

Versicherungsrecht Rsp 2016

Lebensversicherung: Frühstorno

Haftpflichtversicherung:

Schwarze Ehre und Rabiaterperle (?)

Wachkomapatienten

Medizinische Behandlung

IRÄG und

Insolvenz natürlicher Personen

Großer Wert – kleiner Preis

Einlagenrückgewähr?

Neues Register für

Wirtschaftliche Eigentümer

Gleichwertiges Alternativverfahren für

Diensterfindungen

Reihengeschäfte – alles anders?

EuGH zur USt

Einlagenrückgewähr: Großer Wert und kleiner Preis – Darf das sein?

Das Verbot der Einlagenrückgewähr sichert das Vermögen der Kapitalgesellschaft gegen den gewinnunabhängigen Zugriff der Gesellschafter. Vermögenstransfers einer Gesellschaft an einen Gesellschafter gegen angemessene Gegenleistung sind freilich erlaubt. Die Frage, was eine angemessene Gegenleistung eigentlich ist, ist in einer Phase der Niedrig- und Negativzinsen und in Zeiten der Entwicklung digitaler Geschäftsmodelle neu zu stellen.

HEINRICH FOGLAR-DEINHARDSTEIN

A. Strenger Schutz vor gewinnunabhängigem Zugriff

1. Praktische Bedeutung für AG und GmbH

Das *Verbot der Einlagenrückgewähr* stellt normativ den Kern der *Kapitalerhaltung* dar.¹⁾ Die Kapitalerhaltung wiederum ist – neben Kapitalaufbringung und Insolvenzantragspflicht – eine der drei Säulen des *Gläubigerschutzes* im Kapitalgesellschaftsrecht.²⁾

Kommt es in einer GmbH, AG, SE oder GmbH (oder AG) & Co KG (oder & Co OG) zu einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr,

Mag. *Heinrich Foglar-Deinhardstein*, LL. M., ist Rechtsanwalt und Partner bei CHSH.

- 1) Grundlegend *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung; *Karollus* in *Leitner*, HB verdeckte Gewinnausschüttung² 1.
- 2) Vgl. *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumiehl/Hof-fenscher-Summer* (Hrsg.), GmbHG § 82 Rz 19 mwN.

bleibt dieser oft zunächst nach außen hin unbemerkt. Wird der Verstoß aber nachträglich – etwa im Zuge von Gesellschafterstreitigkeiten, bei Steuerprüfungen, in der Krise, Sanierung oder Insolvenz der Gesellschaft oder eines Gesellschafters, bei strafrechtlichen Ermittlungen³⁾ oder auch iZm Geschäftsführer- oder Gesellschafterwechseln (zB auch M&A-Transaktionen) – aufgegriffen, drohen – auch noch nach vielen Jahren – sehr unangenehme rechtliche und steuerliche Konsequenzen für alle vormalig am gesetzwidrigen Vorgang Beteiligten (Gesellschaft, Gesellschafter, Organwalter, allenfalls involvierte Dritte). Auch im Rahmen der Abschlussprüfung kann ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr aufgedeckt werden, in welchem Fall der Prüfer möglicherweise die Redepflicht (§ 273 UGB) ausüben muss.⁴⁾

Wegen einer bewussten Weichenstellung bei Erlassung des GmbHG im Jahr 1906⁵⁾ gibt es im österr Recht – anders als im deutschen – keine wesentlichen Unterschiede bei der Kapitalerhaltung zwischen Aktien- und GmbH-Recht.⁶⁾ Auch die österr GmbH trifft daher die volle Strenge der Kapitalerhaltung, nach der das gesamte Gesellschaftsvermögen geschützt ist. Jeder Verstoß bedroht das betroffene Rechtsgeschäft mit Nichtigkeit und die handelnden Personen (Gesellschafter, Organwalter, involvierte Dritte) mit Haftungsfolgen.

2. Zweck des Vermögensschutzes

Die Kapitalerhaltungsregeln schützen zunächst die jeweilige Gesellschaft selbst als den Dreh- und Angelpunkt der Kapitalerhaltung.⁷⁾ Der eigentliche Regelungszweck liegt allerdings nicht im Schutz der Gesellschaft, sondern in den Schutzzwecken, die das Verbot der Einlagenrückgewähr durch seine Ausstrahlung wahr: im Schutz der Gläubiger und mE auch im Schutz der (Minderheits-)Gesellschafter⁸⁾ und potentieller Anleger.⁹⁾ Für die Dauer des Bestands der Gesellschaft ist aber die Wahrung der Interessen der Gläubiger und der Gesellschafter in der Gesellschaft gebündelt und wird exklusiv über diese kanalisiert, damit die Gläubiger hinsichtlich der Ansprüche gegen Gesellschafter nicht in Konkurrenz zur Gesellschaft treten.¹⁰⁾

Aus rechtsökonomischer Sicht soll die Kapitalerhaltung verhaltenssteuernd verhindern, dass die Gesellschaft Risiken eingeht, die nicht im Verbandsinteresse liegen. Die Übernahme eines Risikos durch den Verband kann überhaupt nur dann zulässig sein, wenn der Gesellschaft zugleich auch die korrespondierende Chance zugewiesen wird.¹¹⁾ In diesem Licht ist die Kapitalerhaltung Ausgleichsinstrument sowohl für den Interessenkonflikt zwischen Eigen- und Fremdkapitalgebern als auch für den Interessengegensatz zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern.¹²⁾

Die Kapitalerhaltung etabliert somit ein „statusorientiertes System des präventiven Gläubiger- (und Aktionärs-)schutzes“¹³⁾ und verlangt, dass kein offener oder verdeckter Vermögenstransfer aus der Vermögenssphäre der Gesellschaft in die Vermögenssphäre eines Anteilseigners oder in die Sphäre von Dritten,

die einem Anteilseigner nahestehen, stattfindet; Vermögensabflüsse in Richtung der Ebene der Gesellschafter sind nur zulässig, wenn a) explizit ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand eingreift, der den Vermögenstransfer gestattet (zB Gewinnausschüttung), oder b) ein solcher Transfer im Austausch mit einer drittvergleichsfähigen Gegenleistung und/oder aufgrund betrieblicher Rechtfertigung erfolgt.¹⁴⁾ Unter Vermögenstransfer ist eine „in Geld messbare Vermögensminderung“ bei der Gesellschaft zu verstehen.¹⁵⁾ Der Vermögenstransfer muss in die Sphäre eines Anteilseigners zielen; ob er dort einen konkreten Vorteil entfaltet, ist mE aber nicht relevant – abstrakte Vorteilsgeneigntheit genügt.¹⁶⁾

B. Verdeckte Einlagenrückgewähr – Kriterien

Die Kapitalerhaltung erfasst das gesamte Vermögen einer Gesellschaft. Dazu gehören sämtliche Erfolgsfaktoren,¹⁷⁾ insb alle Vermögensgegenstände im rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentum der Gesellschaft,¹⁸⁾ alle rechtsgeschäftlich oder gesetzlich abgesicherten Rechte¹⁹⁾ und sogar die Geschäftschancen der Gesellschaft.²⁰⁾ Vermögen, das die GmbH „als bloße Durchgangsstation“ nur zweckgebunden oder bedingt erwirbt, unterliegt mE nicht dem Verbot der Einlagenrückgewähr, sofern der Gesellschaft insgesamt keine Belastung entsteht.²¹⁾

Das Verbot der Einlagenrückgewähr verbietet es einer Kapitalgesellschaft nicht, mit ihren Gesellschaftern Rechtsgeschäfte durchzuführen, solange darin nicht eine *verdeckte* Einlagenrückgewähr liegt. Maßstab für diese Prüfung ist der *Dritt- oder Fremdver-*

3) Vgl allgemein Höcher/Kahl, *ecolex* 2017, 661.

4) Näher Karollus in Leitner, HB vGA² 1 (50); Jaufer/Wesener in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 35 (56 f).

5) Kals/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts 42, 66, 86.

6) Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 98 f. Zu punktuellen Unterschieden H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 25.

7) Vgl OGH 13. 12. 2016, 3 Ob 167/16d; 27. 2. 2017, 6 Ob 239/16i.

8) OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; vgl Tröger in FS Baums 1249 (1258); H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 8 mwN.

9) Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 102; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 8 mwN. Allg zu Anleger- versus Kapitalerschutz Drygala/Staake, ZIP 2013, 905 (910).

10) Vgl H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2017, 265 mwN.

11) Tröger in FS Baums 1249 (1250 f).

12) Tröger in FS Baums 1249 (1258); vgl Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 100 ff.

13) Tröger in FS Baums 1249.

14) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 12, 16.

15) Koppensteiner, GesRZ 2014, 3 (6); vgl H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2017, 266.

16) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 13, § 83 Rz 15 – jeweils mwN.

17) Koppensteiner, GesRZ 2014, 3 (6 f).

18) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 4, 66.

19) Vgl Rüffler/Aburumiehl/Lind in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (89 FN 72).

20) OGH 15. 4. 2010, 6 Ob 226/09t; 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 137.

21) H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2017, 266 mwN.

gleich: Dabei ist ein Rechtsgeschäft dahingehend zu prüfen, ob ein derartiges Geschäft a) überhaupt auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten (*betriebliche Veranlassung* – s noch C.) und bejahendenfalls b) auch zu diesen Bedingungen (*objektive Angemessenheit*) geschlossen worden wäre.²²⁾

1. Objektive Angemessenheit

Beim Kriterium der objektiven Angemessenheit ist der *Marktpreis* bzw der *Verkehrswert* (Buchwert plus stille Reserven) der zu beurteilenden Leistung unter Anwendung des Bestbieterprinzips heranzuziehen. Neben dem Wertverhältnis von Ware und Preis sind auch andere Faktoren wie das Absatzrisiko oder marktübliche Rabatte zu berücksichtigen. Beim *internen (inneren) Fremdvergleich* werden gleichartige Leistungsbeziehungen der betroffenen Gesellschaft selbst mit Nicht-Gesellschaftern als Vergleichsmaßstab herangezogen oder andersartige Leistungsbeziehungen mit Nicht-Gesellschaftern in ein angemessenes Verhältnis gesetzt; der *externe (äußere) Fremdvergleich* stellt auf bekannte Marktpreise oder vergleichbare Transaktionen unter Dritten ab, wobei unterschiedliche Bedingungen der Transaktionen durch Zu- und Abschläge ausgeglichen werden. Dem internen Fremdvergleich kommt der Vorrang gegenüber dem externen zu.²³⁾ Ein angemessenes Entgelt wird idR auch eine übliche Gewinnspanne umfassen; eine Leistung zu Selbstkosten ist – mangels betrieblicher Rechtfertigung – grundsätzlich nicht drittvergleichsfähig.²⁴⁾ Fehlen vergleichbare Marktpreise, kann die Angemessenheit des Preises durch das Bewertungsgutachten eines Sachverständigen, aber auch durch verlässliche Selbstkalkulation, Einholung von Vergleichsangeboten oder Durchführung eines Bieterwettbewerbs ermittelt werden.²⁵⁾ Preisermittlungsmethoden und Bewertungsgutachten liefern idR keinen exakten Wert, sondern eine Bandbreite: Jeder Wert innerhalb dieser Bandbreite ist grundsätzlich als fremdvergleichsfähig zu erachten.²⁶⁾

2. Betriebliche Rechtfertigung

Die auf die Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung gestützte *Vermutung* der verbotenen Einlagenrückgewähr kann widerlegt werden: Ein Geschäft, das ein Vermögensopfer der Gesellschaft bedeutet, kann damit gerechtfertigt werden, dass betriebliche Gründe im Interesse der Gesellschaft vorliegen, sodass das Geschäft auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen worden wäre (*betriebliche Rechtfertigung*). Auch ein Verlustgeschäft mit einem Gesellschafter kann rechtskonform sein, wenn Vorteile, die sich im objektiven Wert der Leistungen nicht niederschlagen, den Wertabgang aufwiegen. Entscheidend ist mE, ob das Geschäft ex ante mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar ist.²⁷⁾

Ungeklärt ist, ob die betriebliche Rechtfertigung zu quantifizieren, dh zu bewerten ist, oder ob sie sogar in einem bilanziell messbaren Vorteil bestehen muss. ME ist zu unterscheiden:²⁸⁾ Soweit die konkrete Rechtfertigung quantifizierbar ist, ist sie einer

Bewertung zu unterziehen, um sie in Relation zum Vermögensopfer der Gesellschaft setzen zu können. Bei der Abwägung von Chancen und Risiken sind die möglichen Vorteile und die drohenden Nachteile, jeweils multipliziert mit der Eintrittswahrscheinlichkeit, gegenüberzustellen. Das bedeutet aber mE nicht, dass nur messbare Vorteile relevant sind, zumal auch sorgfältige Geschäftsleiter Maßnahmen setzen, aus denen kein quantifizierbarer Nutzen folgt. Zu denken ist etwa an Aktivitäten in den Bereichen Vertrieb, Werbung, Marketing, Kundenbindung, Fortbildung, Forschung und Entwicklung, an denen Gesellschaften häufig gemeinsam mit einem Anteilseigner teilnehmen und sich kostenmäßig beteiligen; aus derartigen Aktivitäten kann auch die Gesellschaft potentiell profitieren, obwohl meist vorab nicht quantifizierbar ist, wie sich der potentielle Nutzen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter verteilt.²⁹⁾

Jedenfalls zu eng ist die Sicht, nach der nur *bilanziell* messbare Vorteile als betriebliche Rechtfertigung taugen:³⁰⁾ Die Kapitalerhaltung verbietet grundsätzlich auch solche Vermögensminderungen zu Lasten der Gesellschaft, die selbst (noch) nicht bilanzwirksam sind; es besteht kein Grund, bei der Beurteilung eines rechtfertigenden Vorteils zu Gunsten der Gesellschaft einen strengeren Gradmesser zu verlangen. Außerdem müssen auch nicht (immer) aktivierbare Ausgleichsmaßnahmen, wie Patronatserklärungen, Schadloshaltungen, Sicherheitenbestellungen oder Übernahme der Kosten des Versicherungsschutzes, als Rechtfertigung in Frage kommen.

C. Marktüblichkeit in einer Niedrigzinsphase

Das Verbot der Einlagenrückgewähr verlangt *Marktüblichkeit*, aber nicht das Erkennen eines *Marktverzugs*.³¹⁾ Die Marktüblichkeit muss grundsätzlich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gewahrt sein; da die Marktüblichkeit im Zeitverlauf Änderungen unterworfen sein kann, müssen sich Vertragspartner im Rahmen der Drittüblichkeit auch gegen vorhersehbare Änderungen des Üblichen absichern.

22) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 66, 87 ff, 110 ff mwN; OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h. Abl zum Kriterium der betrieblichen Veranlassung *Zehetner/Cetin*, GesRZ 2017, 197 (201 f).

23) OGH 16. 11. 2012, 6 Ob 153/12m; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 90.

24) OGH 22. 12. 2016, 6 Ob 232/16k; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 90.

25) *Karollus* in *Leitner*, HB vGA² 1 (60, 65); *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 81 Rz 13, § 82 Rz 90.

26) *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2013, 940 (948 f); *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 90.

27) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 92, 115; *Ch. Nowotny* in *Kalsi/Nowotny/Schauer*, *Gesellschaftsrecht*² Rz 4/414; aA *Zehetner/Cetin*, GesRZ 2017, 197 (201).

28) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 94; vgl *Tröger* in FS Baums 1249 (1258 ff, 1260).

29) Zur steuerlichen Nutzendokumentation bei konzerninternen Dienstleistungen *Posautz/Koch*, *ecolex* 2017, 832.

30) *Fleischer/Thaten*, NZG 2011, 1081 (1082 f); *Drygala/Staake*, ZIP 2013, 905 (914 FN 79); *Tröger* in FS Baums 1249 (1256, 1261).

31) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 97.

Ein gutes Beispiel für eine (freilich vor wenigen Jahren noch kaum vorhersehbare) Änderung des Drittvergleichsmaßstabs sind Finanzierungen, die eine Kapitalgesellschaft – insb durch Geldkredit oder Sicherheitenbestellung³²⁾ – an einen Gesellschafter gewährt: In der Vergangenheit wurde vor allem die *betriebliche Veranlassung* (s oben B.) solcher *Upstream*-Finanzierungen sehr kritisch betrachtet. Grundsätzlich ist es natürlich nicht Aufgabe einer Gesellschaft, auf Kosten der eigenen Liquidität die Finanzierungskosten eines Gesellschafters gering zu halten.³³⁾ Allerdings – und das ist mE ein neuer Gesichtspunkt – können konzerninterne Darlehen in der aktuellen gesamtwirtschaftlichen Situation äußerst niedriger oder sogar negativer Bankzinsen durchaus durch die Notwendigkeit fruchtbringender Veranlagung betrieblich veranlasst sein.³⁴⁾ Der noch unter anderen Rahmenbedingungen gegen dieses Argument erhobene Vorwurf des „*Etikettenschwindels*“³⁵⁾ trifft mE in der aktuellen Situation nicht mehr zu.

Das aktuelle Niedrigzinsumfeld kann – aus mathematischen Gründen – auch zu einer Verfälschung von *Unternehmensbewertungen* führen, soweit diese auf Basis anerkannter Bewertungsmethoden durchgeführt werden, in denen der *Zinssatz* eine relevante Größe in der Berechnungsformel ist.³⁶⁾ Soweit solche Bewertungsformeln in Vereinbarungen zwischen verbundenen Unternehmen enthalten sind, können die Vertragspartner im Lichte der Kapitalerhaltung zur Vertragsanpassung verpflichtet sein, weil mE jede Bewertungsmethode daran zu messen ist, ob sie tatsächlich den derzeit angemessenen Unternehmenswert abbilden kann.

D. Transfer und Pooling von Daten

Während Informationen, Daten, Geschäftsgeheimnisse und -kontakte und Know-how gegenüber fremden Dritten meist faktisch und rechtlich geschützt werden, werden sie im Konzern oft ungeschützt weitergereicht und gepoolt. Allerdings kann Informationen, die nicht allgemein zugänglich sind, durchaus ein gewisser Marktwert zukommen.³⁷⁾ Deswegen sind diese Informationen und Daten mE im Interesse der Gesellschaft zu schützen. Sofern Informationen tatsächlich ein Vermögenswert zuzuordnen ist, muss der Gesellschaft für den Transfer dieser Informationen an einen Gesellschafter oder eine Schwestergesellschaft ein drittvergleichsfähiger Vorteil oder eine betriebliche Rechtfertigung zukommen. Bei der Bewertung der transferierten Informationen und Daten ist sicherlich ins Kalkül zu ziehen, ob a) der Empfänger exklusive oder nur nicht-exklusive Nutzungsrechte erwirbt, und ob b) für das legale Verwenden der zu transferierenden Daten noch die Zustimmung der Betroffenen einzuholen ist.³⁸⁾

Diese Prinzipien sind mE auch für neuartige *digitale Geschäftsmodelle* anzuwenden. Charakteristisch für derartige Geschäftsmodelle ist die Verknüpfung und Vernetzung unterschiedlicher Daten aus heterogenen Datenstrukturen zum Zweck der Datentransformation. Aus den vernetzten Daten können durch Datenanalyse, statistische Auswertung und Algorith-

men neue wertschöpfende Informationen generiert werden, die maßgeschneiderte Leistungen ermöglichen und neue Absatzkanäle erschließen. Das Verschneiden von Daten kann somit im Bereich der Kundenbindung eine wirtschaftliche Sogwirkung erzeugen, von der potentiell alle am Datenpooling teilnehmenden Gesellschaften profitieren.³⁹⁾

In der steuerlichen Literatur und in den Berichten und Empfehlungen von OECD und G20 werden aktuell Verrechnungspreise iZm digitaler Vernetzung, Integration und Kooperation vor allem im Kontext des internationalen Kampfs gegen *Base Erosion Shifting (BEPS)* – also gegen Verlagerung steuerpflichtiger Gewinne in Niedrigsteuerränder – diskutiert.⁴⁰⁾ Die in der aktuellen steuerlichen Diskussion entwickelten Gedanken können, soweit sie sich auf die korrekte Ermittlung angemessener Verrechnungspreise bei digitalen Geschäftsmodellen beziehen, mE auch als Gedankenanstoß für die gesellschaftsrechtliche Beurteilung verwendet werden, und zwar auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten ohne grenzüberschreitende Gewinnverschiebungen.⁴¹⁾

E. Schützt Unwissen vor Haftung?

Organwalter und *echte Dritte* – also Dritte ohne Nahebeziehung zu einem Anteilseigner –⁴²⁾ haften aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr nur bei verschuldeten Verstößen. Dabei ist die zum Zeitpunkt des Abschlusses des fraglichen Rechtsgeschäfts geltende Rechtslage und Rsp zu berücksichtigen.⁴³⁾ Bereits bestehende Rsp des OGH muss den Geschäftsführern und Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich bekannt sein. Gemäß einer rezenten E des OGH soll für als schuldhaft zu wertende Unkenntnis bereits die erstmalige Veröffentlichung einer neuen höchstgerichtlichen Rsp im RIS-Justiz genügen.⁴⁴⁾ Dies ist überschießend.⁴⁵⁾ Über die Erstveröffentlichung einer E hinaus kommt es mE auch auf die notwendigerweise zeitversetzte Rezeption der jeweiligen E in Fachzeit-

32) Zur Sicherheitenbestellung als Einlagenrückgewähr *Heerma/Bergmann*, ZIP 2017, 1261; *Sché/Theusinger*, BB 2017, 1550.

33) *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 48; vgl OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h.

34) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 111.

35) *Karollus* in *Leitner*, HB vGA² 1 (98).

36) Vgl *Rodewald/Eckert*, GmbHR 2017, 329.

37) Vgl *Gregshammer/Jung*, *ecolex* 2017, 828.

38) Näher *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 138.

39) Vgl *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 92.

40) Vgl *Kofler/Schmidt/Simonek*, StAW 2017, 67; *Bendlinger*, VWT 2017, 176; *Kofler/Mayr/Schlager*, RdW 2017, 369; *Gregshammer/Jung*, *ecolex* 2017, 828.

41) Allg zu steuerlichen Parallelen zur verdeckten Einlagenrückgewähr *Hügel* in *Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 19; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 84 f, 90 mwN.

42) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 73, 76; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 3/1042.

43) *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 76; § 83 Rz 32, 40.

44) OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h.

45) *Brugger*, NZ 2016, 419 f; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 83 Rz 32 FN 101.

schriften, Lehre und Folgejudikatur an. Passender ist daher mE die Formel, die der OGH für die Definition der *gesicherten Rsp* verwendet: Um eine gesicherte Judikatur annehmen zu können, kann zwar auch das Vorliegen nur einer, ausführlich begründeten, grundlegenden und veröffentlichten Entscheidung genügen, aber nur dann, wenn dieser keine ge-

genteiligen Entscheidungen entgegenstehen, und sie auch im Schrifttum fast ausnahmslos gebilligt wird.⁴⁶⁾

46) RIS-Justiz RS0103384.

SCHLUSSTRICH

- *Die betriebliche Rechtfertigung eines wertinäquivalenten Vermögenstransfers setzt das Potential zur Nutzenstiftung für die Gesellschaft voraus.*
- *In einer Niedrig- und Negativzinsphase ändert sich auch die kapitalerhaltungsrechtliche Beurtei-*

- lung von Up-stream-Finanzierungen und von Unternehmensbewertungen.*
- *Das Pooling von Daten und die Teilnahme an digitalen Geschäftsmodellen im Konzern sind am Verbot der Einlagenrückgewähr zu messen.*