



Dr. Verena Hügel

ist Rechtsanwältin bei bpv Hügel Rechtsanwälte.

## *Verbot der Einlagenrückgewähr – Anwendung auf Rechtsgeschäfte zwischen Stiftungsbeteiligten und Beteiligungsgesellschaften einer Privatstiftung*

### **1. Entscheidung des Obersten Gerichtshofs**

Im entschiedenen Fall (OGH 20.12.2018, 6 Ob 195/18x) hat die Erstbeklagte ein Wohnungsgebrauchsrecht an einer Wohnung, die im Eigentum einer GmbH steht, an der wiederum eine Privatstiftung mit 51% beteiligt ist. Die Erstbeklagte ist gleichzeitig Mitstifterin und auch Begünstigte der Privatstiftung. Das Wohnungsgebrauchsrecht wurde der Erstbeklagten durch die GmbH unentgeltlich eingeräumt. Bevor die GmbH von der Privatstiftung erworben wurde, war die Erstbeklagte mit 8% daran beteiligt.

Die Erstbeklagte und Mitstifterin war zum maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung betreffend das Wohnungsgebrauchsrecht Begünstigte der Stiftung, hatte faktisch großen Einfluss auf die Stiftung, traf eine Vielzahl von Entscheidungen selbst und war Mitglied des Stiftungsrats und zur Bestellung des Stiftungsvorstands berechtigt.

Der OGH qualifiziert die unentgeltliche Einräumung des Wohnungsgebrauchsrechts als eine Leistung, die keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und die wirtschaftlich das Vermögen der Gesellschaft verringert. Die zugrundeliegende Nutzungsvereinbarung qualifiziert der OGH als nichtig, da sie gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt.

In der Urteilsbegründung verweist der OGH zunächst auf seine stRspr,<sup>1</sup> wonach das Verbot der Einlagenrückgewähr auch auf ehemalige Gesellschafter unmittelbar anzuwenden ist, wenn die Leistung in Hinblick auf ihre ehemalige Gesellschafterstellung erbracht wird.

Der OGH führt weiters in der Urteilsbegründung aus: „Dass der Erstbeklagten (streng formal gesehen) als Be-

*günstiger kein „Einflussrecht“ auf die Stiftung zukommt, ändert nichts daran, dass sie [...] faktisch großen Einfluss auf die Stiftung hatte und alle bzw eine Vielzahl von Entscheidungen selbst traf. [...] bei der hier zu beurteilenden Konstellation [geht] es nicht ausschließlich um die Frage, ob die Erstbeklagte (isoliert betrachtet) als Begünstigte eine gesellschafterähnliche Stellung hatte, sondern ob bei Abschluss der Vereinbarung noch ein Zusammenhang mit ihrer früheren Gesellschafterstellung bestand. [...] ein solcher ist aber im Hinblick auf die tatsächlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Erstbeklagten in der Stiftung, ihrer Rechtsnachfolgerin als Mitgesellschafterin [...], zu bejahen.“*

### **2. Zur Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf Zuwendungen an Stiftungsbeteiligte**

Die Frage, ob Zuwendungen an einen Stiftungsbeteiligten durch eine Gesellschaft, an der die Privatstiftung beteiligt ist, dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen, wurde bis zur gegenständlichen OGH Entscheidung in der Rspr nicht behandelt.

Zunächst soll auf die wesentlichen Aspekte des Verbots der Einlagenrückgewähr eingegangen werden, die mE für die Analyse der oberstgerichtlichen Entscheidung von Bedeutung sind. Dabei wird die zum Thema des Verbots der Einlagenrückgewähr ergangene Judikatur und Literatur nicht vollständig dargestellt, da dies den Umfang des Beitrags sprengen würde.

#### **2.1 Zum Verbot der Einlagenrückgewähr**

Das Verbot der Einlagenrückgewähr leitet sich aus § 82 Abs 1 GmbHG (für Aktiengesellschaften aus § 52 AktG) ab und bewirkt eine umfassende Bindung des

1 RS0105536 [T8]=OGH 15.12.2014, 6 Ob 14/14y.

gesamten Vermögens der GmbH, dh nicht bloß der Einlagen. Das österreichische Recht ist hier im internationalen Vergleich besonders streng.<sup>2</sup> Diese umfassende Vermögensbindung führt dazu, dass jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft an einen Gesellschafter, der dem Gesellschafter zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens einen Vorteil verschafft und der seine Ursache in der gesellschaftsrechtlichen Beziehung hat (causa societatis), unzulässig ist. Ausgenommen sind Leistungen in Erfüllung des Dividendenanspruchs, aufgrund anderer gesetzlicher Ausnahmefälle oder auf Grundlage fremdüblicher Austauschgeschäfte.<sup>3</sup> Zweck ist der Schutz der Gläubiger der Gesellschaft, aber auch der Schutz der Mitgesellschafter, insbesondere etwaiger Minderheitsgesellschafter, um die Gleichbehandlung unter den Gesellschaftern zu gewährleisten.<sup>4</sup>

## 2.2 Fremdüblichkeit der Zuwendung

Leistungen an einen Gesellschafter sind nicht per se unzulässig, sondern nur dann, wenn sie in der Art und Weise einem Dritten nicht gewährt würden, sie somit nicht fremdüblich sind.<sup>5</sup> Dabei ist zunächst das Bestehen eines objektiven Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung zu prüfen. Liegt ein solches vor, wird vermutet, dass dieses Missverhältnis aufgrund Gesellschafterstellung akzeptiert worden ist (causa societatis).<sup>6</sup> Über einen Drittvergleich kann die Vermutung der causa societatis entkräftet werden. Dabei kommt es darauf an, ob die Leistung zu diesen Konditionen auch einem Nichtgesellschafter gewährt worden wäre.<sup>7</sup> Keiner ausführlichen Erörterung bedarf die Beurteilung des OGH in 6 Ob 195/18x, dass die Einräumung des unentgeltlichen Wohngebrauchsrechts durch die Gesellschaft geeignet ist gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu verstoßen.<sup>8</sup>

## 2.3 Adressatenkreis des Verbots

Entscheidend für die Frage ob die Zuwendung des Wohnungsgebrauchsrechts im gegenständlichen Fall dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegt ist die Qualifikation der Erstbeklagten als Empfängerin der Leistung.

### 2.3.1 Gesellschafter

Adressaten des Verbotes sind die Gesellschaft und der Gesellschafter.<sup>9</sup> Das Verbot der Einlagenrückgewähr richtet sich gegen Zuwendungen an den Gesellschafter, und zwar unabhängig von der Höhe seiner Beteiligung an der Gesellschaft.<sup>10</sup> Für die Qualifikation als Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter ist der Zeitpunkt des Abschlusses des der (unzulässigen) Zuwendung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts maßgeblich. Auch die Gesellschafterstellung knüpft an diesen Zeitpunkt an.<sup>11</sup>

Zuwendungen an den bloß wirtschaftlichen Eigentümer (Treugeber) des Geschäftsanteils können nach der Jud und hM dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen.<sup>12</sup>

### 2.3.2 Nichtgesellschafter

Nichtgesellschafter sind nicht Adressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr, da sie nicht verpflichtet sind, gesellschaftsrechtliche Pflichten einzuhalten. Eine Zurechnung kommt nur ausnahmsweise in Betracht, bei Vorliegen einer causa societatis.<sup>13</sup>

Dies gilt etwa, wenn Leistungen der Gesellschaft an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten auf Veranlassung eines Gesellschafters zurück zu führen sind. Bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen kön-

2 Das österreichische Recht ist in diesem Aspekt strenger als das deutsche. Nach dem vergleichbaren § 30 dGmbHG besteht kein derartiger umfassender Schutz. Die Bestimmung stellt lediglich darauf ab, dass das Vermögen der Gesellschaft in Höhe des Stammkapitals erhalten bleibt, *Bauer/Zebetner* in WK GmbHG § 82 Rz 2 (Stand 1.12.2017, rdb.at) mwN. Auch im österreichischen Recht gibt es Vorschriften, die auf die Erhaltung eines Teils des Gesellschaftsvermögens in Höhe des Betrags des Nennkapitals abstellen. Diese Vorschriften dienen der Kapitalerhaltung die allerdings begrifflich von der (umfassenden) Vermögensbindung, deren Rechtsgrundlage § 82 Abs GmbHG und § 52 AktG sind, zu unterscheiden ist, *Hügel* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 117.

3 *Hügel*, aaO 117; *Arnold*, GesRZ 1985, 90; *Bauer/Zebetner* aaO § 82 Rz 2; *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 15; *Karollus*, „Durchgriff“ durch Privatstiftungen im Zusammenhang mit Einlagenrückgewähr, ZfS 2015, 145.

4 *Bauer/Zebetner* aaO § 82 Rz 2; *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Abumuriech/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 82 Rz 8; *Kals*, ecoloX 2014, 497; aA *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 3 der den Zweck der Bestimmung

nur im Schutz der Gläubiger sehen. Die Gleichbehandlung der Gesellschafter und die Wahrung der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilungskompetenz sollen Nebenfolge, nicht aber Zweck der Regelung sein.

5 *Bauer/Zebetner* aaO § 82 Rz 82.

6 *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 16.

7 *Zebetner/Cetin*, GesRZ 2017, 203.

8 Auch wurde vom OGH wurde bereits entschieden, dass in der Einräumung eines unentgeltlichen Wohnrechts an einer im Eigentum der Gesellschaft stehenden Liegenschaft ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr liegen kann, OGH 20.12.2018, 6 Ob 195/18x.

9 *Auer* aaO § 82 Rz 20.

10 *H. Foglar-Deinhardstein* aaO § 82 Rz 67; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 30.

11 *Karollus* in *Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 65; *Milchrahm*, GesRZ 2013, 288.

12 OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f GesRZ 2004, 57 = GES 2004, 149; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 20; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 19; *Bauer/Zebetner* aaO § 82 Rz 79.

13 *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 31.



nen derartige Leistungen dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen, sofern dem Gesellschafter aus der Leistung ein wirtschaftlicher Vorteil entsteht oder er damit gesellschaftsfremde Interessen verfolgt.<sup>14</sup> Dies gilt nicht für gesellschaftsschädliche Veranlassungen ohne Vorteil für den Gesellschafter.<sup>15</sup>

Bei Leistungen an nahe Angehörige des Gesellschafters, wie Ehegatten und minderjährige Kinder, wird (widerlegbar) vermutet, dass die Leistung *causa societatis* erbracht wird.<sup>16</sup>

Der atypische stille Gesellschafter soll nach zutreffender Ansicht<sup>17</sup> nicht zum Adressatenkreis des Verbots der Einlagenrückgewähr zählen. Nach *Bauer/Zebetner* ist der Beitrag zum Haftungsfonds der Gesellschaft entscheidend.<sup>18</sup> Der atypische stille Gesellschafter trägt nicht in gleicher Weise wie ein Gesellschafter zum Haftungsfonds der Gesellschaft bei. Seine Einlage ist nicht gesellschaftsrechtlicher, sondern schuldrechtlicher Natur. Die Rückzahlung kann vertraglich vereinbart werden. Die Leistung steht der Gesellschaft somit nicht zwingend dauerhaft zur Verfügung und ist daher auch nicht jenen strengen Regelungen der Kapitalerhaltung zu unterwerfen wie Leistungen der Gesellschafter.<sup>19</sup> Auch der OGH hat jüngst entschieden, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr nur solche Gesellschafter trifft, deren Einlage auch wirklich Eigenkapital ist.<sup>20</sup>

Für den Fruchtgenussberechtigten hat mE ähnliches zu gelten, wie für den atypisch stillen Gesellschafter. Der Fruchtgenussberechtigte wird zwar von der von der Lehre und Jud dem vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfassten Personenkreis hinzugezählt,<sup>21</sup> hier ist aber der Ansicht *H. Foglar-Deinhardsteins* der Vorzug zu geben, der im Fruchtgenussberechtigten einen klassischen Drittgläubiger sieht, der in keiner mitgliederschaftlichen Beziehung zur GmbH steht.<sup>22</sup>

Die hM und Jud unterwerfen Zuwendungen an ehemalige und künftige Gesellschafter großzügig dem Verbot der Einlagenrückgewähr.<sup>23</sup> Strenggenommen handelt es sich bei ehemaligen und künftigen Gesellschaftern um Nichtgesellschafter, da für die Qualifikation als Gesellschafter im Anwendungsbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr der Zeitpunkt des der Zuwendung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts relevant ist. Ehemalige und künftige Gesellschafter sind aber gerade im Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts nicht mehr oder noch nicht Gesellschafter. Somit fallen Zuwendungen an sie nur dann unter das Verbot der Einlagenrückgewähr, wenn die Leistung auf die (ehemalige bzw künftige) Gesellschafterstellung zurückzuführen ist oder ein anderer enger sachlicher oder zeitlicher Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung besteht.<sup>24</sup> Die Zuwendung hat *causa societatis* zu erfolgen. Mit anderen Worten: auf die Stellung als ehemaliger oder zukünftiger Gesellschafter alleine soll es nicht ankommen. Die einem Drittvergleich nicht standhaltende Leistung muss ihre Ursache in der ehemaligen oder künftigen Gesellschafterstellung haben.<sup>25</sup> Denkbar wäre etwa die unverhältnismäßige Entlohnung eines Geschäftsführers, der zuvor Gesellschafter war und nach Verkauf seiner Anteile dem neuen Eigentümer sein Know-How im Rahmen einer Geschäftsführertätigkeit zur Verfügung stellt. Die Leistung erfolgt, weil der Vertragspartner Gesellschafter war.

Nicht abschließend geklärt sind die Kriterien für die Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf Zuwendungen an Konzerngesellschaften des unmittelbaren Gesellschafters der leistenden Gesellschaft. In diesem Zusammenhang ist strittig, ob das Konzernverhältnis per se die Vermutung der *causa societatis* rechtfertigt oder nur im Falle einer Mehrheitsbeteili-

14 OGH 14.09.2011, 6 Ob 29/11z; *Bauer/Zebetner* aaO § 82 Rz 87; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 31.

15 Solche für die Gesellschaft nachteiligen Geschäfte können aber zu einer (zivilrechtlichen) Haftung (wg Verstoßes gegen § 25 GmbHG) oder, im Falle eines besonders groben Regelverstoßes, gar Strafbarkeit der Geschäftsführer (etwa nach § 153 StGB) führen, *Bauer/Zebetner* aaO § 82 Rz 86; *Kals*, *ecolex* 2014, 497.

16 *Lampfmayr*, Verbotene Einlagenrückgewähr durch Vermögensauskehr an Nichtgesellschafter 40; *Bauer/Zebetner* aaO § 82 Rz 82; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 31/1.

17 *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 20; *Bauer/Zebetner* aaO § 82 Rz 82; *Lampfmayr*, Verbotene Einlagenrückgewähr durch Vermögensauskehr an Nichtgesellschafter 34; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 6/1; im Ergebnis auch *Köppel* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 14; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 46, mit der Einschränkung, dass der atypische stille Gesellschafter wohl dann erfasst sein soll, wenn seine Rechte eine maßgebliche Einflussnahme auf die Gesellschaft erlauben.

18 *Bauer/Zebetner* aaO § 82 Rz 81.

19 Auch iZm der Kapitalaufbringung zeigt sich, dass schuldrechtliche Verpflichtungen weniger Bestand haben als gesellschaftsrechtliche. So kann etwa ein Aktionär (bei Vereinbarung einer Sacheinlage) seine Einlageverpflichtung nicht erfüllen, indem er eine schuldrechtliche Forderung, die gegen ihn besteht, in die Gesellschaft einbringt, *Heidinger/Schneider* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 20 Rz 14; Dadurch würde im Ergebnis die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zur Leistung der Einlage durch eine schuldrechtliche (schwächere) Verpflichtung ersetzt, *Schall* in *GroßKomm*<sup>5</sup> § 27 Rn 167.

20 OGH 26.09.2017, 6 Ob 204/16t, dazu *Abumurieh/H. Foglar-Deinhardstein*, *GES* 2019, 5.

21 *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 45; OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f.

22 *H. Foglar-Deinhardstein*, aaO § 82 Rz 67.

23 OGH 17.01.2018 6 Ob 199/17h, OGH 15.12.2014 6 Ob 14/14y; OGH 01.09.2010, 6 Ob 132/10w; *Bauer/Zebetner* aaO § 82 Rz 78.

24 *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 30; *H. Foglar-Deinhardstein* aaO § 82 Rz 67.

25 *Straube* in *FS Bittner* (2018), 660.

gung.<sup>26</sup> Zuwendungen an verbundene Gesellschaften sollen jedenfalls dann erfasst sein, wenn die Leistung auf Veranlassung des unmittelbaren Gesellschafters der leistenden Gesellschaft erfolgt.<sup>27</sup> *U.Torggler* spricht sich dafür aus, dass überhaupt nur jene Fälle erfasst sein sollen, in denen dem unmittelbaren Gesellschafter durch die Zuwendung ein Vorteil entsteht. Er sieht in der Konzernverbundenheit, selbst bei Vorliegen einer *causa societatis*, keinen Zurechnungsgrund, sondern stellt vielmehr darauf ab, ob ein unmittelbarer Gesellschafter durch die Vermögensverlagerung auf eine andere Konzerngesellschaft einen Vorteil erlangt.<sup>28</sup>

### 2.3.3 Sonstige Zuwendungsempfänger

Leistungen der Gesellschaft an Dritte unterliegen nicht dem Verbot der Einlagenrückgewähr, selbst wenn keine adäquate Gegenleistung erbracht wird.<sup>29</sup> Sonstige Dritte sind nur dann von der Wirkung des Verbots der Einlagenrückgewähr erfasst, wenn sie kollusiv mit dem Gesellschafter zusammenwirken.<sup>30</sup>

### 2.4 Leistungen an Stiftungsbeteiligte

Zu unterscheiden ist zwischen Zuwendungen an Stiftungsbeteiligte, die vor Übertragung der zuwendenden Gesellschaft an die Privatstiftung Gesellschafter waren und Stiftungsbeteiligte, die keine Gesellschafterstellung innehatten.

Der in der Praxis oft anzutreffende Fall ist, dass ein Stifter seine Unternehmensbeteiligungen an die Privatstiftung überträgt, aber auch nach der Übertragung starken Einfluss auf „sein“ ehemaliges Unternehmen ausübt. In dieser Konstellation sind Leistungen der Gesellschaft an den Stiftungsbeteiligten somit immer auch Leistungen an den ehemaligen Gesellschafter.

*Auer* nimmt für eine Zurechnung über Privatstiftungen als Gesellschafter der zuwendenden Gesellschaft eine analoge Anwendung der zum Pflichtteilsrecht vertretenen Vermögensopfertheorie an.<sup>31</sup> Daraus würde folgen, dass der Stiftungsbeteiligte solange noch als Gesellschafter (und somit Adressat des Verbots der Einlagenrückgewähr) der formal auf die Privatstiftung übertragenen Gesellschaft anzusehen ist, als er sich

wesentlichen Zugriff auf das Vermögen der Stiftung vorbehalten hat.<sup>32</sup> Die Vermögensopfertheorie kann folglich nur auf denjenigen Stiftungsbeteiligten angewendet werden, der vor der Übertragung der Gesellschaftsanteile an die Stiftung selbst Gesellschafter war (in der Praxis wird dies in aller Regel der Stifter sein). In jenen Fällen, in denen der Zuwendungsempfänger ehemaliger Gesellschafter der zuwendenden Gesellschaft ist, folgt die Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr aber bereits aus der ehemaligen Gesellschafterstellung des Stiftungsbeteiligten, sofern die Zuwendung auf die ehemalige Gesellschafterstellung zurückzuführen ist (siehe dazu 2.3.2).<sup>33</sup> Somit muss nicht die Vermögensopfertheorie für eine Zurechnung bemüht werden. Vielmehr ist nach den Kriterien zu fragen, die dazu führen, dass eine Zuwendung an den Stiftungsbeteiligten als „in Hinblick auf die frühere Gesellschafterstellung erbracht“ gilt.

In diesem Sinne ist mE auch die Entscheidung des OGH zu verstehen. Der OGH begründet die Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr damit, dass die Erstbeklagte die Privatstiftung tatsächlich beherrschte, da sie faktisch großen Einfluss hatte und eine Vielzahl von Entscheidungen selbst traf. In Hinblick auf diese Gestaltungsmöglichkeiten sei bei Abschluss der Vereinbarung über das Wohnungsgebrauchsrecht noch ein Zusammenhang mit der früheren Gesellschafterstellung der Erstbeklagten zu sehen.

Auch wenn in 6 Ob 195/18x die Zurechnung der Zuwendung an die Stiftungsbeteiligte über deren ehemalige Gesellschafterstellung erfolgte, soll auf die Frage eingegangen werden, ob und unter welchen Voraussetzungen Zuwendungen von einer von der Privatstiftung gehaltenen Gesellschaft an Stiftungsbeteiligte, die keine ehemaligen Gesellschafter sind, dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen können.

Nach *Karollus* können Stiftungsbeteiligte, die keine (ehemaligen) Gesellschafter der von der Privatstiftung gehaltenen Gesellschaft sind, dann vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfasst sein, wenn bestimmte Kriterien vorliegen, nach denen der Stiftungsbeteiligte als ein vom Eigenkapitalersatzrecht erfasster Gesellschafter anzusehen wäre.<sup>34</sup> Diese Überlegung ist nahe-

26 *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 32; *Bauer/Zebetner aaO* § 82 Rz 84 mwN.

27 *Bauer/Zebetner aaO* § 82 Rz 85 mwN.

28 *U.Torggler*, GesRZ 2013, 14.

29 *Bauer/Zebetner aaO* § 82 Rz 86 mwN.

30 Vgl etwa OGH 25.6.1995, 4 Ob 2078/96; in anderen Entscheidungen stellt der OGH darauf ab, ob der Dritte Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vom Verstoß einer Zuwendung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr hatte, OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f.

31 *Auer in Gruber/Harrer GmbHG<sup>2</sup>* § 82 Rz 31.

32 Nach der *Jud* ist dies der Fall, wenn sich der Stifter das Widerrufsrecht vorbehalten hat, OGH 05.06.2007, 10 Ob 45/07a = SZ 2007/92, wenn sich der Geschenkgeber einer Liegenschaft sämtliche Nutzungen durch Vereinbarung eines Fruchtgenussrechts vorbehalten hat, OGH 06.08.2015, 2 Ob 125/15v = SZ 2015/78, wohingegen ein umfassendes Änderungsrecht des Stifters dem Vermögensopfer nicht entgegenstehen soll, OGH 23.03.2018, 2 Ob 98/17a.

33 In diesem Sinne wohl auch *Karollus*, ZfS 2015, 149 f.

34 *Karollus*, ZfS 2015, 150; *Lamplmayr*, Nichtgesellschafter im persönlichen Anwendungsbereich des Verbotes der Einlagenrückgewähr, 42 ff.



liegend, da sowohl § 82 GmbHG (bzw § 52 AktG) als auch das EKEG der Kapitalerhaltung dienen.<sup>35</sup> Ähnlich wie beim Verbot der Einlagenrückgewähr sind auch im Eigenkapitalersatzrecht Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen, konkret die Rückzahlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen, unzulässig.<sup>36</sup> Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings darin, dass im Eigenkapitalersatzrecht gesetzliche Regelungen existieren, die objektive Kriterien für das Vorliegen einer Krise der Gesellschaft und somit für die Anwendung des EKEG auf Darlehen eines Gesellschafters normieren. Anders als bei der Einlagenrückgewähr muss ein Drittvergleich nicht vorgenommen werden.<sup>37</sup> Auch werden in den Anwendungsbereich des EKEG kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung Nichtgesellschafter miteinbezogen. Nach dem EKEG trifft die Vermutung der *causa societatis* nicht nur auf Darlehen der Gesellschafter zu, sondern auch sonstiger Personen die nach der Wertung des EKEG Finanzierungsverantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft haben.<sup>38</sup> § 5 Abs 1 Z 3 EKEG etwa unterstellt Kreditgeber die keine Gesellschafter sind, aber wie Gesellschafter, denen die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, einen beherrschenden Einfluss auf die kreditnehmende Gesellschaft haben, dem Anwendungsbereich des EKEG. Für die Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr soll nach *Karollus* aber eine bloße Beherrschung des Zuwendungsempfängers ohne Beteiligung am Vermögen der zuwendenden Gesellschaft nicht ausreichen.<sup>39</sup> Die Übertragung der Wertung des § 5 Abs 1 Z 3 EKEG auf die Einlagenrückgewähr lehnt er ab.<sup>40</sup>

Anderes soll nach *Karollus* aber für § 8 Z 1 EKEG gelten, der gerade auf die Zwischenschaltung von Privatstiftungen zwischen Kreditgeber und kreditnehmender Gesellschaft abstellt.<sup>41</sup> Diese Bestimmung erfasst Konstellationen, in denen die Stiftung eine kontrollierende Beteiligung an der kreditnehmenden Gesellschaft hält und der Kreditgeber über Rechte verfügt, die ihm wiederum einen beherrschenden Einfluss auf die Stiftung und somit mittelbar Einfluss auf das Vermögen der kreditnehmenden Gesellschaft ermöglichen.<sup>42</sup> Hier liegen beide von *Karollus* geforderten Kriterien, Einflussrechte und (mittelbare) Rechte am Vermögen, vor.

Auch *Lamplmayr* zieht das Zurechnungskonzept des § 8 Z 1 EKEG für die Einlagenrückgewähr heran

und stellt auf Einflussrechte der kreditgebenden Person auf die zwischengeschaltete Stiftung ab, wobei er sich angesichts der großen Gestaltungsspielräume bei Privatstiftungen für eine einzelfallbezogene Beurteilung ausspricht.<sup>43</sup> Ein beherrschender Einfluss iSd § 8 Z 1 EKEG soll dann vorliegen, wenn in die Geschäftsführung eingegriffen werden kann.<sup>44</sup>

## 2.5 Bewertung

Ein Stiftungsbeteiligter, der die Kriterien des § 8 Z 1 EKEG erfüllt kann als gesellschafterähnlich anzusehen sein, ist aber kein Gesellschafter. Ob dies alleine ausreicht, um Zuwendungen einer von der Privatstiftung gehaltenen Gesellschaft dem Verbot der Einlagenrückgewähr zu unterwerfen, führt letztendlich zur Frage, ob eine Leistung der Gesellschaft an einen Nichtgesellschafter alleine deswegen *causa societatis* erfolgt, weil der Zuwendungsempfänger eine gesellschafterähnliche Stellung hat. Gegen eine Übernahme der Wertung des § 8 Z 1 EKEG ist ins Treffen zu führen, dass der Gesetzgeber Nichtgesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen kraft ausdrücklicher Regelung dem EKEG unterstellt. Dies ist bei der Einlagenrückgewähr gerade nicht der Fall. § 82 GmbHG stellt vielmehr darauf ab, dass durch die Zuwendung einem Gesellschafter ein Vorteil zukommt, unabhängig von dessen Einflussmöglichkeiten und auch unabhängig von seiner Beteiligungshöhe.<sup>45</sup> Auch wenn die *Jud* (und teilweise die *Lehre*) den Gesellschafterbegriff extensiv ausdehnt, entschied der OGH erst jüngst, dass nur solche Gesellschafter vom Verbot der Einlagenrückgewähr zu erfassen sind, die auch tatsächlich eine Einlage geleistet haben (siehe 2.3.2). *ME* ist alleine eine gesellschafterähnliche Stellung eines Stiftungsbeteiligten, die über Einflussrechte und gewisse Rechte am Vermögen (zB über eine Begünstigtenstellung) vermittelt wird, nicht geeignet, den Zuwendungsempfänger dem Verbot der Einlagenrückgewähr zu unterstellen.

Auch kann für eine Zuwendung der von einer Stiftung gehaltenen Gesellschaft an einen Stiftungsbeteiligten, der die Kriterien des § 8 Z 1 EKEG erfüllt, alleine deswegen nicht die Vermutung der *causa societatis* gelten.<sup>46</sup> Dies ergibt sich *mE* auch nicht aus der gegenständlichen Entscheidung. Die Erstbeklagte hatte zwar

35 *Bauer/Lebetner* aaO § 82 Rz 161.

36 *Lamplmayr*, aaO, 60.

37 *Lamplmayr*, aaO, 56.

38 *Lamplmayr*, aaO, 66 ff.

39 *Karollus*, *ZfS* 2015, 150 f.

40 *Karollus*, *ZfS* 2015, 159 FN 43 mit Verweis auf *Lamplmayr* aaO.

41 *Karollus*, *ZfS* 2015, 150.

42 *Karollus*, *ZfS* 2015, 151.

43 *Lamplmayr*, aaO, 90.

44 *Lamplmayr*, aaO, 98 mit Verweis auf *Hochedinger*, *GesRZ* 2004, 376.

45 *U.Torggler*, *GesRZ* 2013, 14.

46 In diesem Sinne wohl *Straube* in *FS Bittner* (2018), 664, der die Parallele zu den Leistungen an nahe Angehörige des Gesellschafters zieht. Selbst bei Zuwendungen an Konzerngesellschaften des unmittelbaren Gesellschafters der leistenden Gesellschaft ist strittig, ob alleine das Vorliegen eines Konzernverhältnisses geeignet ist, eine *causa societatis* in der Zuwendung zu sehen (siehe Punkt 2.3.2).

weitreichende Einflussrechte auf die Privatstiftung und war auch Begünstigte. Nach der Urteilsbegründung war aber nicht die gesellschafterähnliche Stellung ausschlaggebend, sondern ob bei Abschluss der Vereinbarung über das Wohnungsgebrauchsrecht noch ein Zusammenhang zur früheren Gesellschafterstellung der Erstbeklagten bestand. Allerdings findet sich hier in der Urteilsbegründung eine Formulierung, die erahnen lässt, dass der OGH sich der Möglichkeit zumindest nicht verschließen möchte, in einer anderen (künftigen) Fallkonstellation aufgrund einer sehr starken Stellung eines Stiftungsbeteiligten (der kein ehemaliger Gesellschafter ist) eine Zuwendung dem Verbot der Einla-

genrückgewähr zu unterstellen.<sup>47</sup> Man wird jedenfalls davon ausgehen müssen, dass eine starke Position eines Stiftungsbeteiligten auf die Privatstiftung, die ihm eine gesellschafterähnliche Stellung vermittelt,<sup>48</sup> und eine Zuwendung, die *causa societatis* erfolgt, einen ausreichenden Zurechnungsgrund darstellt. Entsteht der Privatstiftung als unmittelbarer Gesellschafterin der leistenden Gesellschaft durch die Zuwendung an einen starken Stiftungsbeteiligten ein Vorteil, wird eine (widerlegbare) *causa societatis* zu vermuten sein. Dies ist etwa denkbar, wenn der Begünstigte einen Anspruch auf Zuwendungen hat und die Leistung gegen einen Verzicht des Begünstigten auf Zuwendungen erfolgt.

---

47 In diesem Sinne wohl auch *Karollus* in ZfS 2019, 18.

48 Die konkrete Ausgestaltung der Stellung des Stiftungsbeteiligten wird einzelfallbezogen zu evaluieren sein. In diesem Zusammenhang ist *Karollus* zu folgen, der Einflussrechte und Rechte am Vermögen fordert, ZfS 2015, 150 f.