Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht 24, 328–331 (2025)
https://doi.org/10.33196/ges202507032701
GES 2025, 328

Einlagenrückgewähr bei Umsatzgeschäften eines Gesellschafters mit seiner GmbH: Innerer oder äußerer Fremdvergleich?

Welcher Maßstab gilt, wenn ein Gesellschafter gegenüber seiner GmbH als Lieferant auftritt? Der Beitrag geht dieser Frage nach.

Deskriptoren: Einlagenrückgewähr, Fremdvergleich, Umsatzgeschäfte.
Normen: § 82 GmbHG.

Von Lukas Fantur

1. Fragestellung: Innerer oder äußerer Fremdvergleich?

Tritt ein Gesellschafter gegenüber seiner GmbH als Lieferant auf, unterliegt dieses Austauschgeschäft wie alle Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern dem strengen Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG). Ein Verstoß liegt vor, wenn die Gesellschaft Leistungen zu nicht fremdüblichen Bedingungen erwirbt. Entscheidend ist daher, welcher Maßstab im Fremdvergleich heranzuziehen ist:

- Sind die Preise maßgeblich, die der Gesellschafter auch anderen Abnehmern verrechnet (innerer Fremdvergleich)?
- Oder ist auf die Konditionen des allgemeinen Marktes abzustellen (äußerer Fremdvergleich)?[1]

Die Frage stellt sich in der Praxis aufgrund einer bereits länger zurückliegenden OGH-Entscheidung.[2] In dieser war die Fremdüblichkeit anhand eines Sachverhalts zu beurteilen, bei dem die Gesellschaft Waren zu billig an ihren eigenen Gesellschafter verkauft hatte. Der OGH kam zum Ergebnis, dass in solchen Fällen der innere Fremdvergleich heranzuziehen ist. Diese Entscheidung führt mitunter zu der Annahme, dass der innere Fremdvergleich bei Geschäften zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern generell anzuwenden sei; auch wenn der Verkauf in die „Gegenrichtung" erfolgt: Wenn also nicht die Gesellschaft ihrem Gesellschafter, sondern umgekehrt der Gesellschafter seiner Gesellschaft etwas verkauft.[3]

2. Ausgangspunkt: Der Gesellschafter als Lieferant seiner GmbH

In der Praxis ist es häufig, dass Gesellschafter ihre GmbH mit Rohstoffen oder Produkten beliefern, die die Gesellschaft weiterverarbeitet oder vertreibt. Gerade solche Umsatzgeschäfte sind typischerweise geeignet, verdeckte Einlagenrückgewähren zu verschleiern.
Die hier untersuchte Konstellation geht von zwei Prämissen aus:

1. Die Produkte des Gesellschafters sind mit jenen anderer Lieferanten **technisch vergleichbar** und daher **austauschbar**.
2. Der Unternehmensgegenstand der GmbH ist **nicht** auf den exklusiven Vertrieb der Produkte des Gesellschafters beschränkt.

Die zweite Prämisse mag ungewöhnlich erscheinen; ihre Relevanz zeigt sich jedoch bei der Frage, ob eine Exklusivbindung zur Umgehung des Verbots der Einlagenrückgewähr führen kann (dazu unten Punkt 7.).

3. Der mögliche Ansatz eines inneren Fremdvergleichs

Der innere Fremdvergleich orientiert sich an jenen Preisen, die der Gesellschafter selbst gegenüber unabhängigen Dritten verrechnet. Für den Fall der Belieferung an die eigene GmbH wäre diesfalls entscheidend, ob der Gesellschafter **auch mit anderen Abnehmern zu denselben Konditionen** abschließt. Liegen die Preise des Gesellschafters über dem objektiven Marktpreis, läge demnach trotzdem keine Einlagenrückgewähr vor, wenn der Gesellschafter nicht nur seiner eigenen GmbH, sondern auch seinen anderen Kunden dieselben überhöhten Preise macht.
Zwei OGH-Entscheidungen scheinen auf den ersten Blick einen solchen Maßstab nahezulegen; sie sind jedoch bei näherer Betrachtung **nicht einschlägig**:

1 Zur Unterscheidung zB *Foglar-Deinhardstein* in FAH² § 82 Rz 90.
2 OGH 16.11.2012, 6 Ob 153/12m = GES 2013, 16 = GesRZ 2013, 99 (*Krejci*).
3 Nicht zwischen diesen beiden „Richtungen" differenzierend offenbar *Hügel*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht in: *Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr (2014), 19 (40, 58); *Artmann* in *Artmann/Karollus* AktG⁶ §52 Rz 12; *Foglar-Deinhardstein* in *Napokoj/Foglar-Deinardstein/Pelinka*, AktG § 52 Rz 46.

© Verlag Österreich 2025

3.1 Entscheidung 6 Ob 42/23d – Mitarbeiterbeteiligung

Diese Entscheidung[4] betrifft eine Mitarbeiterbeteiligung. Der OGH betont ausdrücklich, dass in dieser besonderen Konstellation kein klassischer Fremdvergleich möglich ist. Denn dem Institut einer Mitarbeiterbeteiligung samt dessen Finanzierung ist immanent, dass es einem außenstehenden Dritten („Nichtmitarbeiter") gerade nicht offensteht. Daher ist die ansonsten im Rahmen des Drittvergleichs regelmäßig anzustellende Prüfung, ob das Geschäft auch mit einem anderen, unbeteiligten Dritten und bejahendenfalls auch zu diesen Bedingungen geschlossen worden wäre, bei einer Mitarbeiterbeteiligung nicht der entscheidende Maßstab.[5]
Für den hier relevanten Fall austauschbarer Produkte besteht jedoch sehr wohl ein Markt – der externe Vergleich ist daher durchführbar.

3.2 Entscheidung 6 Ob 153/12m – Verkauf von der Gesellschaft an den Gesellschafter

Hier verkaufte die Gesellschaft **ihre eigenen Produkte** zu billig an den Gesellschafter. Dass die Gesellschaft an Dritte teurer verkaufte, begründete die Einlagenrückgewähr. In dieser Konstellation stellte der OGH die Einlagenrückgewähr aufgrund eines inneren Preisvergleichs deshalb fest, **weil die Gesellschaft <u>dem Gesellschafter</u> billiger als an andere Dritte** verkaufte. Der unzulässige Vorteil des Gesellschafters war in diesem Fall also der gegenüber anderen Kunden der Gesellschaft zu billige Preis, zu dem der Gesellschafter erwerben konnte.
Diese Konstellation ist mit der hier behandelten **nicht ident**. Denn das hier zu prüfende Umsatzgeschäft findet in die **entgegengesetzte Richtung** statt. Im hier gegenständlichen Fall verkauft ein Gesellschafter Produkte zu teuer an seine Gesellschaft. Unzulässiger Vorteil des Gesellschafters ist hier der überhöhte Preis, den er erzielt. Die Entscheidung 6 Ob 153/12m[6] ist daher auf die hier interessierenden Verkäufe **vom** Gesellschafter **an** die Gesellschaft nicht übertragbar. Der hier vorliegende Fall betrifft genau die „Gegenrichtung", über die der OGH bislang keineswegs im Sinne der Anwendbarkeit eines inneren Fremdvergleichs entschieden hat.

4. Die Überprüfbarkeit: Innerer Fremdvergleich untaugliches Kriterium für gesetzlich zwingende Rechtsverfolgung

Der Rückerstattungsanspruch wegen verbotene Einlagenrückgewähr (§ 83 GmbHG) ist ein von der Gesellschaft zwingend geltend zu machen der Anspruch. Es ist dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen, dass er einen zwingenden Anspruch schafft, den der Anspruchsberechtigte nicht durchsetzen kann:
In jenen Fällen, in denen die Gesellschaft selbst zu billig an den Gesellschafter verkauft, kann sie den inneren Vergleich selbst vornehmen. Denn sie kennt ja ihre eigenen Preise. Daher ist in einer solchen Konstellation gegen einen inneren Fremdvergleich im Sinne der OGH-E 6 Ob 153/12m nichts einzuwenden.
Bei Umsatzgeschäften in die „Gegenrichtung" ist das hingegen nicht der Fall: einer Gesellschaft, die von ihrem Gesellschafter kauft, ist es nicht möglich, die Verkaufspreise ihres Gesellschafters gegenüber dessen Kunden sicher festzustellen. Selbst wenn es Preislisten geben sollte, könnte der Gesellschafter von diesen ja in bestimmten Einzelfällen oder bei bestimmten Kundengruppen sogar generell davon abweichen. Die Gesellschaft hat diesbezüglich keinen Auskunftsanspruch gegenüber dem Gesellschafter. Das Einzige, was die Gesellschaft verlässlich in Erfahrung bringen kann, sind Vergleichspreise für austauschbare Produkte, insbesondere durch Einholung alternativer Angebote – also durch einen äußeren Fremdvergleich.
In der vom OGH noch nicht entschiedenen „Gegenrichtung", bei der also wie hier der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft nicht als Käufer, sondern als Verkäufer auftritt, verbietet sich daher das Abstellen auf einen inneren Fremdvergleich auf Verkäuferseite (Gesellschafterseite).

5. Innerer Fremdvergleich auf Verkäuferseite unsachliches Prüfungskriterium

In Fällen wie diesen, in denen der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft als Verkäufer auftritt, ist die Anwendung eines inneren Fremdvergleichs auch aus nachstehenden Gründen kein sachliches Abgrenzungskriterium. Dies zeigen nachfolgende Beispiele deutlich:

a) Eine Gesellschaft kauft zeitgleich die gleichen austauschbaren Produkte von zwei verschiedenen Gesellschaftern, jeweils zum selben Preis. In der Folge stellt sich heraus, dass einer der Gesellschafter seine Produkte anderen Kunden gegenüber günstiger verkauft, der andere Gesellschafter hingegen nicht.
   Das Abgrenzungskriterium des inneren Fremdvergleichs würde nun dazu führen, dass die von der Gesellschaft zum gleichen Preis mit ihren Gesellschaftern geschlossenen Umsatzgeschäfte in einem Fall einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellen, im anderen nicht.
b) Kauft eine Gesellschaft von ihrem Gesellschafter zu Preisen, die gegenüber dem allgemeinen Marktpreis

4 OGH 21.02.2024, 6 Ob 42/23d.
5 OGH 21.02.2024, 6 Ob 42/23d [ErwGr 3.4].
6 OGH 16.11.2012, 6 Ob 153/12m.

© Verlag Österreich 2025

überhöht sind, wäre eine Einlagenrückgewähr bei Anwendung eines inneren Fremdvergleichs auf Verkäuferseite immer ausgeschlossen, wenn es andere Dritte gäbe, die bereit wären, aus welchen Gründen immer, ebenfalls einen überhöhten Preis zu bezahlen.

Um es pointiert auszudrücken: Die Einlagenrückgewähr wäre zum Beispiel ausgeschlossen, wenn der Gesellschafter nachweisen kann, dass er auch anderen GmbHs, an denen er sonst noch beteiligt ist, seine Ware zu überteuerten Preisen verkauft. Damit würde eine verbotene Einlagenrückgewähr mit anderen verbotenen Einlagenrückgewähren gerechtfertigt werden!

6. Der äußere Fremdvergleich als einzig maßgeblicher Prüfungsmaßstab

Sachlich zutreffend ist daher allein der **äußere Fremdvergleich**. Entscheidend ist, ob die Gesellschaft identische oder vergleichbare Produkte **am Markt** zu günstigeren Bedingungen hätte erwerben können. Nur so lässt sich feststellen, ob die Gesellschaft Leistungen zu fremdunüblichen Bedingungen erhielt und ein verpönter Vermögensabfluss vorlag.

Die OGH-Entscheidung 6 Ob 110/12p[7] bestätigt, dass der Drittvergleich mit vergleichbaren Marktangeboten anzustellen ist. In dieser Entscheidung ging es um die Angemessenheit eines Mietzinses. Der OGH bestätigte, dass es darauf ankommt, konkrete Vergleiche anhand anderer Mietverträge anzustellen. Für eine Berücksichtigung des besonderen Verhältnisses zum Gesellschafter (in der angesprochenen Entscheidung hatte dieser als Eigentümer des einzigen zur Anmietung infrage kommenden Nachbargrundstückes eine Monopolstellung) bleibt laut OGH ausdrücklich kein Raum.[8]

Übertragen auf den vorliegenden Fall, in dem ein Gesellschafter Produkte zu teuer an seine Gesellschaft verkauft, bedeutet das:

- Es kommt **nicht** darauf an, ob es vereinzelt Dritte gibt, die bereit sind, überhöhte Preise des Gesellschafters zu zahlen. Er kann sich gerade nicht damit rechtfertigen, dass allenfalls vereinzelt auch andere, fremde Personen seine Produkte gegenüber dem Marktpreis überteuert kaufen. Folgt man dieser Auffassung, wäre eine Einlagenrückgewähr immer dann ausgeschlossen, wenn es auch nur vereinzelt andere Dritte gebe, die bereit wären, einen überhöhten Preis zu bezahlen.
- Maßgeblich ist allein der **objektive Marktpreis bei Anwendung des Bestbieterprinzips**.[9]
- Ist der Kaufpreis gegenüber dem Marktniveau überteuert, liegt eine **verdeckte Einlagenrückgewähr** vor.

7. Gefahr der Umgehung: Exklusivbindungen außerhalb des Unternehmensgegenstandes

Ausgangspunkt für die Prüfung der Frage, ob eine Einlagenrückgewähr vorliegt, sind das Gesetz und der Gesellschaftsvertrag.

Richtigerweise darf das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht dadurch umgangen werden, dass mit einem Gesellschafter, der zugleich Lieferant austauschbarer Produkte ist, außerhalb des Unternehmensgegenstandes eine Exklusivbindung vereinbart wird mit der Folge, dass die Gesellschaft die überhöhten Preise des Gesellschafters zahlen muss.

In der Regel ist der Unternehmensgegenstand einer GmbH nicht auf den Handel nur mit Produkten eines Gesellschafters bzw nur auf den Vertrieb von Produkten ihres Gesellschafters eingeschränkt. Dies ist nur in Sonderkonstellationen denkbar: Wenn die Gesellschaft beispielsweise gleichzeitig Generalimporteur ihres Gesellschafters ist und ausschließlich zu diesem Zweck gegründet wird und das auch ausdrücklich im Unternehmensgegenstand des Gesellschaftsvertrages so festgelegt ist.

Die Gesellschaft hat sich daher hinsichtlich ihrer Lieferanten nach Gesetz und Gesellschaftsvertrag in der Regel am gesamten Markt umzusehen und nicht nur bei ihren Gesellschaftern. Für die Angemessenheitsprüfung ist daher der Marktpreis des allgemeinen Marktes unter Anwendung des Bestbieterprinzips heranzuziehen bzw durch die Einholung von Vergleichsangeboten.

Dass zwischen der GmbH und ihrem Gesellschafter allenfalls ein (langfristiger) Vertriebsvertrag oder eine ähnliche Vereinbarung geschlossen wird, ändert an der Beurteilung nichts. Ebenso wenig Erklärungen, die die Gesellschafter anlässlich der Gründung abgegeben haben. Der Gesellschaftsvertrag einer GmbH ist rein objektiv auszulegen.[10] Selbst die allenfalls vorliegenden Motive der Ge-

7 OGH 13.09.2012, 6 Ob 110/12p = GES 2012,498 = GesRZ 2013, 38 (*Torggler*) = *Reich-Rohrwig*, ecolex 2013, 940 (Rechtsprechungsübersicht).

8 OGH 13.09.2012, 6 Ob 110/12p [ErwGr 2.6.]

9 *Foglar-Deinhardstein*, Offene und verdeckte Gewinnausschüttung bei der Kapitalgesellschaft. Gesellschaftsrechtliche Perspektiven: Grundlagen und praktische Anwendung, in: *Foglar-Deinhardstein* (Hrsg), Verdeckte Gewinnausschüttung (2019), Rz 1/107; *Foglar-Deinhardstein* in FAH² § 82 Rz 90; *Köppl* in *U. Torggler* GmbHG § 82 Rz 19; *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON § 52 Rz 31; *Told*, Statutarische Konzernklauseln in der abhängigen Kapitalgesellschaft, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Konzern – Einheit oder Vielheit? (2019) 133 (151, 153); *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss* AktG² § 52 Rz 25.

10 RIS-Justiz RS0108891.

© Verlag Österreich 2025

sellschaft bei der Gründung ändern daran nichts.[11] Auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages geschlossene Vereinbarungen, beispielsweise Exklusivlieferverträge, sind nicht zur Auslegung des Gesellschaftsvertrages heranzuziehen.[12] All das gilt auch, wenn an der Gesellschaft nach wie vor nur die Gründungsgesellschafter beteiligt sind.[13]
All das vorhin Gesagte gilt jedenfalls dann, wenn die Produkte des Gesellschafters (also des Lieferanten) **austauschbar** sind.
Nicht austauschbar wären die Produkte eines Gesellschafters etwa dann, wenn es sich

(i) um von der GmbH benötigte, technisch einzigartige Produkte handelt oder
(ii) der Unternehmensgegenstand aus sachlichen Gründen ausschließlich auf den Vertrieb der Produkte ihres Gesellschafters eingeschränkt ist, etwa weil dieser der Hersteller eines bestimmten Markenproduktes ist (Automobile, Markenhaushaltsgeräte, Luxusuhren etc) und die GmbH nach ihrem Unternehmensgegenstand ausschließlich zum Vertrieb dieser Produkte gegründet wurde.

Nur dann würde der für einen Fremdvergleich erforderliche Markt tatsächlich wegfallen.

Ergebnis

Für Umsatzgeschäfte, bei denen ein Gesellschafter gegenüber seiner GmbH als Verkäufer auftritt und die gelieferten Produkte **austauschbar** sind, ist **ausschließlich ein äußerer Fremdvergleich anzuwenden**.

1. Maßgeblich ist der **objektive Marktpreis** nach dem Bestbieterprinzip.
2. Es kommt **nicht** darauf an, ob der Gesellschafter gegenüber einzelnen Dritten ähnliche oder abweichende Preise erzielt.
3. Vertragliche Exklusivbindungen, die keinen Anker im gesellschaftsvertraglichen Unternehmensgegenstand der Gesellschaft haben, dürfen das Einlagenrückgewährverbot **nicht** umgehen.
4. Kauft die Gesellschaft bei bestehenden Marktpreisen zu überhöhten Preisen vom Gesellschafter, liegt (unter Berücksichtigung der sonstigen Grundsätze[14]) eine **verdeckte Einlagenrückgewähr** nach § 82 GmbHG vor.

Korrespondenz:
Dr. Lukas Fantur, Rechtsanwalt in Wien,
lukas.fantur@fantur.at

11 OGH 13.10.2011, 6 Ob 202/10i = GES 2011, 434 = RWZ 2012, 140 (*Wenger*) = GesRZ 2012, 259 (*Thiery*).
12 OGH 13.10.2011, 6 Ob 202/10i.
13 OGH 13.10.2011, 6 Ob 202/10i.
14 Vgl zB zur betrieblichen Rechtfertigung *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter* GmbHG 96. Lfg § 82 Rz 61; *Zehetner/Cetin*, Verbotene Einlagenrückgewähr: Vorschlag eines Prüfungsschemas, GesRZ 2017, 197 (201); *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in: *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung[3], 1 (95 ff); *Wagner*, Einlagenrückgewähr (2025), 16 ff; OGH 6 Ob 204/16t; RS0105532 [T21].

© Verlag Österreich 2025