

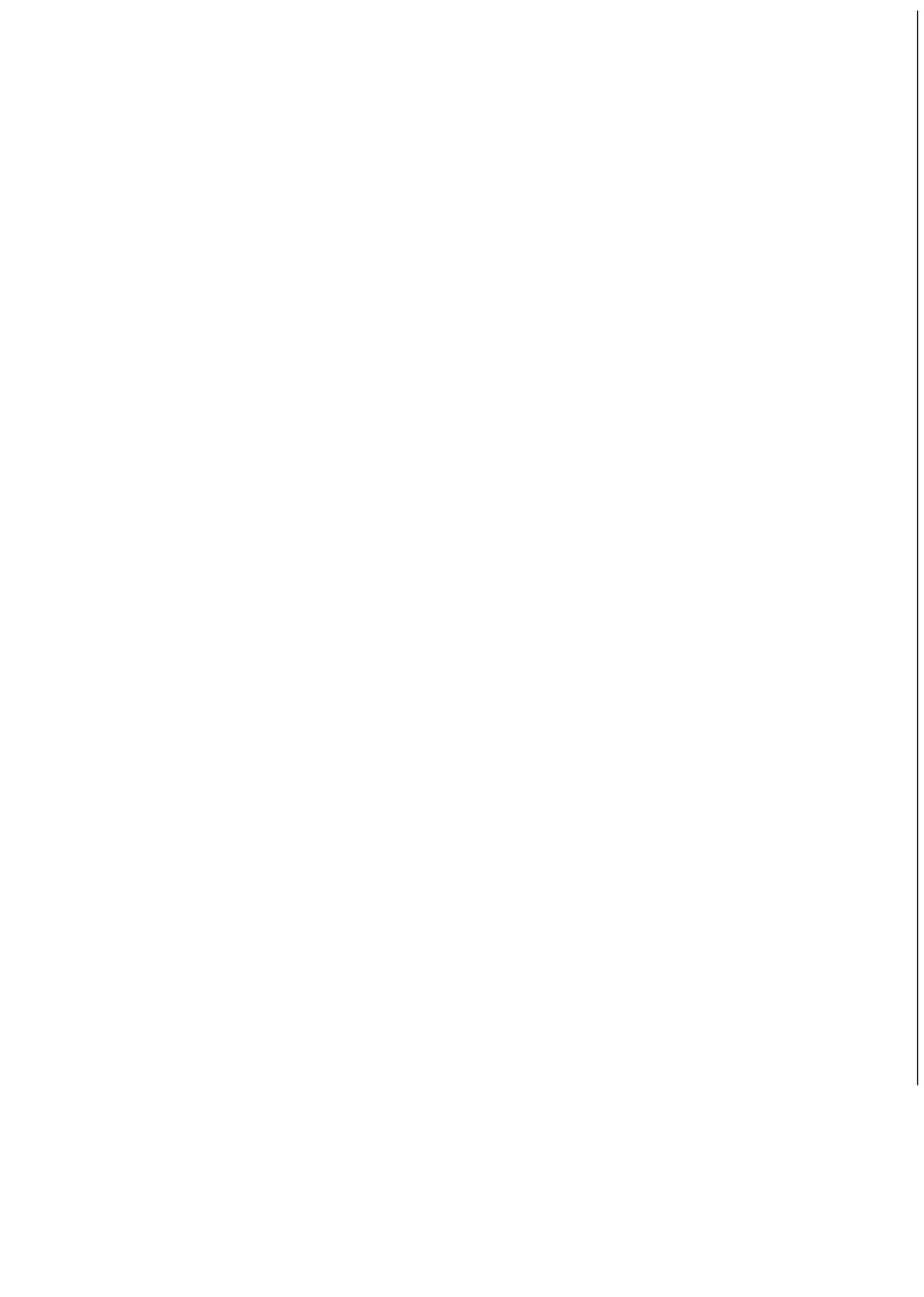
# **Einlagenrückgewähr**

Beiträge zum  
2. Wiener Unternehmensrechtstag (2013)

Herausgegeben von

**Susanne Kalss**  
**Ulrich Torggler**

Wien 2014  
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung



Hanns F. Hügel

## Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht<sup>1)</sup>

- I. Verdeckte Gewinnausschüttung als Werttransfer *causa societatis* an den Gesellschafter im Gesellschafts- und Steuerrecht
  - A. Test-Kriterien: Drittvergleich, Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers
  - B. Vermögenserhöhung, Gewinnerhöhung
  - C. Normzwecke des Rückgewährverbots
- II. Zwei Säulen der verbotenen Einlagenrückgewähr: Kapitalerhaltung und Vermögensbindung
- III. Aus der Vermögensbindung folgende Ausschüttungsbeschränkungen
  - A. Bindung an das Gewinnverteilungsverfahren
  - B. Unzulässigkeit formloser Entnahmen
  - C. Keine Vorab-Ausschüttung (Gewinnvorschuss) aus dem Gewinn des laufenden Geschäftsjahres
  - D. Ausschüttung nur realisierter und im Jahresabschluss ausgewiesener Gewinne – Unzulässigkeit der verdeckten Gewinnausschüttung
- IV. Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Gewinnermittlung
  - A. Abgrenzung von Kapital und Gewinn, Maßgeblichkeitsprinzip
  - B. Verhinderte Vermögensmehrung – keine Einlagenrückgewähr?
  - C. Erkenntnisgewinn für das Gesellschaftsrecht
- V. Drittvergleich
  - A. Preisvergleichsmethode
  - B. Nettomargen-Methode
  - C. Kostenaufschlagsmethode (Cost plus-Methode)
- VI. Rechtsgeschäfte, die nur zwischen Konzernunternehmen abgeschlossen werden
- VII. Objektive Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers als ranghöchster Standard
- VIII. Entgeltlose Leistungserbringung kraft „betrieblichen Interesses“?
- IX. Verlagerung von Geschäftschancen
- X. Schlusswort
- XI. Ergebnisse

Bei dieser schönen Tagung, im Kreise so berühmter Kollegen wie Prof. *Schmidt* und Prof. *Koppensteiner*, zum Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht vorzutragen, konnte ich mir selbst in der stressigen RuSt-Woche nicht entgehen lassen. *Susanne Kalss* und *Ulrich Torggler* wissen, wie Angebote zu

---

<sup>1)</sup> In einigen Passagen konkretisierte und erweiterte Fassung des Vortrags.

strukturieren sind, die man nicht ausschlagen kann. Gleichwohl ist mein Thema nicht ohne Tücke. Eine vergleichende Behandlung nach beiden Rechtsgebieten kommt ohne Vereinfachungen nicht aus. Ich bitte die im Saal anwesenden Spezialisten daher um Geduld bis zum Vorliegen der Schriftfassung, die notwendige Differenzierungen, Ausnahmen und Vorbehalte in den Fußnoten enthalten wird.

## **I. Verdeckte Gewinnausschüttung als Werttransfer *causa societatis* an den Gesellschafter im Gesellschafts- und Steuerrecht**

### **A. Test-Kriterien: Drittvergleich, Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers**

Im Gesellschaftsrecht ist der Drittvergleich nach herrschender Ansicht jener Maßstab, modern ausgedrückt: der Test, der über das Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG, § 82 GmbHG) in ihrer besonderen Spielform der *verdeckten Einlagenrückgewähr* entscheidet<sup>2)</sup>. Dabei handelt es sich um ein Rechtsgeschäft zwischen einer Kapitalgesellschaft und ihrem Gesellschafter, das zu einem verdeckten Werttransfer zugunsten des Gesellschafters führt. Dieser Tatbestand deckt sich weitgehend mit jenem der steuerrechtlichen *verdeckten Gewinnausschüttung* (§ 8 Abs 2 Teilstrich 1 KStG). Auch im Gesellschaftsrecht wird häufig der Begriff „verdeckte Gewinnausschüttung“ verwendet. Neben dem Drittvergleich wird auch auf die Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers abgestellt<sup>3)</sup>. In der Regel werden beide Maßstäbe genannt<sup>4)</sup>. Häufig wird dies mit der Feststellung verbunden, dass das Rechtsgeschäft aufgrund der Unangemessenheit seiner Bedingungen tatsächlich auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht, *causa societatis* erfolgt<sup>5)</sup>. Das Verhältnis dieser Kriterien bleibt meist unerörtert.

Der Dritt- oder Fremdvergleichstest lautet wie folgt: Hätte die Gesellschaft das für sie nachteilige Rechtsgeschäft mit einem Dritten überhaupt nicht oder zu für die Gesellschaft günstigeren Bedingungen abgeschlossen, ist anzunehmen,

---

<sup>2)</sup> Vielfach ohne erkennbare Systematik betont das gesellschaftsrechtliche Schrifttum mehrere Kriterien, nämlich den Dritt- oder Fremdvergleich, die Sorgfalt des Geschäftsführers und als Kriterium oder zumindest Indiz einer verdeckten Gewinnausschüttung das Vorliegen eines objektiven Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung; Nachweise bei *Hügel*, Geschäftschancen und Konzernsynergien – Zugleich ein Beitrag zur verdeckten Gewinnausschüttung im Gesellschafts- und Steuerrecht in *Gruber/Rüffler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht Wettbewerbsrecht Europarecht, in FS Koppensteiner II (2006) 11, 38 FN 92. Seit damals siehe *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 23; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 11.

<sup>3)</sup> Nachweise bei *Hügel* in FS Koppensteiner II 17 ff, 38. Seit damals etwa: *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 36 f; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 11.

<sup>4)</sup> Siehe zB *Saurer* und *Artmann* an den in FN 2 und FN 3 genannten Stellen.

<sup>5)</sup> ZB *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 23.

dass das Rechtsgeschäft auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht, der Werttransfer zugunsten des Gesellschafters somit *causa societatis* erfolgt.

Die Unangemessenheit im Sinne des Drittvergleichs bewirkt nur eine Vermutung dafür, dass der Werttransfer auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht. Die Hauptfälle der Widerlegung dieser Vermutung sind: Die Beteiligung des Gesellschafters ist so gering, so dass sie bei Festlegung der Bedingungen keinesfalls berücksichtigt werden konnte<sup>6)</sup>. Die Gesellschafterstellung ist dem kontrahierenden Geschäftsleiter unbekannt, etwa im Falle eines Free Float-Aktionärs. Der Werttransfer zulasten der Gesellschaft beruht auf einem Managementfehler. In diesen Fällen erfolgt der Werttransfer nicht *causa societatis*, die Mitgliedschaft ist nicht Zuwendungsgrund<sup>7)</sup>.

## B. Vermögenserhöhung, Gewinnerhöhung

Stimmen somit die Tatbestände im Gesellschafts- und Steuerrecht weitgehend überein<sup>8)</sup>, so sind auch die Reaktionen beider Rechtsgebiete durchaus ähnlich: Die Vermögensverschiebung wird korrigiert. Der Gesellschaft steht aufgrund der Nichtigkeit des schuldrechtlichen Geschäfts, in das die Vermögensverschiebung eingekleidet ist, ein Bereicherungs- oder Rückgewähranspruch, unter Umständen aber nur ein Wertersatzanspruch in Höhe der Differenz, des Betrags der Vermögensminderung, zu<sup>9)</sup>, wodurch das Jahresergebnis der Gesellschaft (Gewinn oder Verlust) „nach oben“ korrigiert wird. Denn die genannten Ansprüche sind richtigerweise, zumindest wenn sie geltend gemacht werden, sowohl in der UGB-Bilanz als auch in der Steuerbilanz zu aktivieren<sup>10)</sup>. Jedenfalls wenn sie erfüllt werden, erhöht dies das Vermögen und den ausgewiesenen Gewinn der Kapitalgesellschaft. Im Steuerrecht wird gleichsinnig – allerdings unab-

<sup>6)</sup> Siehe dazu die Erörterung von OGH 6 Ob 271/05d GesRZ 2006, 148 weiter unten (VIII).

<sup>7)</sup> *Bezenberger*, Das Kapital der AG (2005) 232 ff. Tendenziell ebenso *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 37. AA *Koppensteiner*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, GesRZ 2014, 3, 9.

<sup>8)</sup> Zu Unterschieden im Zusammenhang mit Kapital- bzw Einlagenrückzahlungen und dem Rückerwerb von Aktien vgl etwa *Hügel* in FS *Koppensteiner* II 23.

<sup>9)</sup> Die herrschende Ansicht nimmt Nichtigkeit des zu einer verdeckten Gewinnausschüttung führenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäftes an: Darstellung von Literatur und Judikatur sowie kritische Stellungnahme bei *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 133 ff; weiters – insbesondere auch zur Fällen der Teilnichtigkeit – *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 117 ff; zuletzt OGH 6 Ob 110/12p GesRZ 2013, 38 (*U. Torggler*); aA neuerdings BGH 12. 3. 2013 II ZR 179/12, NJW 2013, 1742: Wirksamkeit sowohl des Verpflichtungs- als auch des Verfügungsgeschäftes und bloßer Wertersatzanspruch. Zum Verhältnis des im AktG (anders § 83 GmbHG, § 62 Abs 1 S 1 dAktG) nicht ausdrücklich geregelten Rückgewähranspruchs zum Bereicherungsanspruch vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 117. Zum GmbH-rechtlichen Parallelproblem: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 83 Rz 9 mwN.

<sup>10)</sup> Strittig in beiden Rechtsbereichen: zum Unternehmensrecht vgl *Bach*, Verdeckte Gewinnausschüttung und unternehmensrechtliche Bilanzierung, in *Leitner* (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2010) 177, 183 ff; *Kirchmayr* in *Achatz/Kirchmayr*, KStG (2011) § 8 Rz 350 f mwN.

hängig von der tatsächlich erfolgten Rückgewähr – der steuerpflichtige Gewinn erhöhet. Dieser wird der Körperschaftsteuer unterzogen und zusätzlich kommt es zu den Rechtsfolgen einer Gewinnausschüttung: Sofern nicht eine steuerbefreite Konzerndividende vorliegt, hat die Gesellschaft Kapitalertragsteuer auf die fin- gierte Ausschüttung abzuführen, die der Gesellschafter auf seine Dividendenbe- steuerung anrechnen kann (§ 94 Z 2 Teilstrich 2 EStG, vgl auch § 10 KStG).

Diese im Prinzip gleichen, nur aufgrund abweichender steuerrechtlicher Bewertung gelegentlich quantitativ unterschiedlichen Rechtsfolgen rechtfertigen ohne weiteres die vergleichende Behandlung dieses Themas im Gesellschafts- und Steuerrecht, und selten fehlt im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum zu § 52 AktG und § 82 GmbHG der Hinweis auf die Ähnlichkeit der verdeckten Einlagenruck- gewähr und der verdeckten Gewinnausschüttung<sup>11)</sup>. Dem hat auch jüngst der OGH zugestimmt<sup>12)</sup>.

Entgegen manchen Stimmen im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum halte ich auch im Gesellschaftsrecht am Begriff „verdeckte Gewinnausschüttung“ fest. Terminologie ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. Gegen den Begriff „verdeckte Einlagenrückgewähr“ spricht die irreführende Bezugnahme auf die Auskehrung gerade von „Einlagen“. Selbst die gelegentlich vorgeschlagenen Begriffe „verdeckte Vermögenszuwendung“ oder „ver- deckte Ausschüttung“ kennzeichnen die Sache nicht präzise, weil die gleichfalls nach § 52 AktG, § 82 Abs 1 GmbHG verbotene, zu billige Leistungserbringung durch die Gesell- schaft weder den Transfer noch die „Ausschüttung“ von „Vermögen“ – sondern den Ver- zicht auf eine Vermögensmehrung – zum Gegenstand hat (siehe auch unten IV/B). Am präzisesten wäre es wohl, vom „verdeckten Werttransfer“ zu sprechen. Im Steuerrecht ist der Begriff „verdeckte Gewinnausschüttung“ illustrativ, weil – bei Vorliegen der Tatbe- standsvoraussetzungen – das Steuerrecht als Rechtsfolge eine Gewinnbesteuerung statu- iert. Im Gesellschaftsrecht wird zwar (ohne Geltendmachung des Rückgewähranspruchs) keine bilanzielle Gewinnkorrektur veranlasst, die Bezugnahme auf den verdeckt verteil- ten „Gewinn“ kennzeichnet das Ergebnis des Werttransfers jedoch plastisch aus der Sicht des Gesellschafters. Den Ausschlag gibt für mich die zutreffende Betonung der Parallele zwischen Steuer- und Gesellschaftsrecht, die ebenfalls die Beibehaltung des Begriffs im Gesellschaftsrecht sinnvoll erscheinen lässt.

### C. Normzwecke des Rückgewährverbots

Damit kontrastiert freilich die ebenfalls in diesem Zusammenhang häufig gemachte Aussage, dass die gesellschafts- und steuerrechtlichen Regelungen *ver- schiedene Zwecke* verfolgen<sup>13)</sup>. Sofern man die *ratio legis* des gesellschaftsrechtli- chen Rückgewährverbots auf den Gläubigerschutz und jene der steuerrechtlichen Korrektur aufgrund einer verdeckten Gewinnausschüttung auf die Erfassung des

<sup>11)</sup> Vgl etwa Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 127 ff; Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 10 mwN; tendenziell anders Saurer in Doralt/ Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 5.

<sup>12)</sup> OGH 6 Ob 110/12p GesRZ 2013, 38.

<sup>13)</sup> Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 5 mwN. Zutreffende Betonung der Gleichartigkeit der praktischen Fallgestaltungen trotz Konstatierung unterschiedlicher Gesetzeszwecke bei Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung 9, 11.

vollen („richtigen“) Gewinn der Körperschaft reduziert<sup>14</sup>), mag dies vordergründig plausibel erscheinen.

Welche Normzwecke dem Einlagenrückgewährverbot zugrunde liegen, ist heftig umstritten<sup>15</sup>): Neben dem Gläubigerschutz oder anstatt seiner werden vor allem die Gleichbehandlung der Gesellschafter sowie Transparenz und Teilhabe der Gesellschafter an der Ausschüttungsentscheidung genannt<sup>16</sup>). Aufgrund der historischen Entwicklung der maßgeblichen Normen ist nicht zu bezweifeln, dass die *ratio legis* schwergewichtig im *Gläubigerschutz* zu finden ist<sup>17</sup>). Dies zeigt nicht zuletzt der zwingende Charakter der Folgen des Verbotsverstoßes (§ 56, § 60 AktG, § 83 GmbHG). Das Ziel des Einlagenrückgewährverbots wird aber, wie die 2. Halbsätze in den § 52 AktG, § 82 Abs 1 GmbHG betonen, durch die Einhaltung der unternehmensrechtlichen Gewinnermittlungsregelungen und des gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilungsverfahrens bewirkt. Zwecks Erhaltung des unverteilbaren Kapitals dürfen im Jahresabschluss nur nach den Bestimmungen des Dritten Buchs des UGB (§ 189 ff UGB) ermittelte, somit insbesondere nur realisierte Gewinne (§ 201 Abs 2 Z 4 lit a UGB) ausgewiesen und – als Bilanzgewinn – verteilt werden. Damit fließen aber auch die *Jahresabschlusszwecke*<sup>18</sup>) in die *ratio legis* der § 52, § 82 Abs 1 GmbHG ein. Dazu zählen insbesondere die *Informations- und Rechnungslegungsfunktion*, nicht nur im Interesse der Gläubiger, sondern auch der *Gesellschafter und Anleger als potentieller Gesellschafter*. Gesellschafterinteressen werden auch durch die *gesellschaftsrechtlichen Feststellungs- und Gewinnverteilungskompetenzregelungen* gewahrt, ohne deren Einhaltung ausschüttungsfähiger „Bilanzgewinn“ nicht ausgewiesen werden kann.

Die gläubigerschützende Komponente des Einlagenrückgewährverbots erklärt den zwingenden Charakter der Regelungen. Transparenz der Gewinnermittlung durch den Jahresabschluss im Sinne der Informationsfunktion sowie die Teilnahme an der Feststellung des Jahresabschluss und der Gewinnverteilung schützen präventiv die aktuellen Gesellschafter und deren Gleichbehandlung; darauf könnten die Gesellschafter einstim-

<sup>14</sup>) Vgl die ausgewogene Erörterung bei *Bezenberger*, Das Kapital der AG 213 ff.

<sup>15</sup>) Für Österreich vgl etwa die literarische Diskussion zwischen *Hügel*, Steuerausgleich in der Unternehmensgruppe, GesRZ 2005, 155, 161 und *Koppensteiner*, Gruppenbesteuerung, Verlustvortrag und Gesellschaftsrecht, GES 2005, 404 f sowie *derselbe*, GesRZ 2014, 3. Zum deutschen Recht siehe *Schön*, Vermögensbindung und Kapitalerschutz in der AG – Versuch einer Differenzierung, in FS Röhrich (2005) 559. *Hügel* in FS Koppensteiner II 20; für Deutschland vgl zuletzt eingehend *Gross-Langenhoff*, Vermögensbindung im Aktienrecht (2013) 45 ff.

<sup>16</sup>) *Bezenberger*, Das Kapital der AG 271 ff, 287. Demgegenüber betont *Gross-Langenhoff*, Vermögensbindung im Aktienrecht (2013) 48 ff, 87 ff den allein gläubigerschützenden Zweck der Vermögensbindung. Der besondere Ertrag der Untersuchungen von *Bezenberger* und *Gross-Langenhoff* besteht unter anderem in der klaren Trennung von Kapitalerhaltung im Sinne der Ausschüttungssperre von Nennkapital und gebundener Kapitalrücklage einerseits und Vermögensbindung (als Gesamtvermögensbindung) andererseits.

<sup>17</sup>) *Koppensteiner* aaO; eingehend *Gross-Langenhoff*, aaO.

<sup>18</sup>) Zu den Zwecken des Jahresabschlusses und den Zusammenhängen zwischen gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Zielen vgl etwa *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 213 ff.

mig verzichten. Demgegenüber erfordert die Informationsfunktion der Rechnungslegung und Gewinnermittlung mit Blick auf die Anleger (als potentielle Gesellschafter) den zwingenden Charakter der Gewinnermittlungs- und -verteilungsregeln – und auch der § 52 AktG, § 82 Abs 1 GmbHG.

Für den Zusammenhang von Bilanz- und Gesellschaftsrecht nicht bloß zum Zwecke des Gläubigerschutzes, sondern auch des Gesellschafter- und Anlegerschutzes liefert bereits die Rechtsentwicklung im 19. Jahrhundert ein plakatives Beispiel. Die Einführung der *gebundenen Kapitalrücklage* durch die Aktienrechtsnovelle 1884 richtete sich gegen eine Praxis der Anlegertäuschung, die als „Agiotage“ bezeichnet wurde: Durch Gewinnausschüttungen aus Agiobeträgen wurden hohe Erträge der Aktiengesellschaft vorgetäuscht, wodurch die Aktienkurse manipuliert wurden. Der Zweck der Kapitalbindung und der Beschränkung der Ausschüttungsfähigkeit nur ausgewiesener Bilanzgewinne ist somit nicht bloß auf Gläubigerschutz gewichtet<sup>19)</sup>.

Im Interesse von Gläubigern, Gesellschaftern und Anlegern binden die § 52 AktG, § 82 GmbHG die Gewinnverteilung an den nach dem Dritten Buch des UGB, kurz: *an den nach Bilanzrecht richtig ermittelten Gewinn*. Dagegen verstößt die verdeckte Gewinnausschüttung. Durch Korrektur des Werttransfers *causa societatis* wird der richtige Gewinn der Gesellschaft bestimmt.

Und die notwendige Suche nach dem richtigen Gewinn ist die Parallele zwischen der gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung.

Um dies darzulegen, will ich anhand der § 52 AktG und § 82 Abs 1 GmbHG zunächst die durchaus unterschiedlichen Tatbestände, die insgesamt das Einlagenrückgewährverbot konstituieren, sowie ihre Ziele herausarbeiten. Stichworte: *Kapitalschutz* durch Erhaltung des gesperrten Kapitals im Rahmen der jährlichen Gewinnverteilung; *Vermögensbindung* auch des über das gesperrte Kapital hinausgehenden Gesellschaftsvermögens, somit inklusive offener und stiller Rücklagen, gegen offenen oder verdeckten Werttransfer an die Gesellschafter außerhalb der jährlichen Gewinnverteilung. Die Ausschüttungssperre zur Kapitalerhaltung und die Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens sind die hier interessierenden, konkreten Mittel des Gläubiger-, Gesellschafter- und Anlegerschutzes. Aus ihrem Sinn und Zweck folgen weitere Normen, eben das *Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung*. Kapitalerhaltung und Vermögensbindung sind somit gewissermaßen *Sub-Ziele der übergeordneten Gesetzeszwecke*.

Im Gesellschaftsrecht werden diese Sub-Ziele durch das Zusammenspiel der unternehmensrechtlichen Gewinnermittlungsvorschriften (§§ 189 ff UGB) mit den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften über Aufstellung, Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses und Gewinnverteilung erreicht. Dieses Normengeflecht<sup>20)</sup> regelt den Konflikt der Interessen der Gläubiger an der Erhaltung des gesperrten Kapitals als Haftungsfonds und der Interessen der Gesellschafter an Gewinnausschüttungen. Hinzu kommt die Rechnungslegungs- und Informationsfunktion. Im Rahmen dieser Zwecksetzungen bewirkt das Normengeflecht die typisch kapitalgesellschaftsrechtliche *Abgrenzung zwischen gesperrtem Kapital*

<sup>19)</sup> Vgl dazu H<sup>ügel</sup>, Verschmelzung und Einbringung 267 f, 297.

<sup>20)</sup> Treffend spricht *Gross-Langenhof*, Vermögensbindung im Aktienrecht 151 von „Vermögensbindung im Zweckgefüge des Jahresabschlusses“.

und ausschüttungsfähigem Gewinn<sup>21</sup>). Die Zielsetzung des Steuerrechts ist im Prinzip gleich: Auch im Steuerrecht muss der richtige Gewinn ermittelt werden. Nur dieser – als im Rahmen der Einkunftstätigkeit der Körperschaft erwirtschaftete – Gewinn ist besteuernswürdig, nicht die von den Gesellschaftern geleisteten Einlagen.

Das Anliegen der richtigen Gewinnermittlung liefert gleichzeitig das Argument für den Maßstab – oder das Test-Kriterium – des hier interessierenden Spezialfalls der verbotenen Einlagenrückgewähr, nämlich der verdeckten Einlagenrückgewähr oder verdeckten Gewinnausschüttung. Test-Kriterien sind die Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers, insbesondere die Anwendung des Drittvergleichs, Kriterien, die im Dienste der richtigen Gewinnermittlung stehen. Wie der bekannte Richter des deutschen Bundesfinanzhofs *Franz Wassermeyer* treffend formuliert hat, wird der richtige Gewinn nur erfasst, wenn *sachfremde Einflussnahmen eliminiert* werden<sup>22</sup>). Die Berücksichtigung sachfremder Kriterien bei der Festlegung von Leistung und Gegenleistung verletzt aber die objektive Sorgfalt des Geschäftsführers (dazu noch unten VII).

## II. Zwei Säulen der verbotenen Einlagenrückgewähr: Kapitalerhaltung und Vermögensbindung

Doch nun zu den positivistischen Grundlagen. Vor der angekündigten Exegese der § 52 AktG, § 82 Abs 1 GmbHG ein Blick auf § 8 Abs 2 Teilstrich 1 KStG: Für die Ermittlung des Einkommens der Körperschaft ist es ohne Bedeutung, ob das Einkommen im Wege offener oder verdeckter Ausschüttungen verteilt wird. Anders gewendet: Das steuerpflichtige Einkommen wird nicht um verdeckte Gewinnausschüttungen reduziert.

Rechtsgrundlagen im Gesellschaftsrecht sind die § 52 AktG und § 82 Abs 2 GmbHG. Mit praktisch identischem Wortlaut enthalten sie zwei – säuberlich zu trennende – Regelungen, nämlich die Ausschüttungssperre des Kapitals sowie die Bindung von Ausschüttungen an den Bilanzgewinn.

Der 1. Halbsatz lautet:

„Den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurückgewährt werden; / Die Gesellschafter können ihre Stammeinlage nicht zurückfordern;“

Der 2. Halbsatz lautet:

„sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Bilanzgewinn, der sich aus der Jahresbilanz ergibt; / sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn.“

<sup>21</sup>) Zu dieser Interpretation des gesellschafts- und bilanzrechtlichen Regelungsgeflechts, vorrangig im Kontext der Einlagenbilanzierung und -bindung vgl. *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 213 ff, 264 ff im Anschluss an *Ballerstedt*, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften (1949) 47 ff. Ähnlich *Bezzemberger*, Das Kapital der AG 38.

<sup>22</sup>) GmbHR 1993, 331; dazu *Hügel* in FS Koppenssteiner II 37.

Wer nur den 1. Halbsatz liest, ist überrascht, dass nach einhelliger Ansicht nicht nur die Rückgewähr der Einlagen, sondern die Rückgewähr auch des über die Einlagen hinausgehenden Gesellschaftsvermögens, unzulässig ist. Das Schrifttum leitet diese Vermögensbindung ohne Rücksicht auf den offenen Widerspruch zum Wortlaut aus dem 1. Halbsatz ab, oft unter Hinweis auf die Korrekturbedürftigkeit des Begriffs „Einlage“<sup>23</sup>). Seit langer Zeit, auch schon unter der Geltung des Aktienrechts des deutschen HGB, das in § 213 eine fast wortgleiche Regelung enthielt, wird schlicht und einfach behauptet, die Bezugnahme auf die „Einlagen“ sei unzutreffend, geschützt sei vielmehr das gesamte Gesellschaftsvermögen.

Meines Erachtens ist diese Extension des 1. Halbsatzes unzutreffend, denn dieser kennzeichnet – ziemlich präzise – die für das Kapital geltende Ausschüttungssperre, den Grundsatz der *Kapitalerhaltung*. Die Korrektur des Gesetzeswortlauts ist aber auch unnötig, denn die über die Einlagen und ihren bilanzrechtlichen Reflex – das gesperrte Nennkapital und die gebundene Kapitalrücklage – hinausgehende Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens ergibt sich, neben anderen Rechtsfolgen, präzise aus dem 2. Halbsatz. Dass beide Anordnungen – Kapitalerhaltung und Vermögensbindung – als sich wechselseitig ergänzende Gläubigerschutzinstrumente das Verbot der Einlagenrückgewähr konstituieren, hat der Gesetzgeber sehr schön dadurch verdeutlicht, indem er beide Halbsätze mit einem Strichpunkt verbunden hat. Nur die Zusammenschau der beiden Halbsätze lässt den gesamten Inhalt des Rückgewährverbots erkennen. Dieses hat zwei deutlich zu unterscheidende Teilbereiche<sup>24</sup>):

- Der 1. Halbsatz statuiert den Grundsatz der *Kapitalerhaltung*. Dieser betrifft die Gewinnverteilung. Das gesperrte Kapital, bestehend aus Nennkapital und gebundenen Kapitalrücklagen, die aus Einlagen stammen<sup>25</sup>), darf weder formlos entnommen, noch im Rahmen der Gewinnverteilung ausgeschüttet werden.
- Aufgrund des 2. Halbsatzes darf nur der nach den §§ 189 ff UGB – kurz: nach Bilanzrecht – ermittelte und im Jahresabschluss ausgewiesene „Bilanzgewinn“ verteilt werden. Dies hat zwei Stoßrichtungen: Die erste bringt gegenüber dem 1. Halbsatz nichts Neues. Da das gesperrte Kapital (die Einlagen) nicht als „Bilanzgewinn“ ausgewiesen werden kann, wiederholt der 2. Halbsatz die Kapitalsperre im Kontext des bilanziellen Gewinnausweises und der Gewinnverteilung. Wichtiger ist daher die zweite Aussage des 2. Halbsatzes: Selbst das über das gesperrte Kapital hinausgehende Gesellschaftsvermögen darf nicht an die Gesellschafter verteilt werden, sofern

<sup>23</sup>) Vgl etwa *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 11; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 96.

<sup>24</sup>) Gleichsinnig und besonders deutlich *Bezenberger*, Das Kapital der AG 201 ff. Tendenziell nunmehr ebenso *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3, 4: Differenzierung zwischen Bindung des Nennkapitals einschließlich gebundener Rücklagen (Vermögensbindung iwS) und dem Gegenwert freier Rücklagen (Vermögensbindung ieS).

<sup>25</sup>) Zusätzlich ist die gesetzliche Rücklage gegen Ausschüttungen gesperrt (§ 229 Abs 6 UGB). Da sie aus Gewinnen zu dotieren ist, handelt es sich nicht um eine Kapitalrücklage, sondern um eine Gewinnrücklage.

es nicht als „Bilanzgewinn“ ausgewiesen ist. Diese gewöhnlich als *Vermögensbindung* bezeichnete Ausschüttungssperre umfasst das *gesamte* Gesellschaftsvermögen, somit auch die offenen und stillen Rücklagen. Zwar können diese Werte – anders als das gesperrte Kapital – grundsätzlich an die Gesellschafter verteilt werden. Der Transfer unterliegt aber einer materiellrechtlichen Bindung an die *Ermittlung des Gewinns nach Bilanzrecht* und einer verfahrensrechtlichen, insbesondere auch kompetenzrechtlichen Bindung an das *gesellschaftsrechtliche Gewinnverteilungsverfahren*, bestehend aus Aufstellung, gegebenenfalls Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses sowie Gewinnverteilungsbeschluss. Sieht man von anderen gesetzlich zugelassenen Verfahren, wie Kapitalherabsetzung und Liquidation<sup>26)</sup>, ab, darf der Transfer von der Gesellschaft an den Gesellschafter nur in Höhe des Bilanzgewinnes und nur aufgrund eines Jahresabschlusses samt Gewinnverteilungsbeschluss erfolgen.

### **III. Aus der Vermögensbindung folgende Ausschüttungsbeschränkungen**

Die Vermögensbindung führt zu folgenden Ausschüttungsbeschränkungen:

#### **A. Bindung an das Gewinnverteilungsverfahren**

Sie ist zunächst eine Bindung von Ausschüttungen an das *gesellschaftsrechtliche Gewinnverteilungsverfahren*, bestehend aus Aufstellung, gegebenenfalls Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses, der einen Bilanzgewinn ausweist, und Fassung des Gewinnverteilungsbeschlusses.

#### **B. Unzulässigkeit formloser Entnahmen**

Negativ folgt daraus zunächst die unspektakuläre *Unzulässigkeit formloser Entnahmen*, selbst wenn diese durch verwendbares Eigenkapital aus Vorperioden (ungebundene Rücklagen, Gewinnvortrag, nicht ausgeschütteter Bilanzgewinn) oder auch einen Überschuss des laufenden Geschäftsjahres gedeckt sind. Gemeint sind die auch strafrechtlich spannenden Fälle der offenen Einlagenrückgewähr: Der Gesellschafter greift in die Gesellschaftskasse oder bezahlt aus ihr die Bedienerin seines Privathauses. Nimmt man die Anwendung des Rückgewährverbots auf die GmbH & Co KG durch den OGH<sup>27)</sup> ernst, wozu für die Praxis keine

<sup>26)</sup> Eine Durchbrechung der Vermögensbindung liegt ferner bei verschmelzungs- und spaltungsrechtlichen Zuzahlungen vor (*Hügel*, Anm zu OGH 4 Ob 2078/96h [*Fehringler*] JBl 1997, 113), ferner bei Ausgleichszuzahlungen nach §§ 225c ff AktG. In Durchbrechung der Vermögensbindung kann schließlich eine erlaubte Einlagenrückgewähr durch den Erwerb eigener Aktien nach § 65 AktG erfolgen.

<sup>27)</sup> OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310; dazu umfassend *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011).

Alternative besteht, ist auch die formlose Entnahme, und zB auch die Realteilung einer GmbH & Co KG, eine verbotene offene Einlagenrückgewähr<sup>28)</sup>.

### **C. Keine Vorab-Ausschüttung (Gewinnvorschuss) aus dem Gewinn des laufenden Geschäftsjahres**

Da der 2. Halbsatz nur die Ausschüttung des Bilanzgewinns erlaubt und ein solcher nur aufgrund der Feststellung eines Jahresabschlusses vorliegt, bewirkt der 2. Halbsatz auch die Unzulässigkeit von Vorschüssen auf Ausschüttungen aus dem Gewinn des laufenden Geschäftsjahres (Vorab-Ausschüttung, Gewinnvorschuss), selbst wenn die Berechnungen der Geschäftsführung oder auch ein Zwischenabschluss – aufgrund eines Überschusses in der Rumpfperiode und/oder im Zusammenhang mit Gewinnen aus Vorperioden – zum Ausweis eines Bilanzgewinns führen würde<sup>29)</sup>; eine jedenfalls im GmbH-Recht engherzige Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers, dies sei bei dieser Gelegenheit angemerkt. Im deutschen GmbH-Recht sind formlose Zwischen-Ausschüttungen, solange das Stammkapital gedeckt ist, zulässig<sup>30)</sup>.

### **D. Ausschüttung nur realisierter und im Jahresabschluss ausgewiesener Gewinne – Unzulässigkeit der verdeckten Gewinnausschüttung**

Hinsichtlich des über das gesperrte Kapital hinausgehenden, nur durch den 2. Halbsatz gebundenen Vermögens ist zwischen offenen Rücklagen und anderen Bestandteilen des verwendbaren Eigenkapitals (Gewinnvortrag, Bilanzgewinn) einerseits und stillen Reserven andererseits zu unterscheiden. Das verwendbare Eigenkapital unterliegt nur der soeben geschilderten Bindung an das jährliche Gewinnverteilungsverfahren. Bei dem darüber hinausgehenden Gesellschaftsvermögen – den stillen Reserven – führt die Beschränkung der Ausschüttung auf den „Bilanzgewinn“ zu einer zusätzlichen *materiellen Ausschuttungsbedingung*: Dieses Vermögen kann nur ausgeschüttet werden, wenn es in eine bilanzielle Eigenkapitalerhöhung – in bilanzrechtlichen „Gewinn“ – transformiert (und nicht in Rücklagen eingestellt) wurde. Die Begrenzung auf den Bilanzgewinn ist hier eine *Globalverweisung auf das Recht der Rechnungslegung*, kurz: das Bilanzrecht, das heute im Dritten Buch des UGB (und in gewissen branchenspezifischen Sondergesetzen) geregelt ist.

Gesellschaftsrechtler neigen leider dazu, bilanzrechtliche Regelungen und die ihnen zugrundeliegenden Wertungen im Rahmen des Gesellschaftsrechts zu

<sup>28)</sup> Dazu *Hügel*, Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividende und Realteilung der GmbH und GmbH & Co KG, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), aaO.

<sup>29)</sup> Durchbrochen wird dieses Prinzip lediglich durch die Halbjahresdividende des § 54a AktG.

<sup>30)</sup> Nach deutschem GmbH-Recht reicht das Vorliegen eines Überschusses in der laufenden Periode aufgrund sorgfältiger Einschätzung durch die Geschäftsführung; die Aufstellung einer Zwischenbilanz ist nicht erforderlich: vgl nur *Salje* in *Michalski*, GmbHG<sup>2</sup> § 29 Rz 87 ff.

vernachlässigen. Paradigmatisch ist der Streit um die *Sacheinlagefähigkeit von Gegenständen*<sup>31)</sup>, die von der wohl überwiegenden Meinung ohne Berücksichtigung der bilanzrechtlichen Aktivierungsfähigkeit beurteilt wird. Indessen geht es sowohl bei Ansatz und Bewertung von Sacheinlagen – also der „Anfangsbewertung“ des eingelegten Gegenstandes – in gleicher Weise um die Deckung des Nennkapitals wie im Rahmen der „Folgebewertung“ in der Jahresbilanz. Anders gewendet: Was in der Jahresbilanz nicht aktiviert werden darf (zB Dienste, nicht entgeltlich immaterielle Anlagegüter oder ein originärer Firmenwert), kann auch nicht als Sacheinlage zur Deckung (erhöhten) Nennkapitals – kurz: zur Kapitalaufbringung – dienen, ist mithin kein sacheinlagefähiger Wert. Maßgeblich ist somit die konkrete Ansatzfähigkeit und Bewertbarkeit als Vermögensgegenstand unter Beachtung von Bilanzierungsverboten. Diese bilanzrechtlichen Regelungen enthalten *die Wertentscheidungen über die Eignung von Vermögenswerten zur Deckung des Nennkapitals*; sie sind somit *Konkretisierungen der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze der Kapitalerhaltung und Kapitalaufbringung*<sup>32)</sup>. Unzutreffend ist es daher, die Eignung als Sacheinlage ausschließlich nach gesellschaftsrechtlichen Wertungen im engeren Sinne, ohne Berücksichtigung bilanzrechtlicher Wertungen, zu beurteilen. Dies ist nicht nur unzutreffend, sondern vor allem auch eine ahistorische Betrachtung: Das heutige Bilanzrecht des Einzelabschlusses, das maßgeblich geprägt ist durch das Vorsichts-, Anschaffungskosten- und Realisationsprinzip, hat erstmals in das Aktienrecht, nämlich im Wege der Aktienrechtsnovelle 1884 Eingang gefunden. Es wurde in der Zwischenkriegszeit unter dem Einfluss *Eugen Schmalenbachs* reformiert, vor allem im Zusammenhang mit der durch die dynamische Bilanzlehre geprägten Gewinn- und Verlustrechnung als Ergänzung zur juristisch-statischen Bilanz. Es bildete den Fünften Teil „Rechnungslegung“ des AktG 1937 (§§ 125 ff AktG 1937) wurde erst bei Umsetzung der Bilanz-Richtlinie<sup>33)</sup> gesetzestechnisch aus dem Gesellschaftsrecht ausgegliedert und aufgrund seiner Relevanz auch für Einzelunternehmen und Personengesellschaften in das HGB bzw UGB übernommen. Aufgrund seiner historisch gewachsenen Aufgabe des Gläubiger-, Gesellschafter- und Anlegerschutzes durch Gewinnermittlung und Ausschüttungsbeschränkung ist das *Bilanzrecht gleichwohl unverändert Bestandteil des Gesellschaftsrechts*<sup>34)</sup>.

Auch das Rückgewährverbot folgt nicht nur aus der im engeren Sinne gesellschaftsrechtlichen *ratio legis* des Gläubigerschutzes, sondern wird durch *bilanzrechtliche Wertungen determiniert*. Die wichtigste Konsequenz für unser

<sup>31)</sup> Vgl Darstellung des Meinungsstandes bei *Pentz* in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 27 Rz 18 ff und *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 20 Rz 8.

<sup>32)</sup> Dies betrifft vorrangig das für nicht entgeltlich erworbene immaterielle Anlagegüter geltende Bilanzierungsverbot (§ 197 Abs 2 UGB) sowie das im Umkehrschluss aus § 203 Abs 5 UGB abzuleitende Verbot der Aktivierung eines originären (nicht entgeltlich angeschafften) Firmenwerts. Zur Sacheinlagefähigkeit als konkrete Aktivierungsfähigkeit des Einlagegegenstandes vgl im Einzelnen *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 228 ff; 309 ff.

<sup>33)</sup> Die 4. RL 78/660/EWG und die zuletzt an ihre Stelle getretene RL 2013/34/EU galt bzw gilt unverändert nur für Kapitalgesellschaften.

<sup>34)</sup> Im Einzelnen *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 213 ff.

Thema ist die Maßgeblichkeit des *bilanzrechtlichen Realisationsprinzips*. Gemäß § 201 Abs 2 Z 4 lit a UGB dürfen grundsätzlich nur im Zuge eines Umsatzgeschäfts realisierte Gewinne im Jahresabschluss ausgewiesen werden und in den ausschüttungsfähigen Bilanzgewinn eingehen. *Ratio legis* ist der uralte, noch immer richtige und nach den Exzessen der letzten Jahre, aber auch bei Betrachtung der internationalen Rechnungslegungsvorschriften, wohl noch nie so aktuelle, wie folgt lautende Satz: „Der Kaufmann soll sich nicht reich rechnen.“ Entscheidend ist die Gewinnrealisation im Rahmen eines Umsatzgeschäfts, also der Markttest, nicht originäre Fair Value-Bewertung durch den Bilanzierenden.

So führt die Berücksichtigung von Zeitwerten (Fair Value Accounting) – pointiert: das „Sich-reich-Rechnen“ – nach IFRS in guten Zeiten zum Ausweis bloßer Buchgewinne und in Krisen zu verstärktem Abwertungsbedarf, insgesamt somit zu einer nachteiligen Steigerung der Volatilität der Unternehmensergebnisse. Dies machte denn auch im Zuge der Finanzkrise die teilweise Rücknahme von Abwertungserfordernissen im Rahmen einer „Nacht- und Nebelaktion“ (*Schildbach*) durch das IAS-Board erforderlich<sup>35</sup>). Im Zuge der Anhörung des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages zum Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz am 17. 12. 2008, in der insbesondere die Einführung einer Zeitwertbewertung bestimmter Finanzinstrumente nach dem Vorbild der IFRS erörtert wurde, wandte *Karlheinz Küting* gegen das Fair-Value-Konzept ein, es verzichte „auf tragende Säulen eines bewährten deutschen Bilanzrechts“ und leiste einer „Entobjektivierung der Bilanz“ Vorschub. Mit der Regelung werde in Kauf genommen, dass die Ergebnisrechnung, die starken Schwankungen unterworfen ist, „eine Finanzmarktkrise intensiviert und beschleunigt“<sup>36</sup>).

Nach diesem Überblick über die Normzwecke der Vermögensbindung und die einzelnen Fälle der verbotenen Einlagenrückgewähr sind wir somit an der Rechtsgrundlage meines Themas angelangt: Aus dieser Bindung des Vermögensstransfers an den bilanzrechtlich korrekt ermittelten und im gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilungsverfahren zur Ausschüttung freigegebenen Bilanzgewinn folgt das Verbot der *verdeckten* Einlagenrückgewähr<sup>37</sup>). Wenn der Gesellschafter den Firmen-PKW zum aktuellen Buchwert von 50 kauft, obwohl er nach den ob-

<sup>35</sup>) Dazu und zu (steigernden) Effekten von IFRS auf die Finanzkrise vgl etwa *Schildbach*, Was bringt die Lockerung der IFRS für Finanzinstrumente? DStR 2008, 2381; *Ochsner*, Fair Values, zu Recht in der Kritik? IRZ 2009, 413; *Strasser/Plötz*, IFRS/IAS im Belastungstest der Finanzkrise, ÖBA 2010, 420.

<sup>36</sup>) <http://beck-online.beck.de>; *Homfeldt*, Zum fair value in der IFRS-Rechnungslegung, PiR 2014, 37: „brandbeschleunigende Wirkung (des fair value) in der Finanz- und Wirtschaftskrise“.

<sup>37</sup>) Zur dogmatischen Herleitung grundlegend *Wolf-Dieter Arnold*, Verdeckte Gewinnausschüttung im Handelsrecht, GesRZ 1985, 86; *Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 269, 271; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 118 ff. Zur Frage der Ableitung des Verbots der verdeckten Einlagenrückgewähr aus der Kapitalrichtlinie 77/91/EWG idF 2006/68/EG vgl *Schön*, Deutsches Konzernprivileg und europäischer Kapitalschutz – ein Widerspruch? in FS Kropff (1997) 285; *Fleischer*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Kapitalschutz im Europäischen Gesellschaftsrecht, in *Lutter* (Hrsg), Das Kapital der AG in Europa, ZGR-Sonderheft 17 (2006) 114, 118 f mwN.

jektiven Listen der Autofahrervereinigungen gut und gerne einen Verkehrswert von 80 erzielt, hat er 30 verdeckt zugewendet. Zwei Sünden wurden begangen: Gewinn wurde außerhalb des gesetzlichen Verfahrens verteilt, zusätzlich wurde nicht realisierter Gewinn – ohne Markttest – verteilt, also ein Wert, der nicht „Bilanzgewinn“ ist<sup>38)</sup>. Führt die Verbotsverletzung zur Nichtigkeit des Kaufvertrags, wird der Werttransfer durch die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung (unter Beachtung von § 83 Abs 1 GmbHG<sup>39)</sup>) bewirkt. Wer demgegenüber – *Friedrich Rüffler* folgend<sup>40)</sup> – lediglich einen Wertersatzanspruch der Kapitalgesellschaft bejaht, erkennt leicht die Parallele zum steuerrechtlichen Maßstab der Gewinnkorrektur. Zu korrigieren ist der *sachfremde Einfluss* auf das Ergebnis der Gesellschaft. Der Wertersatzanspruch bestimmt sich daher nach dem Preis, den die Gesellschaft einem dritten Käufer verrechnet hätte. Auf die hier anzuwendende Preisvergleichsmethode komme ich noch später zurück (VI/A). Der gegen den Drittvergleich verstoßende, zu Lasten der Gesellschaft erfolgende<sup>41)</sup> Werttransfer verletzt – wie ausgeführt – das Rückgewährverbot, weil weder „Bilanzgewinn“ vorliegt, noch das gesellschaftsrechtliche Gewinnverteilungsverfahren eingehalten wurde.

Während der Zweck der Kapitalsperre aus Anlass der Gewinnausschüttung ausschließlich Gläubigerschutz, die Aufrechterhaltung des Haftungsfonds ist, hat die Vermögensbindung – wie oben dargestellt (I/C) – weitergehende Zwecke. Diese umfassen nicht nur den Schutz der Gläubiger, sondern auch jenen der Gesellschafter und Anleger durch die Transparenz des Ausweises nur realisierter Gewinne im Jahresabschluss und die Beschränkung der Gewinnverteilung auf das *kontrollierte und transparente Gewinnverteilungsverfahren*. Schon im Jahr 1949 hat *Kurt Ballerstedt* in seiner bis heute wegweisenden, Gesellschafts- und Steuerrecht gleichermaßen betrachtenden Untersuchung zu „Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften“ in Abwandlung eines berühmten Ausspruchs *Franz Kleins* betont, die Gewinnverteilung solle sich „im hellsten Licht der Öffentlichkeit abspielen. Verdeckte Vermögensverschiebungen sind damit unvereinbar.“<sup>42)</sup> Noch früher, 1934, hat *Julius Flechtheim* zur „versteckten Verteilung von Vermögen der AG unter die Aktionäre, ... zur verschleierte Gewinnverteilung“ bemerkt, dass „auf diese Weise ein Teil des Gewinnes (zufließt), ohne dass die Bilanz ihn ausweist.“ Und weiter: „Erfolgt in solchem Fall der Verkauf zu dem unter dem wirklichen Wert liegenden Buchwert, so kommt

<sup>38)</sup> Aus entsprechenden Gründen ist auch die „Sachdividende zu Buchwerten“ unzulässig: zuletzt *Hügel*, Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividende und Realteilung der GmbH und GmbH & Co KG, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die GmbH & Co KG 111.

<sup>39)</sup> Vgl dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 83 Rz 9.

<sup>40)</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter, *GesRZ* 1999, 86 (90); dazu auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 19.

<sup>41)</sup> Gegen den Drittvergleich kann auch zu Lasten *des Gesellschafters* verstoßen werden. Darauf reagiert das Steuerrecht gelegentlich mit dem Rechtsinstitut der *verdeckten Einlage*, zu welchem kein „paralleles“ gesellschaftsrechtliches Rechtsinstitut existiert. Vgl dazu *Hügel* in *FS Koppensteiner* II 21 ff mwN.

<sup>42)</sup> AaO 132 f.

die Vermögensverteilung bilanzmäßig nicht zum Ausdruck. Aber gerade das verstößt gegen die §§ 213, 215.<sup>43)</sup> Meines Erachtens kann nicht bezweifelt werden, dass die in den 2. Halbsätzen der § 52 AktG, § 82 Abs 1 GmbHG enthaltene Bindung der Ausschüttung an den Gewinnausweis im Jahresabschluss allen Zwecken dient, die auch dem Recht des Jahresabschlusses zu Grunde liegen<sup>44)</sup>: somit neben der gläubigerschützenden Ausschüttungsbemessungsfunktion auch die im Interesse von Gläubigern, Gesellschaftern und künftigen Gesellschaftern (Anlegern) liegende Rechnungslegungs- und Informationsfunktion<sup>45)</sup>. Zusätzlich wird die Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzregelungen betreffend Jahresabschlussfeststellung inklusive Dotierung des Bilanzgewinns und Gewinnverteilung (§ 96 Abs 4 AktG, § 35 GmbHG) gewährleistet<sup>46)</sup>.

All dies wird durch die verdeckte Gewinnausschüttung rechtswidrig unterlaufen.

## IV. Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Gewinnermittlung

### A. Abgrenzung von Kapital und Gewinn, Maßgeblichkeitsprinzip

Die Brücke zwischen Gesellschaftsrecht und Steuerrecht ist das *gemeinsame Ziel der Ermittlung des richtigen Gewinns*. Richtige Gewinnermittlung gewährleistet im Gesellschaftsrecht die *Abgrenzung der ausschüttungsfähigen Gewinne vom gesperrten, unverteilbaren Kapital*. Im Steuerrecht gewährleistet richtige Gewinnermittlung, dass nur der im Unternehmen erwirtschaftete Gewinn besteuert wird. Auch hier geht es somit um die Abgrenzung des von den Gesellschaftern zugeführten Kapitals, das ja bloß aus Mitteln stammen kann, die vom Gesellschafter bereits versteuert wurden, vom besteuierungswürdigen Gewinn der Körperschaft. In beiden Rechtsgebieten werden auch grundsätzlich übereinstimmende Gewinnermittlungsmethoden angewendet: Kapitalerhaltung wird durch den Ausschüttungen begrenzenden Jahresabschluss nicht ausschließlich durch

<sup>43)</sup> *Düringer/Hachenburg*, HGB<sup>3</sup> § 213 Anm 4. § 213 dHGB lautete: „Die Aktionäre können ihre Einlagen nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Reingewinn, soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage von der Verteilung ausgeschlossen ist.“ Dazu unter dem Blickwinkel des Art 15 Abs 1 lit c der KapitalRL 77/91/EWG idF 2006/68/EG: *Schön* in FS Röhrich 565 f.

<sup>44)</sup> Ähnlich im Ergebnis die herrschende Ansicht in Deutschland: Vgl Nachweise bei *Schön* in FS Röhrich 561. Die dort zusätzlich genannte Zweckrichtung der „Gleichbehandlung der Aktionäre“ wird von *Koppensteiner*, zuletzt GesRZ 2014, 4 mwN, mit sehr bedenkenswerten Argumenten als *ratio legis* der § 52 AktG, § 82 Abs 1 GmbHG – entgegen der deutschen Lehre – indessen abgelehnt.

<sup>45)</sup> In der Tendenz nunmehr ähnlich *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 5: „Die über die Publizität des Jahresabschlusses gewährleistete Transparenz gehört daher, was die Auflösung freier Rücklagen angeht, in den teleologischen Zusammenhang des Verbots von Ausschüttungen außerhalb des Bilanzgewinns.“ Beachte jedoch auch die Abgrenzung in FN 17.

<sup>46)</sup> *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 5, anerkennt dies lediglich als „mittelbare Konsequenz der gesetzlichen Regelung, nicht aber als Teilelement ihrer Teleologie“.

„statische“ Bewertung von *Vermögen* bewirkt. Maßgeblich ist vielmehr neben der Bewertung von Vermögensgegenständen die periodengerechte Berücksichtigung von Erträgen und Aufwendungen mit dem Ziel der Abgrenzung des gesperrten Kapitals von ausschüttungsfähigen Gewinnen. Der im Rahmen dieser von statischen und dynamischen Elementen beherrschten Gewinnermittlung bestimmte Jahresüberschuss oder Jahresfehlbetrag erhöht oder kürzt das Eigenkapital der Vorjahresbilanz; der Überschuss über die historische Grundkapital- und Rücklagenziffer ist das ungebundene, ausschüttungsfähige Eigenkapital. Der nach dem Dritten Buch des UGB (§§ 189 ff UGB) ermittelte Jahresüberschuss (vor Steuern) ist aufgrund der Maßgeblichkeit der unternehmensrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung für die steuerrechtliche Gewinnermittlung Ausgangsgröße für die Ermittlung des steuerpflichtigen Gewinns (§ 5 EStG iVm § 7 Abs 3 KStG).

Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Gewinnermittlung sind somit dogmatisch verknüpft: Teleologisch durch den gemeinsamen Gesetzeszweck der Ermittlung des richtigen Gewinns unter Abgrenzung vom Kapital; rechtstechnisch durch die Verknüpfung der Gewinnermittlungsvorschriften durch den Maßgeblichkeitsgrundsatz, wodurch insbesondere das Realisationsprinzip beide Gewinnermittlungen prägt<sup>47)</sup>. Ziel ist die Ermittlung des richtigen Gewinns der Kapitalgesellschaft bzw Körperschaft, verdeckte Werttransfers sind damit unvereinbar. Die Korrektur durch das Rechtsinstitut der verdeckten Gewinnausschüttung ist auch Ausdruck der Grenzziehung zwischen den Vermögenssphären der Körperschaft und ihrer Gesellschafter, somit des *Trennungsprinzips*, das – und hier schließt sich der Kreis – Gesellschafts- und Steuerrecht gleichermaßen beherrscht<sup>48)</sup>.

## B. Verhinderte Vermögensmehrung – keine Einlagenrückgewähr?

Gelegentlich wird im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum als Unterschied zwischen der gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung betont, die Erstere setze den Transfer von *vorhandenem Vermögen* der Kapitalgesellschaft, also von Werten, die die Gesellschaft bereits „in Händen hält“, voraus; demgegenüber

<sup>47)</sup> Vgl nur die Nachweise bei *Marschner* in *Jakom*, EStG<sup>6</sup> § 4 Rz 184. Gelegentlich konstatierte Zieldivergenzen von Unternehmensbilanz- und Steuerbilanz (vgl *Zorn*, Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Abgabenrecht, ÖStZ 2001, 186; *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht<sup>11</sup> I Rz 200) ändern nichts daran, dass auch das Steuerrecht grundsätzlich nur am Markt realisierte Gewinne besteuert, sieht man von steuerrechtlichen Ersatzrealisationsstatbeständen, wie Entnahme, Wegzugsbesteuerung, Export-Umgründungen, ab, die der letztmals möglichen Erfassung stiller Reserven bei jenem Steuerpflichtigen, bei dem sie gelegt wurden, dienen; das hier eingreifende steuerrechtliche Subjektsteuerprinzip (dazu vgl *Hügel*, Verschmelzung oder Einbringung 451 ff; *Hügel* in FS Wiesner 188 f) kennt keine Parallele im Gesellschaftsrecht, ist für den sonst bestehenden Wertungsgleichklang unternehmensrechtlicher und steuerrechtlicher Gewinnermittlung und insbesondere die verdeckte Gewinnausschüttung aber auch irrelevant.

<sup>48)</sup> Zutreffend *Bezenberger*, Das Kapital der AG 213. Kritik an der Vorstellung, die Vermögensbindung sei eine Folge der „rechtlichen Eigenständigkeit der AG als juristische Person“ oder jedenfalls ihres schutzwürdigen wirtschaftlichen Bestandsinteresses: *Schön* in FS Röhrich 561 f.

werde im Steuerrecht nicht nur eine Vermögensminderung, sondern auch eine *verhinderte Vermögensmehrung* erfasst; nur hier werde der Gesellschaft „Gewinn“ entzogen, weshalb hier zu Recht von verdeckter Gewinnausschüttung gesprochen werde. Das Gesellschaftsrecht hingegen verbiete nur die Vermögensreduktion. Eingehend wurde diese Position zuletzt von *Bezenberger* vorgetragen<sup>49)</sup>.

Entgegen dieser Ansicht verstößt auch die verhinderte Vermögensmehrung, also der herbeigeführte Gewinnentgang, gegen das Rückgewährverbot, wenn dies dem – hier allein maßgeblichen – Drittvergleich widerspricht; der behauptete Unterschied zwischen Steuer- und Gesellschaftsrecht besteht nicht. Dass nicht nur der Transfer existierendes Vermögens unzulässig ist, kann leicht anhand von *Leistungen* zwischen Gesellschaft und Gesellschafter gezeigt werden. Nicht nur die unangemessene *Lieferung*, also der Verkauf von Vermögensgegenständen an den Gesellschafter gegen einen zu niedrigen Kaufpreis und der Kauf von Vermögensgegenständen des Gesellschafters gegen einen zu hohen Kaufpreis, fällt unter das Rückgewährverbot, sondern auch der *Leistungsverkehr* zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, wenn er zu einer Wertverschiebung zu Gunsten des Gesellschafters führt: Die kostenlose oder unterpreisierte Erbringung von Dienstleistungen, von Beratungen, von Kapitalüberlassung in Form zinsloser Darlehen, die Haftungsübernahme ohne Haftungsentgelt oder die zu billige Vermietung – all dies ist eine Einlagenrückgewähr, obwohl die Gesellschaft nicht existierendes Vermögen verteilt, sondern die Erzielung einer angemessenen Vermögensmehrung – also von Gewinn – unterlässt. Errichtet eine Bau-GmbH für ihren Gesellschafter gratis ein Haus, ist nicht nur die Lieferung des Baumaterials, sondern auch die Erbringung der Bauleistungen durch die bei der GmbH angestellten Bauarbeiter eine verbotene Einlagenrückgewähr.

Letztlich ordnet *Bezenberger* aber ohnehin auch die entgeltlose Gebrauchsüberlassung an den Gesellschafter, selbst wenn der Gesellschaft – mangels Nachfrage – keine alternative Verdienstmöglichkeit offen steht, als Einlagenrückgewähr ein<sup>50)</sup>; doch erkennt er darin nicht die Widerlegung seiner These, nur die Zuwendung vorhandenen Vermögens sei – anders als im Steuerrecht – eine gesellschaftsrechtlich verbotene Einlagenrückgewähr. Als Beispiel einer steuerrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung, die mangels Vermögenstransfers keine verbotene Einlagenrückgewähr begründen soll, nennt *Bezenberger* die Abtretung von Geschäftschancen der GmbH gegen eine vom Geschäftsführer selbst vereinnahmte Provision<sup>51)</sup>. Indessen geht hier die steuerrechtliche Judikatur zu weit, wie noch (unten IX) zu zeigen ist. Unterschiede gegenüber den § 52 AktG, § 82 Abs 1 GmbHG bestehen auch hier nicht<sup>52)</sup>.

Ähnlich wie *Bezenberger* argumentiert auch *Hans-Georg Koppensteiner*, um darzulegen, dass im Rahmen der Gruppenbesteuerung (§ 9 KStG) der „Verzicht“ eines Gruppenmitglieds auf eigene Verluste zu Gunsten des Gruppenträgers ohne Entgelt nicht gegen das Rückgewährverbot verstößt.

In diesem Zusammenhang scheint die Beweisführung *Koppensteiners* zweistufig zu sein: Zunächst meint er, ausgehend von der Annahme, das Rückgewährverbot diene ausschließlich dem Gläubigerschutz, eine verbotene Einlagenrückgewähr könne nicht vorliegen, „wenn die Gesellschaft nach einer Vereinbarung mit einem Gesellschafter genauso da steht wie vorher, also keine Minderung ihres Vermögens zu verzeichnen ist“. Und: „Wo eine negative Vermögensdifferenz nicht feststellbar ist, kann es keinen Verstoß gegen das

<sup>49)</sup> *Bezenberger*, Das Kapital der AG 215 ff.

<sup>50)</sup> *Bezenberger*, Das Kapital der AG 224.

<sup>51)</sup> *Bezenberger*, Das Kapital der AG 218.

<sup>52)</sup> Unterschiede bestehen aber, wenn der Werttransfer eine steuerrechtliche Einlagenrückzahlung ist, ferner beim Erwerb eigener Aktien. Dazu vgl etwa *Hügel* in FS *Koppensteiner* II 23.

Kapitalerhaltungsgebot begründen.“ Für die Zulässigkeit der im Rahmen der Gruppenbesteuerung erfolgenden Verlustabgabe an den Gruppenträger sei „aus Sicht der Gläubiger entscheidend, dass (in Gestalt der steuerlichen Verluste) kein pfänd- oder sonst verwertbarer Vermögensbestandteil vorliegt“<sup>53</sup>).

Indessen ist bereits die Ableitung dieser statischen Vermögensbetrachtung aus dem Gläubigerschutzgedanken nicht überzeugend, weil – dies zeigt auch die ertragsbezogene Kreditprüfung durch Banken – Gläubigerinteressen nicht ausschließlich (statisch) auf das vorhandene Vermögen, sondern gerade (dynamisch) va auch auf die Zukunftserträge des Kreditnehmers gerichtet sind. *Koppensteiner* kann das Erfordernis der „negativen Vermögensdifferenz“ aber selbst nicht durchhalten, denn jedenfalls bei Auflösung der Unternehmensgruppe will er doch eine Entschädigung für die weggegebenen Verluste verlangen, weil dann dem Gruppenmitglied die Möglichkeit der Verrechnung mit eigenen Verlusten genommen werde. Damit widerspricht er aber den Prämissen seiner These, denn wenn – mangels steuerpflichtiger Gewinne – die Nutzung der Verlustvorträge unsicher ist, steht das (ehemalige) Gruppenmitglied auch bei Wegfall der Unternehmensgruppe ohne Vereinbarung eines Entgelts „genauso da wie vorher“, es ist „keine Minderung des Vermögens zu verzeichnen, keine negative Vermögensdifferenz“. Der Vermögensverlust hängt eben von der zukünftigen Erzielung von Gewinnen ab.

*Koppensteiner* sieht das von ihm statuierte Erfordernis der „negativen Vermögensdifferenz“ offenkundig selbst nicht statisch-gegenwartsbezogen, sondern berücksichtigt künftige Vermögensentwicklungen. Anderenfalls müsste er in allen Fällen der *zu billigen Leistungserbringung* an den Gesellschafter eine verbotene Rückgewähr verneinen, was unvertretbar wäre<sup>54</sup>) und, wie er nunmehr betont, nicht seiner Ansicht entspricht<sup>55</sup>). Allerdings erscheinen manche seiner Aussagen dann überprüfungsbedürftig: Denn bei Verzicht auf das höhere, dem Drittvergleich entsprechende Leistungsentgelt besteht jedenfalls aktuell keine „negative Vermögensdifferenz“, wird zweifelsfrei kein „pfänd- oder sonst verwertbares Vermögen“ beeinträchtigt und auch nicht – im Sinne *Bezzenbergers* – existierendes Vermögen „aus der Hand gegeben“, sondern die Gesellschaft verhindert lediglich eine Vermögensmehrung bzw nimmt einen Gewinnentgang in Kauf.

Die zweite Argumentationsstufe *Koppensteiners* basiert auf der Feststellung, im Rahmen der bestehenden Unternehmensgruppe könne das Gruppenmitglied die (an den Gruppenträger abgegebenen) Verluste gar nicht nutzen; dabei wird indessen nicht berücksichtigt, dass gerade die Entgeltlichkeit der Weggabe der Verluste im Zuge des Beitritts zur Unternehmensgruppe den Streitgegenstand bildet: *Meine* These lautet, dass die beim Beitritt abzuschließende Steuerausgleichvereinbarung für die Abgabe künftiger Verluste an den Gruppenträger ein Entgelt – den sog negativen Steuerausgleich – vorsehen müsse.

Von der (hier nicht zentralen) Frage des negativen Steuerausgleichs abgesehen, hält *Koppensteiner* offenkundig ganz allgemein Gratis-Veräußerungen an den Gesellschafter für zulässig, wenn die veräußerten Gegenstände für die Gesellschaft ohne Wert sind. Der „Verkauf eines für die Gesellschaft an sich wertlosen Gegenstandes“ könne ohne Entgelt erfolgen, denn der Geschäftsführer müsse bei Verkauf eines für die Gesellschaft nutzlosen Gegenstandes nicht den Wert verlangen, „den dieser Gegenstand für den Erwerber habe“<sup>56</sup>). Abgesehen davon, dass das Beispiel kaum realitätsnah ist<sup>57</sup>), geht es nicht um

<sup>53</sup>) *Koppensteiner*, GeS 2005, 404, 406.

<sup>54</sup>) Zutreffend *Bezzenberger*, Das Kapital der AG 220 f.

<sup>55</sup>) *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 6.

<sup>56</sup>) *Koppensteiner*, GeS 2005, 407.

<sup>57</sup>) Mit einem „für die Gesellschaft wertlosen Gegenstand“ ist offenkundig nicht ein ungenutzter, aber werthaltiger (und daher pfändbarer) Vermögensgegenstand gemeint, denn jedenfalls der (Belehn-)Wert ist für die Gesellschaft von Nutzen. Was bleibt, wären

den „Wert für den Geschäftspartner“, sondern um die Verrechnung des Verkehrswertes<sup>58)</sup> der Lieferung oder Leistung an den Gesellschafter. Dies ist regelmäßig<sup>59)</sup> die zwingende Folge des Drittvergleichs. Er verlangt die Gleichbehandlung, präziser: verbietet die Besserbehandlung des Gesellschafters, gleichgültig, ob diese mit einem Vermögenstransfer zu Lasten der Gesellschaft oder „nur“ mit einem Verzicht auf eine (künftige) Vermögensmehrung verbunden ist. Dies ist im Gesellschaftsrecht nicht anders als im Steuerrecht.

### C. Erkenntnisgewinn für das Gesellschaftsrecht

Aus der Gleichheit der Gesetzeszwecke und -ziele, insbesondere der Ermittlung des richtigen Gewinns, folgt in dogmatischer Hinsicht auch die *wechselseitige Relevanz gesellschaftsrechtlicher und steuerrechtlicher Argumente*. Das Steuerrecht hat sich bei Fragen der Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers im Zusammenhang mit der Identifikation von verdeckten Gewinnausschüttungen denn auch stets am Gesellschaftsrecht orientiert<sup>60)</sup>. Abgesehen von der Ähnlichkeit der Wertungen verspricht aber umgekehrt dem Gesellschaftsrechtler der Blick in das Steuerrecht erheblichen Erkenntnisgewinn<sup>61)</sup>, weil das Steuerrecht sich mit den konkreten Fragen der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung im Rahmen verdeckter Gewinnausschüttungen stets sehr intensiv befasst hat und folglich über reichliches Anschauungsmaterial<sup>62)</sup> verfügt. Denn der Interessenkonflikt zwischen Unternehmen und dem Finanzamt ist intensiv und dauerhaft, er wird periodisch in Betriebsprüfungen ausgetragen. Deutsche Großunterneh-

Gegenstände ohne Verkehrswert (etwa das Gemälde eines erfolglosen Künstlers), die für den Gesellschafter aufgrund persönlicher Beziehungen mit einem Liebhaberwert (Wert der besonderen Vorliebe) verbunden sind. Doch gerade auch hier kommt der Drittvergleich zum „richtigen Ergebnis“, weil ein Dritter keinen Preis bezahlen würde. Der Liebhaberfall, in dem *Koppensteiners* Prämisse – aber auch der Drittvergleich! – die Entgeltlosigkeit rechtfertigt, ist indessen mit steuerlich verwertbaren Verlusten nicht vergleichbar; diesen kommt, wie Unternehmensbewertungen, die Aktivierung von Verlustvorträgen als tax asset nach IFRS und Verlustmantelverwertungen deutlich zeigen, ein realer Wert zu, den der sorgfältige Geschäftsführer auch beim Abschluss der Steuerausgleichvereinbarung nicht an den Gruppenträger und die Gewinn-Gruppenmitglieder „verschenken“ darf: vgl *Hügel*, GesRZ 2005, 155, 159 f mwN. Zur Verwertbarkeit des Verkehrswertes von Verlusten außerhalb von Unternehmensgruppen vgl *Hügel* in FS *Koppensteiner* II 39 FN 99.

<sup>58)</sup> Zutreffend *Bezenberger*, Das Kapital der AG 219 ff.

<sup>59)</sup> Nur wenn die Gesellschaft auch von Dritten nicht den Verkehrswert verlangt, etwa bei einem Schlussverkauf, muss sie auch vom Gesellschafter nicht den Verkehrswert verlangen.

<sup>60)</sup> Vgl etwa die gesellschaftsrechtlichen Überlegungen, die zu einer Wende in der Judikatur des BFH im Zusammenhang mit der Ableitung einer verdeckten Gewinnausschüttung aus dem Wettbewerbsverbot des Alleingesellschafter-Geschäftsführers geführt hat: Dazu *Hügel* in FS *Koppensteiner* II 12 f, allgemein 32 ff. Weiters *Döllerer*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften<sup>2</sup> (1990) 60 ff.

<sup>61)</sup> *Hügel* in FS *Koppensteiner* II 17 ff; *Bezenberger*, Das Kapital der AG 213.

<sup>62)</sup> Vgl das „ABC der verdeckten Gewinnausschüttung“ in den Rz 671-919 KStR sowie die Ausführungen zum Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung bei *Achatz/Kirchmayr*, KStG § 8 Rz 141-345 (§ 495-545). Gleichsinniger Befund bei *Bezenberger*, Das Kapital der AG 213 ff.

men unterliegen zB einer permanenten Außenprüfung, dem Finanzamt sind im Unternehmen eigene Räume fix zugeteilt. Diese Kontroll- und Konfliktichte findet ihren Niederschlag in zahlreichen Verwaltungsanweisungen und steuerrechtlichen Urteilen.

Im Kontext des Drittvergleichs kommt eine internationale Ursache der hohen Problem- und Lösungsdichte im Steuerrecht hinzu: Der Drittvergleich entscheidet nicht nur über die Abgrenzung der Steuersphären von Körperschaft und Gesellschafter, sondern auch über die *Abgrenzung der Besteuerungshoheit der Staaten bei grenzüberschreitenden Vorgängen*<sup>63)</sup>. Ist die Benachteiligung der Gesellschaft zugunsten des Gesellschafters schon im nationalen Bereich steuerrechtlich sanktioniert, so gilt dies erst recht für den verdeckten Werttransfer von einem Staat, typischerweise einem Hochsteuerland, in einen anderen Staat, der nicht unbedingt eine Steueroase sein muss, aber doch eine niedrigere Abgabenquote als die fast konkurrenzlos hohe Abgabenquote Österreichs zu bieten hat. Die volkswirtschaftliche Bedeutung solcher Gewinntransfers wurde selbst den Tageszeitungslesern zuletzt durch die Berichte über die Verlagerung von IP-Rechten der großen IT-Anbieter nach Irland und den Cayman Islands und die Reaktion der OECD in Gestalt des „Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting“ bewusst gemacht<sup>64)</sup>. Im österreichischen Steuerrecht ist zwar primär eine andere Rechtsgrundlage, nämlich § 6 Z 6 EStG, relevant, der grenzüberschreitende Werttransfer kann im Einzelfall jedoch auch eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen<sup>65)</sup>. In allen Fällen kommt es jedoch vorrangig auf den Drittvergleich an, der angemessene Verrechnungspreise zwischen verbundenen Unternehmen fordert. Die gesetzlichen Grundlagen (§ 6 Z 6 EStG, § 8 Abs 2 KStG) werden im Erlassweg durch die Verrechnungspreisrichtlinien 2010<sup>66)</sup> („VPR 2010“) konkretisiert, die ihrerseits auf zwischenstaatlichen Regelungen beruhen: Nach Art 9 OECD-Musterabkommens sind die Gewinne von verbundenen Unternehmen, die in verschiedenen Vertragsstaaten des konkreten Doppelbesteuerungsabkommens ansässig sind, zu korrigieren, wenn die Bedingungen von jenen abweichen, die unabhängige Unternehmen miteinander vereinbaren würden. Vorbild der VPR 2010 sind die OECD-Verrechnungspreisgrundsätze<sup>67)</sup>.

<sup>63)</sup> Vgl auch die Hinweise bei *Hügel* in FS Koppensteiner II 22 f.

<sup>64)</sup> Illustrativ *Richter/Hontheim*, Double Irish with a Dutch Sandwich: Pikante Steuergestaltung der US-Konzerne, DB 2013, 1260; *Pinkernell*, Das Steueroasen-Dilemma der amerikanischen IT-Konzerne, IStR 2013, 180; *Langkau/Rubart*, Base Erosion und Profit Shifting – Eine empirische Untersuchung der Gewinnverlagerung deutscher multinationaler Konzerne, IStR 2013, 660.

<sup>65)</sup> Vgl etwa *Macho/Steiner/Ruess*, Verrechnungspreise kompakt – Transfer Pricing in der Gestaltungs- und Prüfungspraxis (2007) 35 ff, 44 f.

<sup>66)</sup> AÖF 2010/221 idF 2011/22; dazu vgl *Damböck/Galla/Nowotny* (Hrsg), Verrechnungspreisrichtlinien Praxiskommentar (2012) sowie die zu den nachstehend behandelten Fragen zitierte Literatur.

<sup>67)</sup> Die Beachtlichkeit der steuerrechtlichen Verrechnungspreisgrundsätze wurde schon gelegentlich im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum erkannt: so *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 122; *Wiedemann/Fleischer* in *Lutter/Scheffler/Schneider*, Handbuch Konzernfinanzierung (1998) Rz 29 Pkt 16 ff; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 27; *Hügel*, GesRZ 2005, 155, 166 f.

Zusätzlich zeigt das Steuerrecht noch ein bedenkenswertes Kontrastprogramm zu einer fragwürdigen Entwicklung im Gesellschaftsrecht: Verstärkt betont der OGH nämlich insbesondere in Entscheidungen zur verdeckten Einlagenrückgewähr, dass Bewertungsgutachten dem Tatsachenbereich zuzuordnen und daher nur beschränkt revisionsfähig seien<sup>68</sup>). Immerhin behält sich der OGH die Überprüfung der Adäquanz der angewendeten Bewertungsmethoden vor<sup>69</sup>). Doch *Bernhard Großfeld*<sup>70</sup>) hat überzeugend nachgewiesen, dass Bewertungsfragen stets (auch) Rechtsfragen sind: „Das Steuerrecht hatte nie Bedenken, Bewertungen als Rechtsfragen zu behandeln; sie sind es auch im Zivilrecht.“ Daran erinnern auch einzelne Bewertungsregelungen des ABGB<sup>71</sup>), aber auch viele Entscheidungen des OGH zur *laesio enormis*<sup>72</sup>) sowie zur Nachlassbewertung<sup>73</sup>). Wer schließlich einen Blick in die rege Judikatur der deutschen Gerichte im Spruchverfahren zur Überprüfung konzernrechtlicher Abfindungsansprüche, Squeeze-out-Abfindungen und verschmelzungsrechtlicher Umtauschverhältnisse wirft, wird mit einer juristisch-betriebswirtschaftlichen Akririe konfrontiert, die dem österreichischen Richter völlig fremd ist. Deutsche Richter überprüfen<sup>74</sup>) Kapitalisierungszinssätze<sup>75</sup>), Beta-Faktoren<sup>76</sup>), Risiko zu-

<sup>68</sup>) OGH 153/12m GesRZ 2013, 99 (*Krejci*) mit Nachweisen zur Vorjudikatur.

<sup>69</sup>) Siehe die Grundsatzentscheidung des OGH zur Unternehmensbewertung 5 Ob 649/80 SZ 53/172 = GesRZ 1981, 44 = JBl 1981, 545; ebenso OGH 16. 11. 2012, 6 Ob 153/12m; dazu *Krejci*, Anm zu OGH 6 Ob 153/12m, GesRZ 2013, 100.

<sup>70</sup>) Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> (1994) 5 ff. Aus neuerer Zeit grundlegend *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2008), insbesondere auch im gesellschaftsrechtlichen Kontext des verschmelzungsrechtlichen Umtauschverhältnisses 351 ff.

<sup>71</sup>) ZB objektiver und subjektiver Wert gemäß § 305 ABGB; Bewertung von Vorschenkungen nach § 794 ABGB.

<sup>72</sup>) Im Einzelnen siehe *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht 3 ff.

<sup>73</sup>) Siehe nur zB OGH 6 Ob 12/76 SZ 49/118 zur Bewertung landwirtschaftlicher Betriebe; OGH 8 Ob 518/83 SZ 57/90 zur Liegenschaftsbewertung; OGH 11. 11. 1992, 2 Ob 556/92 zur Bewertung eines Mietrechts nach der Ertragswertmethode; OGH 20. 10. 1994, 6 Ob 586/94 zum Liegenschaftsbewertungsgesetz.

<sup>74</sup>) In diesem Zusammenhang danke ich Herrn Univ. Ass. Mag. *Thomas Mollnhuber* für Hinweise zur Spruchstellenjudikatur.

<sup>75</sup>) Vgl zB OLG Düsseldorf I-26 W 2/10 (AktE), BeckRS 2012, 10495; OLG Frankfurt 5 U 29/10, DB 2010, 2788 = AG 2011, 173 = ZIP 2011, 75 = WM 2011, 116 = NZG 2011, 62 = BB 2011, 2 = GWR 2011, 11 = NJW-Spezial 2011, 48 = BB 2011, 130 = EWiR 2011, 33 = Der Aufsichtsrat 2011, 27; OLG Frankfurt 5 W 52/09, AG 2010, 798 = Der Konzern 2011, 179. Zum Basiszinssatz: zB OLG München 31 Wx 85/06, BB 2008, 1056 = OLGR München 2008, 446; OLG Düsseldorf 19 W 1/93, DB 1994, 1770 = AG 1995, 85 = WM 1995, 756 = EWiR 1994, 1053; LG München I 5HK O 19183/09, AG 2014, 168.

<sup>76</sup>) OLG Karlsruhe 12 W 66/06, AG 2013, 353; OLG Stuttgart 20 W 7/09, NZG 2012, 587; OLG Frankfurt 5 W 51/09, BeckRS 2011, 16035; OLG Frankfurt 5 U 29/10, DB 2010, 2788 = AG 2011, 173 = ZIP 2011, 75 = WM 2011, 116 = NZG 2011, 62 = BB 2011, 2 = GWR 2011, 11 = NJW-Spezial 2011, 48 = BB 2011, 130 = EWiR 2011, 33 = Der Aufsichtsrat 2011, 27; OLG Stuttgart 20 W 2/08, AG 2010, 513 = ZIP 2010, 274 = WM 2010, 654 = EWiR 2010, 133 = Der Konzern 2010, 119 = NZG 2010, 388 = ZBB 2010, 179 = BeckRS 2010, 00900; OLG Karlsruhe 12 W 77/08, AG 2013, 880.

schläge<sup>77)</sup>, die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung von Synergieeffekten<sup>78)</sup> – unbestreitbar ausschließlich, zumindest aber vorrangig eine Rechtsfrage – und vieles mehr.<sup>79)</sup> Demgegenüber hat sich das in den §§ 225c ff AktG vorgesehene Sozialpartner-Gremium unter der Leitung jeweils eines pensionierten OGH-Hofrats, das – ähnlich wie die deutschen Spruchsenate – Squeeze-out-Abfindungen und verschmelzungsrechtliche Umtauschverhältnisse überprüfen soll, bis jetzt durch das regelmäßige Erzielen von Vergleichen um jegliche Entscheidungen in der Sache gedrückt, was vermutlich auch durch die – typisch österreichisch – knausrige Entlohnung solcher Entscheidungen mit rund 800 Euro pro Mitglied des Gremiums<sup>80)</sup> „gefördert“ wird.

## V. Drittvergleich

### A. Preisvergleichsmethode

Der Drittvergleich ist im Steuerrecht primär nach der Preisvergleichsmethode vorzunehmen<sup>81)</sup>. Vorrang kommt dem *inneren Preisvergleich* zu. Dabei wird auf ähnliche Geschäfte der Gesellschaft mit gleichen Produkten oder Dienstleistungen, die mit Dritten abgeschlossen werden, abgestellt. Wo dies nicht möglich ist, greift der *äußere Preisvergleich* ein. Erst auf dieser Stufe sind objektive Marktpreise relevant: Kann das Unternehmen, etwa wegen Marktdominanz und großer Bekanntheit, bei seinen Kunden höhere Preise herausholen als schwächere, aber die gleiche Qualität anbietende Konkurrenten, ist die günstigere Belieferung des Gesellschafters – weil gegen den inneren Preisvergleich verstoßend – unzuläs-

<sup>77)</sup> OLG Frankfurt 21 W 13/11, Der Konzern 2011, 427 = AG 2011, 832 [ausf zu Tax-CAPM]; zur Bemessung der Marktrisikoprämie ausfzB LG Stuttgart 31 O 55/08 KfH, NZG 2013, 342; OLG Stuttgart 20 W 7/11, NZG 2011, 1346 = BeckRS 2011, 24586.

<sup>78)</sup> OLG Frankfurt 21 W 13/11, Der Konzern 2011, 427 = AG 2011, 832; OLG Frankfurt 5 W 39/09, AG 2011, 717 = BB 2011, 595; OLG Stuttgart 20 W 5/05, AG 2006, 420 = DStR 2006, 626 = Der Konzern 2006, 447 = ZIP 2006, 764 = WPg 2006, 798.

<sup>79)</sup> ZB Bewertungsmethodik: OLG Stuttgart 20 W 9/06, BeckRS 2008, 04445 = AG 2008, 783 = ZIP 2008, 883 = BB 2008, 453; Wachstumsabschlag: OLG Frankfurt 21 W 11/11, Der Konzern 2012, 199 = AG 2012, 417; Abgrenzung betriebsnotwendigen Vermögens: OLG Frankfurt 21 W 8/11, AG 2012, 330; (eingeschränkte) Überprüfung der Ertragsprognose: OLG Frankfurt 5 W 51/09, BeckRS 2011, 16035; LG München I 5HK O 19183/09, AG 2014, 168.

<sup>80)</sup> Das Gremium besteht gemäß § 225m Abs 6 AktG im Regelfall aus drei Mitgliedern, die gemäß § 225m Abs 6 AktG für die Erstattung eines Gutachtens insgesamt € 2.500,- erhalten. Bei Beteiligung einer börsennotierten Gesellschaft besteht das Gremium aus fünf Mitgliedern, die für die Erstattung eines Gutachtens insgesamt € 4.000,- erhalten.

<sup>81)</sup> VPR 2010 Rz 20 ff; *Macho/Steiner/Ruess*, Verrechnungspreise kompakt 113 ff, 116 ff. Zu Fragen der Vergleichbarkeit konzerninterner Rechtsgeschäfte (mit dem Gesellschafter oder verbundenen Unternehmen) mit dem Fremdgeschäft, insb im Hinblick auf Funktionen des Produkts und der Wertschöpfungsstufe des Abnehmers vgl *Macho/Steiner*, Case Studies – Verrechnungspreise kompakt (2011) 43 ff; allgemein zur Preisvergleichsmethode siehe *Vögele/Borstell/Engler*, Verrechnungspreise – Betriebswirtschaft – Steuerrecht<sup>3</sup> (2011) 585 ff.

sig<sup>82</sup>); die Rechtfertigung durch den objektiven Marktpreis – Stichwort: äußerer Preisvergleich – wäre nur subsidiär. Den Vorrang des inneren Preisvergleichs gegenüber dem äußeren Preisvergleich hat der OGH im Übrigen erst jüngst bejaht, wenn auch ohne Begründung<sup>83</sup>).

## B. Nettomargen-Methode

Versagt der Drittvergleich anhand der Preisvergleichsmethode, weil weder innere noch marktbezogene Fremdpreise feststellbar sind, kommt die Nettomargen-Methode in Betracht<sup>84</sup>). Sie geht von der pragmatischen Prämisse aus, dass das Unternehmen mit seinem Gesellschafter – oder einem anderen verbundenen Unternehmen – bei dem konkreten (offenkundig marktunüblichen) Geschäft zumindest die gleiche Gewinnmarge erzielen sollte wie bei marktgängigen Lieferungen und Leistungen.

## C. Kostenaufschlagsmethode (Cost plus-Methode)

Alternativ und/oder subsidiär – das wird zumindest aus den österreichischen Verrechnungspreisrichtlinien nicht ganz deutlich – kommen noch die Kostenaufschlagsmethode, auch kurz: Cost plus-Methode in Betracht<sup>85</sup>), weiters die Wiederverkaufspreismethode<sup>86</sup>).

Einige Worte zur Cost plus-Methode: Obwohl unnötigen Anglizismen abgeneigt, ziehe ich diese knallige Kurzbezeichnung zumindest in der Vortragshektik der vielsilbigen Kostenaufschlagsmethode vor. Ihr Hauptanwendungsbereich sind die Erbringung von Dienstleistungen und die Lieferung von Halbfabrikaten an verbundene Unternehmen, also konzerninterne Lieferungen und Leistungen. Kraft des Vorrangs der Preisvergleichsmethode kommt die Cost plus-Methode nur zur Anwendung, wenn die Gesellschaft keine vergleichbaren Geschäfte mit Dritten abschließt und auch Marktpreise fehlen<sup>87</sup>). Angemessen ist der Preis nur dann, wenn die Gesellschaft die betriebswirtschaftlich kalkulierten Kosten zuzüglich des im Unternehmen üblichen Gewinnaufschlags an den Gesellschafter oder das verbundene Unternehmen verrechnet<sup>88</sup>).

<sup>82</sup>) Zustimmend *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 7.

<sup>83</sup>) OGH 6 Ob 153/12m GesRZ 2013, 99 (*Krejci*): Die Gerichte hatten die Angemessenheit der von einer AG an ihre Schwestergesellschaft verrechneten Preise aufgrund einer Überprüfung der Kalkulation der Geschäfte der AG mit Fremdkunden bejaht. Danach kam es nach Ansicht des OGH nicht darauf an, „zu welchen Konditionen andere Anbieter an die Schwestergesellschaft geliefert hätten“.

<sup>84</sup>) VPR 2010 Rz 34 ff; *Damböck/Galla/Nowotny*, Verrechnungspreisrichtlinien 63 ff; *Macho/Steiner/Ruess*, Verrechnungspreise kompakt 163 ff; *Vögele/Borstell/Engler*, Verrechnungspreise – Betriebswirtschaft – Steuerrecht<sup>3</sup> 326 ff.

<sup>85</sup>) VPR 2010 Rz 26 ff; *Macho/Steiner/Ruess*, Verrechnungspreise kompakt 144 ff; *Vögele/Borstell/Engler*, Verrechnungspreise – Betriebswirtschaft – Steuerrecht<sup>3</sup> 287 ff.

<sup>86</sup>) VPR 2010 Rz 24; *Macho/Steiner/Ruess*, Verrechnungspreise kompakt 128 ff.

<sup>87</sup>) VPR 2010 Rz 27.

<sup>88</sup>) Bei Anwendung der Kostenaufschlagsmethode ist die Höhe des Gewinnaufschlags nach der Preisvergleichsmethode, vorrangig wiederum nach dem inneren Preisver-

## VI. Rechtsgeschäfte, die nur zwischen Konzernunternehmen abgeschlossen werden

Der Gesellschaftsrechtler wird an dieser Stelle aufhorchen: Gibt es angemessene Preise bei Liefer- oder Leistungsbeziehungen mit einem Gesellschafter, wenn vergleichbare Beziehungen mit Dritten nicht stattfinden, sodass der Drittvergleich, insbesondere in Gestalt der Preisvergleichsmethode, nicht möglich ist? Der Drittvergleich ist doch nicht nur ein Test, zu welchen Bedingungen mit dem Gesellschafter kontrahiert wird, sondern vielmehr – logisch vorgelagert – vor allem auch der Test, ob ein derartiges Geschäft mit einem Nichtgesellschafter überhaupt abgeschlossen worden wäre.

Diese Frage war wohl vorrangig in der Fehringer-Entscheidung<sup>89)</sup> zu lösen, dort haben sie die Gerichte aber nicht untersucht. Aus dem deshalb unklaren Sachverhalt konnte nur mit Schätzungen und Annahmen abgeleitet werden, dass die Ziel-GmbH eine Hypothek im Wert von etwa 60% ihres gesamten Unternehmenswerts an die den MBO finanzierende Bank verpfändet hatte. In *meiner* Urteilsanmerkung habe ich eingewendet, dass kein sorgfältiger Geschäftsführer 60% des Gesellschaftsvermögens zur Besicherung einer materiell fremden Verbindlichkeit eines Dritten einsetzen würde. Der Fremdvergleichs-Test hätte daher nur negativ ausfallen können. Im Anschluss an einen Aufsatz von *Johannes Flume*<sup>90)</sup> hat der OGH<sup>91)</sup> nunmehr ausgesprochen, dass im Rahmen der Fremdvergleichsprüfung insbesondere auch die Frage zu untersuchen ist, ob ein derartiges Geschäft mit einem Nichtgesellschafter abgeschlossen worden wäre. Dies schließt jedoch die Zulässigkeit von solchen Geschäften mit Gesellschaftern oder im Konzern, die schon ihrer Natur nach mit Dritten nicht abgeschlossen werden, nicht aus<sup>92)</sup>. Gerade in diesem Zusammenhang verdeutlicht die steuerrechtliche Praxis, insbesondere auch in Gestalt der Verrechnungspreisrichtlinien, die Notwendigkeit der Differenzierung:

- Zutreffend ist der genannte Rechtssatz nur insoweit, als ein Geschäft gerade wegen Unangemessenheit der Bedingungen oder ungewöhnlich hoher Risiken für die GmbH mit einem Dritten nicht abgeschlossen worden wäre.

---

gleich, allenfalls nach marktüblichen Aufschlägen vorzunehmen: Vgl VPR 2010 Rz 29 ff; *Eckerstorfer/Nowotny* in *Damböck/Galla/Nowotny*, Verrechnungspreisrichtlinien 60 f; *Vögele/Borstell/Engler*, Verrechnungspreise – Betriebswirtschaft – Steuerrecht<sup>3</sup> Rz 227 ff. Zu Ausnahmen bei bloßen Nebenleistungen zwecks Aufrechterhaltung einer dauernden Geschäftsverbindung: *Macho/Steiner*, Case Studies – Verrechnungspreise kompakt 55 ff, sowie zur Ermittlung von marktüblichen Gewinnaufschlägen unter Verwendung von Datenbanken 141 ff.

<sup>89)</sup> OGH 4 Ob 2078/96h JBl 1997, 108 (*Hügel*).

<sup>90)</sup> Marktkonformität? Überlegungen zur Durchführung des kapitalerhaltungsrechtlichen Fremdvergleichs, GES 2012, 71.

<sup>91)</sup> OGH 6 Ob 110/12p GesRZ 2013, 38 (*U. Torggler*).

<sup>92)</sup> Das gesellschaftsrechtliche Schrifttum verweist hier auf betriebswirtschaftliche Methoden zur Ermittlung der Gegenleistung sowie die steuerrechtlichen Verrechnungspreisgrundsätze. Nachweise bei *Hügel*, GesRZ 2005, 160 f.

- Davon zu unterscheiden sind Geschäfte, die zwischen Konzern-Gesellschaften<sup>93)</sup> als Folge der konzerninternen Aufgabenteilung abgeschlossen werden. Mit Dritten hingegen werden sie nicht abgeschlossen, allerdings nicht deswegen, weil sie nachteilig sind, sondern weil der genannte Hintergrund – die Aufgabenteilung im Konzern – naturgemäß im Verhältnis zu Dritten fehlt. Welcher Art sind nun diese nur zwischen Konzerngesellschaften anzutreffenden Geschäfte? In Konzernen werden bestimmte Funktionen häufig zentralisiert von *Service-Gesellschaften* erfüllt<sup>94)</sup>. Neben Leistungen, die auch von Dritten bezogen werden könnten, wie etwa Rechtsberatung, Buchhaltung, Personalwesen, Marketing, Wartung im technischen und IT-Bereich sind etwa *Controlling* und *gruppeninternes Reporting* zu nennen. Dabei handelt es sich um typischer Weise unternehmensintern erbrachte Leistungen, die fast nie von außen zugekauft und aus Gründen der Einheitlichkeit in einer Konzerngesellschaft konzentriert werden. Außerhalb des Service-Bereichs ist die *Lieferung halbfertiger Produkte* an Konzerngesellschaften, die mit der Veredelung und/oder der Montage befasst sind, zu nennen. Auch die *Forschungs- und Entwicklungstätigkeit* wird häufig in eine zentralisierte Konzerngesellschaft ausgelagert<sup>95)</sup>; der hochsensible Bereich der Produktentwicklung wird niemals an Dritte outgesourced.

In all diesen Fällen versagen Drittvergleich und Preisvergleichsmethode. Daraus darf nicht auf die Unzulässigkeit solcher Geschäfte geschlossen werden. Anstatt der Preisvergleichsmethode, dem Drittvergleich, greift hier etwa die Cost plus-Methode ein, danach muss der Preis sowohl die Kosten als auch einen angemessenen Gewinn decken<sup>96)</sup>. Auf Seite der „einkaufenden“ Gesellschaft muss allerdings ein angemessener Nutzen vorliegen<sup>97)</sup>, andernfalls fände nur eine Verlustverlagerung im Konzern statt. Dann läge nicht auf Seite der verkaufenden, sondern auf Seite der einkaufenden Gesellschaft eine verbotene Einlagenrückgewähr vor. Anhand der konzerninternen Geschäftsbeziehungen lehrt uns das

<sup>93)</sup> Im Konzern ist der Werttransfer *causa societatis* nicht bloß von der Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft, sondern auch zu Gesellschaften auf höheren Konzernebenen (Großmuttergesellschaft etc), weiters aber auch zu Schwestergesellschaften gemäß § 52 AktG, § 82 Abs 2 GmbHG unzulässig, weil auch dem Gesellschafter nahestehende Personen, insbesondere verbundene Unternehmen, in den Schutzbereich der Vermögensbindung einzubeziehen sind: Vgl nur *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 50 ff; Koppensteiner/Rffler, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 18* unter Hinweis auf OGH 6 Ob 288/99t wbl 2000, 330 und OGH 3 Ob 387/02f wbl 2004, 192, auch unter Erörterung der Frage, ob eine Veranlassung durch den Gesellschafter erforderlich ist.

<sup>94)</sup> *Dambck/Galla/Nowotny, Verrechnungspreisrichtlinien* 106 ff; vgl auch die Fallstudie „Weiterbelastung von Dienstleistungen im Konzern“ bei *Macho/Steiner, Case Studies – Verrechnungspreise kompakt* 26 ff.

<sup>95)</sup> Vgl die Fallstudie „bergang von Eigenforschung zur Auftragsforschung“ bei *Macho/Steiner, Case Studies – Verrechnungspreise kompakt* 198 ff. Eingehend *Stradinger, Kostenverteilungsvertrge bei Forschung und Entwicklung* (2013).

<sup>96)</sup> VPR 2010 Rz 29 ff. Monographisch *Stradinger, Kostenverteilungsvertrge bei Forschung und Entwicklung*.

<sup>97)</sup> Im Kontext der Kostenverteilungsvertrge vgl *Lehner in Dambck/Galla/Nowotny, Verrechnungspreisrichtlinien* 191 f.

Steuerrecht, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr häufig von beiden Parteien zu beachten ist und dann zu einer Preisgrenze nach unten und nach oben, also zu einem Preisband, führt. Das steuerrechtliche Schrifttum spricht im Anschluss an ein Urteil des BFH plastisch vom „doppelten Maßstab des ordentlichen Geschäftsführers“<sup>98)</sup>.

## VII. Objektive Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers als ranghöchster Standard

Für die gesellschaftsrechtliche Dogmatik der verbotenen Einlagenrückgewähr ist daraus zu gewinnen: Der Drittvergleich ist nicht der Weisheit letzter Schluss. Versagt er, folgt daraus nicht notwendig die Unzulässigkeit des Rechtsgeschäfts mit dem Gesellschafter; vielmehr greifen häufig andere Bewertungsmethoden zur Bestimmung der Angemessenheit des Leistungsaustauschs ein. Diese verschiedenen Bewertungsmethoden sind in Anwendung der *Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers* einzusetzen. Darin liegt mE kein Widerspruch zum Drittvergleich. Vielmehr ist die Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers der *allgemeine, ranghöchste Standard*<sup>99)</sup>. Dieser Maßstab wird, wo dies möglich ist, durch den Drittvergleich konkretisiert und objektiviert. Denn der sorgfältige Geschäftsführer wird dem Gesellschafter keine Leistung billiger überlassen als einem Dritten. Versagt der Drittvergleich, entspricht es der Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers, andere Bewertungsmethoden, etwa die vorgenannten, anzuwenden.

Die Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers ist ein *objektiver Maßstab*. Er ist unabhängig von den subjektiven Fähigkeiten und Kenntnissen des konkreten Geschäftsführers. Irrelevant ist die subjektive Vorwerfbarkeit. Auch kommt es nicht darauf an, ob der Geschäftsführer den Gesellschafter begünstigen wollte<sup>100)</sup>. Die Unvereinbarkeit eines Rechtsgeschäfts mit der objektiven Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers, insbesondere im Falle der Unangemessenheit der Bedingungen, begründet aber – wie bereits (oben

---

<sup>98)</sup> *Baumhof/Bodenmüller*, Verrechnungspreispolitik bei der Verlagerung betrieblicher Funktionen ins Ausland, in *Grotherr* (Hrsg), Handbuch der internationalen Steuerplanung<sup>2</sup> (2003) 350, 370; *Wassermeyer/Andresen/Ditz*, Betriebsstätten Handbuch (2006) Rz 4.54; *Hügel* in FS Koppensteiner II 29.

<sup>99)</sup> Die gesellschaftsrechtliche Kommentarliteratur nennt, ohne eine bestimmten Systematik oder Rangfolge erkennen zu lassen, verschiedene Kriterien, so etwa das objektive Missverhältnis zwischen dem Wert der Leistung und der Gegenleistung, die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters und den Drittvergleich. Die steuerrechtliche Judikatur stellt auf ähnliche Gesichtspunkte, wenn auch mit unterschiedlicher Gewichtung ab. Kurzer Überblick bei *Hügel* in FS Koppensteiner II 38.

<sup>100)</sup> Zur Ablehnung subjektiver Tatbestandsmerkmale der verdeckten Gewinnausschüttung im deutschen Steuerrecht vgl *Döllerer*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften<sup>2</sup> 58 ff; tendenziell anders die Judikatur des VwGH und ihr folgend Verwaltungspraxis und Lehre in Österreich: Vgl Rz 607 KStR sowie *Kirchmayr* in *Achatz/Kirchmayr*, KStG § 8 Rz 308 ff.

I/A) dargelegt – nur eine *Vermutung*, dass der Werttransfer auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht und deshalb eine verdeckte Gewinnausschüttung begründet<sup>101</sup>).

Im Steuerrecht wird zu Recht der Vorrang des Drittvergleichs vor der Cost plus-Methode betont: Einerseits hat der Markttest gegenüber internen Kalkulationen den Vorzug der höheren Objektivität. Andererseits wird das Geschäft mit dem Gesellschafter so bewertet, wie das Geschäft mit einem Dritten. Dies entspricht dem bereits erwähnten Ziel, die Gewinnverzerrung durch Eliminierung sachfremder Einflüsse zu beseitigen.

Gegenüber der Cost plus-Methode besteht schließlich der Vorzug, dass sich – verglichen mit Marktkonkurrenten – weder überhöhte noch zu niedrige Produktionskosten auswirken. Das Geschäft wird eben so betrachtet, als wäre es mit einem Dritten geschlossen, bei dem einerseits die Überwälzung zu hoher Produktionskosten durch die Konkurrenz am Markt verhindert wird, andererseits aber auch „Übergewinne“ aufgrund niedriger Gestehungskosten durch markt-konforme Preise realisiert werden können.

Die Cost plus-Methode ist daher nur ein Notbehelf. Dennoch entspricht – bei Versagen der Preisvergleichsmethode – ihre Anwendung der Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsführers, weil sie Verlustgeschäfte zugunsten des Gesellschafters verhindert. Zweifelhaft ist, ob der Verzicht auf eine Gewinnspanne unzulässig ist, wenn der Verrechnungspreis doch wenigstens die Kosten deckt<sup>102</sup>). Das Steuerrecht verlangt grundsätzlich den Gewinnaufschlag (oben V/C), anerkennt aber Ausnahmen, etwa im Falle sog *Kostenverteilungs- oder Poolumlageverträge*<sup>103</sup>). Dabei werden Aktivitäten und die dafür auflaufenden Kosten von mehreren Gesellschaften, die diese Aktivitäten sonst zu entfalten hätten, in einer einzigen Gesellschaft konzentriert. Die bloße Poolung der Kosten dieser Aktivitäten in einer eigenen Konzerngesellschaft, die die Kosten im Wege einer Umlage ohne Gewinnaufschlag weiterverrechnet, wird von den Verrechnungspreisrichtlinien anerkannt<sup>104</sup>).

### VIII. Entgeltlose Leistungserbringung kraft „betrieblichen Interesses“?

Nach diesen stark betriebswirtschaftlich beeinflussten und für viele Juristen daher ungewöhnlich klingenden Überlegungen wende ich mich einem verwandten Thema zu, das die Dogmatik der Einlagenrückgewähr, seit der OGH-Entscheidung 6 Ob 271/05d<sup>105</sup>) – in ausdrücklicher Abkehr von den strengen Grundsätzen der Fehring-Entscheidung – ganz dominant beherrscht: Der Rechtfertigung

<sup>101</sup>) Dazu etwa *Döllner*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften<sup>2</sup> 58 ff.

<sup>102</sup>) Offengelassen im Kontext eines Austauschvertrags mit einer GmbH in BGH 1. 12. 1986, II ZR 306/85, BB 1987, 433.

<sup>103</sup>) VPR 2010 Rz 112 ff. *Stradinger*, Kostenverteilungsverträge bei Forschung und Entwicklung.

<sup>104</sup>) VPR 2010 Rz 113.

<sup>105</sup>) OGH 6 Ob 271/05d JBl 2006, 388 (*Artmann*) = ÖBA 2006, 293 (*Karollus*).

einer sonst verbotenen Einlagenrückgewähr durch ein besonderes „betriebliches Interesse“. Hauptanwendungsfall sind sog „aufsteigende Haftungsübernahmen“ (upstream guarantees), weiters aufsteigende Kreditgewährungen.

In Fehring<sup>106)</sup> hatte der OGH eher strenge Anforderungen an eine Haftungsübernahme zugunsten eines künftigen Gesellschafters, des Anteilskäufers, gestellt: Zunächst hätten die Organe der Zielgesellschaft gewissenhaft zu prüfen, ob die Zielgesellschaft die für die Rückzahlung der Kredite notwendigen Mittel erwirtschaften werde. Zusätzlich sei die Bestellung einer Hypothek für die Schuld eines Dritten eine so schwerwiegende Maßnahme, dass in der Regel nur durch ein ganz ungewöhnliches Entgelt zu einem Akt ordnungsgemäße Geschäftsführung werden konnte.

Sieht man von der vom OGH geforderten außerordentlichen Höhe des Entgelts ab, ist die Notwendigkeit eines Entgelts für die Haftungsübernahme, einer Garantie- oder Avalprovision m E eine zwingende Folge des Drittvergleichs. Dennoch setzte die literarische Kritik bald ein. Konzidiert wurde, dass die strengen Grundsätze von Fehring in LBO/MBO-Fällen angemessen sein mögen<sup>107)</sup>. Die Haftungsübernahme im Konzern hingegen dürfe nicht einfach mit der Bankgarantie eines Kreditinstituts verglichen werden, weil Kreditinstitute aufgrund der ihnen möglichen Risikostreuung günstigere Garantieprovisionen anbieten können<sup>108)</sup>. Allerdings zog das Schrifttum daraus höchst unterschiedliche Folgerungen: Reich-Rohrwig<sup>109)</sup> verlangte als Voraussetzung der Haftungsübernahme ein besonderes betriebliches Interesse, weil die Gesellschaft – anders als Bank- oder Versicherungsunternehmen – gegenüber einem Dritten wohl niemals eine Haftung übernehmen würde. Andere Voraussetzungen seien ua die angemessene Begrenzung des Risikos und die Vereinbarung einer angemessenen Avalprovision, wodurch die OGH-Forderung in Fehring nach einem „außerordentlichen Entgelt“ implizit, wenn auch ohne Begründung, abgelehnt wurde. Karollus betrachtete indessen die betriebliche Rechtfertigung überraschenderweise nicht bloß als Zulässigkeitsvoraussetzung; vielmehr vertrat er darüber hinausgehend die Ansicht, das Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung könne zusätzlich sogar das Erfordernis einer angemessenen Avalprovision entfallen lassen. Diese sei ja nicht notwendig. Originalzitat Karollus: „Für die Nicht-Bank ist dieses Kriterium einfach unpassend.“ Allerdings müsse eine – ich zitiere wörtlich – „vernünftige Relation des erwarteten Vorteils zu dem übernommenen Risiko“ bestehen<sup>110)</sup>.

Neun Jahre nach Fehring schloss sich der OGH<sup>111)</sup> der Ansicht Karollus' unter Berufung auf weitere Literaturmeinungen und das BGH-Urteil II ZR 306/85 an – und substituierte die im entschiedenen Fall fehlende Avalprovision ganz

<sup>106)</sup> OGH 4 Ob 2078/96h JBl 1997, 108 (Hügel); eingehende Analyse bei Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 173 ff.

<sup>107)</sup> Karollus, Gedanken zur Finanzierung im Konzern und zur Reichweite des Ausschüttungsverbotes, eoclex 1999, 323.

<sup>108)</sup> Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 179 ff.

<sup>109)</sup> Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 183.

<sup>110)</sup> eoclex 1999, 325 f.

<sup>111)</sup> OGH 6 Ob 271/05d GesRZ 2006, 148 = JBl 2006, 388 (Artmann).

einfach durch die „betriebliche Rechtfertigung“. Dass *Karollus* und *Artmann*<sup>112)</sup> unter den vom OGH zum Beleg dieser Meinung zitierten Autoren die einzigen waren, die die Entgeltfreiheit von Haftungsübernahmen im Konzern unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig gehalten hatten, die anderen vom OGH zitierten Autoren aber genau das Gegenteil für zutreffend hielten, dürfte dem OGH entgangen sein<sup>113)</sup>. Auch das zitierte BGH-Urteil betraf nicht die Ersetzung eines üblichen Entgelts durch ein betriebliches Interesse.

In dem vom OGH entschiedenen Fall war es um die gemeinsame Kreditaufnahme eines Einzelunternehmens und einer GmbH gegangen; der Einzelunternehmer war auch an der GmbH beteiligt, allerdings nur mit einem 2%igen Geschäftsanteil. Der Einzelunternehmer und die GmbH hatten gemeinsam einen Kredit aufgenommen. Im Ergebnis haftete die GmbH auch für die Kreditausnutzung durch das Einzelunternehmen. Sie erhielt aber keine Garantiefreisetzung. Der Masseverwalter im Konkurs der GmbH verlangte von der Bank die Auszahlung der Abdeckung des Kreditkontos des Einzelunternehmens aus Liquidität der GmbH. Nach Ansicht des OGH ist das Fehlen eines Garantientgelts „im Rahmen des sog Fremdvergleichs nicht allein ausschlaggebend“. Die fehlende „objektive Wertäquivalenz“ könne – in Abweichung von Fehring – auch durch besondere betriebliche Gründe im Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt werden, wenn dies nach der Formel des Fremdvergleichs gedeckt ist. Im konkreten Fall erblickte der OGH die Rechtfertigung in der wirtschaftlichen Zusammenarbeit beider Unternehmen<sup>114)</sup>. Das Einzelunternehmen hatte als Sublieferant, als Lohnfertiger, für die GmbH halbfertige Produkte hergestellt. Diese Zusammenarbeit sei „jedenfalls auch zum wirtschaftlichen Vorteil der GmbH angelegt (gewesen), die als Händlerin des Endprodukts ihren nach Auftragslage schwankenden Bedarf

<sup>112)</sup> *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> § 52 Rz 13, 19.

<sup>113)</sup> *Saurer* verlangte ausdrücklich eine Avalprovision und betonte, dass diese die betriebliche Rechtfertigung als Zulässigkeitsvoraussetzung nicht ersetzen könne (in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 70). Hinzu kommt, dass *Saurer* in seiner – gegenüber der früheren vom OGH zitierten Kommentar-Stellungnahme wesentlich ausführlicheren – Besprechung der Fehring-Entscheidung (Sicherheitsleistungen zugunsten eines Gesellschafters – kritische Bemerkungen zu OGH 4 Ob 2078/96h, RdW 1998, 593), die vom OGH nicht berücksichtigt wurde, nach eingehender Würdigung von Risikobeurteilung und betrieblicher Rechtfertigung als „dritte Zulässigkeitsvoraussetzung“ die Vereinbarung eines angemessenen Entgelts nennt (aaO 597). *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 183 f verlangte neben einer Bonitätsprüfung, einer angemessenen Begrenzung des Risikos, dem Vorliegen überschüssiger liquider Mittel sowohl ein besonderes betriebliches Interesse an der Haftungsübernahme als auch die Vereinbarung einer angemessenen Avalprovision. *Nowotny* befasst sich in der vom OGH zitierten Abhandlung (Umsatzgeschäfte und verdeckte Gewinnausschüttung, RdW 1987, 286) nicht mit einer Haftungsübernahme, sondern mit der Entscheidung des BGH vom 1. 12. 1986, BB 1987, 433, der Bauleistungen einer GmbH an den Gesellschafter zu einem Pauschalpreis, der niedriger war als die Selbstkosten der Gesellschaft, zugrunde lagen. Dass besondere betriebliche Vorteile Gratisleistungen der Gesellschaft rechtfertigen können, ist weder den Ausführungen *Nowotnys* noch der BGH-Entscheidung zu entnehmen.

<sup>114)</sup> Zusätzlich verweist der OGH auf den „gewiss nicht ausschlaggebenden Umstand der geringeren Kreditspesen im Vergleich zur Begründung separater Rahmenkreditverhältnisse bei der beklagten Bank“.

an Schneidarbeiten und Nährarbeiten beim Einzelunternehmen jederzeit abrufen konnte“. Bereits hier drängt sich der Einwand auf, dass die Zusammenarbeit – zumal angesichts unterschiedlicher Eigentümer (dazu sogleich) – wohl auch „zum wirtschaftlichen Vorteile“ des Einzelunternehmens gewesen ist, sodass kaum Grund für einseitige, entgeltlose Leistungen – wie die strittige Haftungsübernahme – bestanden haben konnte. Danach scheint der OGH mit geradezu unverblümter Offenheit den sonst verpönten, für die verbotene Einlagenrückgewähr geradezu paradigmatischen Konzerneinfluss als Rechtfertigung (!) in Erwägung zu ziehen: „Insofern ähnelt der Sachverhalt der Zusammenarbeit von Unternehmen im Konzern, bei dem die Konzernspitze bestimmt (sic!), welches der beteiligten Unternehmen im Interesse des Gesamtkonzerns zum eigenen Nachteil unwirtschaftlich (sic!) handeln muss.“ Doch sieht der OGH den Konzerneinfluss letztlich doch nicht als Rechtfertigung an, weil er unmittelbar nach dem genannten Satz den Drittvergleichs-Test fortsetzt. Obwohl er zuvor die Rechtfertigung bereits in der wirtschaftlichen Zusammenarbeit erblickt hatte, kommt der OGH (letztlich?) zu einem positiven Ausgang des Drittvergleichs aufgrund einer Besonderheit des Sachverhalts: Der Drittvergleich sei „vor allem im Hinblick auf die nur 2%ige Zwergbeteiligung des Einzelunternehmers am Stammkapital der Gesellschaft zu bejahen“. Das hätte als eigenständiger Begründungsansatz überzeugt, nur fragt man sich, wozu der OGH dann das Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr geprüft und aufgrund der betrieblichen Zusammenarbeit gerechtfertigt hat. Ist – wofür in faktischer Hinsicht viel spricht – eine 2%ige Gesellschaftsbeteiligung zu gering, um eine Vorteilszuwendung *causa societatis* anzunehmen, war der Drittvergleichs-Test – jedenfalls im Kontext des § 82 Abs 1 GmbHG<sup>115)</sup> – entbehrlich.

Es kam wie es kommen musste: Die unklaren Ausführungen des OGH – ist die Avalprovision aufgrund der Vorteile aus der wirtschaftlichen Zusammenarbeit oder (nur) wegen der geringfügigen Beteiligung des Einzelunternehmers an der GmbH entbehrlich – haben im Schrifttum zu einer Art versteckten Dissens geführt. Der Entscheidung wird ziemlich einstimmig applaudiert, es werden aus ihr aber unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen: *Karollus*, *Artmann* und *Bauer/Zehetner*<sup>116)</sup> meinen, aufgrund betrieblicher Interessen könne die

<sup>115)</sup> Ursächlich für die gemeinsame Kreditaufnahme dürfte gewesen sein, dass der Einzelunternehmer auch *Geschäftsführer* der GmbH war. Dann kam aber angesichts der geringen Beteiligung keine gegen § 82 Abs 1 GmbHG verstoßende (entgeltlose) Leistung *causa societatis*, sondern nur allenfalls ein – zur Schadenersatzhaftung des Geschäftsführers gemäß § 25 Abs 2 GmbHG führender – Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes in Betracht.

<sup>116)</sup> *Karollus* in *Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung 67 ff; *Bauer/Zehetner* in *Straube*, WK GmbHG § 82 Rz 113: „Eine vorhandene betriebliche Rechtfertigung kann die Zahlung einer Avalprovision entbehrlich machen und erlaubt das Geschäft mit einem Gesellschafter, solange keine besonderen, allenfalls existenzgefährdenden Risiken eingegangen werden.“ Zustimmend *Artmann*, Anm zu OGH 6 Ob 271/05d, JBl 2006, 391 f sowie in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 19 S 674. Weitgehend Einvernehmen dürfte indessen bestehen, dass betriebliches Interesse an der Haftungsübernahme durch eine Nicht-Bank als Zulässigkeitsvoraussetzung einzustufen ist: dazu *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 52 Rz 71 und 75.

Garantieprovision entfallen; *Saurer* gelangt – obwohl er zum Beleg des Gegenteils zitiert wird – nicht zu dieser Schlussfolgerung. Gleiches gilt für *Koppensteiner/Rüffler*<sup>117)</sup>.

Den Steuerrechtler frappiert an diesen Ausführungen die völlig *fehlende quantitative Problemdurchdringung*, geradezu ein Paradebeispiel des Satzes: *iudex non calculat*. Mit (wohl unbewusster) Pointierung beschreiben *Bauer/Zehetner*<sup>118)</sup> diese Vorgangsweise sehr realitätsnah: „Bei Darstellung der betrieblichen Rechtfertigung stellte der OGH nicht auf einen ziffernmäßigen Ausgleich ab, sondern auf eine hinreichend detaillierte verbale Beschreibung der konkreten Gründe, aus denen bei angemessener unternehmerischer Sorgfalt auf einen entsprechenden Vorteil für die Gesellschaft geschlossen werden kann.“ Schon Jahre davor hatte *Karollus* derartige Formelbegründungen antizipiert und als nicht ausreichend bezeichnet. Denn es liegt auf der Hand, dass nicht jeder geringfügige betriebliche Vorteil eine hohe (wenn auch nicht Existenz gefährdende) Haftung, die eine Bank nur gegen eine angemessene Avalprovision gewährt, ersetzen kann. Deswegen hatte *Karollus* auch eine „vernünftige Relation des erwarteten Vorteils zu dem übernommenen Risiko“ gefordert. Wie diese Relation quantitativ zu untersuchen ist, hat er allerdings nicht beschrieben und die „vernünftige Relation“ wird auch vom OGH nicht erwähnt, geschweige denn überprüft. Das Gleiche gilt für das nachfolgende, dem OGH applaudierende Schrifttum.

Indessen liegt die gesetzeskonforme Lösung auf der Hand: So wie Leistung und Gegenleistung zu bewerten sind, ist auch der „betriebliche Vorteil“ einer Bewertung zu unterziehen. Im Falle des Textilunternehmens in 6 Ob 271/05d erblickte der OGH den Vorteil der GmbH darin, dass diese „als Händlerin des Endprodukts ihren nach Auftragslage schwankenden Bedarf an Schneidearbeiten und Näharbeiten beim Einzelunternehmen jederzeit abrufen konnte“. Da die Belieferung nach den Feststellungen zu Marktpreisen erfolgte, wäre nur zu überprüfen gewesen, ob vergleichbare „just in time“-Vereinbarungen auch mit anderen Lohnfertigern und zu welchen Konditionen offenstanden. Gewährte das Einzelunternehmen günstigere Bedingungen, hätte dieser zu bestimmende (!) Mehrwert – aber nur bis zu seiner Höhe – eine Avalprovision ersetzen können. UU wäre auch eine Haftungspoolbetrachtung angemessen gewesen: Bei eigener Bonität hätte der Wert der Haftungsübernahme des Einzelunternehmens – allerdings auch unter Berücksichtigung der uU divergierenden Geschäftsrisiken der beiden Unternehmen – angesetzt und dem Wert der Haftungsübernahme durch die GmbH gegenübergestellt werden können. Kurzum: Die verbale Rechtfertigung von Haftungsübernahmen – bis zu welcher Höhe? – durch nicht quantifizierte betriebliche Vorteile des Garanten verstößt gegen den Drittvergleich und ist daher eine auch gesellschaftsrechtlich unzulässige Vorgangsweise, die vor keiner steuerlichen Betriebsprüfung Gnade fände. Zu Recht wird in den VPR 2010 – ohne Einschränkung – eine angemessene Provision im Falle von Bürg-

<sup>117)</sup> Am Erfordernis einer angemessenen Avalprovision halten *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 17a (S 834 oben) fest: „Tendenziell großzügiger OGH JBl 2006, 388“; ebenso *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 75 ohne Hinweis auf die gegenteilige Aussage von OGH 6 Ob 271/05d.

<sup>118)</sup> *Straube*, WK GmbHG § 82 Rz 113.

schaftsübernahmen innerhalb des Konzerns gefordert. Die Höhe der Provision hängt insbesondere von der Eigenkapitalausstattung des Garanten ab. Fehlt ausreichende Bonität *des Garanten*, habe die Provision teilweise oder vollständig zu entfallen<sup>119</sup>); ein wichtiger Gesichtspunkt, der im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum im Übrigen völlig fehlt.

Ich will freilich nicht in Abrede stellen, dass es Fälle geben kann, in denen entgeltlose Finanzierungs- und andere Leistungen dem Drittvergleich standhalten. Man denke etwa an den regelmäßig zinslosen Lieferantenkredit über eine handelsübliche Zahlungsfrist. Zu erinnern ist auch an umfangreiche Nebenpflichten, die Lieferanten gegenüber Supermärkten übernehmen müssen, wie Bereitstellen von Verkaufshilfen, Einsortieren von Waren, Mitwirkung an Werbepublikationen etc. Doch das sind Ausnahmesituationen, die zudem empirisch überprüfbar sind.

Im Steuerrecht besteht kein Zweifel, dass – wie auch für andere konzerninterne Dienstleistungen – für Finanzierungen und Haftungsübernahmen Zinsen und Haftungsprovisionen zu bezahlen sind<sup>120</sup>). Konzerninterne Cashpool-Vereinbarungen sehen selbstverständlich die Verrechnung von Zinsen vor. Die Cashpool-Gesellschaft finanziert sich bei Banken, hat somit Zinsaufwand. Würde sie keine Zinsen verrechnen, wären Verluste vorprogrammiert. Die kreditnehmenden Konzerngesellschaften müssen daher an die Cashpool-Gesellschaft ebenso Zinsen zahlen, wie sie dies gegenüber einer Bank vorzunehmen hätten. Warum sollten sie aufgrund eines betrieblichen Interesses an der Zusammenarbeit gegenüber anderen kooperativen Konzerngesellschaften keine Zinsen verrechnen? Hinzu kommt, dass das betriebliche Interesse an der Zusammenarbeit in aller Regel ein *gegenseitiges* sein wird, das einen Werttransfer bloß in eine Richtung schon von vornherein nicht rechtfertigen kann. Der Zweck der Vermögensbindung, verdeckte Vermögens- und Gewinnminderungen zu verhindern, erfordert die Ausschaltung sachfremder, insbesondere marktinkonformer Wertverschiebungen zwischen Konzerngesellschaften.

Die steuerrechtliche „Grundnorm“ des Fremdvergleichs bei grenzüberschreitenden Leistungsbeziehungen und der darauf aufbauenden Verrechnungspreisrichtlinien ist Artikel 9 des OECD-Muster-Doppelbesteuerungsabkommens. Dieses sieht eine Gewinnkorrektur durch Korrektur der Verrechnungspreise vor, wenn der Gewinn eines verbundenen Unternehmens von dem Gewinn eines unabhängigen Unternehmens deswegen abweicht, weil die Geschäftsbeziehungen mit dem verbundenen Unternehmen von jenen abweichen, die mit einem unabhängigen Unternehmen vereinbart worden wären. Ausdrücklich ist erwähnt, dass dies für kaufmännische und finanzielle Beziehungen gilt. Die VPR 2010 sehen daher die Verzinsung konzerninterner Kreditbeziehungen und die Verrechnung von Haftungsprovisionen im Falle konzerninterner Bürgschaften vor. Interessant ist allerdings auch eine auf die spezifische Konzernsituation gestützte Abweichung von der Preisvergleichsmethode. Zwar wird nicht in Frage gestellt, dass Finanzierung und Haftungsübernahme dem Grunde nach abzugelten sind; die Abweichung betrifft aber die *Höhe* der Abgeltung. Danach soll der Kredit-

<sup>119</sup>) VPR 2010 Rz 96.

<sup>120</sup>) VPR 2010 Rz 87 ff.

zinssatz konzernfremder Kommerzbanken lediglich als Obergrenze dienen<sup>121</sup>). Die konzerninterne Finanzierung zielt auf bedarfsorientierte Aufteilung der im Konzern vorhandenen Liquidität, demgegenüber wollten Kreditinstitute die eingelegten Gelder mit größtmöglichem Gewinn veranlagern. Der Einlagenzinssatz oder Habenzinssatz komme als Orientierungshilfe in Betracht, wenn die Kredit gewährende Kapitalgesellschaft über ausreichende eigene Liquidität verfüge. In Zweifelsfällen will die österreichische Finanzverwaltung im Anschluss an deutsche Judikatur es nicht beanstanden, wenn sich Kreditgeber und Kreditnehmer im Konzern die Spanne zwischen banküblichen Haben- und Schuldzinsen teilen.

Die bisherigen Ausfuhungen sollen aber nicht den Eindruck erwecken, ich propagiere eine Einbahnstraße des Wissens- und Erkenntnistransfers ausschließlich vom Steuerrecht in das Gesellschaftsrecht. Vielmehr existiert auch die Gegenfahrbahn. Das Steuerrecht hat bei Fragen der verdeckten Gewinnausschüttung immer ins Gesellschaftsrecht geblickt und von ihm gelernt<sup>122</sup>). Ein plastisches Beispiel bietet der Streit über die Judikatur des BFH zur Ausnutzung von Geschäftschancen einer GmbH durch den Gesellschafter-Geschäftsführer anhand des folgenden Falles<sup>123</sup>): Eine Gemeinde bot der GmbH günstiges Bauland an. Die GmbH kauft einen kleinen Teil, den Rest kaufte der Gesellschafter-Geschäftsführer selbst, um ihn danach mit Gewinn weiterzuverkaufen. Ursprünglich leitete der BFH aus der Verletzung der Geschaftsfuhrerpflichten, konkret aus dem Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers, eine verdeckte Gewinnausschüttung ab. Die gesellschaftsrechtliche Kritik veranlasste den BFH, diese Judikatur aufzugeben. Der Kern der Kritik lautete: Das gesetzliche Wettbewerbsverbot trifft den Geschäftsführer, nicht den GmbH-Gesellschafter. Überdies ist es dispositiv. Latente Ansprüche aus diesem Rechtsverhältnis, die zumal zur Disposition der Gesellschafter stehen, begründen kein im Sinne des Rückgewährverbots gebundenes Gesellschaftsvermögen der GmbH<sup>124</sup>).

## IX. Verlagerung von Geschäftschancen

In der zweiten Festschrift für *Hans-Georg Koppensteiner*<sup>125</sup>) habe ich mich, ausgehend von dieser steuerrechtlichen Problematik, mit der Geschäftschancenlehre im Kontext der verbotenen Einlagenrückgewähr befasst. Das gesellschaftsrechtliche Schrifttum zählt Geschäftschancen überwiegend zum gebundenen Vermögen. Nur *Hans-Georg Koppensteiner* hat diese These seines GmbH-Kommentars im Zuge einer literarischen Kontroverse mit mir über die Abgeltung von Verlusten im Rahmen der Gruppenbesteuerung aufgegeben<sup>126</sup>). Doch aus dem

<sup>121</sup>) VPR 2010 Rz 88 ff.

<sup>122</sup>) Vgl zB *Döllerer*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften<sup>2</sup> 60, 63.

<sup>123</sup>) Sachverhalt nach BGH 9. 7. 1979, WM 1979, 1238. Weitere Fälle bei *Hügel* in FS *Koppensteiner* II 14.

<sup>124</sup>) Im Einzelnen *Hügel* in FS *Koppensteiner* II 12, 32 ff.

<sup>125</sup>) AaO 24 ff.

<sup>126</sup>) *Koppensteiner*, GES 2005, 404, 408.

Begriff der Geschäftschance oder der „*corporate opportunities*“ allein folgt nichts, insbesondere keine Rechtsfolge. In der Sache geht es um die Abgrenzung des aufgrund der Vermögensbindung (§ 52 AktG, § 82 GmbHG) gebundenen Vermögens von solchen Geschäftsmöglichkeiten, Chancen und Verbindungen, die noch nicht so weit konkretisiert sind, um als „Vermögen“ der Bindung zu unterliegen. Häufig tätigt eine Gesellschaft namhafte Aufwendungen, um Geschäftschancen zu erlangen und sie zum Abschluss zu bringen. Doch folgt daraus kein Schutz gegen Konkurrenz. Den Zuschlag kann jederzeit ein anderer erlangen.

Das Steuerrecht tendiert dazu, einen strengeren Standpunkt einzunehmen. Exemplarisch greife ich die Ausführungen von *Sabine Kirchmayr* im Körperschaftsteuer-Kommentar von *Achatz/Kirchmayr*<sup>127)</sup> heraus. Im Anschluss an deutsche Judikatur und insbesondere im Gefolge von Ausführungen eines legendären deutschen Finanzbeamten und bekannten Fachautoren, des Herrn Ministerialdirigenten *Jochen Thiel*<sup>128)</sup>, nimmt der Kommentar folgende Position ein: Eine verdeckte Gewinnausschüttung liege vor, wenn der Gesellschafter eine hinreichend konkretisierte Geschäftschance nützt, die bereits der Gesellschaft zusteht, etwa weil die Gesellschaft diese entwickelt hat, weil die Gesellschaft in der Vergangenheit schon ähnliche Geschäfte getätigt hat, sie zuerst mit dem Geschäft in Berührung gekommen ist oder Aufwendungen für die Geschäftsanbahnung getätigt hat usw.

An dieser Stelle, nach Behandlung der Liefer- und Finanzierungsfälle und vor Erörterung der Geschäftschancenverlagerung, möchte ich in einem kleinen Exkurs die teilweise übereinstimmenden, teilweise unterschiedlichen Interessenlagen und Problemkonstellationen im Gesellschaftsrecht einerseits und Steuerrecht andererseits beleuchten: Wer die OGH-Judikatur seit Fehringer verfolgt, gewinnt nicht selten den Eindruck, der Hauptbetroffene sei nicht der Gesellschafter, sondern die finanzierende Bank. Im Falle der Einlagenrückgewähr missbrauchen die Organe die Vertretungsmacht, das Nachsehen hat häufig die Bank, der vom OGH Kenntnis oder Kennenmüssen des Missbrauchs vorgeworfen wird. Der Vater des Gedankens, so hat es gelegentlich den Anschein, ist oft nicht primär eine juristische Überlegung, sondern die Inanspruchnahme der „*deep pockets*“ der Bank in der Insolvenz der GmbH, bei welcher in aller Regel auch vom Gesellschafter nichts zu holen ist. Diesen Eindruck hat bei allen Kommentatoren insbesondere die Erstreckung des Einlagenrückgewährverbots auf die GmbH & Co KG erzeugt<sup>129)</sup>. Im Steuerrecht stellen sich naturgemäß keine vergleichbaren Problemlagen.

<sup>127)</sup> § 8 Rz 198.

<sup>128)</sup> DStR 1993, 1804. Dazu *meine* Kritik in FS Koppensteiner II 24 ff, 32.

<sup>129)</sup> Begründung und Nachweise zu gleichsinniger Kritik im Schrifttum bei *Hügel*, Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividende und Realteilung der GmbH und GmbH & Co KG, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – Eine Kapitalgesellschaft? 111, 120 FN 33. Der gleiche Verdacht der ergebnisorientierten Rechtsfindung erweckt leider auch die vielfach kritisierte MBO-Entscheidung des OGH vom 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v. Zumal der OGH es nur als „*vertretbar*“ bezeichnet hat, dass das Berufungsgericht die Grundsätze der (ohnehin anders gelagerten) Fehringer-Entscheidung auf den Sachverhalt angewendet hat, kann die Zugrundelegung

Anders ist die Interessenlage bei den behandelten Liefer- und Finanzierungsfällen. Hier geht es häufig um Vermögensverlagerung im Konzern. Fällt die benachteiligte GmbH in Konkurs oder gerät sie – etwa nach einem Anteilsverkauf – in fremde Hände<sup>130</sup>), wollen Insolvenzverwalter bzw. neuer Eigentümer die Vermögensverschiebung rückgängig machen. Das gleiche Anliegen hat der Fiskus, insbesondere dann, wenn der Vermögenstransfer über die Grenze erfolgte. Dies ist das eigentliche Verrechnungspreisthema. Auch wenn die Verrechnungspreisrichtlinien nicht ohne Überprüfung im Detail in das Gesellschaftsrecht übernommen werden können, ist doch davon auszugehen, dass sie – obwohl von Finanzverwaltungen aufgestellt – einen gerechten Interessenausgleich anstreben. Denn: In einem Fall steht der Fiskus auf Seite der benachteiligten Gesellschaft, im anderen Fall hat er die in seine Hoheit verlagerten Gewinne bereits besteuert und ist nicht geneigt, die Steuer – etwa aufgrund eines Verständigungsverfahrens mit dem benachteiligten Staat – wieder herauszugeben.

Wiederum anders sind die Interessen in den Geschäftschancenfällen gelagert. Hier sind die Streitfälle Folge des internationalen Standortwettbewerbs. Schwergewichtig geht es um die Verlagerung von Produktionseinheiten und Vertriebsaktivitäten von Hochsteuerländern in Niedrigsteuerländer. Nicht zufällig stehen die von den Finanzverwaltungen der Hochsteuerländer Deutschland und Österreich vertretenen Grundsätze tendenziell der Geschäftschancenverlagerung entgegen.

Wie ist die *Verlagerung von Geschäftschancen* im Gesellschafts- und Steuerrecht nun zu beurteilen? Zunächst ist daran zu erinnern, dass die gesellschaftsrechtlich problematischen Sachverhalte lediglich eine „Teilmenge“ der steuerrechtlich relevanten Fallgestaltungen bilden. Während sich die Abgrenzungsfrage im Steuerrecht bei jeder Richtung der Verlagerung – nicht nur upstream und sidestream, sondern auch downstream<sup>131</sup>) – stellt und die Betriebsprüfung, weil die Verlagerung zwischen inländischen Körperschaften in aller Regel zu keinem Steuermehraufkommen führt, vor allem grenzüberschreitende Sachverhalte aufgreift, ist die Thematik im Gesellschaftsrecht eingeschränkt: Ein Verstoß gegen

---

der gegenteiligen Rechtsansicht durch die Bank doch keinen bewussten Vollmachtmissbrauch begründen! Tatsächlich sind die für die Annahme der verbotenen Einlagenrückgewähr durch den OGH tragenden Gründe – nach einhelliger Literaturkritik – äußerst unklar, zum überwiegenden Teil abzulehnen, jedenfalls aber komplett neu. *Karollus* (GES 2013, 287): „Wenn es nicht einmal dem Höchstgericht gelingt, die eigentlich tragenden Gründe für den Verbotsverstoß präzise auf den Punkt zu bringen, soll das alles für die Bank ganz eindeutig erkennbar gewesen sein?“

<sup>130</sup>) Die meisten Streitigkeiten finden in Österreich zwischen dem Insolvenz-(Masse-)Verwalter der benachteiligten Kapitalgesellschaft und der Hausbank statt, was die „Umqualifizierung“ des Rechtsinstituts der verbotenen Einlagenrückgewähr zu einem „Masseeinreichungsinstrument“ sinnfällig belegt. Ausnahmsweise verklagt jedoch auch die (nicht insolvente) GmbH nach einem Gesellschafterwechsel den ehemaligen Gesellschafter: so etwa BGH 1. 12. 1986 BB 1987, 433; OGH 6 Ob 132/10w, GesRZ 2011, 47 (*Friedrich Ruffler*); OGH 6 Ob 110/12p GesRZ 2013, 38 (*U. Torggler*).

<sup>131</sup>) Der verdeckte Werttransfer vom Gesellschafter zur Kapitalgesellschaft führt im Steuerrecht zur Ergebniskorrektur im Wege der verdeckten Einlage: vgl. *Hügel* in FS Koppensteiner II 21 f mwN.

die § 52 AktG, § 82 Abs 1 GmbHG kommt nur bei einem Werttransfer zum Gesellschafter – also upstream – oder bei einem Werttransfer zu einer mit dem Gesellschafter verbundenen Gesellschaft<sup>132)</sup> – also schwergewichtig sidestream – in Betracht. Hingegen ist der Downstream-Transfer im Gesellschaftsrecht eine unproblematische Einlage<sup>133)</sup>. An der Relevanz des Drittvergleichs und der anderen Verrechnungspreismethoden auch für die gesellschaftsrechtliche Fragestellung ändert sich dadurch indessen nichts.

Häufig sind *Geschäftschancen mit Vermögensgegenständen verbunden*, ihr Wert ist im Wert des Vermögensgegenstandes enthalten. Beispiele sind Marken, Patente, Know-how und andere IP-Rechte. In den bereits erwähnten Gewinnverlagerungsfällen ist es den großen IT-Konzernen gelungen, derartige Vermögensgegenstände in Niedrigsteuerränder, wie Irland und die Cayman Islands, zu transferieren (oben IV/C). Lizenzzahlungen sind im Nutzerstaat von der hohen Steuerbelastung abzuziehen, die korrespondierenden Lizenzeinnahmen unterliegen zum Beispiel der irischen Niedrigbesteuerung. Andere Beispiele sind Betriebe und Beteiligungen; auch ihr Wert verkörpert die absehbaren Zukunftserträge.

Im Zusammenhang mit Vermögensgegenständen existiert kein spezifisches Problem der Verlagerung von Geschäftschancen. Wird ein Patent oder ein Betrieb von einer Gesellschaft auf ein verbundenes Unternehmen transferiert, ist eine dem Drittvergleich standhaltende Vergütung zu leisten; diese umfasst neben einem allfälligen Substanzwert der verlagerten Vermögensgegenstände – man denke an eine Betriebsverlegung – auch die gleichzeitig transferierten Geschäftschancen, im Falle einer betrieblichen Einheit: Den Firmenwert<sup>134)</sup>. Andernfalls liegt sowohl im Gesellschafts- als auch Steuerrecht eine verdeckte Gewinnausschüttung vor<sup>135)</sup>.

Heikler ist die Beurteilung, wenn die Verlagerung von Geschäftschancen, weil diese eben nicht in einem Vermögensgegenstand verkörpert sind, ohne Übertragung eines Vermögensgegenstandes erfolgt<sup>136)</sup>. Ich nenne folgende Beispiele:

- Die österreichische Tochter-GmbH beteiligt sich an einem Bieterwettbewerb betreffend den Verkauf eines Unternehmens und tätigt dafür erhebliche Aufwendungen. Als sich abzeichnet, dass die Tochter-GmbH den Zuschlag als Bestbieter erhalten wird, entscheidet die Muttergesellschaft, dass eine andere, ausländische Konzerngesellschaft das Unternehmen erwerben

<sup>132)</sup> Die Begünstigung von Verwandten bleibt hier ausgeklammert.

<sup>133)</sup> *Hügel* in FS Koppensteiner II 21 ff.

<sup>134)</sup> Zutreffend *Stürzlinger* in *Damböck/Galla/Nowotny*, Verrechnungspreisrichtlinien 206 ff.

<sup>135)</sup> Anders nur im Falle der Übertragung „downstream“. Im Gesellschaftsrecht handelt es sich um eine Sacheinlage, im Steuerrecht um eine verdeckte Einlage. Vgl bei *Hügel* in FS Koppensteiner II 21 f.

<sup>136)</sup> Dazu im Einzelnen *Hügel* in FS Koppensteiner II 24 ff; ebenso *Koppensteiner*, GES 2005, 405 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 17e; teilweise aA *Hoenig/Stingl*, Geschäftschancen – Gedanken zur Reichweite des Einlagenrückgewährverbotes, GesRZ 2007, 23; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 78 f. Zutreffend *Stürzlinger* in *Damböck/Galla/Nowotny*, Verrechnungspreisrichtlinien 207 f gegen BMF 23. 7. 2008, EAS 2987.

soll. Dieses tritt (mit Zustimmung des Verkäufers) in den Bieterwettbewerb ein und erntet die Früchte der Bemühungen – und Aufwendungen – ihrer Schwestergesellschaft in Form des Zuschlags.

- Die österreichische Produktions-GmbH wird liquidiert. Die Herstellung der gleichen Produkte erfolgt künftig durch eine slowakische Schwestergesellschaft. Das von der gemeinsamen Muttergesellschaft oder einer anderen Konzerngesellschaft erarbeitete *Fertigungs-Know-how* wird von der gemeinsamen Muttergesellschaft der neuen Produktionsgesellschaft in der Slowakei zur *Verfügung gestellt*<sup>137)</sup>.
- Die Muttergesellschaft entscheidet, dass der Vertrieb in Zentral- und Osteuropa nicht mehr von der österreichischen Tochter-GmbH, sondern zentral für ganz Europa von einer anderen Gesellschaft ausgeübt werden soll. Die maßgeblichen Dienstnehmer des bisherigen Vertriebsunternehmens wechseln in das neue Vertriebsunternehmen. Mit ihnen wandern – gewissermaßen automatisch – das gesamte Kunden- und Produkt-Know-how sowie die Marktkenntnisse *zum neuen Vertriebsunternehmen*.
- Die Verlagerung betrieblicher Einheiten – noch dazu über die Grenze – kollidiert nicht selten mit der Immobilität qualifizierter Arbeitskräfte. Leichter durchzuführen als die Vertriebsverlagerung ist die *Funktionsreduktion* oder *Funktionsabschmelzung*<sup>138)</sup>: Das Vertriebsunternehmen bleibt, wo es ist. Es fungiert jedoch nicht mehr als Eigenhändler, der die Konzernprodukte einkauft und mit Gewinnaufschlag weiterverkauft. Stattdessen erhält es den Status eines Kommissionsagenten oder Handelsvertreters, der anstatt der Gewinnmarge eine niedrigere Provision erhält. Begründung: Künftig hat die Gesellschaft nicht mehr das Absatz-, Lager- und Bonitätsrisiko zu tragen.

In allen Fällen muss das Mutterunternehmen bestehende Verträge einhalten. In den Vertriebsfallen wird der Entzug des Kundenstocks durch den Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers oder Handelsvertreters (§ 24 HVertrG) abgegolten; ein Verzicht darauf wäre eine verdeckte Gewinnausschüttung<sup>139)</sup>. Doch die darüber hinausgehenden Gewinne, die dem Unternehmen entgehen, steuerrechtlich gesprochen – der gesamte Firmenwert – sind nicht zu ersetzen.

In den anderen Fällen, beim Zuschlag an eine andere Konzerngesellschaft und der Verlagerung der Produktion, ist der Entzug des künftigen Gewinnpotentials ebenso wenig abzugelten wie die den Vertriebsunternehmen entzogenen künftigen Gewinne, die nicht durch den Ausgleichsanspruch gedeckt sind. Ent-

<sup>137)</sup> Vgl den ähnlich gelagerten Fall in *Macho/Steiner*, Case Studies – Verrechnungspreise kompakt 63. Dem „Lösungsvorschlag“ (aaO 69) ist aber nur dann zu folgen, wenn tatsächlich Wirtschaftsgüter in einem Umfang übertragen wurden, der eine Teilbetriebsubertragung konstituiert. Andernfalls existiert für die Besteuerung des verlagerten Ertragspotentials – in Form eines übertragenen Firmenwerts – mE keine Rechtsgrundlage.

<sup>138)</sup> Vgl VPR 2010 Rz 129, 176 ff; *Macho/Steiner/Ruess*, Verrechnungspreise kompakt 202 ff.

<sup>139)</sup> *Hügel* in FS Koppensteiner II 28 mwN; gleichsinnig *Stürzlinger* in *Damböck/Galla/Nowotny*, Verrechnungspreisrichtlinien 208 f. Ob die analoge Anwendung des Handelsvertreter-Ausgleichsanspruchs auch die Gewinnreduktion des Vertragshändlers im Falle der Funktionsreduktion abdeckt, wäre zu untersuchen.

scheidend ist, dass die Gesellschaft in allen Beispielen hinsichtlich des Zuschlags im Bieterwettbewerb, der Fortführung der Produktion und des Vertriebs, *keine gesicherte Rechtsposition* besessen hat. Auch durch die Aufwendungen für die Zukunft wurde eine derartige Position nicht geschaffen. Kein Dritter muss die Geschäftschancen bloß deswegen respektieren, weil die Gesellschaft in der Hoffnung auf den Erfolg des Geschäfts Aufwendungen getätigt hat. Ein Übergebot eines Dritten könnte den Zuschlag noch verhindern. Um Produktion und Vertrieb könnte sich für die Zukunft auch ein Dritter bei der Konzernmutter bewerben. Jedenfalls im Kontext der Vermögensbindung schuldet der Gesellschafter seiner Gesellschaft *keine größere Rücksichtnahme als ein Dritter*. Auch dies ist eine Konsequenz des Drittvergleichs<sup>140</sup>).

Hat sich der Gesellschafter rechtswidrig, etwa unter Verletzung eines vertraglichen Wettbewerbsverbots, Kenntnisse oder Verbindungen der GmbH angeeignet, mag dies zu Schadenersatzansprüchen im Innenverhältnis führen. Diese stehen indessen zur Disposition der Gesellschafter. Sie können auf die Einhaltung der Treuepflicht oder des Wettbewerbsverbots verzichten; somit liegt kein zum Schutze der Gläubiger gebundenes Vermögen vor.

Entgegen der herrschenden Ansicht im Steuerrecht<sup>141</sup>) führt die Verlagerung von Geschäftschancen nicht bloß deswegen zu einer verdeckten Gewinnausschüttung, weil die Gesellschaft Aufwendungen dafür getätigt hat. *Meine* Beweisführung führt zu dem Ergebnis, dass eine Geschäftschance nur dann gebundenes Vermögen darstellt, wenn sie ein Vermögensgegenstand oder Wirtschaftsgut ist oder in einem solchen verkörpert ist<sup>142</sup>). Denn gemeinsame Begriffsmerkmale sind der *feststellbare Wert* und die *Veräußerbarkeit*, zumindest aber Verwertbarkeit durch Nutzungsüberlassung oder im Rahmen des Gesamtverkaufs des

<sup>140</sup>) Eingehend *Hügel* in FS Koppensteiner II 26 ff; zutreffend betont *Stürzlinger* aaO 208, dass ganz allgemeine, unternehmerische Gewinnchancen, die sich aus der Ausübung einer bestimmten Funktion ohne hinreichende weiterführende Konkretisierung ergeben, idR mangels objektiver Werthaltigkeit, effektiver Verfügungsmöglichkeit (kann der betroffene Abgabepflichtige die Gewinnverlagerung verhindern?) sowie der Möglichkeit, diese selbstständig zu bewerten, nicht als abgeltungspflichtige Wirtschaftsgüter oder sonstige Vermögenswerte qualifiziert werden. Vorbehaltlich einer detaillierten Auseinandersetzung glaube *ich*, dass die Positionen von *Hoening/Stingl*, GesRZ 2007, 23, und *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 78 ff – trotz von diesen teilweise betonten Abweichungen – und meine Position tatsächlich sehr ähnlich sind: So nehmen *Hoening/Stingl* eine gebundene Geschäftschance an, wenn dafür „ein Marktteilnehmer etwas zu zahlen bereit ist“. Dies läuft im Ergebnis auf das von mir statuierte Erfordernis der (rechtlichen oder faktischen) Verfügungsbefugnis der Kapitalgesellschaft hinaus, denn ein Marktteilnehmer wird für die Ausnützung von Geschäftschancen, die ihm die Kapitalgesellschaft nicht verwehren kann, weil sie bekannt und nicht geschützt sind, eben in aller Regel nichts bezahlen. Da *ich* nicht ausschließlich auf die rechtlich abgesicherte Verfügungsbefugnis, sondern – wie im Falle von geheimem Know-how – auch auf die faktische Verfügungsbefugnis abstelle, besteht in Wahrheit auch nicht die von *Saurer* (aaO Rz 82) konstatierte Divergenz.

<sup>141</sup>) Vgl nunmehr auch *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 83.

<sup>142</sup>) Wohl ebenso *Stürzlinger*, aaO 208.

Unternehmens<sup>143</sup>). *Im Ergebnis führt dies zur Eliminierung der Geschäftschancenlehre im Kontext der verdeckten Gewinnausschüttung.* Relevant wäre sie nur im gesellschaftsrechtlichen Innenverhältnis, doch dort ist sie in den USA, nämlich als Verletzung von Geschäftsführerpflichten durch Aneignung von „*corporate opportunities*“, auch entstanden<sup>144</sup>).

## X. Schlusswort

Lassen Sie mich am Ende dieses Vortrags vor so vielen Kolleginnen und Kollegen noch etwas Werbung für die Verbindung von Gesellschafts- und Steuerrecht machen. Diese Verbindung eröffnet eine Fülle wechselseitiger Einsichten. Allerdings erfordert die Erschließung Interesse auch an Rechnungslegung und Steuern sowie wirtschaftliches Verständnis. Doch dann eröffnen sich dem Berater ganz neue Perspektiven bei der Planung und Gestaltung von Transaktionen und Konzernstrukturen. Nur wer auch wirtschaftliche Zusammenhänge, Zahlen, Bilanzen und Steuern überblickt, hat das ganze Bild. Den mutigen Dogmatikern in diesem Saal eröffnen sich dann beträchtliche wissenschaftliche Erkenntnismöglichkeiten und den – bei dieser schönen Unternehmensrechtstagung – erfreulich zahlreich anwesenden Praktikern mag es zusätzlich Signal sein, wie ertragreich – im doppelten Sinne des Wortes – die Kombination von Gesellschafts- und Steuerrecht in der beratenden Praxis sein kann.

## XI. Ergebnisse

- a) *Verbotene Einlagenrückgewähr* umfasst zwei zu trennende Regelungen: die *Ausschüttungssperre von Vermögen in Höhe der „Einlagen“*, des Nennkapitals und der gebundenen Kapitalrücklagen (*Kapitalerhaltung*) (1. Halbsatz in § 52 AktG und § 82 Abs 1 GmbHG) und die *Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens (Vermögensbindung)* (2. Halbsatz in § 52 AktG und § 82 Abs 1 GmbHG).
- b) *Die Vermögensbindung besteht aus einer materiellen Bindung und einer Verfahrensbindung*: Sie beschränkt Ausschüttungen auf (i) nach Gewinn-Ermittlungsrecht (Bilanzrecht – Drittes Buch des UGB) bestimmte, insbesondere bilanzrechtlich realisierte, und (ii) im gesellschaftsrechtlichen Gewinn-Ausschüttungsverfahren (Jahresabschluss, Prüfung, Feststellung, Gewinnverteilungsbeschluss) freigegebene Gewinne („Bilanzgewinn“). Die Ausschüttungssperre des Kapitals (Kapitalerhaltung) ist Bestandteil der Verfahrensregeln zur Gewinn-Ermittlung und -Ausschüttung.
- c) *Ratio legis: Kapitalerhaltung* dient nur dem Gläubigerschutz. Die *Vermögensbindung* hingegen verfolgt wegen der Beschränkung der Ausschüttung auf den im Jahresabschluss ausgewiesenen *Bilanzgewinn* dieselben Zwecke

<sup>143</sup>) Vgl Lüdenbach/Christian in Straube, Bilanzrecht § 196 HGB Rz 3; Doralt/Ruppe, Grundriss des österreichischen Steuerrechts<sup>11</sup> I Rz 171 ff.

<sup>144</sup>) Weisser, Corporate Opportunities (1991); vgl auch Kübler in FS Werner (1984) 437.

wie der Jahresabschluss, nämlich: *Gläubiger-* und *Gesellschafter*schutz durch Ausschüttungsbemessung, Rechnungslegungs- und Informationsfunktion im Interesse der *Gesellschafter* und *Anleger* (als potenzieller Gesellschafter); weiters die Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen *Gewinnverteilungskompetenzen*.

- d) *Verdeckte Gewinnausschüttung* ist der (meist in ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft eingekleidete) verdeckte, tatsächlich *causa societatis* erfolgende *Werttransfer von der Kapitalgesellschaft an den Gesellschafter*, eine Konzerngesellschaft oder einen sonst Nahestehenden. Die verdeckte Gewinnausschüttung verletzt die Vermögensbindung, weil (i) *nicht realisierte Gewinne* (ii) *verfahrensfrei ausgeschüttet* werden.
- e) *Richtige Gewinnermittlung*: Verteilbarer Gewinn (unter Einschluss ungebundener Gewinnrücklagen) ist die Differenz zwischen dem bilanziellen Netto-Gesellschaftsvermögen und den unverteilbaren Einlagen (Kapital). Somit dient die Beschränkung der Ausschüttung auf den Gewinn im Gesellschaftsrecht der Erhaltung des nicht verteilbaren Kapitals. Im Steuerrecht ist der Gewinn die Besteuerungsgrundlage. Auch hier muss er von den nicht besteuertswürdigen Einlagen (Kapital) gesondert werden (§ 8 KStG: „Einlagen sind nicht [steuerpflichtiges] Einkommen“; § 8 Abs 2 KStG: Einkommen wird durch verdeckte Gewinnausschüttungen nicht gemindert). Somit muss nach beiden Rechtsgebieten der richtige Gewinn ermittelt und vom nicht verteilbaren und nicht besteuertswürdigen Kapital (den „Einlagen“) abgegrenzt werden. Dies erfolgt nach den Vorschriften des Dritten Buchs des UGB (§§ 189 ff UGB), die aufgrund des Maßgeblichkeitsgrundsatzes (§ 5 EStG) auch die steuerrechtliche Gewinnermittlung determinieren.
- f) *Vermögensminderung/verhinderte Vermögensmehrung (Gewinnentgang)*: Aufgrund des in beiden Rechtsgebieten maßgeblichen Drittvergleichs ist nicht nur der Transfer von *vorhandenem Vermögen* der Gesellschaft, sondern auch die *verhinderte Vermögensmehrung* eine verdeckte Gewinnausschüttung; wichtigstes Beispiel ist die Leistungserbringung an den Gesellschafter zu unangemessenen Bedingungen.
- g) *Rechtsfolge Vermögens-/Gewinn-Erhöhung*: Beide Rechtsgebiete reagieren auf verdeckte Gewinnausschüttungen gleich, nämlich durch Eliminierung des sachfremden, auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Werttransfer: Vermögenserhöhung/Gewinnerhöhung. Dies ist im Gesellschaftsrecht von der Aktivierung des Rückgewähranspruchs in der Bilanz oder der erfolgreichen Geltendmachung des Rückgewähranspruchs abhängig. Unabhängig davon reagiert das Steuerrecht mit der Besteuerung eines (unter Umständen fiktiven) Gewinns, weiters mit einem Kapitalertragsteuerabzug auf eine fiktive Gewinnausschüttung.
- h) *Erkenntnisvorsprung des Steuerrechts*: Die Regelungsdichte ist im Steuerrecht höher (Richtlinien, FA-Auskünfte), die „Konfliktdichte“ sogar wesentlich höher als im Gesellschaftsrecht, insbesondere aufgrund von häufigen Außenprüfungen (Betriebsprüfungen). Zusätzlich ist der Drittvergleich in dem praktisch außerordentlich bedeutenden Bereich der *grenzüberschreitenden Liefer- und Leistungsbeziehungen* zwischen Konzerngesellschaften relevant, wo er die Steuerhoheit der Staaten abgrenzt. Dem erhöhten Regelungsbe-

darf wird in *Verrechnungspreisrichtlinien* (OECD, nationale Finanzverwaltungen) entsprochen. Diese regeln ua detailliert den *Drittvergleich* in Gestalt der *Preisvergleichsmethode*, aber auch andere Bewertungsmethoden, etwa die *Kostenaufschlagsmethode* (Cost plus), weiters Finanzierungsbedingungen für grenzüberschreitende Konzerndarlehen sowie Funktionsverlagerungen.

- i) *Drittvergleich*: Die Höhle der verdeckten Gewinnausschüttung wird vorrangig durch den *inneren Preisvergleich* mit Geschäften der Gesellschaft mit Dritten, subsidiär durch den *ueren Preisvergleich* anhand von Marktpreisen ermittelt.
- j) *Konzerninterne Leistungsbeziehungen ohne Drittvergleich*: Zwischen Konzerngesellschaften, häufig durch zentralisierte Service-Gesellschaften, werden Leistungen erbracht, die nicht von Dritten bezogen werden, sodass der *Drittvergleich versagt*. Solche Geschäfte sind *nicht per se unzulässig*. Tatsächlich sind sie in Konzernen gang und gäbe. Dies betrifft ua Controlling- und Reporting-Leistungen, Lieferung halbfertiger Produkte, zentrale Forschungs- und Entwicklungsttigkeit, Cashpooling.
- k) *Sorgfalt des ordentlichen Geschftsfuhlers*: Der sorgfältige Geschäftsführer muss in den vorgenannten Fllen, in denen der Drittvergleich versagt, die Bewertung nach anderen Methoden, etwa nach der *Kostenaufschlagsmethode* vornehmen. Hier zeigt sich, dass die objektive Sorgfalt des ordentlichen Geschftsfuhlers der *allgemeinste („höchste“) Maßstab* ist, der Drittvergleich nur einer ihrer Anwendungsfälle. Verstt ein Rechtsgeschäft mit einem Gesellschafter gegen den genannten objektiven Sorgfaltsmastab, insbesondere bei unangemessenen Bedingungen, begründet dies die *Vermutung* für einen Werttransfer *causa societatis*, für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung.
- l) *Upstream-Finanzierung und -Sicherheiten, betriebliches Interesse*: Betriebliches Interesse an konzerninterner Zusammenarbeit rechtfertigt entgegen OGH und Lehre idR keine Haftungsübernahme ohne Garantieentgelt (Avalprovision). Vielmehr ist die *getrennte Bewertung* der betrieblichen Vorteile, etwa einer konzerninternen Zusammenarbeit, vorzunehmen und dem Wert der Finanzierungsleistungen oder Haftungsübernahmen gegenüber zu stellen (zutreffend OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h – Fehringer; aA OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d).
- m) *Verlagerung von Geschäftschancen*: Nur solche Geschäftschancen gehören zum gebundenen Gesellschaftsvermögen, die *werthaltig* sind und von deren Nutzung die Gesellschaft *Dritte ausschließen kann*; dann handelt es sich aber *per definitionem* um einen *Vermögensgegenstand* bzw um ein *Wirtschaftsgut*. Nach dem Drittvergleich muss der Gesellschafter (jedenfalls im Kontext der Vermögensbindung; uU anders im Innenverhältnis: Treuepflicht, Wettbewerbsverbot) die Gesellschaft nicht besser behandeln als dies Dritte tun müssen. Die im Steuerrecht angenommene Zuordnung von Geschäftschancen nach anderen Kriterien, insbesondere aufgrund des ersten Geschftskontakts oder im Falle von der Gesellschaft gettigter Aufwendungen, ist abzulehnen.