

# Einlagenrückgewähr - Ausgewählte Aspekte

Univ.-Prof. Dr. Georg E. Kodek

- I. Allgemeines
- II. Beispiele
- III. Neuere Judikatur
- IV. Erfasster Personenkreis
- V. IPR
- VI. Rechtsfolgen
- VII. Firmenbuch
- VIII. GmbH & CoKG
- IX. Verhältnis zu anderen Ansprüchen
- X. Zwischenbilanz: Problemfelder
- XI. Ausgewählte Literatur

# I. Allgemeines

## A. Grundsätze

§ 82 GmbHG:

*(1) Die Gesellschafter können ihre Stammeinlage nicht zurückfordern; sie haben [...] nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss [...] sich ergebenden Bilanzgewinn ....*

Ähnlich § 52 AktG

**Begriffsbestimmung:** geht eigentlich um **umfassende Vermögensbindung** der Gesellschaft

In Ö bei GmbH und AG gleich (anders in D !)

- **Ausgangslage:** Rechtsgeschäfte zwischen AG/GmbH und Gesellschafter sind grundsätzlich zulässig
- Gesellschafter darf aus diesen Rechtsgeschäften eine Leistung der Gesellschaft erhalten
- **Aber:** Wert der Leistung der Gesellschaft muss durch die Gegenleistung des Gesellschafters abgegolten werden
  - ➔ zulässig nur bei „angemessenen“ (fremdüblichen) Konditionen
    - Anderenfalls liegt eine „verdeckte Einlagenrückgewähr“ vor

## **Verdeckte Einlagenrückgewähr:**

Unzulässig ist jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter in Vertragsform oder auf andere Weise, der den Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses zulasten des gemeinsamen Sondervermögens bevorteilt.

*Ulmer/Müller*

OGH JBI 2006, 388 (*Artmann*)

- **Steuerrechtliche Definition:**
- Als verdeckte Gewinnausschüttung sind alle unmittelbaren oder mittelbaren, nicht ohne Weiteres als Ausschüttungen von Gewinnanteilen erkennbaren Zuwendungen aus dem Vermögen der Körperschaft an die an ihr beteiligten Personen zu verstehen, die sich als Zuwendung von Teilen des Einkommens der Körperschaft darstellen.
- VwGH GeS 2003, 318 (*Herdin*)

- **Beachte:**
- Parallelen in der Begriffsbildung, aber nicht zwingend deckungsgleich.
- Daher denkbar, dass steuerrechtlich eine verdeckte Gewinnausschüttung zu bejahen ist, gesellschaftsrechtlich aber nicht.
- VwGH QuHGZ 1980, 475

1. Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung als Grundvoraussetzung → Vermutung für VGA
  2. Widerlegung der Vermutung möglich durch
    - **Drittvergleich** (Geschäft wäre auch mit einem außenstehenden Dritten geschlossen worden)
    - *oder* durch **Betriebliche Rechtfertigung**  
6 Ob 288/99t; 6 Ob 271/05d
- Auf subjektive Kriterien (Begünstigungsabsicht, Umgehungsabsicht) kommt es nach hA nicht an



- Gilt auch für Vermögensverschiebungen zugunsten des **einzigsten** Gesellschafters
- NZ 1929, 28
- Unmaßgeblich ist, ob der Vermögenstransfer in der Bilanz seinen Niederschlag findet.
- JBI 2006, 388

- **Objektives Missverhältnis** zwischen Leistung und Gegenleistung zulasten der Gesellschaft reicht aus. Dann kann angenommen werden, dass das Geschäft causa societatis zustande gekommen ist.
  - OGH JBI 2006, 88
  - 6 Ob 226/09t

- **Beweislast:** bei objektivem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung Vermutung für Begünstigung des Gesellschafters – Gegenbeweis möglich (OGH 20.1.2000, 6 Ob 288/99t)
- auch bei Unangemessenheit "**betriebliche Rechtfertigung**" aus der Sicht der Gesellschaft möglich (vgl 6 Ob 271/05d)
  - ➔ Nicht: Bloßes "Konzerninteresse"
- oder Nachweis, dass das Geschäft **nicht von** der **Gesellschaftereigenschaft beeinflusst** wurde (genauso mit einem Dritten geschlossen worden wäre)

# B. Fremdvergleich

- Fremdvergleich
  - VwGH GesRZ 2007, 212
  - GesRZ 2007, 140 ua
- Methoden (*Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 122)
  - Wiederverkaufspreismethode
  - Kostenaufschlagsmethode
  - Gewinnverteilungsmethode

- **Beispiele:**

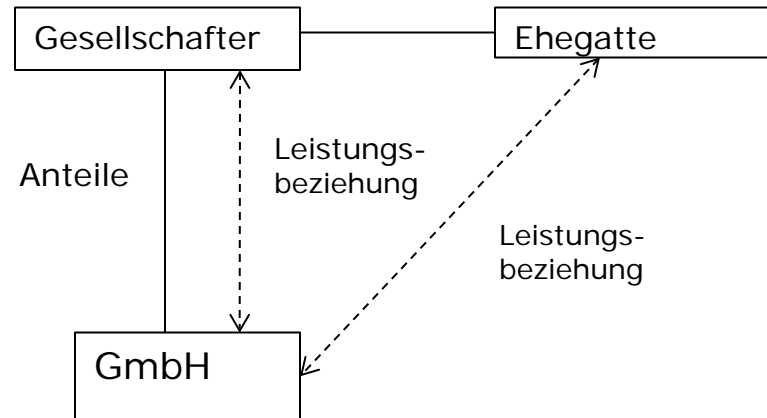
- Übertragung eines 100%-igen Geschäftsanteils von einer GmbH auf ihren Gesellschafter zu einem Kaufpreis in Höhe des Stammkapitals
  - wbl 1992, 305
- Auch wenn Äquivalenz fehlt, ist **zusätzlich** zu prüfen, ob ein sorgfältig handelnder Geschäftsleiter das Geschäft auch mit einem Dritten hätte abschließen dürfen.
  - JBI 2006, 388

# C. Betriebliche Gründe

- Eine verdeckte Einlagenrückgewähr kann auch damit gerechtfertigt werden, dass besondere betriebliche Gründe im Interesse der Gesellschaft vorliegen, wenn dies nach der Formel des Fremdvergleichs dahin gedeckt ist, dass das Geschäft, das mangels objektiver Wertäquivalenz ein Vermögensopfer der Gesellschaft bedeutet, auch mit einem Außenstehenden geschlossen worden wäre.
- 6 Ob 271/05d  
(Gemeinsamer Kontokorrentkredit einer Gesellschaft und eines ihrer Gesellschafter als Solidarkreditnehmer, bei dem die Gesellschaft für die Rückzahlung auch dann haftet, wenn die Kreditvaluta dem Gesellschafter zufließen. Für das rechtfertigende Eigeninteresse der Gesellschaft sprechen die geringeren Kreditspesen, vor allem aber die festgestellten Aspekte der wirtschaftlichen Zusammenarbeit beider Unternehmen.)

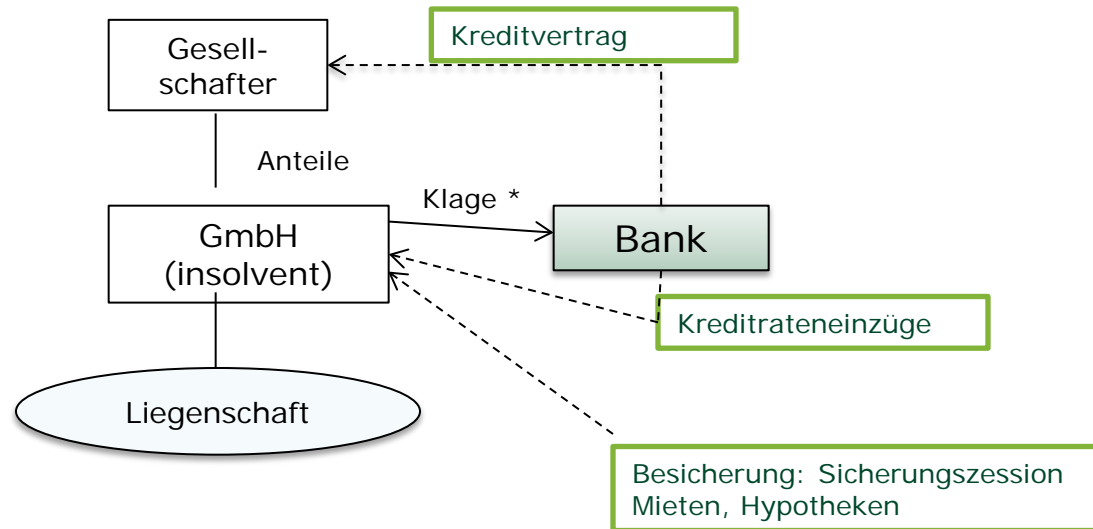
- überhöhte Gehälter/Pensionszusagen
  - VwGH GeS 2004, 287
- Mithaftung der GmbH für Leasingraten des Pkw des Gesellschafters
  - RdW 2007, 382

Variante 1:





Variante 2:



\* Rückzahlung Kreditraten  
Unwirksamkeit Besicherung

- Übernahme von Versicherungsprämien durch Gesellschaft
  - VwGH ecolex 1992, 273
  
- Verzinsung einer Privatschuld eines Gesellschafters
  - VwGH ÖJZ 1980, 162
  
- Verzicht auf Forderungen gegen den Gesellschafter
  - VwGH RWZ 2006, 175

- Vermietung an GmbH zu überhöhtem Mietzins
  - 6 Ob 132/10w
  
- Veräußerung einer Bibliothek durch Gesellschafter an Gesellschaft zu überhöhtem Preis (6 Mio ATS)
  - VwGH 2006/15/0215

- Tragung von Privataufwendungen eines Gesellschafters
  - ecolex 2006, 222
  
- Überlassung von Geschäftschancen ?
  - (3 Ob 287/02f; 6 Ob 251/05d)

- Bestellung einer Sicherheit durch Gesellschaft für eine Gesellschafterschuld
  - JBI 2006, 388
  - wbl 2004, 192
- **wenn** Regressanspruch nicht durchsetzbar oder keine angemessene Gegenleistung
- an Werthaltigkeit des Regressanspruchs hohe Anforderungen!

- Verpfändung der gesamten Aktiva der Zielgesellschaft für ein von der Übernahme-Gesellschaft zum Zweck der Anteilserwerbung aufgenommenes Darlehen bedenklich
  - *Koppensteiner/Rüffler* § 82 Rz 17a
- Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr wird auch dann verstoßen, wenn die Zielgesellschaft nicht bloß eine fremde Verbindlichkeit sichert, sondern selbst einen Kredit aufnimmt, um dem Käufer die Mittel für den Anteilserwerb zur Verfügung zu stellen. Maßgebend ist, ob das Geschäft dem Fremdvergleich standhält und auch dann so geschlossen worden wäre, wenn kein Gesellschafter (kein einem Gesellschafter nahestehender Dritter) daraus einen Vorteil zöge. 4 Ob 2078/96h

- Eine verdeckte Einlagenrückgewähr kann auch damit gerechtfertigt werden, dass besondere betriebliche Gründe im Interesse der Gesellschaft vorliegen, wenn dies nach der Formel des Fremdvergleichs dahin gedeckt ist.
- Für den gemeinsamen Kontokorrentkredit einer Gesellschaft und eines ihrer Gesellschafter als Solidarkreditnehmer, bei dem die Gesellschaft für die Rückzahlung auch dann haftet, wenn die Kreditvaluta dem Gesellschafter zufließen, liegt ein rechtfertigendes Eigeninteresse der Gesellschaft vor. Dafür sprechen die geringeren Kreditspesen; vor allem aber die festgestellten Aspekte der wirtschaftlichen Zusammenarbeit beider Unternehmen.
  - 6 Ob 271/05d

- Nachfolgender downstream-merger ändert an Verstoß gegen Einlagenrückgewähr nichts, wenn Vermögensbestand der früheren Muttergesellschaft negativ ist
  - SZ 69/149



- Dieselben Grundsätze gelten für Darlehensgewährung der Gesellschaft an ihre Gesellschafter.
- Nur bei unbedenklicher Bonität zulässig; existenzbedrohende Risiken dürfen nicht übernommen werden.
  - Vgl VwGH RWZ 2007, 66
  - 6 Ob 271/05d = JBI 2006, 388
- Auch bei voller Besicherung sind existenzgefährdende Kredite unzulässig
  - BGH ZIP 2004, 263 (str)

- Strittig ist *Zeitpunkt* des Verstoßes
- Gewährung des unzulässigen Darlehens
  - BGH ZIP 2004, 263
- Bilanzielle Betrachtung: erst wenn Inanspruchnahme der Sicherheit bzw Ausfall des Kredits so wahrscheinlich, dass er sich in der Bilanz niederschlägt
  - *Bauer/Zehetner in Straube, § 82 Rz 121 ff*

- Auch **Umgründungen** können gegen § 82 verstoßen.
- Keine abschließende Regelung des Gläubigerschutzes durch §§ 226 ff AktG
- Wird überschuldete Mutter downstream verschmolzen, übernimmt die Tochter zugunsten ihres Gesellschafters mehr Verbindlichkeiten, als sie Aktiva erhält.
  - Vgl GesRZ 2000, 25
  - GesRZ 2001, 87

- Inwieweit dies auch für **upstream-Verschmelzungen** gibt, ist strittig.
- **Schwesternverschmelzung (sidestream)** jedenfalls sittenwidrig, wenn die fusionierte Gesellschaft überschuldet ist.
  - GesRZ 2003, 287
  - vgl auch 6 Ob 165/04i
- Auch **Einbringung** kann gegen § 82 verstoßen, wenn Gesellschaft auf Veranlassung des Gesellschafters in eine Schwestergesellschaft Vermögen gegen unangemessene Gegenleistung erbringt
  - wbl 2000, 330

- Bei der Einbringung eines Unternehmens als **Sacheinlage** gegen Anteilsgewährung kann die Einlagenrückgewähr darin bestehen, dass der Verkehrswert des in die Kapitalgesellschaft eingebrachten Unternehmens unter Berücksichtigung der aufgrund unbarter Entnahmen bestehenden Verbindlichkeit der Gesellschaft die gewährte Stammeinlage nicht deckt oder die Entnahmen zu einer wertmäßigen Überschuldung des eingebrachten Unternehmens (Fehlen eines positiven Verkehrswertes) führt.
  - 6 Ob 196/03x
  - 2 Ob 143/07d

- **Einbringung downstream** ohne Gegenleistung stellt grds keine verbotene Einlagenrückgewähr dar, weil die unentgeltliche Zuwendung in die Tochter deren Beteiligungswert entsprechend erhöht
  - ecolex 2002, 26
  - wbl 2005, 236
- Anders, wenn der Tochter **kein positiver Verkehrswert** zugeführt wird, etwa wegen überhöhter Entnahmen im Zuge einer Einbringung gem Art III UmgrStG
  - GesRZ 2003, 163

- Wird eine Gesellschaft mit hohem Stammkapital auf eine solche mit niedrigem Stammkapital verschmolzen, würde sich das vormals gebundene Vermögen in frei ausschüttbares verwandeln: sog „**kapitalentsperrender Effekt**“
  - GesRZ 2000, 25
  - OLG Wien GesRZ 2004, 204
- Muss bei sonstiger **Nichtigkeit** dadurch neutralisiert werden durch
  - Anwendung der Vorschriften über Kapitalherabsetzung
  - Rücklagenbildung
  - Nachweis der Befriedigung der Gläubiger

# III. Neuere Judikatur: 6 Ob 29/11z

- Hypothekenbestellung durch eine GmbH für **Kredit eines Dritten** (Strohmann eines Gesellschafters)
- Mehrere Umstände machten Transaktion „hochverdächtig“:
  - Schon auffällig, dass eine Gesellschaft Sicherheit für jemand bestellt, mit dem sie in keinem Zusammenhang steht
  - Bank war auch das Konzept bekannt, wonach die S-GmbH und der Kreditnehmer Gesellschafter werden sollten



# 6 Ob 110/12p – überhöhter Mietzins (1)

- Sachverhalt: Kläger war Mehrheitsgesellschafter und GF der beklagten GmbH. Die GmbH benötigt Parkplätze und Lagerflächen und mietet dafür ein Büroobjekt des Klägers an. Der Mietzins lag nach Feststellungen einer Betriebsprüfung 200 % über dem ortsüblichen Mietzins.
- Kläger klagt Mietzins ein; GmbH wendet Ansprüche aus Einlagenrückgewähr kompensando ein.
  - (6 Ob 110/12p; vgl auch 8 Ob 20/13v)

# 6 Ob 110/12p – überhöhter Mietzins (2)

- Drittvergleich:
  - Konditionen, aber auch
  - **ob überhaupt** Geschäft abgeschlossen worden wäre.
- Kein Zuschlag für „Monopolstellung“

# 6 Ob 110/12p – überhöhter Mietzins (3)

- **Nichtigkeit** (so auch hL, ebenso in D zur AG)
- Teil- oder Gesamtnichtigkeit
  - Hypothetischer Parteiwille
  - Bei Streit um vergangene Perioden kein Unterschied
    - *Bollenberger* (RdW 2008): Teilnichtigkeit bei Parteiwille und fehlender Schutzwürdigkeit des Gesellschafters
  - Sofern Liegenschaft überhaupt nicht hätte angemietet werden dürfen, ist Benützungsentgelt nur Parkplatz zu berechnen, Rest wäre aufgedrängte Bereicherung

# 6 Ob 110/12p – überhöhter Mietzins (4)

## ■ **Aufrechnung**

- Aufrechnungsverbot steht Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs nicht entgegen

## ■ **Verjährung**

- Rückwirkung der Aufrechnung
- Rückforderungsanspruch nach § 83 GmbHG konkurriert mit bereicherungsrechtlichen Ansprüchen, § 83 Abs 5 GmbHG daher keine *lex specialis*
- Verjährung hatte iSd § 1494 ABGB nicht begonnen, solange Kläger GF der GmbH war

# 6 Ob 153/12m - Tischplatten

- Klage einer Minderheitsgesellschafterin
- GmbH lieferte an Schwestergesellschaft Tischplatten unter Herstellungskosten
- Aber: Deckungsbeitrag nicht geringer als bei anderen Kunden
- Betriebliche Rechtfertigung:
  - Schwestergesellschaft war größter Kunde
  - Regelmäßige langjährige Produktabnahme
  - Übernahme von Werbemaßnahmen für die Gesellschaft
  - **Fremdvergleich bejaht**

# 6 Ob 48/12w – Kreditaufnahme für Unternehmenserwerb (1)

- Tochtergesellschaft nimmt Kredit für „Firmenerwerb“ auf. Später Wechsel des Kreditnehmers auf Muttergesellschaft
- Mit diesem Kredit wird Erwerb der Gesellschaftsanteile finanziert
- Muttergesellschaft (nur zum Zweck des Unternehmenserwerbs gegründet) nahm gleichfalls Kredit auf
- In der Folge Verschmelzung upstream
- Der Bank waren diese Umstände im vorhinein bekannt

# 6 Ob 48/12w – Kreditaufnahme für Unternehmenserwerb (2)

- Berufungsgericht: verbotene Einlagenrückgewähr an Muttergesellschaft und deren Gesellschafter
- Revision zurückgewiesen
- Wenn Geschäft ungültig ist, bestehen auch keine **Bereicherungsansprüche**, die Zweck des § 82 GmbH zuwiderlaufen

- Scharfe Ablehnung („Blödsinn“: RA \*\*\*\*\*, nicht veröffentlicht)
- Zustimmung: *Richter*
- Einschränkung: *Brugger*
- Kritik, Einschränkung: *Karollus*
  - Entscheidend sei Zulässigkeit der Verschmelzung
  - Ausschluss der Bereicherung fraglich, wenn und soweit Bereicherung verblieben ist, zB in Form von Ansprüchen gegen Dritte (*s Krejci*, FS Koppensteiner)



- Finanzierungsmodell: Kreditaufnahme durch Zielgesellschaft, Mittel aus dem Kredit ausschließlich zur Finanzierung des Anteilerwerbs
- Besicherung durch (*abstrakte*) Garantien von Gesellschafter und FG des Erwerbsvehikels
  - (Anm: Daher keine Aussage zu akzessorischen Sicherheiten)
- Insolvenzeröffnung über Zielgesellschaft zwei Jahre nach Übernahme
- Bank macht Anspruch aus Garantieerklärungen geltend

- OGH: Tilgung des Akquisitionskredits aus ausgeschütteten Gewinnen verstößt nicht gegen § 82 GmbHG
- Fortschreibung der Weiterleitungs-Judikatur: Zweck der Finanzierung des Anteilserwerbs führt zu Unzulässigkeit des von der Zielgesellschaft aufgenommenen Kredits
- Einwendungen Nichtigkeit, verdünnte Willensfreiheit etc nicht erfolgreich

# IV. Erfasster Personenkreis

- **Normadressaten** des in § 82 GmbHG und § 52 AktG enthaltenen Verbotes der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter (Aktionär), nicht aber auch ein Dritter.
- § 83 Abs 1 GmbHG und § 56 AktG räumen der Gesellschaft einen **Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter** (Aktionär) ein.
- **Dritte** sind bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig.
  - 4 Ob 2078/96h
  - 9 Ob 25/08d

- Ehemalige und künftige Gesellschafter
  - 6 Ob 132/10w
  
- Personen, denen wirtschaftliche Gesellschafterstellung zukommt
- Treugeber
  - 3 Ob 287/02f
  
- Auch zu vermuten, wenn an Ehegatten oder minderjährige Kinder geleistet wird  
BGH ZIP 1992, 242

- Bei verdeckter Einlagenrückgewähr durch Bestellung einer Sicherheit für eine Gesellschafterschuld richtet sich die Wirksamkeit des Vertrages im Verhältnis zum Sicherungsnehmer (idR Bank) nach den **Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht**.
  - JBI 2006, 388
  - Wbl 2004, 192
- Dem Dritten kann daher die Nichtigkeit entgegengehalten werden, wenn er vom Verbotsverstoß **wusste** oder dieser **evident** war.
  - JBI 2006, 388

- Nichtigkeit wirkt auch gegenüber Kreditinstituten, sofern Kollusion oder (grob?) fahrlässige Unkenntnis von Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot vorliegt.
  - 1 Ob 290/00d
  - Dt L (zur AG): positive Kenntnis und „Evidenz“

## ■ **Erkundigungspflicht**

- 6 Ob 271/05d
- 4 Ob 2078/96h; 7 Ob 35/10p
- Eine allgemeine Erkundigungs- und Prüfpflicht der Bank besteht nicht für alle Fälle denkmöglicher Einlagenrückgewähr, sondern ist nur dort zu fordern, wo sich der Verdacht schon so weit aufdrängt, dass er nahezu einer **Gewissheit gleichkommt**. (T4); Beisatz: Die Beurteilung muss für den **Zeitpunkt** des Abschlusses des Rechtsgeschäfts vorgenommen werden.
  - 9 Ob 25/08d
- Gilt wohl auch bei Leistungen an sonstige Dritte
  - 10 Ob 16/06k (Leasinggeber)

- Voraussetzung ist „**Österreichbezug**“
  - (*Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen [2008] § 3 EU-VerschG Rz 19).
- Ein solcher „Österreichbezug“ wäre etwa dann gegeben, wenn einziger Gesellschafter der übertragenden ausländischen Kapitalgesellschaft eine österreichische AG oder GmbH ist, deren Muttergesellschaft wiederum die gesamten Anteile an der übernehmenden österreichischen Kapitalgesellschaft hält.



- Ob ein derartiger „Österreichbezug“ sich aufgrund der § 10 IPRG zugrundeliegenden **Sitztheorie** nur daraus ergeben kann, dass der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft iSd § 224 Abs 2 AktG seinen Sitz in Österreich hat,
- oder iSd in § 1 Abs 1 IPRG angesprochenen Grundsatzes der „**stärksten Beziehung**“ (dazu *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB3 § 1 IPRG Rz 3) auch andere Bezugspunkte zu Österreich die Anwendbarkeit österreichischen Kapitalerhaltsrechts rechtfertigen können, wurde offen gelassen.
  - 6 Ob 226/09t

- Nach § 4 Abs 1 IPRG ist das fremde Recht grundsätzlich **von Amts wegen** zu ermitteln (vgl nur *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 4 IPRG Rz 1).
- Allerdings ist hier die Ausgestaltung des Firmenbuchverfahrens als (in der Regel einseitiges) Urkundenverfahren zu berücksichtigen.
  - 6 Ob 226/09t

- **Nichtigkeit**, weil Verbot der Einlagenrückgewähr dem Gläubigerschutz dient
  - 6 Ob 132/10w
  - wbl 2004, 192
  - SZ 69/149 = JBI 1997, 108 (*Hügel*)
  - hL, hL in D zur AG (anders zur GmbH und Mindermeinung [insb *Bayer*] zur AG)
- **von Amts wegen** wahrzunehmen
  - 6 Ob 132/10w

- Die absolute Nichtigkeit einer Vereinbarung wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr des §82 Abs1 GmbHG ist nur dann von Amts wegen wahrzunehmen, wenn **Anzeichen** bestehen, dass von der Gesellschaft erbrachte Leistungen für den Gesellschafter nicht Gewinnverwendung sind und ihnen auch keine gleichwertige Gegenleistung des Gesellschafters gegenübersteht.
  - 4 Ob 252/02s
  - 3 Ob 287/02f

- **Aber:**
- Von Gesellschafter selbst bestellte **Sicherheiten** vom Verbot der Einlagenrückgewähr nicht betroffen.
- Auch bei akzessorischen Sicherheiten kann sich Gesellschafter nicht auf eine aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr abgeleitete Nichtigkeit der Hauptschuld berufen.
  - 6 Ob 200/06i; vgl auch 3 Ob 50/13v

## Weitere Rechtsfolgen:

- Rückgewährungsanspruch
- Schadenersatzhaftung der Organe
- Strafrecht (§ 153 StGB, allenfalls auch § 156 StGB)
- (Außenhaftung des Aktionärs)
- (Ausfallhaftung der Mitgesellschafter)

# VII. Firmenbuch

- Auch im Firmenbuch von Amts wegen wahrzunehmen
  - 6 Ob 226/09t
  - ecolex 2003, 177
  - wbl 20000, 330

- Anwendung des Kapitalerhaltungsrechts der GmbH
- Umwandlung einer Einpersonen-Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft: Nach § 5 Abs 1 zweiter und dritter Satz UmwG idF ÜbRÄG 2006 (BGBl I 75/2006) muss bei der errichtenden Umwandlung die Höhe der übernommenen Einlagen der Höhe des Stammkapitals entsprechen.
- Es steht den Gesellschaftern frei, ob sie sich als Kommanditist oder Komplementär beteiligen. Dabei muss mindestens ein weiterer Gesellschafter hinzutreten.
- Dem bei Umwandlung unter Errichtung einer GmbH & Co KG im engsten Sinn erforderlichen Gläubigerschutz ist bereits im Eintragungsverfahren Rechnung zu tragen. 6 Ob 235/07p ua



- Ist bei einer Kommanditgesellschaft kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so sind die Vorschriften über das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 Abs 1 und § 83 Abs 1 GmbHG auf die Kommanditgesellschaft im Verhältnis zu ihren Kommanditisten analog anzuwenden.
- Der Rückersatzanspruch gemäß § 83 Abs 1 GmbHG steht dabei der Kommanditgesellschaft zu.
  - 2 Ob 225/07p

# IX. Verhältnis zu anderen Ansprüchen

- Gegenüber der **Anfechtung** der Einlagenleistung des Gesellschafters durch den Masseverwalter kann sich die Gesellschaft nicht auf die Kapitalerhaltungsregeln berufen.
  - 3 Ob 51/10m

- Vorrang von **Schadenersatzansprüchen** geschädigter Anleger vor Verbot der Einlagenrückgewähr
  - 7 Ob 77/10i
  - 6 Ob 28/12d
  - EuGH C-174/12 *Hirrmann/Immofinanz*
  - Vgl auch zur Einlagensicherung 4 Ob 89/13m;
  - Zur Rangfrage 1 Ob 34/13a; obiter auch 6 Ob 28/12d

# X. Zwischenbilanz: Problemfelder

- Anforderungen an „betriebliche Rechtfertigung“
- Anforderungen an „Evidenz“ des Verstoßes für Dritten (Bank)
- Verschmelzungen, insb
  - Gleichbehandlung von upstream und downstream?,
  - „Wartefrist“ vor Verschmelzung?
- allenfalls restliche Bereicherungsansprüche in Sonderkonstellationen

# XI. Ausgewählte Literatur

- *Brugger*, Das Ende des Special Purpose Vehicle (SPV) durch 6 Ob 48/12w? NZ 2013, 208
- *Hörlsberger/Rieder*, ecolex 2013/259 S 638
- *Karollus*, 6 Ob 48/12w: Das Ende der bisherigen LBO-/MBO-Finanzierungspraxis? GES 2013, 283
- *Kodek*, Einlagenrückgewähr – ausgewählte neuere Judikatur, in *Konecny*, Insolvenzforum 2010 (2011) 187
- *Reich-Rohrwig*, Unzulässige Einlagenrückgewähr im Spiegel der Rechtsprechung 2003 - 2013, ecolex 2013, 940
- *Richter*, Verbotene Einlagenrückgewähr bei einer Up-stream-Verschmelzung. Anmerkungen zu OGH 6 Ob 48/12w, ZIK 2013, 84
- *Wolkerstorfer/Gebetsberger*, ÖBA 2013, 601/1933

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



VIENNA UNIVERSITY OF  
ECONOMICS AND BUSINESS

**Department für Unternehmensrecht,  
Arbeits- und Sozialrecht**

Institut für Zivil- und Unternehmensrecht  
Welthandelsplatz 1/D3/1.OG, 1020 Vienna,  
Austria

**UNIV.PROF. DR. Georg E. Kodek**

T +43-1-313 36-4276DW

F +43-1-313 36-714DW

[georg.kodek@wu.ac.at](mailto:georg.kodek@wu.ac.at)

[www.wu.ac.at/privatrecht](http://www.wu.ac.at/privatrecht)