96. Jahrgang / 10. Mai 2021 / Nr. 13/14

SWK

Steuer- und WirtschaftsKartei

Die Nr. 1 im Steuerrecht SWK-Umfrage: Machen Sie mit!

TOPTHEMA: COVID-19-Förderungen

Vereinbarkeit der Zuschüsse: Tabelle zum Herausnehmen Factsheet zur Bilanzierung von Förderungen/Zuschüssen Erste Praxiserfahrungen mit der Förderungsprüfung

Tagesfragen

Flexibler Einstieg in das neue Ratenzahlungsmodell Vorsteuern bei Absage von Kongressen Neues zu Homeoffice und "Öffi-Ticket"

Steuern

(Kein) Verlustvortrag bei Kapitalvermögen Digitale Währungen – Staking im Privatvermögen Verdeckte Ausschüttung und Einlagenrückzahlung KSt-/USt-Update: Aktuelles auf einen Blick Vermietung an pauschalierte Landwirte

Wirtschaft

Sicherheitenbestellung durch Muttergesellschaften Gesetzliche Neuerungen im digitalen Bereich

Rechtsprechung

VwGH-Judikatur aus dem Februar 2021



Gesellschaftsrecht

Sicherheitenbestellung durch Muttergesellschaften

Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot?

HELMUT SCHMIDT / KRISTINA KIENREICH*)



Das Verbot der Einlagenrückgewähr soll das Stammkapital einer Kapitalgesellschaft als dauernden Grundstock absichern und die Befriedigung der Gläubiger gewährleisten.¹) Dieser Beitrag behandelt die Frage, ob auch Sicherheitenbestellungen (downstream) von Muttergesellschaften für Kreditverbindlichkeiten gemeinsamer Tochtergesellschaften gegen das Einlagenrückgewährverbot verstoßen können. Auf allfällige strafrechtliche und/oder steuerrechtliche Fragen wird nicht eingegangen.

1. Einlagenrückgewähr allgemein



Unter die Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 82 Abs 1 GmbHG; § 52 AktG) fallen Vermögenstransfers aus dem Vermögen einer Kapitalgesellschaft an einen (auch ehemaligen oder zukünftigen) Gesellschafter²) oder eine gesellschafternahe Person.³) Dritte müssen nur bei Kollusion oder bei Kenntnis bzw grob fahrlässiger Unkenntnis vom Verstoß die Konsequenzen einer Einlagenrückgewähr gegen sich gelten lassen.⁴) Die Kapitalerhaltungsvorschriften sind auch auf jene Kommanditgesellschaften anwendbar, bei denen keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist, und zwar sowohl auf Vermögenstransfers an die Gesellschafter der Komplementär-GmbH als auch auf Vermögenstransfers an "Nur-Kommanditisten".⁵)

Geschützt ist das gesamte Gesellschaftsvermögen, also alle im rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentum der Gesellschaft stehenden Vermögensgegenstände, rechtsgeschäftlich erworbene oder gesetzliche Rechte sowie Geschäftschancen der Gesellschaft.⁶) Zulässig sind die Verteilung von Bilanzgewinn, Ausnahmefälle nach Gesetz und drittübliche Austauschgeschäfte.⁷) Der Schutz des Vermögens im Sinne der Kapitalerhaltungsvorschriften ist wert- und nicht auf bestimmte Gegenstände bezogen.⁸) So stellen Gewinnauszahlungen vor Feststellung des Jahresabschlusses, Zinszahlungen auf Stammeinlagen an Gesellschafter, Darlehen an Gesellschafter zu besonders günstigen Bedingungen oder auch die Bestellung von Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschafter kapitalerhaltungsrechtlich prüfungsrelevante Vermögenstransfers dar.⁹)

 Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 93; Koppensteiner in Koppensteiner/ Rüffler, GmbHG³ (2007) § 82 Rz 3.

Auer in Gruber/Harrer, GmbHG2 (2018) § 82 Rz 26, 37.

OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z.

 OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p.
Foglar-Deinhardstein, Einlagenrückgewähr: Großer Wert und kleiner Preis – Darf das sein? ecolex 2017, 1173 (1174) mwN; OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p.

OGH 25. 10. 1978, 1 Ob 719/78.

Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2017) § 82 Rz 219.

^{*)} Mag. Helmut Schmidt, LL.M. ist Partner der ScherbaumSeebacher Rechtsanwälte GmbH in Graz/ Wien. Mag. Kristina Kienreich ist juristische Mitarbeiterin der ScherbaumSeebacher Rechtsanwälte GmbH.

Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG (2017) § 82 Rz 67; OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18x.

⁹⁾ Arnold/Pflug/Androsch, Das Verbot der Einlagenrückgewähr, DJA 2020, 137 (138); OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 82 Rz 110.

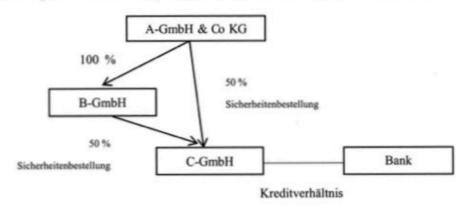
Auch bei Zustimmung aller Gesellschafter wäre eine Einlagenrückgewähr verboten. ¹⁰) Der zwingende Charakter des Verbots lässt sich somit nicht durch eine Anordnung, eine Weisung oder einen Gesellschafterbeschluss umgehen. ¹¹)

2. Sonderfall Sicherheitenbestellung

Gerade in Zusammenhang mit der Aufnahme von Krediten werden vom kreditgebenden Institut häufig zusätzliche Sicherheiten verlangt. Eine Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten einer Mutter- oder Schwestergesellschaft ist im Lichte des Verbots der Einlagenrückgewähr von rechtlichem Interesse. 12) Bereits in der Fehringer-Entscheidung¹³) judizierte der OGH: Die Aufnahme eines Kredits durch die Übernahmegesellschaft zum Erwerb der Anteile an der Zielgesellschaft und die Sicherheitenbestellung durch die Zielgesellschaft bzw die Kreditaufnahme durch die Zielgesellschaft zur Finanzierung der Übernahme verstoßen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Die Einlagenrückgewähr in der ersten Konstellation ergibt sich durch die Sicherheitenbestellung als Leistung der Zielgesellschaft zugunsten ihrer künftigen Gesellschafterin; in der zweiten Konstellation durch das Ersparnis der Kreditaufnahme durch die Übernahmegesellschaft. 14) Bereits ab dem Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung wird das Gesellschaftsvermögen und damit einhergehend der Haftungsfonds der Gläubiger gemindert. 15) Gleiches gilt für sogenannte Sidestream-Sicherheitenbestellungen, da auch Sicherheitenbestellungen, die von Schwestergesellschaften gewährt werden, der Muttergesellschaft zugutekommen, die sich dadurch einen Aufwand ersparen könnte. 16) Sicherheitenbestellungen für Verbindlichkeiten einer Tochtergesellschaft erscheinen in einer Erstbetrachtung kapitalerhaltungsrechtlich unproblematisch. 17)

2.1. Beispielfall

Nach dem Verständnis der Autoren wurde die im Beispielfall skizzierte Fallkonstellation bis dato oberstgerichtlich nicht beurteilt. Die Autoren versuchen, unter Verweis auf oberstgerichtliche Judikatur zu "Konzernsachverhalten" einen Lösungsweg herauszuarbeiten. Die A-GmbH & Co KG ist 50%ige Muttergesellschaft der C-GmbH und Alleingesellschafterin der B-GmbH. Die B-GmbH ist im Umfang von 50 % am Stammkapital der C-GmbH beteiligt. Die C-GmbH nimmt einen Kredit auf, die A-GmbH & Co KG sowie die B-GmbH übernehmen gleichzeitig als Muttergesellschaften für diese Kreditfinanzierung eine der Höhe nach mit dem gleichen Teilbetrag begrenzte Solidarhaftung für diesen Kredit.



¹⁰) Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung² (2014) 1 (12 ff).

11) OGH 22, 10, 2003, 3 Ob 287/02f; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG², § 82 Rz 32.

OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h.
Vgl ebenfalls OGH 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w; 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v.

15) OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p.

¹²⁾ Artmann, Einlagenrückgewähr und Sicherheiten von Gesellschaftern und Dritten, ecolex 2018, 146.

¹⁶) Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 82 Rz 90.

¹⁷) OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p, ÖBA 2019, 741 (Scheuwimmer).

Ist die A-GmbH & Co KG – als Muttergesellschaft sowohl der B-GmbH als auch der C-GmbH – durch die Solidarhaftung der B-GmbH Begünstigte eines (verbotenen) Vermögenstransfers?

2.2. Relevanz der Beteiligung

Besteht zwischen den sicherheitengebenden Muttergesellschaften keine mittelbare oder unmittelbare bzw keine direkte oder indirekte gesellschaftsrechtliche Beteiligung, so scheidet nach dem Verständnis der Autoren eine gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßende Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten der gemeinsamen Tochtergesellschaft aus, ohne dass es einer gesonderten Prüfung nach der Fremdvergleichsformel bedarf.

Besteht jedoch eine solche Beteiligung, ist eine nähere Betrachtung geboten. Durch die Zwischenschaltung von Gesellschaften soll das Einlagenrückgewährverbot nicht umgangen werden. ¹⁸) Einzubeziehen sind alle (juristischen) Personen, die mit dem Gesellschafter als wirtschaftlich identisch angesehen werden können. ¹⁹) Dabei soll der Kreis der erfassten Gesellschafter weit gezogen werden; denn ihnen kommt die Beweislast, dass kein Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot vorliegt, zu. ²⁰) Im konkreten Fall ist von einer prüfungsrelevanten Beteiligungskonstellation auszugehen.

2.3. Gesetzliche Verpflichtung oder Veranlassung zur Bestellung von Sicherheiten

Bestünde eine gesetzliche Verpflichtung der Muttergesellschaften zur Sicherheitenbestellung, so wäre nach dem Verständnis der Autoren eine solche Sicherheitenbestellung (im gesetzlich vorgesehenen Ausmaß) zulässig. Aus den allgemeinen Treuepflichten und/oder aus dem Gleichbehandlungsgebot der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft lässt sich im konkreten Fall keine gesetzliche Verpflichtung ableiten.

Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass tatbestandsmäßige Vermögenstransfers dann dem mittelbaren Gesellschafter zuzurechnen sind, wenn sie auf dessen Veranlassung erfolgen²¹) oder dieser daraus einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt.²²) Sicherheitenbestellungen, die auf Grundlage eines Vertrags, einer Weisung eines (Allein-)Gesellschafters oder eines Gesellschafterbeschlusses getätigt werden, erfolgen auf Veranlassung.²³) Verträge oder Gesellschafterbeschlüsse, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßende Sicherheitenbestellungen anordnen oder billigen, sind nichtig und daher nicht zu befolgen.²⁴) Ist die Veranlassung einer verbotswidrigen Leistung schwer erkennbar, wird dann eine Veranlassung angenommen, wenn keine Gegenleistung vorliegt.²⁵)

2.4. Zieht die A GmbH & Co KG aus der Solidarhaftung der Mitgesellschafterin und Tochtergesellschaft (B-GmbH) einen wirtschaftlichen Vorteil?

Downstream-Vermögenstransfers führen im Regelfall (Sonderfälle wären Eigenkapitalersatz bzw materielle Insolvenz der Tochtergesellschaft) zu einer Erhöhung des Betei-

¹⁸⁾ Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 82 Rz 85.

¹⁹⁾ Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung, 167.

²⁰⁾ Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 82 Rz 93.

²¹⁾ OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z.

²²) Köppl in U. Torggler, GmbHG (2014) § 82 Rz 16; vgl auch OGH 20. 3. 2013, 6 Ob 48/12w; vgl Bauer/ Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 82 Rz 78.

²³) Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG, § 82 Rz 82.

²⁴) Koppensteiner, Nichtigkeit wegen Einlagenrückgewähr verbotswidriger Verträge? in Hainz/Krejci, FS Reich-Rohrwig (2014) 117; Wenger, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers bei Einlagenrückgewähr durch Sicherheitenbestellung, RWZ 2004, 34; RIS-Justiz RS0105540.

²⁵) RIS-Justiz RS0113046; vgl auch Striessnig, Einlagenrückgewährverbot und Schwestergesellschaften, GesRZ 2019, 157.

ligungswertes an der Tochtergesellschaft; in diesem Umfang profitiert auch die Muttergesellschaft an diesen Vermögenstransfers. Solche Vermögenstransfers wirken sich insbesondere dann im Vermögen der Großmuttermuttergesellschaft vorteilhaft aus, wenn diese zB selbst unmittelbar an der Tochtergesellschaft beteiligt ist oder selbst für die Verbindlichkeiten der gemeinsamen Tochter haftet.²⁶) Maßgeblich ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.

Im konkreten Fall übernehmen sowohl die A-GmbH & Co KG (als Muttergesellschaft der B-GmbH und C-GmbH) als auch die B-GmbH eine der Höhe nach mit demselben Betrag begrenzte Solidarhaftung für denselben Kredit der gemeinsamen Tochtergesellschaft C-GmbH. Dem von der Bank in Anspruch genommenen Solidarschuldner steht im Innenverhältnis ein gesetzlicher Regressanspruch für das Geleistete, "das seinen Anteil übersteigt", zu.²⁷)

Wird die A-GmbH & Co KG von der Bank in Anspruch genommen, leistet diese vollen Ersatz und erfolgt kein Regress gegen die B-GmbH, so liegt kein wirtschaftlicher Vorteil der A-GmbH & Co KG vor. Regressiert sich die A-GmbH & Co KG im Falle ihrer Inanspruchnahme durch die Bank bei der B-GmbH, so stellt sich die Frage, in welchem Umfang ein solcher Regress aus dem Blickwinkel der Einlagenrückgewähr zulässig wäre (dh zu keinem Vorteil der A-GmbH & Co KG führt). Hier könnte eine sachgerechte Lösung darin liegen, sich nicht nur nach der Höhe der jeweiligen unmittelbaren Beteiligung an der gemeinsamen Tochtergesellschaft zu orientieren, sondern zusätzlich

- die unmittelbare Beteiligung der A-GmbH & Co KG an der B-GmbH und somit
- die mittelbare Beteiligung der A-GmbH & Co KG an der C-GmbH sowie
- die Erhöhung des Beteiligungswertes an der Tochtergesellschaft bei der Muttergesellschaft (im Rahmen einer Gesamtabwägung)

zu berücksichtigen. In diesem Fall kommt es nach Ansicht der Autoren zu keiner Vorteilszuwendung und somit zu keinem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.

Anders und abschlägig wäre der Fall wohl zu beurteilen, wenn

- a. zum Zeitpunkt der Abgabe der Solidarhaftung die Großmuttergesellschaft wirtschaftlich nicht in der Lage wäre, ihre Verpflichtungen aus der Solidarhaftung
 - im Falle einer direkten Inanspruchnahme durch die Bank oder
 - im Falle einer Inanspruchnahme durch die Muttergesellschaft (B-GmbH) im Regresswege

zu erfüllen;

- b. die Beteiligungsstruktur (anlassbezogene Gründung einer Muttergesellschaft) als Vehikel zur Umgehung der Kapitalerhaltungsvorschriften eingesetzt werden würde;
- c. von der Muttergesellschaft eine von der jeweiligen unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung (unter Berücksichtigung der Erhöhung des Beteiligungswertes an der Tochtergesellschaft) deutlich abweichende Haftung (allenfalls auch ohne Regressmöglichkeit gegenüber der Großmuttergesellschaft) übernommen wird;
- d. die Muttergesellschaft durch die Haftungsübernahme in ihrer Existenz bedroht wäre.

Kommt es zu einer Vorteilszuwendung, wäre diese Sicherheitenbestellung aus dem Blickwinkel der Einlagenrückgewähr dann nicht verboten, wenn sie dem Fremdvergleich standhält.²⁸)

28) Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung, 125.

²⁶) Auer in Gruber/Harrer, GmbHG², § 82 Rz 55.

²⁷) Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ (2014) § 896 Rz 1; RIS-Justiz RS0017571.

3. Die Fremdvergleichsformel

Maßstab ist, ob ein sorgfältiger, nach unternehmerischen Gesichtspunkten handelnder Geschäftsmann die Sicherheitenbestellung unter den gleichen Bedingungen auch für einen außenstehenden Dritten vorgenommen hätte.²⁹)

3.1. Existenzgefährdung

Die Sicherheitenbestellung darf in keinem Fall dazu führen, dass die Gesellschaft im Falle der Inanspruchnahme der Sicherheit in ihrer Existenz gefährdet wird;³⁰) dieses Risiko kann nach dem Verständnis der Autoren im Regelfall nicht durch eine entsprechend hohe Gegenleistung (zB hohe Avalprovision) und/oder eine sonstige betriebliche Rechtfertigung ausgeglichen werden.³¹)

3.2. Gegenleistung

Nicht nur unmittelbare geldwerte Vorteile, sondern zB auch vorerst nicht messbare, sich aus wirtschaftlicher Zusammenarbeit mit dem Leistungsempfänger ergebende Vorteile sind als Gegenleistung zu berücksichtigen.³²) Die Bewertung der Angemessenheit der Gegenleistung an die sicherheitengebende Gesellschaft ist immer eine Einzelfallbetrachtung.³³)

Kann für eine konkrete Leistung kein Marktpreis herangezogen werden,³⁴) so sind Leistung und Gegenleistung miteinander abzuwägen. Dies eröffnet evidenterweise einen viel breiteren Ermessensspielraum.³⁵) Im Idealfall gelingt es, die Angemessenheit der Gegenleistung durch einen Sachverständigen bestätigen zu lassen. Es bleibt jedoch die Grundaussage: Objektiv inäquivalente Geschäfte zu Lasten der Gesellschaft sind im Lichte der Kapitalerhaltungsvorschriften problematisch.³⁶)

3.3. Betriebliche Rechtfertigung

Eine betriebliche Rechtfertigung ist dann gegeben, wenn die sicherheitengebende Gesellschaft ein eigenständiges bzw eigenes wirtschaftliches Interesse am Weiterbestand oder an der Fortentwicklung eines ihrer Gesellschafter hat³⁷) und der Haftungsübernahme (trotz objektiver Nachteiligkeit) ein entsprechender betrieblicher Vorteil gegenübersteht.³⁸) Eine betriebliche Rechtfertigung liegt nach der Judikatur typischerweise dann vor, wenn die Sicherheitenbestellung der Finanzierung eines konzerneinheitlichen Vertriebssystems, Rechenzentrums oder Forschungsvorhabens dient oder wenn Synergieeffekte oder sonstige Vorteile für die sicherheitenbestellende Gesellschaft eintreten, wobei der "begünstigte Gesellschafter" hierfür beweispflichtig ist.³⁹)

²⁹⁾ RIS-Justiz RS0105540; OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p, ZFR 2011, 82 (Auer) = GesRZ 2011, 110 (Karollus).

³⁰⁾ Schmidt, Verbot der Einlagenrückgewähr im Zusammenhang mit Steuerausgleichsvereinbarungen, RWZ 2006, 76 (77).

³¹⁾ OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 82 Rz 112.

³²⁾ Auer in Gruber/Harrer, GmbHG2, § 82 Rz 38.

³³⁾ Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung, 121.

³⁴⁾ Dies ist zB bei der Vereinbarung einer Konzernumlage oder eines Cash-Poolings der Fall.

³⁵⁾ Vol Auer in Gruber/Harrer, GmbHG², § 82 Rz 45 ff; Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung, 121.

³⁶⁾ OGH 20. 1. 2000, 6 Ob 288/99t.

³⁷⁾ Schmidt/Riegler, Das Verbot der Einlagenrückgewähr beim Cash Pooling, RWZ 2007, 97 (98).

³⁸⁾ OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d, ÖBA 2006, 293 (Karollus) = JBI 2006, 388 (Artmann) = ecolex 2013, 940 (Reich-Rohrwig, Rechtsprechungsübersicht); OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p, ZFR 2011, 82 (Auer) = GesRZ 2011, 110 (Karollus).

³⁹⁾ Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 82 Rz 112.

4. Zivilrechtliche Konsequenzen bei Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr

Kommt es zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr, so ist das Geschäft ex tunc ⁴⁰) nichtig, und der Gesellschaft steht ein Anspruch auf Rückerstattung zu. ⁴¹) Maßgeblich ist das Vorliegen der die Einlagenrückgewähr begründenden Tatbestandsvoraussetzungen im Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäfts: ⁴²) Das nachträgliche Wegfallen oder Hinzukommen vermag nichts an der Qualifikation des Geschäfts zu ändern. ⁴³) Ob durch den Verstoß Teil- oder Gesamtnichtigkeit begründet wird, ist nach dem Verbotszweck des § 82 GmbHG zu beurteilen. Liefert dieser im konkreten Fall keine stichhaltigen Ergebnisse, so ist der hypothetische Parteiwille ausschlaggebend. ⁴⁴)

Ein wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nichtiges Geschäft kann nur durch einen Neuabschluss zu einer späteren Zeit zu angemessenen Bedingungen geheilt werden, 45) wenn es dadurch nicht zu einer Umgehung des Geschäfts kommt (eine solche liegt wohl dann vor, wenn ein Gesellschafter nur zu diesem Zweck seine Gesellschafterstellung aufgibt). 46)



Auf den Punkt gebracht

Sind Sicherheitengeber kapitalerhaltungsrechtlich relevant miteinander verbunden, müssen auch *Downstream*-Sicherheitenbestellungen nach den Kapitalerhaltungsvorschriften auf deren Zulässigkeit geprüft werden. Die Zwischenschaltung von Gesellschaften darf zu keiner Umgehung des Einlagenrückgewährverbots führen.

Ist die A-GmbH & Co KG wirtschaftlich in der Lage, die Verpflichtungen aus der solidarischen Haftungsübernahme auch alleine zu erfüllen und ist die B-GmbH durch die solidarische Haftungsübernahme nicht in ihrer Existenz gefährdet, so stellt die im Beispielfall skizzierte und kapitalerhaltungsrechtlich bedenkliche Regressmöglichkeit der A-GmbH & Co KG gegenüber der B-GmbH nach Ansicht der Autoren dann keine Vorteilszuwendung dar, wenn bei der Ermittlung der Höhe des Regressbetrags nachstehende Parameter im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ordnungsgemäß berücksichtigt werden:

- die unmittelbaren Beteiligungsquoten der A-GmbH & Co KG sowie der B-GmbH an der gemeinsamen (begünstigten) Tochtergesellschaft sowie
- die unmittelbare Beteiligungsquote der A-GmbH & Co KG an der B-GmbH sowie
- daraus resultierend die mittelbare und unmittelbare Beteiligungsquote der A-GmbH & Co KG an der gemeinsamen (begünstigten) Tochtergesellschaft und
- die mit der Sicherheitenbestellung verbundene Erhöhung des Beteiligungswertes an der (begünstigten) Tochtergesellschaft bei der B-GmbH.

Werden diese Parameter bei der Ermittlung des Regressbetrags nicht berücksichtigt, kann nach dem Verständnis der Autoren eine Vorteilszuwendung vorliegen, deren kapitalerhaltungsrechtliche Zulässigkeit in einem zweiten Schritt mittels der Fremdvergleichsformel zu prüfen wäre.

⁴⁰⁾ RIS-Justiz RS0028454.

⁴¹⁾ OGH 20. 2. 2020, 6 Ob 18/20w.

⁴²⁾ Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung, 180.

⁴³) OGH 13. 12. 2016, 3 Ob 167/16d; Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 597; Schopper, Heilung von Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, ecolex 2019, 736 (737).

⁴⁴) Rüffler, Einlagenrückgewähr iZm Mietzinsvereinbarung, GesRZ 2011, 47 (49); Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,05} (2019) § 879 Rz 230 mwN.

Foglar-Deinhardstein, Heilung (Sanierung) einer verbotenen Einlagenrückgewähr, in Foglar-Deinhardstein, Verdeckte Gewinnausschüttung (2019) Rz 1/197.

⁴⁶⁾ Schopper, ecolex 2019, 736 (740).