchaus bezweifeln, ob alle derzeit feststellbaren tatbestandlichen Unterschiede wirklich zwingend durch die unterschiedlichen Wertungsgrundlagen von Abgaben- und Gesellschaftsrecht bedingt sind. Um dies zu klären, bedarf es wohl nicht nur der Selbstreflexion im eigenen Rechtsgebiet, sondern insbesondere auch einer fächerübergreifenden Zusammenarbeit. Der auf der 14. Finanzstrafrechtlichen Tagung 2009, aus der die 1. Auflage des vorliegenden Buches als Tagungsband hervorgegangen ist, begonnene Dialog verdient daher jedenfalls eine weitere Fortsetzung in der Zukunft. Auch die 2. Auflage des Handbuchs soll dazu einen Beitrag leisten.

Die gerade in den letzten Jahren besonders spürbar gewordene enorme Bedeutung der Einlagenrückgewähr in der Praxis¹⁹ hat auch im gesellschaftsrechtlichen Bereich eine Neuauflage erforderlich gemacht; dabei waren viele neue Entscheidungen des OGH, neue Literatur sowie zusätzliche Themen einzuarbeiten. Der Verfasser hofft, dass auch der vorliegende Beitrag für Wissenschaft und Praxis als Zusammenfassung des status quo, mit weiterführenden Gedanken des Verfassers, sowie als Nachschlagewerk zur Einlagenrückgewähr und zur verdeckten Gewinnausschüttung nützlich ist.

B. Rechtsgrundlagen im österreichischen Recht und im Unionsrecht

1. Österreichisches Recht

Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist für die AG in §§ 52, 54 und 56 AktG sowie – mit nur geringfügigen Abweichungen – für die GmbH in §§ 82 und 83 GmbHG geregelt.²⁰ Dabei enthalten § 52 (und ergänzend § 54) AktG sowie § 82 GmbHG jeweils den Verbotstatbestand (die Regelung über das Ausmaß der Vermögensbindung), während die im Falle eines Verstoßes eingreifenden Rechtsfolgen in § 56 AktG und § 83 GmbHG geregelt werden.

18 In § 8 Abs 2 KStG ist jetzt allerdings nur noch von verdeckten Ausschüttungen die Rede. Damit soll verdeutlicht werden, dass ein einschlägiger Vorgang auch in Verlustjahren in Betracht kommt. Genau dasselbe gilt aber auch im Gesellschaftsrecht, siehe dazu noch unten E. I. und II. A.

19 Dies zeigt sich etwa daran, dass seit einiger Zeit jährlich mehrere einschlägige Fälle vom OGH entschieden werden; daneben wird der Verfasser laufend noch mit zahlreichen weiteren Sachverhalten konfrontiert. Die Zunahme der streitigen Fälle dürfte aber nicht daran liegen, dass es in den letzten Jahren mehr Verstöße als früher gegeben hat. Vielmehr ist das Problembewusstsein (auch bei den Insolvenzverwaltern) gestiegen, überdies haben die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (Finanz- und Wirtschaftskrise) die Aufdeckung vieler Verstöße begünstigt.

20 Zur SE siehe noch unten D.

2. Unionsrecht

Für die AG hat das Ausschüttungsverbot auch eine unionsrechtliche²¹ Grundlage in Art 17 und Art 18 der Kapital-RL 2012/30/EU²² (davor: Art 15 und 16 der durch die vorgenannte Richtlinie ersetzten Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie vom 13. Dezember 1976, 77/91/EWG²³). Die Richtlinie hat zwar – außer gegenüber dem Staat oder gegenüber dem Staat zurechenbaren Rechtsträgern²⁴ – keine unmittelbare Wirkung – eine „horizontale Drittwirkung“ von Richtlinien wurde vom EuGH bisher abgelehnt –, deren Vorgaben könnten aber für eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts²⁵ von Bedeutung sein. Daneben gibt es noch andere Fallgruppen, in denen es im Ergebnis zu einer Drittwirkung von Richtlinien kommen kann.²⁶ Weiters könnte aus ei-

- 21 Seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon, mit dem die Europäische Gemeinschaft auf die Europäische Union verschmolzen wurde, sollte der bisher verwendete Begriff „Gemeinschaftsrecht“ vermieden werden.
- 22 Richtlinie 2012/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl L 315 vom 14.11.2012, Seiten 74–97.
- 23 Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl L 26 vom 31.1.1977, Seiten 1–13, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2009/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009, ABl L 259 2.10.2009, Seiten 14–21.
- 24 Siehe dazu etwa die sehr weitgehende Entscheidung des EuGH vom 12.7.1990, Rs C-188/189, Slg 1990, I-3313 – „Foster u.a. gegen British Gas plc.“, in der es um die direkte Anwendung der Gleichbehandlungsrichtlinie zu Lasten der – in Form einer, wenn auch durch einen Gesetzgebungsakt errichteten, juristischen Person des Privatrechts organisierten – British Gas plc. ging. Der EuGH hat hier ausgeführt (Rz 20 des Urteils): *„Demgemäß gehört jedenfalls eine Einrichtung, die unabhängig von ihrer Rechtsform kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen hat und die hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet ist, die über das hinausgehen, was für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gilt, zu den Rechtssubjekten, denen die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen einer Richtlinie entgegengehalten werden können.“* Ähnlich auch EuGH 4.12.1997, Rs C-253/96 bis C-258/96, Slg 1997, I-6907 – „Helmut Kampelmann u.a. gegen Landschaftsverband Westfalen-Lippe, Stadtwerke Witten GmbH gegen Andreas Schade, und Klaus Haseley gegen Stadtwerke Altena GmbH“ (Rz 46 f des Urteils). Abgesehen von der Betrauung mit staatlichen Aufgaben bzw der Unterstellung unter staatliche Aufsicht kann aber auch eine durch die Eigentumsverhältnisse indizierte Kontrolle des Staates genügen.
- 25 Zum Umfang des Gebots der unionsrechtskonformen Interpretation, insbesondere zur Frage, inwieweit daraus auch die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung abzuleiten ist, siehe grundlegend *Margit Maria Karollus*, Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Recht nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH – Konsequenzen aus den Entscheidungen des EuGH in den verb Rs C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer) und der Rs C-237/02 (Freiburger Kommunalbauten), in *Karollus/Köck/Stadlmeier* (Hrsg), Gegenwärtiger Stand und zukünftige Entwicklungen des EU-Binnenmarktes. Tagungsband des 5. Österreichischen Europarechtstages 2005 (2006) 75 ff. Siehe zuletzt auch EuGH 4.7.2006, Rs C-212/04, Slg 2006, I-6057 – „Adeneler u.a. gegen Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)“ (Rz 110 f – kein Gebot der Rechtsfortbildung contra legem, aber für eine Verpflichtung der nationalen Gerichte, *„unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles [zu] tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt“*). Sehr weitgehend auch BGH 26.11.2008, VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 – „Quelle“ (Rz 19 ff – Ableitung einer die teleologische Reduktion der nationalen Regelungen rechtfertigenden „planwidrigen Lücke“ bereits aus einer generellen Absicht des Gesetzgebers, richtlinienkonform zu agieren); ebenso OGH 15.2.2011, 4 Ob 208/10g, SZ 2011/17 – „Fußballer des Jahres IV“.
- 26 Für eine präzise Aufarbeitung aller Fallkonstellationen, in denen es im Ergebnis zu einer Direktwirkung von Richtlinien kommen kann, siehe *Eilmansberger*, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten. Ist nach CIA, Unilever, Ingmar, Draehmpaehl, Ferreira und Heininger jetzt alles ganz anders?, JBl 2004, 283 ff und 364 ff.

ner mangelnden Richtlinienkonformität des nationalen Rechts eine Staatshaftung abgeleitet werden.²⁷ Die Kompetenz zur Auslegung der Richtlinienbestimmungen steht dem EuGH zu (Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV), wobei letztinstanzliche Gerichte zur Vorlage verpflichtet sind, alle anderen Gerichte sind dazu berechtigt; eine erste Entscheidung des EuGH zur Auslegung von Art 17 und 18 der Kapital-RL (Art 15 und 16 der RL 77/91/EWG) ist kürzlich ergangen.²⁸

Art 17 der Kapital-RL enthält das grundsätzliche Ausschüttungsverbot. Die Auslegung dieser Bestimmung bereitet aber Schwierigkeiten, weil sie im Einzelnen gegenläufige Regelungen zu enthalten scheint: Nach Art 17 Abs 1²⁹ darf „keine Ausschüttung an die Aktionäre erfolgen, wenn bei Abschluss des letzten Geschäftsjahres das Nettoaktivvermögen, wie es der Jahresabschluss ausweist, den Betrag des gezeichneten Kapitals zuzüglich der Rücklagen, deren Ausschüttung das Gesetz oder die Satzung nicht gestattet, durch eine solche Ausschüttung unterschreitet oder unterschreiten würde.“ Wenn man dies liest, gewinnt man den Eindruck, dass das von der Richtlinie vorgegebene Verbot der Einlagenrückgewähr – so wie bei einer GmbH nach deutschem Recht (§ 30 dGmbHG, siehe dazu noch unten E. 1.) – erst dann eingreift, wenn das zur Deckung des Grundkapitals erforderliche Vermögen tangiert ist, es also nur um „Kapitalerhaltung“ im engeren Sinn geht. Art 17 Abs 3³⁰ ordnet dann aber noch Folgendes an: „Der Betrag einer Ausschüttung an die Aktionäre darf den Betrag des Ergebnisses des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres, zuzüglich des Gewinnvortrags und der Entnahmen aus hierfür verfügbaren Rücklagen, jedoch vermindert um die Verluste aus früheren Geschäftsjahren sowie um die Beträge, die nach Gesetz oder Satzung in Rücklagen eingestellt worden sind, nicht überschreiten.“ Dies wird man so lesen müssen, dass – wie bei einer AG oder GmbH nach österreichischem Recht – jedenfalls nur der Bilanzgewinn ausschüttbar ist.³¹ Auch mit dem Hinweis auf – zusätzliche – „Entnahmen“ aus freien Rücklagen wird nur der Fall gemeint sein, dass der

27 Diese Haftung wird vom EuGH aus dem Unionsrecht, insbesondere aus dem Gebot der Gemeinschaftstreue (nunmehr: Unionstreue), abgeleitet, vgl nur EuGH 19.11.1991, verb Rs C-6/90 und C-9/90, Slg 1991, I-5357 ff – „Andrea Francovich ua v Italien“; EuGH 5.3.1996, verb Rs C-46/93 und C-48/93, Slg 1996, I-1029 ff – „Brasserie du Pêcheur SA v Deutschland und The Queen v Secretary of State for Transport ex parte: Factortame Ltd ua“; sowie Österreich betreffend EuGH 30.9.2003, Rs C-221/04, Slg 2003, I-10239 – „Gerhard Köbler gegen Österreich“. Erfasst sind nicht nur Akte (Handlungen und Unterlassungen) der Exekutive und der Gerichtsbarkeit (anders als nach dem AHG einschließlich der Höchstgerichte), sondern – ebenfalls anders als nach dem AHG – auch solche der Legislativgewalt. Inhaltlich umfasst sind alle Verstöße gegen primäres und sekundäres Unionsrecht, durch die ein Bürger einen Schaden erleidet. Voraussetzung für die Haftung ist allerdings nach der neueren Rechtsprechung des EuGH – seit „Brasserie“ – ein „hinreichend qualifizierter Verstoß“ des Mitgliedstaates, was in Richtung einer Exkulpation für entschuldbare Rechtsirrtümer geht. Siehe dazu etwa *Margit Maria Karollus*, Der hinreichend qualifizierte Verstoß als Voraussetzung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, in Festschrift für Heribert Franz Köck (2009) 169 ff.

28 EuGH 19.12.2013, Rs C-174/12, noch nicht in aml Slg – „Hirrmann/ImmoFinanz“. Siehe dazu noch unten E. 4.

29 = Art 15 Abs 1 lit a der RL 77/91/EWG.

30 = Art 15 Abs 1 lit c der RL 77/91/EWG.

31 Ebenso *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) § 52 Rz 7; *Maria Doralt*, Management Buyout. Aktionärs- und Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung (2000) 51; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2000) 379 (Rz 596); wohl auch *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (2011) 160 (§ 6 Rz 41) (allerdings unter zutreffendem Hinweis darauf, dass die Kapital-RL selbst keine Vorgaben über die Auflösung von Rücklagen beinhaltet und daher schon deshalb der Schutzstandard hinter jenem des deutschen – und österreichischen – Aktienrechts zurückbleibt). AA etwa *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage (2012) 503 (reiner Kapitalschutz wie in § 30 dGmbHG).

Bilanzgewinn durch eine Rücklagenauflösung erhöht wird, und nicht auch die Möglichkeit, neben dem Bilanzgewinn sonstige Vermögensabflüsse gegen die Rücklagen zu verrechnen (und damit auch sonstige zulässige Ausschüttungen vorzunehmen, die nicht als Ausschüttung des Bilanzgewinns deklariert sind oder die gar nicht in dem Bilanzgewinn Deckung finden, weil die Auflösung der freien Rücklagen im Jahresabschluss unterblieben ist). Als gegen das Verbot verstößende „Ausschüttungen“ werden in Art 17 Abs 4³² „insbesondere die Zahlung von Dividenden und von Zinsen für Aktien“ angeführt. Das Wort „insbesondere“ ermöglicht es, auch verdeckte Gewinnausschüttungen als nach der Richtlinie tatbestandsmäßig anzusehen.³³ Für das österreichische Aktienrecht haben diese offenen Fragen aber wohl letztlich keine Bedeutung: Da Artikel 17 Kapital-RL nur als „Mindestnorm“ zu verstehen ist, über deren Vorgaben der nationale Gesetzgeber durch Etablierung eines weitergehenden Kapitalschutzsystems hinausgehen darf,³⁴ ist die allenfalls strengere Vermögensbindung nach dem österreichischen AktG unabhängig von der Auslegung der Richtlinienbestimmung jedenfalls als unionsrechtskonform anzusehen.³⁵

Art 18 Kapital-RL³⁶ sieht den Rückgewähranspruch vor. Als Tatbestandsvoraussetzung für den Rückgewähranspruch wird die Schlechtläubigkeit des Aktionärs vorgesehen: Die AG muss beweisen, dass dem Aktionär die Unzulässigkeit der Ausschüttung bekannt war oder er darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. Die insoweit strengere österreichische Regelung (Gutgläubensschutz als Ausnahme,³⁷ Entlastungsbeweis des Aktionärs) wird aber wiederum aufgrund des „Mindestnormcharakters“ der Richtlinienvorschrift unionsrechtskonform sein.

Für die AG ist damit innerhalb der EU und des EWR eine grundsätzliche Harmonisierung hinsichtlich des Verbots der Einlagenrückgewähr erfolgt, so dass davon auszugehen ist, dass die Aktienrechte aller EU- und EWR-Mitgliedstaaten ein derartiges Verbot vorsehen. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Harmonisierung nur die zuvor dargestellten Mindestvorgaben von Art 17 und 18 der Kapital-RL betrifft, wobei der ge-

32 = Art 15 Abs 1 lit d der RL 77/91/EWG.

33 Dafür etwa auch *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (2011) 160 f (§ 6 Rz 42); *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage (2012) 504; *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) § 52 Rz 7; *Maria Doralt*, Management Buyout. Aktionärs- und Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung (2000) 51 f.

34 Siehe dazu nur *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) § 52 Rz 7; *Maria Doralt*, Management Buyout. Aktionärs- und Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung (2000) 51 f; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2000) 379 (Rz 596); *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (2011) 161 f (§ 6 Rz 44); *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage (2012) 506.

35 In einem vom Verfasser vor einigen Jahren zu beurteilenden Fall kam es dann aber doch auf den genauen Inhalt der Kapital-RL an: Der österreichische Gesetzgeber hatte für eine im teilweisen Staatsbesitz stehende (börsennotierte!) Gesellschaft durch ein Sondergesetz eine nicht fremdübliche Leistung, und damit also eine verdeckte Gewinnausschüttung an den Staat angeordnet. Dies konnte zwar nicht mit dem aktienrechtlichen Verbot der Einlagenrückgewähr bekämpft werden, da das Sondergesetz im Stufenbau der Rechtsordnung auf derselben Stufe stand wie das AktG und als *lex specialis* Vorrang hatte, sehr wohl aber mit den höherrangigen Vorgaben der Kapital-RL.

36 = Art 16 der RL 77/91/EWG.

37 Zur Beweislastverteilung, auch vor dem Hintergrund der allgemeinen Redlichkeitsvermutung des § 328 ABGB, siehe noch unten G. 1.

naue Inhalt dieser Richtlinienvorgaben noch dazu zum Teil auslegungsbedürftig und umstritten ist. Strengere nationale Rechtsvorschriften bleiben jedenfalls zulässig. Des Weiteren ist davon auszugehen, dass auch die genaue Handhabung der einschlägigen Regelungen (etwa bezüglich der Frage, wann jetzt genau eine unter das Verbot fallende „verdeckte Gewinnausschüttung“ vorliegt) national durchaus unterschiedlich sein wird. Damit verbleiben jedenfalls immer noch erhebliche Unterschiede hinsichtlich der genaueren gesetzlichen Ausgestaltung und der Auslegung des Verbots der Einlagenrückgewähr in den einzelnen nationalen Aktienrechten.

Auf die GmbH ist die Kapital-RL hingegen nicht anwendbar. Für die Mitgliedstaaten bestehen daher für diese Gesellschaftsform hinsichtlich des Verbots der Einlagenrückgewähr und der Kapitalverfassung insgesamt keine unionsrechtlichen Vorgaben, was zu großen Unterschieden bei der Ausgestaltung der GmbH in den einzelnen Mitgliedstaaten und in den letzten Jahren, auch angestoßen durch die neuere Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit³⁸ (Art 49, 54 AEUV; zuvor: Art 43, 48 EGV), die auf eine Wahlfreiheit zwischen den Gesellschaftsformen der EU- und EWR-Mitgliedstaaten hinausläuft, ohne dass für die Wahl einer Gesellschaftsform eines anderen Mitgliedstaates irgendein sachlicher Anknüpfungspunkt der Gesellschaft zu der betreffenden Rechtsordnung verlangt wäre³⁹ (sinnfälliger Ausdruck dieser Entwicklung ist die Überschwemmung vor allem Deutschlands mit von Inländern gegründeten englischen limiteds als „Scheinauslandsgesellschaften“, also mit einem ausschließlichen Schwerpunkt in Deutschland⁴⁰), zu einem „Wettbewerb der Gesellschaftsformen“ bzw zu einem „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ geführt hat. Der aus den Vereinigten Staaten bekannte „Delaware-Effekt“⁴¹ (das „race for laxity“ bzw „race to the bottom“) ist damit auch in Europa Realität geworden; selbst früher als besonders liberal angesehene Mitgliedstaaten wie die Niederlande haben (erfolglos) versucht, diesem Phänomen durch Abwehrmaßnahmen entgegenzutreten.⁴² Die Folge ist nun eine Welle von Liberalisierungsmaßnahmen in den nationalen GmbH-Rechten.⁴³ Für eine der GmbH entsprechende Rechtsform

38 EuGH 9.3.1999, C 212/97, Slg 1999, I-1459 – „Centros Ltd gegen Erhvervs- og Selskabsstyrelsen“; EuGH 5.11.2002, C 208/00, Slg 2002, I-9919 – „Überseering BV gegen Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)“; EuGH 30.9.2003, C 167/01, Slg 2003, I-10155 – „Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam gegen Inspire Art Ltd.“.

39 Dazu, dass auch der jüngsten Judikatur des EuGH keine Abkehr von diesem Prinzip zu entnehmen ist, siehe noch unten H.

40 Diese Entwicklung ist in Österreich nur in viel geringerem Ausmaß feststellbar.

41 Dieser Begriff entstammt der Geschichte des Gesellschaftsrechts in den Vereinigten Staaten, wo das Gesellschaftsrecht der Kompetenz der einzelnen Bundesstaaten unterliegt und sich insbesondere der Bundesstaat Delaware dadurch eine Stellung als bevorzugter Inkorporationsstaat verschaffen konnte, dass er sein Gesellschaftsrecht besonders an den Bedürfnissen der Nachfrager (dh Management und Gründer bzw Mehrheitseigentümer) ausgerichtet hat. Dies kann man je nach Blickwinkel als zu begrüßenden Wettbewerb um die beste Lösung oder auch als Preisgabe unverzichtbarer Schutzinstrumente (insbesondere für Minderheitseigentümer und Gläubiger) sehen.

42 Siehe dazu das Urteil EuGH 30.9.2003, C 167/01, Slg 2003, I-10155 – „Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam gegen Inspire Art Ltd.“, wo ein niederländisches Sondergesetz für „formal ausländische Gesellschaften“, mit dem bestimmte Mindeststandards des niederländischen Gesellschaftsrechts auch gegenüber Scheinauslandsgesellschaften durchgesetzt werden sollten, als unionsrechtswidrig beanstandet wurde.

43 Auf die „Bedrohung“ durch englische Limiteds haben bereits etwa der spanische, der französische und der deutsche Gesetzgeber mit Liberalisierungsschritten in ihren GmbH-Rechten reagiert; auch die Herabsetzung des Mindeststammkapitals für die österreichische GmbH auf EUR 10.000,- durch das GesRÄG 2013 (BGBl I

ist daher selbst ein Verbot der Einlagenrückgewähr nicht selbstverständlich.⁴⁴ Ebenso sind aber auch vielfältige Unterschiede bezüglich der genaueren Ausgestaltung eines derartigen Verbots denkbar; insoweit bestehen etwa selbst zwischen einer österreichischen und einer deutschen GmbH signifikante Unterschiede (nur Bindung des stammkapitalentsprechenden Vermögens bei einer deutschen GmbH, siehe noch unten E. 1.).

Auf der Ebene der Europäischen Union werden aber auch für die AG schon seit einigen Jahren Überlegungen zu einer Neuordnung des Kapitalschutzsystems angestellt.⁴⁵ Dies mag damit zusammenhängen, dass die Kapital-RL offensichtlich noch sehr stark vom Vorbild des deutschen Gesellschaftsrechts geprägt war (mit der Folge, dass dann auch das Vereinigte Königreich aufgrund dieser Richtlinie für die public limited company das aus anglo-amerikanischer Sicht unbekannte System des festen Grundkapitals übernehmen musste). Dieses Bild hat sich aber bei den jüngeren gesellschaftsrechtlichen Richtlinien deutlich gewandelt, inzwischen müssen auch Deutschland (sowie Österreich) über diese Richtlinien völlig neue Regelungskonzepte in ihr Gesellschaftsrecht übernehmen. Bei der in den letzten Jahren geführten Diskussion über die Neuordnung des aktienrechtlichen Kapitalschutzsystems geht es auch um radikale Maßnahmen wie eine vollständige Abkehr vom System des festen Grundkapitals oder eine Neubestimmung des Ausschüttungsverbots in Richtung eines „solvency test“ (entweder neben oder statt dem „Bilanztest“). Bei der Änderung der (früheren) Kapital-RL durch die Richtlinie 2006/68/EG wurden diese Überlegungen noch ausdrücklich zurückgestellt; in der Folge wurde dann das Reformprojekt nach einem aus Sicht der Kommission negativen Ergebnis einer Folgenabschätzung auch gänzlich auf Eis gelegt, mit einem Wiederaufflammen der Diskussion wird man aber wohl zumindest mittelfristig rechnen müssen.

2013/109) ist vor diesem Hintergrund zu sehen. Mit dem AbgÄG 2014 (BGBl I 2014/13) wurde jetzt allerdings diese Reform teilweise wieder rückgängig gemacht (das Mindeststammkapital beträgt wieder EUR 35.000,-, übrig geblieben ist nur eine besondere „Gründungsprivilegierung“ gemäß § 10b GmbHG; Alt-Gesellschaften mit einem geringeren Stammkapital müssen dieses bis 2024 erhöhen). So sinnvoll die nunmehr eingeführten Regelungen – insbesondere im Vergleich zum radikalen Konzept der Reform 2013 – auch sind, wird damit doch das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die Beständigkeit der Rechtsordnung auf eine harte Probe gestellt. Der Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens erweckt zudem eher den Eindruck eines schlichten interessenpolitischen bargaining denn jenem der Verfolgung eines rechtspolitisch durchdachten Gesamtkonzeptes (siehe auch die zutreffende Kritik bei *Kalss*, Editorial, *GesRZ* 2014, 2: Abbild vollkommener Planlosigkeit, Kurzsichtigkeit und eng gefasster Klientelpolitik, ohne den Blick auf den Gesamtzusammenhang zu werfen).

44 In Österreich ist es in diesem Bereich allerdings auch durch die jüngsten Reformen mit dem GesRÄG 2013 und dem AbgÄG 2014 dankenswerterweise nicht zu Änderungen gekommen. Vielmehr gilt weiterhin das im Wesentlichen dem aktienrechtlichen Vorbild entsprechende strenge Schutzkonzept der §§ 82 f GmbHG.

45 Siehe dazu den Winter Report (Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe vom 4.11.2002), Chapter IV „Capital Formation and Maintenance“, Seiten 78 ff, sowie den Aktionsplan (Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan“ vom 21.5.2003, KOM(2003) 284 endgültig), Kapitel 3.2 „Kapitalerhaltung und -änderung“, Seiten 20 f. Vgl dazu auch die von der Kommission in Auftrag gegebene Durchführbarkeitsstudie der KPMG über Alternativen zum System der Kapitalerhaltung, das von der Zweiten Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts 77/91/EWG vom 13.12.1976 eingeführt wurde, sowie Analyse der Auswirkungen des neuen Bilanzierungssystems der EU auf die Gewinnausschüttung vom Jänner 2008. Aus der Reformdiskussion siehe etwa *Lanfermann/Röhrich*, Stand der europäischen Diskussion zur Kapitalerhaltung, *BB-Special* 2007/5, 8 ff; zusammenfassend *Habersack/Verse*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage (2011) 147 ff (§ 6 Rz 19 ff); *Lutter/Bayer/Schmidt*, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 5. Auflage (2012) 567 f.

Eine vollständige Abkehr vom Grundsatz der Kapitalerhaltung ist allerdings nicht zu erwarten: Auch der derzeit im europäischen Gesetzgebungsverfahren befindliche, dort allerdings stecken gebliebene Verordnungsvorschlag für ein Statut einer Europäischen Privatgesellschaft (*Societas Privata Europaea*, SPE)⁴⁶ sieht sehr wohl ein – freilich offenbar hinter dem Standard bei der österreichischen GmbH zurückbleibendes – Verbot der Einlagenrückgewähr vor (siehe Art 21 und 22 des VO-Vorschlags⁴⁷). Wenig überraschend sind es – neben anderen hochsensiblen Fragen wie der Mitbestimmung oder dem nach dem VO-Vorschlag gänzlich fehlenden grenzüberschreitenden Element, das zudem die Frage der Kompetenz der EU zur Erlassung einer derartigen, auch Gesellschaften von rein nationaler Bedeutung erfassenden VO aufwirft – vor allem Fragen des Kapitalschutzes, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens heftig diskutiert werden und bisher auch zu einer Blockade der Beschlussfassung im Rat, insbesondere durch Deutschland und Österreich, geführt haben. Die Zukunftsaussichten für eine baldige Realisierung der SPE sehen aus heutiger Sicht eher düster aus. Im vorliegenden Beitrag wird daher auch nicht näher auf die SPE eingegangen.

C. Das Ausschüttungsverbot als Eckpfeiler des Kapitalschutzsystems für Kapitalgesellschaften

Das Verbot der Einlagenrückgewähr – oder präziser: das Gebot der Kapitalerhaltung, das Prinzip der Vermögensbindung bzw das Ausschüttungsverbot⁴⁸ – stellt neben dem Grundsatz der Kapitalaufbringung⁴⁹ einen zentralen Eckpfeiler des Gläubigerschutzsystems bei Kapitalgesellschaften⁵⁰ dar und ist daher nicht disponibel. Auch die Satzung kann dieses Verbot nicht einschränken oder aufheben. Selbst eine allfällige Weisung der oder Genehmigung durch die Gesellschafter wäre unbeachtlich und nichtig.⁵¹ Eine gegen dieses Verbot verstoßende Transaktion wäre daher unabhängig davon, ob die Ge-

46 Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM(2008) 396, vom 25.6.2008.

47 Vorgesehen ist jedenfalls ein „*Bilanztest*“: Ausschüttungen sind demnach nur zulässig, „sofern die Vermögenswerte der SPE nach dieser Ausschüttung ihre Schulden in vollem Umfang abdecken. Die SPE darf keine Rücklagen ausschütten, die ihrer Satzung zufolge nicht ausschüttungsfähig sind.“ (Art 21 Nr 1 des VO-Vorschlags). Ein zusätzlicher „*Solvenztest*“ (mit dem Erfordernis einer vom Leitungsorgan ausgestellten „Solvenzbescheinigung“) soll nur dann eingreifen, wenn das Statut der SPE dies vorschreibt (Art 21 Nr 2 des VO-Vorschlags). Dies wird nunmehr zum Teil kritisiert und ein obligatorischer Solvenztest gefordert.

48 Dazu, dass der Begriff der „Einlagenrückgewähr“ dem tatsächlichen Verbotsumfang eines gerade nicht nur auf die Rückgewähr „der Einlage“ beschränkten umfassenden Ausschüttungsverbotes nicht zureichend Rechnung trägt, siehe noch unten E. 2.

49 Dabei geht es um die vollständige und ordnungsgemäße Aufbringung der Einlagen. In einzelnen Fällen kann es zu Abgrenzungsproblemen kommen: Wenn bereits bei Erbringung der Einlage der spätere Rückfluss an den Einleger (oder an einen ihm nahestehenden Rechtsträger) vorabgesprochen ist, fehlt es an einer Leistung der Einlage „zur freien Verfügung“; siehe dazu nur Artmann in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) § 52 Rz 1. Aus praktischer Sicht kann diese Einordnung vor allem wegen der längeren Verjährungsfrist für Einlagen, wegen der zusätzlichen Absicherung der Einlagepflicht durch §§ 57 ff AktG bzw §§ 65 ff GmbHG sowie wegen der Haftung der Bank aus einer unrichtigen Bankbestätigung eine Rolle spielen.

50 Zu verdeckten Kapitalgesellschaften siehe aber auch noch unten D.

51 Siehe dazu nur OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02 f, SZ 2003/133 = GesRZ 2004, 57; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Kommentar, 3. Auflage (2007) § 20 Rz 9; Artmann in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) § 52 Rz 1; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar (2014) § 82 Rz 62, jeweils mwN.

sellschafter damit einverstanden waren oder nicht, oder ob sie gar die Transaktion verlangt haben, unzulässig. Da der primäre Normzweck im Schutz der Gläubiger – vermittelt über einen abstrakten Schutz der Gesellschaft⁵² – liegt und höchstens nebenher auch ein Schutz der Gesellschafter bezweckt ist, unterliegen auch Zuwendungen an den einzigen Gesellschafter bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen dem Verbot der Einlagenrückgewähr.⁵³ Das Vorhandensein von aktuellen Gläubigern der Gesellschaft ist ebenfalls keine Voraussetzung für die Geltung des Verbots der Einlagenrückgewähr: Geschützt wird die Gesellschaft als solche, unabhängig davon, ob durch den verbotenen Vorgang auch konkrete Gläubigerinteressen tangiert werden, und daher selbst dann, wenn die Gesellschaft derzeit gar keine Gläubiger hat.⁵⁴ Bei Vorhandensein weiterer Gesellschafter lässt sich dies noch zusätzlich aus dem vom Verbot der Einlagenrückgewähr nach der überwiegenden Ansicht ebenfalls intendierten Schutz der Mitgesellschafter begründen, auch darauf kommt es aber nicht entscheidend an.

Den gläubigerschutzorientierten Zweck der Vorschriften über die Einlagenrückgewähr hat der OGH etwa in seiner Grundsatzentscheidung zur GmbH & Co KG⁵⁵ (siehe dazu noch unten D.) hervorgehoben:

„Nach nunmehr ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung ist Zweck der Bestimmung des § 82 Abs 1 GmbHG, das Stammkapital als „dauernden Grundstock der Gesellschaft“ und als einziges „dem Zugriffe der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt“ gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern (RIS-Justiz RS0105518). Auch in der Lehre ist das Verbot der Einlagenrückgewähr primär als Gläubigerschutzvorschrift anerkannt (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 3; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 52 Rz 4; *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 52 Rz 1 f).“

Der hohe Stellenwert, den die Judikatur dem Verbot der Einlagenrückgewähr beimisst, kommt auch darin zum Ausdruck, dass der OGH in ständiger Rechtsprechung von einer Verpflichtung des Firmenbuchgerichts zur amtswegigen Berücksichtigung von Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ausgeht.⁵⁶ Die Folge ist eine intensive Prüfung von möglichen Verdachtsfällen durch die Firmenbuchgerichte, zahlreiche Ein-

52 Zum Schutz der Gesellschaft siehe auch *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012) § 52 Rz 3; relativierend hingegen *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) § 52 Rz 2.

53 Vgl dazu nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar, 3. Auflage (2007) § 82 Rz 15; *Bauer/Zehetner in Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (27. Lieferung 2009) § 82 Rz 59; *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) § 52 Rz 2; *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG Kommentar (2014) § 82 Rz 3, 37; *Koppensteiner*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, GesRZ 2014, 3 (5).

54 Für eine Sonderkonstellation (Verschmelzung mit kapitalherabsetzendem Effekt) hingegen offenbar anders OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, SZ 72/172 = GesRZ 2000, 25, wenn dort etwa eine Sicherstellung der Gläubiger, das Nichtverlangen einer Sicherstellung durch die Gläubiger oder ein „Rechtsbeitritt der Gläubiger zum Verschmelzungsvertrag“ als Maßnahmen zur Legitimierung des kapitalherabsetzenden Effekts diskutiert werden; ähnlich auch OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, SZ 2010/35 = GesRZ 2010, 276 mit Anmerkung von *Winner/Obradovic* = RWZ 2010/62, 264 mit Anmerkung von *Wenger* = ZFR 2011/70, 128 mit Anmerkung von *Ruhm*. Diese speziell auf Umgründungskonstellationen bezogenen Aussagen werden sich aber nicht auf sonstige Fälle einer verbotenen Einlagenrückgewähr übertragen lassen. So ist etwa eine verdeckte Gewinnausschüttung auch dann absolut verboten, wenn die Gesellschaft derzeit gar keine Gläubiger hat, wenn diese (alle Gläubiger) damit einverstanden sind oder wenn durch die Transaktion keine Gläubigerinteressen gefährdet werden.

55 OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p, SZ 2008/74 = GesRZ 2008, 310 mit Anmerkung von *Stingl* = GeS 2008, 315 mit Anmerkung von *Günter Bauer*.

56 Vgl nur OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, SZ 72/172 = GesRZ 2000, 25; OGH 17.1.2001 6 Ob 121/00p uva.

tragungen scheitern an nicht ausgeräumten Bedenken einer verbotenen Einlagenrückgewähr. Relevant ist dies vor allem – aber nicht nur⁵⁷ – für die Eintragung von Umgründungsmaßnahmen in das Firmenbuch.⁵⁸ Entsprechend seiner strengen Haltung zum Firmenbuchverfahren hat der OGH auch entschieden, dass Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr im Erkenntnisverfahren sogar unabhängig von entsprechenden Rechtsbehauptungen der Parteien amtswegig aufzugreifen sind.⁵⁹ Voraussetzung dafür ist allerdings ein entsprechendes Sachverhaltsvorbringen der Parteien, zu einer amtswegigen Sachverhaltsermittlung über das Parteienvorbringen hinausgehend ist das Gericht hingegen nicht befugt.⁶⁰ Bei Zugrundelegung dieser strengen Haltung des OGH könnte die Missachtung eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr aber auch ein Aufhebungsgrund⁶¹ für Schiedssprüche sein,⁶² so etwa wenn das Schiedsgericht einem Anspruch des Gesellschafters aus einem gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßenden Vertrag stattgibt. Der OGH lässt dafür aber offenbar noch nicht einen schlichten Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr genügen, sondern er verlangt vielmehr eine „unerträgliche“ Ordre-public-Widrigkeit.⁶³ Dass diese Abgrenzung mit Unsicherheiten behaftet ist (wann werden durch eine Einlagenrückgewähr bzw durch einen diese akzeptierenden Schiedsspruch „in unerträglicher Weise“ öffentli-

- 57 In der Praxis haben etwa auch bereits Anteilskaufverträge eine Rolle gespielt, bei denen ein Teil des Kaufpreises der Gesellschaft angelastet wurde; in einem dem Verfasser bekannten Fall hat dies zur amtswegigen Löschung der Eintragung des neuen Gesellschafters im Firmenbuch geführt. Siehe zu einschlägigen Fällen etwa OGH 12.3.1992, 6 Ob 5/91, ecolex 1992, 563; OGH 19.11.2002, 4 Ob 252/02s, ecolex 2003/83 mit Anmerkung Reich-Rohrwig/Groß = RdW 2003/167 = wbl 2003/150 = EvBl 2003/48; OGH 4.7.2007, 7 Ob 142/07v; OGH 26.11.2008, 6 Ob 243/08s. Zu den beiden letzten Entscheidungen siehe auch Wenger, Unwirksamkeit eines Abtretungsvertrages wegen Einlagenrückgewähr bei Zahlung des Abtretungspreises durch die GmbH, RWZ 2009, 108 ff.
- 58 Auf die vielfältigen Detailfragen des Kapitalerhaltungsgebots bei Umgründungen kann im vorliegenden Beitrag nicht näher eingegangen werden. Siehe dazu nur Artmann in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) § 52 Rz 21 ff; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012) § 52 Rz 91 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Kommentar, 3. Auflage (2007) § 82 Rz 17f, 17g; Bauer/Zehetner in Straube, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (27. Lieferung 2009) § 82 Rz 132 ff; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 215 ff; Kalss/Eckert, Gläubigergefahren bei Umgründungen von Kapitalgesellschaften: Überlegungen zur Zielrichtung und Wirkungsweise gläubigerschützender Vorschriften, GesRZ 2008, 81 ff, jeweils mwN.
- 59 OGH 19.11.2002, 4 Ob 252/02s, ecolex 2003/83 mit Anmerkung Reich-Rohrwig/Groß = RdW 2003/167 = wbl 2003/150 = EvBl 2003/48; zu einem Fall, in dem erst der OGH das Thema der Einlagenrückgewähr aufgegriffen hat, siehe OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02 f, SZ 2003/133 = GesRZ 2004, 57.
- 60 Auch nach Kodek, Einlagenrückgewähr – ausgewählte neuere Judikatur, in Konecny (Hrsg), Insolvenz-Forum 2010 (2011) 187 (196) besteht keine unbeschränkte amtswegige Ermittlungspflicht; nach diesem Autor genügt es aber – mit einer auch vom OGH verwendeten Formulierung –, wenn Anzeichen für das Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr bestehen. Dies lässt die Frage nach Ermittlungen bzw Feststellungen über das Parteienvorbringen hinaus offen.
- 61 Bei einem ausländischen Schiedsspruch kann ein Verstoß gegen den österreichischen ordre public zur Nichtanerkennung bzw zur Verweigerung der Vollstreckung führen.
- 62 Zustimmend Auer in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar (2014) § 82 Rz 66. Vgl dazu auch – für Verstöße gegen Europäisches Wettbewerbsrecht – EuGH 1.6.1999, Rs C-126/97, Slg 1999, I-3055 – „Eco Swiss China Time Ltd gegen Benetton International NV“; zur Nichtvollstreckbarkeit eines derartigen Schiedsspruchs siehe auch OGH 23.2.1998, 3 Ob 115/95, ZfRV 1999, 24. Zum europäischen Verbraucherschutzrecht (Klausel-RL) als Bestandteil des ordre public siehe auch EuGH 6.10.2009, C-40/08, Slg 2009, I-9579 – „Asturcom Telecomunicaciones SL gegen Cristina Rodríguez Nogueira“ (Rz 52 ff). Zu einem gescheiterten Versuch der Bekämpfung eines Schiedsspruchs wegen Unvereinbarkeit mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr (weil bereits das Vorliegen einer unzulässigen Einlagenrückgewähr verneint wurde) siehe OGH 20.11.1996, 3 Ob 2374/96f.
- 63 OGH 24.1.2013, 2 Ob 206/12a, ecolex 2013/326, 795 mit Anmerkung von Nueber.

che Interessen verletzt?) und den Gerichten im Aufhebungsverfahren einen großen Spielraum eröffnet, liegt auf der Hand. Erklären lässt sich die Haltung des OGH mit der in den letzten Jahren in der Judikatur feststellbaren, grundsätzlich auch begrüßenswerten Tendenz, die Aufhebung von Schiedssprüchen möglichst restriktiv zu handhaben.

D. Erfasste Gesellschaften

Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist auf alle Kapitalgesellschaften anwendbar, also auf die AG (siehe §§ 52, 54, 56 AktG), die GmbH (§§ 82, 83 GmbHG) und – über Art 5 SE-VO, der für Fragen der Kapitalverfassung auf das nationale Aktienrecht des Sitzstaats verweist (siehe überdies Art 9 Abs 1 lit c) ii) SE-VO) – auch auf eine SE mit Sitz in Österreich.⁶⁴ Auch in der Kapital-Vorgesellschaft ist das Verbot richtigerweise bereits anzuwenden.⁶⁵ Unstrittig ist die Anwendbarkeit im Liquidationsstadium⁶⁶ (mit Ausnahme der Verteilung des Liquidationserlöses unter Einhaltung der dafür aufgestellten Voraussetzungen, siehe dazu auch noch unten E. 4.).

Für „gesetzentypische“ Personengesellschaften – mit zumindest einer natürlichen Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter – besteht hingegen kein vergleichbares Verbot,⁶⁷ die unbeschränkte Gesellschafterhaftung stellt hier vielmehr den Ersatz für einen strengen Kapitalschutz auf der Ebene der Gesellschaft dar.

Für „verdeckte Kapitalgesellschaften“ (eingetragene Personengesellschaften ohne eine natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter, wie etwa die GmbH & Co KG) hat allerdings der OGH, neueren Ansätzen in der Literatur⁶⁸ folgend, mit einer

64 Für eine SE mit Sitz in einem anderen EU- oder EWR-Mitgliedstaat ergibt sich die Geltung eines zumindest im Grundansatz vergleichbaren Verbots der Einlagenrückgewähr aus der diesbezüglichen Harmonisierung der nationalen Aktienrechte durch Art 17 und Art 18 der Kapital-RL (siehe dazu bereits oben B. 2.).

65 Vgl dazu Geist, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft (1991) 145; Artmann in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) § 52 Rz 6; ab der Firmenbuchanmeldung ebenso U. Torggler in Straube, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (28. Lieferung 2009) § 2 Rz 57; aA etwa Doralt/Winner in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, Band I (2008) § 57 Rz 255; für eine Anwendung der Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012) § 52 Rz 15.

66 Siehe nur Artmann in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) § 52 Rz 6; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012) § 52 Rz 15; Doralt/Winner in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, Band I (2008) § 57 Rz 255; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Kommentar, 3. Auflage (2007) § 91 Rz 19, § 92 Rz 15.

67 Für Kommanditisten greift allerdings im Falle einer Einlagenrückgewähr die Vorschrift des § 172 Abs 3 UGB ein (vgl dazu noch unten E. 2.). Diese Regelung erfüllt aber eine ganz andere Funktion als das Verbot der Einlagenrückgewähr bei Kapitalgesellschaften: Eine Rückgewähr der Einlagen wird durch § 172 Abs 3 UGB gerade nicht verboten, sondern daran lediglich die – aus Gläubigerschutzgründen zwingende – Rechtsfolge eines Wiederauflebens der Haftung des Kommanditisten (indem die zurückgewährte Einlage als nicht mehr geleistet gilt) geknüpft. Die Entnahmebeschränkungen der §§ 122 und 168 UGB haben hingegen bloß einen dispositiven Charakter, bei einer entsprechenden Regelung im Gesellschaftsvertrag oder bei Einwilligung aller Gesellschafter sind über den Gewinnanteil hinausgehende Zuwendungen an die Gesellschafter somit durchaus erlaubt. Durch § 122 Abs 2 UGB („ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter“) wird das noch zusätzlich verdeutlicht.

68 Karollus, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, ecolex 1996, 860 ff; Karollus, Gedanken zum Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, in FS Kropff (1997) 669 ff; Jabornegg in Jabornegg, Kommentar zum HGB (1997) § 161 Rz 56; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 401 ff.