

Übersicht

	Rz
I. Grundlagen	1
II. Verbot der Einlagenrückgewähr	3
A. Tatbestand allgemein	3
1. Persönlicher Anwendungsbereich	5
2. Zurechnungsfragen	6
a) Leistungen an und Rechtsgeschäfte mit dem Aktionär gleichgestellten („unechten“) Dritte(n)	7
b) Leistungen an und Rechtsgeschäfte mit sonstigen („echten“) Dritte(n)	16
3. Zeitlicher Anwendungsbereich	18
4. Kollisionsrechtliche Einordnung	19
5. Verhältnis zu anderen Vorschriften	20
B. Offene Verstöße	24
C. Verdeckte Verstöße	26
1. Allgemein	26
a) Fremdvergleich und causa societatis	30
b) Betriebliche Rechtfertigung	33
2. Fallgruppen	35
a) Erwerb eigener Aktien	35
b) Schadenersatzansprüche gegen die AG iZm Aktienwerb	36
c) Geldkredite	37
d) Sicherheitsleistung für Aktionärsverbindlichkeiten	44
e) Insbesondere Cash Pooling	47
f) Corporate Opportunities	48
g) Gruppenbesteuerung	49
h) Verschmelzung und Spaltung	51
i) Einbringung	52
D. Rechtsfolgen	55
1. Nichtigkeit von Rechtsgeschäften	56
2. Bereicherungs- und sachenrechtliche Folgen der Nichtigkeit	60
3. Aktienrechtlicher Rückgewähranspruch	64
4. Heilung von Verstößen gegen § 52	77
5. Außenhaftung der Aktionäre (§ 56)	78
III. Anspruch auf den Bilanzgewinn	79

I. Grundlagen

Entwicklung, europarechtliche Grundlagen, Parallelbestimmungen: Die Bestimmung des § 52 geht auf Art 216 Abs 2 AHGB 1862/63 zurück, der inhaltlich von § 213 dHGB und in geänderter Form von § 52 der Stammfassung 1937/38 übernommen wurde, wobei der letzte Satz neu hinzukam. Das AktG 1965 übernahm die Stammfassung wörtlich (*Kalss/Burger/Eckert* Entwicklung 584). Die europarechtlichen Grundlagen stammen ursprünglich aus der Kapital-RL (RL 77/91/EWG) und sind nunmehr in Art 56 der GesR-RL (RL 2017/1132/EU) neu kodifiziert (auf dazu *Artmann* in *A/K*⁶ Rz 7; *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 7 ff; *Fleischer* in *Schmidt/Lutter*⁴ § 57 Rz 7). Die Parallelbestimmungen sind § 82 GmbHG sowie § 57 dAktG.

Der **Normzweck** besteht nach einhelliger Ansicht primär im Schutz der Gl der AG. Ob darüber hinaus der Schutz der gegenwärtigen Aktionäre bezweckt ist, ist strittig, aber uE zu bejahen (4 Ob 2078/96h; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 100 ff; *Artmann* in *A/K*⁶ Rz 2; *Kalss* in *K/N/S*² Rz 3/1036; *Foglar-Deinhardstein*, *ecolex* 2017, 1174; *Foglar-Deinhardstein* in *N/F/P* Rz 5; *Saurer* in *D/N/K*² Rz 3; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 3 ff; *Koch* in *Hüffer/Koch*¹⁵ § 57 Rz 1; *Bayer* in *MüKo*⁵ § 57 Rz 2; *Drygala* in *KK*³ § 62 Rz 9 ff;

aA *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 4f; *Koppensteiner* in FS Reich-Rohrwig (2014) 118; *Auer* in *Gruber/Harrer*² § 82 Rz 3; anders offenbar auch *Zehetner*, GesRZ 2016, 169; *Fleischer* in *Schmidt/Lutter*⁴ § 57 Rz 3; *Cahn/v Spannenberg* in BeckOGK § 57 Rz 7ff). Nach noch weitergehender Ansicht sichert die Norm die Einhaltung der gesetzlichen Gewinnermittlungs- und verteilungsregeln und sanktioniert damit die Jahresabschlusszwecke der Rechenschaft und Information der gegenwärtigen und zukünftigen Gl und Aktionäre (*Hügel* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 24ff; in diese Richtung auch *Foglar-Deinhardstein* in *F/A/H* § 82 Rz 11; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 102f; aA *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 5). Dieses weitergehende Normverständnis hat Konsequenzen in Tatbestand (Rz 3ff) und Rechtsfolgen (Rz 55ff); so etwa für die Frage der Tatbestandsmäßigkeit der Verwendung von Ressourcen der AG durch den Aktionär, für die die AG keine Verwendung hat (Rz 3), Corporate Opportunities (Rz 48) und für Gruppenbesteuerungsverträge (Rz 49). Ob sich dieses weitergehende Verständnis schlüssig aus dem Gesetz ableiten lässt, ist uE zweifelhaft.

II. Verbot der Einlagenrückgewähr

A. Tatbestand allgemein

- 3 Gem § 52 verboten sind nicht nur die Rückzahlung der Einlage, sondern nach den von der Rsp entwickelten Leitsätzen jede mittelbare Zuwendung oder Leistung der Ges an die Aktionäre, die nicht Gewinnverwendung oder sonst erlaubte Leistung (Rz 24f, 26ff) ist (RIS-Justiz RS0105518; RS0105532). Tatbestandsmäßig ist danach **jeder Vermögenstransfer** von der AG zum Aktionär in Vertragsform oder auf andere Weise, der ihn aufgrund seiner Aktionärsstellung zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens **bevorteilt** (3 Ob 287/02f; 7 Ob 35/10p; 6 Ob 114/17h; 6 Ob 199/17h; 6 Ob 206/17p; 6 Ob 128/17t; 6 Ob 195/18x); ein Per-sal-do-Vorteil im Vermögen des Aktionärs ist nicht notwendig, es genügt die abstrakte Vorteils-geneigtheit (*Foglar-Deinhardstein* in *F/A/H* § 82 Rz 13; *Auer* in *Gruber/Harrer*² § 82 Rz 37; so wohl auch 8 ObA 53/18d [immaterielle Vorteile sind auch zu berücksichtigen]). Dieser Vorteil kann auch **indirekt** beim Aktionär eintreten (8 ObA 53/18d). Dass eine Leistung das gebundene Kapital (Grundkapital und gebundene Rücklagen) nicht beeinträchtigt, ist unerheblich, sofern die formellen Voraussetzungen der Gewinnausschüttung nicht eingehalten werden (RIS-Justiz RS0105532). Ob sich das Geschäft **bilanziell** auswirkt oder nicht, ist ebenfalls ohne Bedeutung (6 Ob 4/99b; 6 Ob 271/05d; 8 ObA 53/18d; *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 63). Erforderlich ist aber, dass die Zuwendung das **Vermögen der AG**, wenn auch nur mittelbar, **verringert** (6 Ob 4/99b; 6 Ob 171/15p). Verboten ist nicht nur die Gewährung, sondern bereits die **bloße Zusage** der unzulässigen Leistung (8 ObA 53/18d; *Köppl*, Einlagenrückgewähr 23 mwN). Die Rsp bedient sich einer **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** (RIS-Justiz RS0105532 [T11]; 8 ObA 53/18d). Legt man den tw vertretenen weitergehenden Normzweck (Rz 2) zu Grunde, könnten auch Leistungen tatbestandsmäßig sein, die zwar nicht das Vermögen der AG vermindern, aber einen Vorteil für den Aktionär darstellen (*Hügel* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 34ff; vgl a 6 Ob 14/14y; aA *Koppensteiner*, GeS 2005, 406; *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 6ff; *Bezenberger*, Kapital 215ff). UE setzt diese Auffassung einen aus dem Gesetz so nicht ableitbaren Normzweck voraus (s Rz 2). Eine Verringerung des Vermögens liegt zwar schon dann vor, wenn die Zuwendung die AG daran hindert, anderweitig Gewinn zu erzielen. Liegt aber nicht einmal eine so weit verstandene Vermögensverringerung vor, ist § 52 nicht einschlägig. Nutzt der Aktionär Ressourcen der AG, für die die AG keine Verwendung hat, liegt uE keine verbotene Ausschüttung vor (aA *Bezenberger*, Kapital 224). S zum Ganzen a Rz 67.
- 4 UE ist jedoch nicht jede Verringerung des Vermögens der AG tatbestandsmäßig, sondern nur eine solche, die – bei **objektiver Betrachtung!** – **durch die GfiterStellung veranlasst** ist (*Saurer* in *D/N/K*² Rz 23; *Hügel* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 21; aA *Koppensteiner*,

GesRZ 2014, 9). Dies ist Konsequenz der von der Rsp anerkannten Fremdvergleichsprüfung (Rz 30f) (differenzierter, aber iE wohl zust *Köpl*, Einlagenrückgewähr 37). Zu **Anwendungsfällen** Rz 35 ff.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Direkt einschlägig sind Leistungen an und Rechtsgeschäfte mit Aktionären ungeachtet der Beteiligungshöhe und -dauer (*Foglar-Deinhardstein* in *N/F/P* Rz 26; *Artmann* in *A/K*⁶ Rz 30; *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 31). Strittig ist, ob die **Aktionärsstellung** im Zeitpunkt des Verfügungs- oder bereits im Verpflichtungsgeschäft gegeben sein muss (*Köpl*, Einlagenrückgewähr 51f mwN); uE ist *Köpl* folgend der Zeitpunkt des (bereits verbotswidrigen) Verpflichtungsgeschäfts relevant. Die Vorschrift gilt nicht für Fremdkapitalgeber, daher grds auch nicht für **Mezzaninfinanzierungen**. Umstr ist die Behandlung von atypischen PfandGl und atypisch stillen Gftern. Die Frage, ob die Einlage **atypisch stiller Gfter** dem Rückgewährverbot nach § 52 unterliegt (dazu *Trenker* in *U. Torggler* UGB³ § 187 Rz 5; *Doralt/Winner* in *MüKo*⁵ § 57 Rz 375 FN 1118; *Artmann* in *A/K*⁶ Rz 31/1; *Saurer* in *D/N/K*² Rz 46; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 419f; *Bauer/Zehetner* in *WK GmbHG* § 82 Rz 81; *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 34; *Köpl*, Einlagenrückgewähr 63f; vgl auch *Bayer* in *MüKo*⁵ § 57 Rz 118) hat der OGH zutr verneint (6 Ob 204/16t [ErwGr 6.2.8. f]; s auch RIS-Justiz RS0131723), weil dies mit § 10 Abs 2 letzter Satz iVm § 14 EKEG nicht vereinbar wäre (ausf *Trenker*, ÖBA 2018, 617). Nach dieser Bestimmung ist die Einlage des stGes unter den dort genannten Voraussetzungen (25%-Beteiligung, kommanditistengleiche Mitwirkungsrechte) eigenkapitalersetzend, wenn die Einlage in der Krise gewährt wurde. Die E hat die analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften aber nur auf einen atypisch stillen Gfter verneint, der die Kriterien von § 10 Abs 2 EKEG nicht erfüllt (*Trenker*, ÖBA 2018, 620; *Told*, VbR 2018, 37). Bei der Erfüllung des Tatbestands von § 10 Abs 2 EKEG ist die analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften umstr (**dafür**: *Bauer/Zehetner* in *WK GmbHG* § 82 Rz 233; *Köpl* in *U. Torggler*, GmbHG § 82 Rz 14; **zutr dagegen**: *Trenker*, ÖBA 2018, 620f; wohl auch *Told*, VbR 2018, 37). Durch die Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf eine Beteiligung iSv § 10 Abs 2 EKEG wäre dem GlSchutz nach dem EKEG jeglicher Anwendungsbereich entzogen (*Trenker*, ÖBA 2018, 620). Darüber hinaus ist auch in diesen Fällen die Einlage nicht „Eigenkapital“ iSv § 52; sie darf unter den Voraussetzungen des § 14 EKEG zurückgezahlt werden. Für die Anwendung des § 52 auf die stGes bleibt kein Raum. Das gilt auch, wenn zwischen Fremdkapitalgebern und der AG eine Rangrücktrittsvereinbarung getroffen wurde (ausf *Trenker*, ÖBA 2018, 621 mwN zur **aA**).

2. Zurechnungsfragen

Normadressaten des Verbots sind grds nur die AG und ihre Aktionäre, nicht aber auch Dritte, weil erstens Dritte für die Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Pflichten nicht verantwortlich sind (*Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 89) und zweitens Geschäfte nach allg Grundsätzen gültig sind, wenn sich das Verbot nur an einen der beiden Geschäftspartner richtet (17 Ob 5/19p [ErwGr 3.1]). Rsp und Schrifttum messen jedoch uU nicht nur Leistungen an Aktionäre am Verbot der Einlagenrückgewähr, sondern auch Leistungen an – unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung (*Köpl*, Einlagenrückgewähr 49 mwN) – **Nichtaktionäre**, wenn der Leistungsempfänger dem Aktionär zuzurechnen ist oder der Aktionär von der Leistung profitiert (6 Ob 195/18x; 6 Ob 14/14y; *Foglar-Deinhardstein* in *N/F/P* Rz 29ff; *Artmann* in *A/K*⁶ Rz 31/1; *Saurer* in *D/N/K*² Rz 47ff; *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 32; *Auer* in *Gruber/Harrer*² § 82 Rz 20). Bei den sich dabei stellenden Zurechnungsfragen ist zu unterscheiden zwischen Leistungen an und Rechtsgeschäfte mit Personen im Nahebereich des Aktionärs (**unechte** Dritte; Rz 7ff) und solche an **echte** Dritte (Rz 16ff), aus denen der Aktionär – oder eine ihm zuzurechnende Person – einen Vorteil zieht (s dazu 6 Ob 195/18x [ErwGr 2.2 für

den unechten Dritten]; 6 Ob 14/14y [ErwGr 1.4f sowohl für den unechten als auch echten Dritten]; zu dieser Zweiteilung s auch *Foglar-Deinhardstein* in *N/F/P Rz 30ff* und 34; *Karollus* in *Leitner*, *Gewinnausschüttung*² 31 ff und 38 f). Die Zurechnung kann naturgemäß **kumuliert** auftreten (Bsp: Die AG besichert einen Kredit der TochterGes, der von einer Privatstiftung gewährt wird, die dem Aktionär zuzurechnen ist). Zurechnungsfragen stellen sich zudem auf Tatbestands- und auf Rechtsfolgenseite in unterschiedlicher Weise: Auf Tatbestandsebene (Rz 24ff) ist festzustellen, ob das Rechtsgeschäft oder die Leistung dem Verbot unterfällt. Auf Rechtsfolgenseite ist zu fragen, wen die Rechtsfolgen des Verbotsverstoßes treffen (Rz 55 ff).

a) Leistungen an und Rechtsgeschäfte mit dem Aktionär gleichgestellten („unechten“) Dritte(n)

- 7 **Allgemeines:** Unechte Dritte sind Adressaten des § 52 und somit auch direkt von den Rechtsfolgen erfasst (s insb Rz 55 ff und § 56). Das Zurechnungsmoment ergibt sich im Allg aus der faktischen Gleichstellung mit dem Aktionär (*Karollus* in *Leitner*, *Gewinnausschüttung*² 31), weil die Leistung in diesen Sachverhaltskonstellationen (Rz 8 ff) zwar unmittelbar an den Dritten ausgehändig wird, aber gleichwohl Auswirkungen im Vermögen des Aktionärs zur Folge hat. Insofern ist der unechte Dritte dem Aktionär iSv § 52 gleichzustellen und aufgrund seiner (formell) fehlenden Aktionärsstellung im Leistungszeitpunkt zuzurechnen.
- 8 **Nahe Angehörige:** Die Zurechnung von nahen Angehörigen ist umstr. Nach (noch) hL soll eine aufrechte Unterhaltspflicht des Aktionärs ggü dem nahen Angehörigen für dessen Zurechnung entscheidend sein (s statt vieler *Karollus* in *Leitner*, *Gewinnausschüttung*² 35 mwN; zur dt Rsp und hL s *Cahn/v Spannenberg* in *BeckOGK* § 57 Rz 79); iE sollen demnach nur Ehegatten (6 Ob 195/18x) und mj Kinder erfasst sein (§ 80 Abs 3). Nach neuerer Auffassung sind zur Definition des Adressatenkreises § 32 Abs 1 IO, § 4 AnfO heranzuziehen (*Karollus* in *Leitner*, *Gewinnausschüttung*² 35; *Auer* in *Gruber/Harrer*² § 82 Rz 23; *Köppl*, *Einlagenrückgewähr* 67 f; *aA Lamplmayr*, *Einlagenrückgewähr* 213 ff mwN).
- 9 Ebenfalls vom Verbot erfasst sind Leistungen an den „**faktischen**“ Aktionär, wie zB der Treugeber, Furchtnießler oder gesetzliche bzw rechtsgeschäftliche Vertreter des Aktionärs (*Artmann* in *A/K*⁶ Rz 31 f mwN; *Saurer* in *D/N/K*² Rz 45 mwN; *Doralt/Winner* in *MüKo*⁵ § 57 Rz 375; *Bauer/Zehetner* in *WK GmbHG* § 82 Rz 79; *Karollus* in *Leitner*, *Gewinnausschüttung*² 34; *Bayer* in *MüKo*⁵ § 57 Rz 115 f); wirtschaftliches Eigentum und die daraus resultierende aktionärsgleiche Stellung reichen somit aus, auf die Eintragung im Aktienbuch kommt es nicht an (*Foglar-Deinhardstein* in *N/F/P Rz 26*).
- 10 **Mittelbare Beteiligungen (up stream):** Dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen auch Leistungen an mittelbar beteiligte Personen, **insb Gfiter des Aktionärs** (6 Ob 288/99t; 7 Ob 35/10p [ErwGr 1.2.]; *Karollus* in *Leitner*, *Gewinnausschüttung*² 31 f; *Bauer/Zehetner* in *WK GmbHG* § 82 Rz 85; *Eckert/U. Schmidt* in *Haberer/Krejci*, HB Konzernrecht Rz 13.40; *Bayer* in *MüKo*⁵ § 57 Rz 126). Ein **bestimmtes Beteiligungsausmaß** ist wie bei der unmittelbaren Beteiligung uE nicht gefordert (*Karollus* in *Leitner*, *Gewinnausschüttung*² 32; so auch *Bauer/Zehetner* in *WK GmbHG* § 82 Rz 85, die darauf hinweisen, dass – unabhängig von der Einflussmöglichkeit der mittelbar beteiligten Person – stets der Schutz vor Umgehung des Verbots in den Vordergrund zu stellen ist; *aA Saurer* in *D/N/K*² § 52 Rz 45 und diesem folgend *Doralt/Winner* in *MüKo*⁵ § 57 Rz 375 FN 1111, die diesfalls eine 100%-Beteiligung der mittelbar beteiligten Person am Aktionär fordern). Die **Anzahl der zwischengeschalteten Ges** ist ebenfalls unerheblich (*Karollus* in *Leitner*, *Gewinnausschüttung*² 32; *Eckert/U. Schmidt* in *Haberer/Krejci*, HB Konzernrecht Rz 13.40; *Bauer/Zehetner* in *WK GmbHG* § 82 Rz 85).

Leistungen der AG an mit ihr **horizontal verbundene Unternehmen (side stream) des Aktionärs** (§ 228 Abs 3 UGB) sind nach hL der Leistung an einen Aktionär für die Zwecke des § 52 zumindest grds gleichzuhalten (§ 66 analog) (*Milchrahm* in WK GmbHG § 115 Rz 185; *Foglar-Deinhardstein* in N/F/P Rz 32; *Artmann* in A/K⁶ Rz 32; *Saurer* in D/N/K² § 52 Rz 51; *Doralt/Winner* in MüKo⁵ § 57 Rz 375; *Auer* in *Gruber/Harrer*² § 82 Rz 55; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 167; *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 84; *Köppl* in *U. Torggler*, GmbHG § 82 Rz 16; *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 31 ff mwN; *Eckert/U. Schmidt* in *Haberer/Krejci*, HB Konzernrecht Rz 13.41 f; *Cahn/v. Spannenberg* in BeckOGK § 57 Rz 81; *Bayer* in MüKo⁵ § 57 Rz 126 ff; *Drygala* in KK³ § 57 Rz 124; **aA** *U. Torggler* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 96, wonach SchwesterGes echte Dritte seien; so auch *Köppl*, Einlagenrückgewähr 102 f mwN). Strittig ist jedoch, ob neben der Verbindung zwischen Aktionär und Leistungsempfänger **noch zusätzliche Krit** erforderl sind (*Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 32 f; *Auer* in *Gruber/Harrer*² § 82 Rz 24; ausf dazu auch *Milchrahm* in WK GmbHG § 115 Rz 185 ff mwN). Eine **Veranlassung** durch den Aktionär ist uE für die Tatbestandsmäßigkeit nicht erforderl (*Auer* in *Gruber/Harrer*² § 82 Rz 26 ff; *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 33; auf eine Veranlassung abstellend: 6 Ob 29/11 z; 7 Ob 35/10 p; 6 Ob 288/99 t; *Koppensteiner/Rüffler*³ § 82 Rz 18; *Cahn/v. Spannenberg* in BeckOGK § 57 Rz 81 f; s *Bayer* in MüKo⁵ § 57 Rz 127; *Foglar-Deinhardstein* in F/A/H § 82 Rz 71), wohl aber für dessen Haftung nach § 52 (Rz 64 ff). Ebenfalls bedarf es **keinerlei konkreter Vorteile** auf Seiten des Aktionärs (*Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 33; *Auer* in *Gruber/Harrer*² § 82 Rz 31, 37; für Konzernlagen *Saurer* in D/N/K² Rz 52; **aA** wohl *Koppensteiner/Rüffler*³ § 82 Rz 18; *Foglar-Deinhardstein* in F/A/H § 82 Rz 71). In der Lit wird auch vertreten, dass sich ein Verstoß gegen § 52 nur unter besonderen Umständen annehmen lässt, wenn der gemeinsame Aktionär **an der leistenden AG mit einer höheren Beteiligungsquote beteiligt** ist als an der Empfängerin (*Koppensteiner/Rüffler*³ § 82 Rz 18; **aA** *Foglar-Deinhardstein* in N/F/P Rz 32; *Auer* in *Gruber/Harrer*² § 82 Rz 30 f; für Konzernlagen *Artmann* in A/K⁶ 32; *Saurer* in D/N/K² Rz 53). Hier lässt sich ein Verstoß uE nur annehmen, wenn der Aktionär ein **weiteres Interesse an der Leistung** hat, wie etwa die durch die Leistung herbeigeführte Möglichkeit der Begleichung von Verbindlichkeiten der Empfängerin gegenüber dem Aktionär (*Eckert/U. Schmidt* in *Haberer/Krejci*, HB Konzernrecht Rz 13.43; *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 84 treten für eine differenzierte Betrachtung ein, wonach bei einer Mehrheitsbeteiligung die *causa societatis* zu vermuten, andernfalls jedoch ein Nachweis im Einzelfall notwendig sei). Die Anzahl der horizontal zwischengeschalteten Ges ist auch in diesem Fall unerheblich (*Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 32; *Auer* in *Gruber/Harrer* § 82 Rz 20).

Leistungen der AG an ihre eigenen TochterUnt („**down stream**“) sind nur unter besonderen Umständen erfasst, nämlich dann, wenn der Aktionär aus der Leistung einen besonderen, über seine Beteiligung an der leistenden AG hinausgehenden **Vorteil** zieht (*Eckert/U. Schmidt* in *Krejci/Haberer*, HB Konzernrecht Rz 13.45; *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 93; *Milchrahm* in WK GmbHG § 115 Rz 179; s noch Rz 37 und 6 Ob 154/19 v [ErwGr 8.3. f]; zu Unrecht weitergehend *Auer* in *Gruber/Harrer*² § 82 Rz 55).

Tatbestandsmäßig sind auch Leistungen an und Rechtsgeschäfte mit Personen, die **für Rechnung** eines Aktionärs – aber eben im eigenen Namen – handeln (§§ 66, 7 EKEG). Nur unter dieser Voraussetzung sind sonstige **nahe Angehörige** (§ 32 IO) eines Aktionärs in den Adressatenkreis einbezogen. Ebenso unzulässig ist die Tilgung einer Verbindlichkeit des Aktionärs durch die AG (6 Ob 13/20 k; 6 Ob 21/20 m) oder eine Leistungserbringung der AG an den Dritten, damit dieser anschließend seine Verbindlichkeit beim Aktionär begleichen kann (*Saurer* in D/N/K² Rz 48; *Auer* in *Gruber/Harrer*² § 82 Rz 22).

Ehemalige und zukünftige Aktionäre: Bei **zeitlichem und sachlichem** Zusammenhang (zur Interpretation dieser Tatbestandsmerkmale s ausf *Köppl*, Einlagenrückgewähr 54 ff mwN; *Ka-*

rollus in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 34) zwischen der Aktionärsstellung und der Zuwendung können auch Leistungen an **ehemalige** (6 Ob 132/10w; 6 Ob 14/14y; 6 Ob 114/17h; 6 Ob 199/17h; 6 Ob 195/18x) **und zukünftige** (6 Ob 29/11z; 6 Ob 199/17h) Aktionäre belangt werden (*Foglar-Deinhardstein* in *N/F/P* Rz 27; *Artmann* in *A/K*⁶ Rz 30; *Saurer* in *D/N/K*² Rz 42 ff; *Doralt/Winner* in *MüKo*⁵ § 57 Rz 375; *Fleischer* in *Schmidt/Lutter*⁴ § 57 Rz 33). Zuzurechnen sind den ehemaligen und zukünftigen Aktionären auch deren **nahe Angehörige** (Rz 8) (instruktiv 6 Ob 195/18x [Ehemann der ehemaligen GmbH-Gfiterin]). Paradedfälle stellen insb die Abfindung/Abschichtung ausscheidender Aktionäre aus dem GesVermögen oder die Finanzierung oder Besicherung des Kaufpreises für den Anteilserwerb (3 Ob 50/13v; 3 Ob 167/16d; 6 Ob 114/17h; s auch *Saurer* in *D/N/K*² Rz 43; *Köppl*, Einlagenrückgewähr 57f, anerkennt die zukünftige Gesellschafterstellung iSv § 52 allerdings dann nicht an, wenn der Beteiligungserwerb aus welchen Gründen auch immer faktisch nicht zustande kommt) dar.

- 15 Privatstiftungen:** Die Zurechnung im Fall der Zwischenschaltung von Privatstiftungen (sei es, dass die Stiftung Aktionär ist und die „hinter“ der Stiftung stehenden Personen Leistungen der AG empfangen oder umgekehrt) ist nicht ausreichend geklärt; insb ist unklar, ob eine solche Zurechnung kumulativ eine Beherrschungsmöglichkeit und eine Vermögensbeteiligung (zB in der Form der Begünstigtenstellung) des (je nach Fallgestaltung) Aktionärs oder Leistungsenpängers ausreicht oder die bloße Beherrschungsmöglichkeit ausreicht (ausf dazu *Lampmayr*, Einlagenrückgewähr 176ff; *Karollus*, ZFS 2015, 149; vgl auch dazu *Saurer* in *D/N/K*² Rz 52; *Foglar-Deinhardstein* in *F/A/H* § 82 Rz 72; *Foglar-Deinhardstein*, ÖJZ 2019, 939; *Bauer/Zehetner* in *WK GmbHG* § 82 Rz 89/1; krit *V. Hügel*, JEV 2019, 81f; allg dazu 6 Ob 195/18x [ErwGr 2.3.]); Nach der (übereinstimmenden) L reicht jedenfalls die (bloße) Position als Stifter für die Zurechnung nicht aus (*Karollus*, ZFS 2015, 149f; *Karollus*, ZFS 2019, 18f; *Foglar-Deinhardstein* in *F/A/H* § 82 Rz 72; *Csoklich/Csoklich*, GesRZ 2019, 56). Erfolgt die Leistung kurz nach Einbringung der Anteile in die Privatstiftung, ist auch eine Zurechnung über die Einbeziehung von **ehemaligen Aktionären** (Rz 14) mögl, wenn die Leistung durch die frühere Aktionärsstellung veranlasst (*causa societatis*) wurde (*Karollus*, ZFS 2015, 151f; so etwa 6 Ob 195/18x). Die **Organstellung** etwaiger Stiftungsbeteiligter innerhalb der leistenden AG ist entgegen 6 Ob 195/18x (ErwGr 2.4.) unmaßgeblich (zutr *Karollus*, ZFS 2019, 16f).

b) Leistungen an und Rechtsgeschäfte mit sonstigen („echten“) Dritte(n)

- 16 Allgemeines:** Leistungen an oder Rechtsgeschäfte mit Dritten – also jene, die im Vergleich zum unechten Dritten tatsächlich **nicht mehr als aktionärsähnlich** einzustufen sind – können tatbestandsmäßig sein, wenn der Aktionär daraus einen Vorteil zieht, wie zB bei der Besicherung (Rz 44) oder direkten Begleichung von Verbindlichkeiten des Aktionärs durch die AG (2 Ob 225/07p; s auch Rz 13, 76). Liegt ein solcher Verstoß vor, stellt sich die weitere Frage, ob den Dritten die Rechtsfolgen gem § 52 direkt treffen, namentlich, ob das mit ihm geschlossene Geschäft nichtig ist (Rz 56) und er zur Rückzahlung empfangener Leistungen verpflichtet ist (Rz 71).
- 17 Zurechnungskriterien:** Die Rsp bejaht dies unter der Voraussetzung, dass der Dritte dahingehend **kollusiv** handelte, dass er vom Verstoß gegen § 52 **Kenntnis hatte** oder sich ihm **diese Kenntnis geradezu aufdrängen musste**, seine Unkenntnis demnach auf grober Fahrlässigkeit beruht (4 Ob 2078/96h; 3 Ob 287/02f; 6 Ob 271/05d; 10 Ob 16/06k; 2 Ob 225/07p; 9 Ob 25/08d; 7 Ob 35/10p; 6 Ob 29/11z; 6 Ob 14/14y; 10 Ob 86/18x; 17 Ob 5/19p; 6 Ob 89/20m; ausf dazu auch *Schopper* in *FS Fenyves* 1010ff). Dies folgt aus dem allg Grundsatz, dass Rechtsgeschäfte idR gültig sind, wenn sich das jeweilige Verbot an nur einen der beiden Vertragspartner richtet; ist dem vom Verbot nicht betroffenen Geschäftspartner hingegen der Gesetzesverstoß des Rechtsgeschäfts bewusst, muss sich dieser die Nichtigkeitsfolge entgegenhalten lassen (17 Ob 5/19p; 4 Ob 2078/96). Dies folgt aus der Überlegung, dass die Interessen der

Ges und ihrer Gl idZ den Interessen des jeweils unredlichen Dritten vorgehen (RS0105537; 6 Ob 89/20m; vgl auch *Schopper* in FS Fenyves 1012f). Der OGH stellt **manchmal** auch darauf ab, dass der echte Dritte nur dann von den Folgen des Verbots der Einlagenrückgewähr betroffen ist, wenn der Gftr (gemeint war in diesen Fällen wohl der Gf; s dazu *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 168 FN 849; *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 88) **bewusst zum Nachteil der Ges** handelt und der Dritte davon wusste oder seine Unkenntnis darüber auf grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen ist (10 Ob 16/06k; 4 Ob 2328/96y; SZ 69/149; abl *Artmann* in A/K⁶ Rz 75; *Fidler*, ÖBA 2018, 602 FN 35). Diese Grundsätze wurden für **Kreditgeber** (Kreditinstitute) als Dritte aufgestellt, sie gelten aber auch für Dritte, die für **andere Ansprüche** als Kredite Sicherheiten empfangen (6 Ob 89/20m). Eine allg Erkundigungspflicht des Dritten besteht entgegen früherer Rsp **nicht in allen Fällen denkmöglicher Einlagenrückgewähr**, sondern nur dann, wenn der Verdacht nahezu einer Gewissheit gleichkommt (6 Ob 271/05d; 9 Ob 25/08d; 7 Ob 35/10p; 6 Ob 29/11z; 3 Ob 50/13v; 6 Ob 14/14y; 6 Ob 48/17b; 10 Ob 86/18x; 17 Ob 5/19p) und sich der Verstoß geradezu aufdrängt (4 Ob 2328/96y und RIS-Justiz RS0105536 [T2]; zuletzt 10 Ob 86/18x; 17 Ob 5/19p; 6 Ob 89/20m), wobei die Erkundigungs- bzw Prüfpflichten des Dritten nur anhand der **Umstände des konkreten Einzelfalls** beurteilt werden können und diesbezüglich idR keine Rechtsfrage iSd § 502 ZPO vorliegt (6 Ob 48/17b; 6 Ob 89/20m). Auf **nicht offenkundig unrichtige Auskünfte** der beteiligten Ges darf sich der Dritte verlassen, ohne weitere besondere Nachforschungen anstellen zu müssen (4 Ob 2078/96h; 2 Ob 225/07p; 7 Ob 35/10p), wobei der Dritte im **Verdachtsfall** jedenfalls Auskünfte (wie etwa über die Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten, GftrStellung, zurechenbare „unechte“ Dritte) einzuholen hat (4 Ob 2078/96h; so auch *Artmann* in A/K⁶ Rz 75/1; vgl auch *Foglar-Deinhardstein* in F/A/H § 82 Rz 76). Das Abstellen auf grobe Fahrlässigkeit ist – wie im Parallelfall des Missbrauchs der Vertretungsmacht – problematisch, weil den Dritten keine Sorgfaltspflichten treffen (s § 74 Rz 15 ff). Besser ist es, auf „**Evidenz**“ der Einlagenrückgewähr abzustellen, also auf Fälle, in denen zwar keine Kenntnis bewiesen werden kann, der Dritte aber aufgrund der Begleitumstände nicht in Unkenntnis sein konnte (vgl 6 Ob 271/05d; s auch *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 168 FN 850; *U. Torggler/H. Torggler* in FS W. Jud 740). **Prüfungsmaßstab** der Evidenz sind die Möglichkeiten des Dritten, das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des Verbotsverstoßes zu erkennen (6 Ob 48/17b; in diese Richtung auch 4 Ob 2078/96h). Solche Umstände sind etwa direkte Überweisungen der Ges auf ein Kreditkonto des Aktionärs (2 Ob 225/07p). „**Verdächtig**“ sind auch alle Fälle der **Besicherung** von Kreditverbindlichkeiten des Aktionärs durch die AG. Die Bank, die von der Aktionärsstellung des Kreditnehmers weiß (3 Ob 50/13v [Fremdfinanzierter Anteilskauf durch eine zwischengeschaltete ÜbernahmeGes]; 10 Ob 16/06k; 6 Ob 29/11z [für den zukünftigen Aktionär]), muss sich darüber informieren, ob eine **Gegenleistung** des Aktionärs oder eine **betriebliche Rechtfertigung** vorliegt (7 Ob 35/10p; 6 Ob 29/11z). Sachverhalte, die **dem ersten Anschein nach betrieblich gerechtfertigt** sind, begründen keine „Evidenz“ der Einlagenrückgewähr (1 Ob 290/00d [Konzernfinanzierung]; 6 Ob 48/17b; 10 Ob 86/18x [Konzernfinanzierung bei Finanzierungsgespässen; s dazu ausf *Chladek/Seeber/Stenzel*, GesRZ 2019, 403f]; 6 Ob 48/17b [Geschäftsführeridentität drängt im Einzelfall noch nicht zwingend den Verdacht der verbotenen Einlagenrückgewähr auf]; 17 Ob 5/19p [Cash-Pooling]); zur fehlenden betrieblichen Rechtfertigung bei „**hoch verdächtigen**“ Fällen und der daraus resultierenden Nachforschungspflicht des Dritten s zB 6 Ob 232/16k [schlechte Bonität der Gftrin], 6 Ob 29/11z [Kreditvergabe an Strohmänn des Gftrs], 7 Ob 35/10p [Bürgschaftsverpflichtung einer KonzernGes für die andere ohne entsprechende Gegenleistung] und 4 Ob 2078/96h [LBO] (s jedoch *U. Torggler* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr, 101, *U. Torggler*, GesRZ 2012, 128, und *U. Torggler/H. Torggler* in FS W. Jud, 741 f, für die analoge Anwendung von § 16 Z 2 EKEG iZm der Beurteilung der Erkundigungspflicht des Dritten, wenn demselben ein Tatbestandsmerkmal eines Verbotsverstoßes bekannt oder aus verlässlicher und leicht

zugänglicher Quelle unschwer erkennbar ist; iE zust *Foglar-Deinhardstein* in N/F/P Rz 38). **Keine Nachforschungspflichten** treffen die Bank beim normalen Überweisungsverkehr zwischen KonzernGes (6 Ob 271/05d; *Hügel*, JBl 1997, 113f). Steht der Dritte (etwa als Kreditgeber oder Sicherheitenbesteller) einer **anwaltschaftlich vertretenen Gegenseite** ggü, kann sich der Dritte darauf verlassen, dass gesellschaftsrechtliche Beschränkungen dort bereits berücksichtigt oder thematisiert würden (6 Ob 89/20m [diese Vermutung könne zwar durchaus fahrlässig sein, erreiche jedoch nicht die Qualität eines zwingenden und sich geradezu aufdrängenden Verdachts]). Die Beurteilung, ob der Verstoß gegen § 52 evident ist, muss auf den Zeitpunkt des **Abschlusses des Rechtsgeschäfts** mit dem Dritten vorgenommen werden (9 Ob 25/08d; 7 Ob 35/10p; 6 Ob 29/11z; *Foglar-Deinhardstein* in N/F/P Rz 37).

3. Zeitlicher Anwendungsbereich

- 18** Das Verbot gilt über die gesamte Dauer der rechtlichen Existenz der AG – somit ab der Eintragung bis zur Löschung im FB. Daher haben auch Liquidatoren im **Liquidationsverfahren** das Verbot der Einlagenrückgewähr zu beachten (*Doralt/Winner* in MüKo⁵ § 57 Rz 357; *Saurer* in D/N/K² Rz 15; *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 15), weil die Verteilung des Vermögens gem §§ 212f erst nach Berichtigung der Verbindlichkeiten und Ablauf des Sperrjahres zulässig ist (so auch *Bayer* in MüKo⁵ § 57 Rz 14). Auch während eines **Insolvenzverfahrens** besteht die Vermögensbindung des § 52 nach hL fort (*Artmann* in A/K⁶ Rz 6; *Saurer* in D/N/K² Rz 15; *Cahn/v Spannenberg* in BeckOGK § 57 Rz 53; *Bayer* in MüKo⁵ § 57 Rz 14). In der L wird außerdem tw die Geltung von § 52 im **Vor-GesStadium** – also vor der FB-Eintragung – bejaht (*Artmann* in A/K⁶ Rz 6; *Foglar-Deinhardstein* in F/A/H § 82 Rz 22; *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 15; s auch *Cahn/v Spannenberg* in BeckOGK § 57 Rz 54; **aA** *Doralt/Winner* in MüKo⁵ § 57 Rz 357; *Saurer* in D/N/K² Rz 15; *Köppl* in *U. Torggler*, GmbHG § 82 Rz 2 mwN bezeichnet den Eintragungszeitpunkt als Zäsur zwischen Kapitalaufbringung und -erhaltung). Vgl dazu auch Rz 20, § 39 Rz 36.

4. Kollisionsrechtliche Einordnung

- 19** Siehe bei § 254 Rz 15ff.

5. Verhältnis zu anderen Vorschriften

- 20** Die aktienrechtlichen Normen der **Kapitalaufbringung** sind uE *leges speciales* im Verhältnis zu § 52 (**aA** 6 Ob 196/03x; RIS-Justiz RS0118214 [ohne nähere Begründung]). Bei der Überbewertung von Sacheinlagen kommen daher §§ 39ff zur Anwendung, jedoch nicht die in Rz 55ff dargestellten Rechtsfolgen (s auch § 39 Rz 36; *Köppl*, Einlagenrückgewähr 21f, spricht sich für eine Anspruchskonkurrenz aus).
- 21** § 52 steht auch der **Insolvenz- oder Gläubigeranfechtung** des Einlagversprechens oder der Einlageleistung durch einen Gl des Aktionärs nicht entgegen. Nach hA ist ein **Vorrang der Anfechtung** – somit ein Vorrang der Gl des insolventen Aktionärs – anzunehmen (3 Ob 51/10m; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.27f mwN; *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 83 mwN; *Rebernig/Schmidsberger*, ZIK 2010, 162ff; zust wohl auch *Saurer* in D/N/K² Rz 21; *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 29). Liegen daher anfechtungstaugliche Leistungen des Aktionärs an die AG vor, kann die AG als Anfechtungsgegner dem Anfechtungsanspruch des Aktionärgläubigers nicht das Verbot der Einlagenrückgewähr entgegengehalten. Umgekehrt können Anfechtungsansprüche von den Gl der AG gegen Aktionäre gerichtet werden. Solche Ansprüche bestehen uU in **Konkurrenz** zu Ansprüchen gem § 56 (vgl 17 Ob 5/19p; 2 Ob 225/07p; s auch *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 24.8ff mwN; *Bollenberger* in K/L/S, IO § 27 Rz 35; *Doralt/Winner* in MüKo⁵ § 62 Rz 134 sehen in § 56 sogar eine

Erweiterung der insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbestände), was wegen der wesentlich kürzeren materiell-rechtlichen Präklusivfrist des § 43 Abs 2 IO im Vergleich zu § 56 Abs 4 (s Rz 19ff) relevant sein kann (für einen Vergleich der Tatbestände und Rechtsfolgen s ausf König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 24.8ff).

Zum **Verhältnis zur Haftung der AG wegen Verstößen gegen kapitalmarktrechtliche Offenlegungspflichten** Rz 36. **22**

Verhältnis zum Eigenkapitalersatzrecht: Bei Kreditvergaben zwischen SchwesterGes, zwischen TochterGes und MutterGes könnte die von den eigenkapitalersatzrechtlichen Vorschriften betroffene (kreditgebende) Ges bei entsprechender Tatbestandserfüllung nach § 52 AktG die Rückzahlung fordern und somit die Rückzahlungssperre nach § 14 EKEG aushebeln (Artmann in A/K⁶ Rz 50; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 Rz 194; Ch. Nowotny in K/N/S² Rz 4/564; Dellinger/Mohr, EKEG § 9 Rz 15). Seit Inkrafttreten des EKEG geht die hL davon aus, dass das EKEG wegen § 9 EKEG als spezielle Regelung vorgeht (Auer in Gruber/Harrer² § 83 Rz 33; Kalss, GesRZ 2015, 307; Rüdfler in FS Nowotny, 410; Koppensteiner, wbl 2008, 54f; Koppensteiner/Rüdfler³ Anh § 74 Rz 29; Dellinger/Mohr, EKEG § 9 Rz 14f; Ch. Nowotny in K/N/S² Rz 4/564; **offenlassend** Schopper in Schopper/Vogt, EKEG § 9 Rz 29; aA Artmann in A/K⁶ Rz 60/2; Lamplmayr, Einlagenrückgewähr 116; Trenker, GesRZ 2013, 63; so wohl auch Foglar-Deinhardstein in F/A/H § 82 Rz 165). Vgl allg zu den Parallelen zwischen Eigenkapitalersatzrecht und Einlagenrückgewähr Lamplmayr, Einlagenrückgewähr 47ff. Zur Einordnung von § 9 EKEG s Rz 43. **23**

B. Offene Verstöße

Von einem offenen Verstoß wird gesprochen, wenn Einlagenrückgewähr nicht einmal dem Anschein nach in den zivilrechtlichen Titel eines Austauschgeschäfts gekleidet ist. Die Unterscheidung ist angesichts der von der Rsp angenommenen grds Nichtigkeit von verbotswidrigen Rechtsgeschäften wohl verzichtbar (Koch in Hüffer/Koch¹⁵ § 57 Rz 7 mwN; Köppl, Einlagenrückgewähr 12f). Die Einbeziehung von Leistungen, die aufgrund eines (wenngleich nach §§ 52, 56 iVm 879 Abs 1 ABGB nichtigen) Titels erbracht werden (6 Ob 198/15h [ErwGr 4.4.]; Foglar-Deinhardstein in N/F/P Rz 38; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 Rz 48; Auer in Gruber/Harrer² § 83 Rz 33; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen 116) würde die Unterscheidung zwischen offenen und verdeckten Verstößen aber vollends überflüssig machen. **24**

Bsp sind Rückzahlung von Einlageleistungen abseits der zulässigen Fälle im Rahmen des Erwerbs eigener Aktien, der Kapitalherabsetzung und Liquidation (Artmann in A/K⁶ Rz 9; Karollus in Leitner, Gewinnausschüttung² 90f mwN; Fleischer in Schmidt/Lutter⁴ § 57 Rz 10), die Anschaffung, Übertragung oder bloße Überlassung von Vermögensgegenständen der AG ohne (entsprechendes) Entgelt zum Vorteil des Aktionärs (8 Oba 53/18d; 6 Ob 195/18x Foglar-Deinhardstein in N/F/P Rz 39; Karollus in Leitner, Gewinnausschüttung² 87 mwN), **Dividendenausschüttungen** ohne ausreichenden Bilanzgewinn oder aufgrund eines nichtigen oder nicht wirksam festgestellten JA (Artmann in A/K⁶ Rz 9; Foglar-Deinhardstein in N/F/P Rz 39; Doralt/Winner in MüKo⁵ § 57 Rz 378; Saurer in D/N/K² Rz 22; Koch in Hüffer/Koch¹⁵ § 57 Rz 7; Cahn/v. Spannenberg in BeckOGK § 57 Rz 32) oder Ausschüttungen ohne bzw aufgrund eines nichtigen oder vernichteten Gewinnverwendungsbeschluss(es) gem § 104 Abs 2 Z 2 (Artmann in A/K⁶ Rz 9; Doralt/Winner in MüKo⁵ § 57 Rz 375; Saurer in D/N/K² Rz 22; Koch in Hüffer/Koch¹⁵ § 57 Rz 7; Drygala in KK³ § 57 Rz 34; vgl auch Saurer in D/N/K² Rz 22). Ein bloß anfechtbarer Beschluss führt erst nach erfolgreicher Anfechtung zu einem Verstoß gegen § 52 (Drygala in KK³ § 62 Rz 34 mwN und Doralt/Winner in MüKo⁵ § 57 Rz 378), dann aber mit Ex-tunc-Wirkung (§ 198 Rz 7). Zum Schutz des gutgl Dividen- **25**

denbeziehers s § 56 Rz 17f. Als offene Verstöße gelten ferner offene **Barzahlungen** (8 ObA 53/18d), satzungsmäßig vereinbarte **Gewinngarantien** (1 Ob 719/78; *Artmann* in A/K⁶ Rz 1; *Doralt/Winner* in MüKo⁵ § 57 Rz 377), **Kursgarantien** bzw die Rückerstattung von Kursdifferenzen (*Artmann* in A/K⁶ Rz 9; *Bayer* in MüKo⁵ § 57 Rz 78; *Cahn/v Spannenberg* in BeckOGK § 57 Rz 46; *Koch in Hüffer/Koch*¹⁵ § 57 Rz 14). Ebenso kann eine verbotene offene Ausschüttung bei Bezahlung eines satzungsmäßig vereinbarten, aber gegen § 52 verstoßenden **Gründerlohns und -aufwands** oder auch bei Gewährung von nicht adäquaten **Sondervorteilen** (jeweils iSv § 19) vorliegen (s § 19 Rz 3ff und *Artmann* in A/K⁶ Rz 1; *Saurer* in D/N/K² Rz 22; *Bayer* in MüKo⁵ § 57 Rz 93; *Koch in Hüffer/Koch*¹⁵ § 57 Rz 4). Gegen § 52 verstoßen sog **Halte- oder Treueboni**, die an langfristige Aktionäre für das Halten der Aktien ausbezahlt werden (*Artmann* in A/K⁶ Rz 9; *Bayer* in MüKo⁵ § 57 Rz 81), denn das Halten der Aktien ist keine Gegenleistung des Aktionärs, sondern mit der Mitgliedschaft zwingend verbunden (*Drygala* in KK³ § 62 Rz 35 mwN). Die Gewährung von Vergütungen für die HV-Teilnahme (sog **Präsenzboni**) dürfte ebenfalls vom Verbot des § 52 erfasst sein (*Artmann* in A/K⁶ Rz 9; *Bayer* in MüKo⁵ § 57 Rz 81; *Drygala* in KK³ § 62 Rz 60). Dementsprechend ist auch der **Kostenersatz der Aktionäre für die Teilnahme an der HV** unzulässig (*Saurer* in D/N/K² Rz 22). Die **angemessene Verpflegung** der Aktionäre während der HV ist hingegen zulässig (*Artmann* in A/K⁶ Rz 9; *Saurer* in D/N/K² Rz 22 FN 122; zust wohl auch *Drygala* in KK³ § 62 Rz 35). In der Lit wird im Bereich der offenen Verstöße auch die **Annahme von Provisionen** (sog „kick-back“-Zahlungen) von (dritten) Geschäftspartnern der AG durch die Gesellschafter als Verstoß gegen § 52 angesehen, wenn die AG durch die Annahme dieser Zahlung einen Nachteil (die AG hätte bspw ein für sie günstigeres Geschäft abschließen können) erleidet (*Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 118; *Foglar-Deinhardstein* in F/A/H § 82 Rz 80; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 51). Bei der AG sind im Vergleich zur GmbH allerdings **Zwischendividenden** erlaubt, sofern dabei § 54a nicht verletzt wird (zu den Voraussetzungen s § 54a Rz 4ff).

C. Verdeckte Verstöße

1. Allgemein

- 26 Grundsatz:** § 52 verbietet nicht nur offene, sondern auch sogenannte „verdeckte“ Gewinnausschüttungen. Darunter ist jede (unmittelbare oder mittelbare) – grds zulässige – auf Basis eines **zweiseitigen Rechtsgeschäfts** (s dazu *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 57f; *U. Torggler* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 91; *Fleischer* in *Schmidt/Lutter*⁴ § 57 Rz 11) geleistete Zuwendung an Aktionäre zu verstehen, der **keine gleichwertige Gegenleistung** („at arm’s length“) gegenübersteht und die das **Vermögen der Ges verringert** (s dazu jüngst 6 Ob 204/16t [ErwGr 6.2.2.]; 4 Ob 4/99b; 4 Ob 2328/96y). Unzulässig ist somit unter diesem Aspekt jeder Vermögenstransfer von der AG zum Aktionär, in **Vertragsform oder auf andere Weise**, der den Aktionär zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens **verdeckt** (zumindest indirekt) bevorteilt (6 Ob 204/16t [ErwGr 6.2.2.]; 6 Ob 288/99t; *Koppensteiner/Rüffler*³ § 82 Rz 15; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 119).
- 27 Kriterien – Überblick:** Nach welchen Kriterien/Maßstäben die verdeckte Gewinnausschüttung konkret geprüft wird, ist lebhaft umstritten (s statt aller *Zehetner/Cetin*, GesRZ 2017, 197ff). Einigkeit dürfte dahingehend bestehen, dass die Prüfung anhand objektiver Merkmale vorzunehmen ist; **subjektive Elemente** – also das Wissen der Handelnden über die jeweils objektiv notwendigen Kriterien – sind **nicht zu prüfen** (RIS-Justiz RS0105532 [T14]; 6 Ob 114/17 [ErwGr 4.1.]; 6 Ob 72/16f [ErwGr 2.1.]; *Artmann* in A/K⁶ Rz 15 FN 192 mwN; *Karollus* in *Leitner*, Gewinnausschüttung² 67f; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 119f; *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 88; *Fleischer* in *Schmidt/Lutter*⁴ § 57 Rz 12). Diese objektiven Elemente und damit das Vorliegen einer (verdeckt) verbotenen Zuwendung prüft die Rsp an-