



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**Das Verbot der Nachteilszufügung und der Nachteilsausgleich –
Rechtsgeschäfte im faktischen Aktienkonzern
in Deutschland und Österreich**

Verfasser

Mag. iur. Georg Adler

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, im Juli 2010

Studienkennzahl lt.
Studienblatt:

A 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer

o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht verwendet und die den benützten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Wien, im Juli 2010

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Abbildungsverzeichnis.....	VI
Abkürzungsverzeichnis.....	VII
I. Einleitung	1
II. Rechtsgeschäfte im deutschen Aktienkonzern.....	6
A. Der deutsche Konzernbegriff.....	6
B. § 311 dAktG.....	7
C. Veranlassung.....	8
D. Nachteil.....	9
1. Begriff.....	9
2. Das klassische Verständnis des Nachteiles als Sorgfaltsverstoß.....	11
3. Der nicht geleistete Nachteilsausgleich als Sorgfaltsverstoß des Mutterunternehmens	12
4. Heranziehung des Verbotes der verdeckten Einlagenrückgewähr	15
5. Zeitpunkt der Nachteilsprüfung <i>ex ante</i>	15
6. Feststellbarkeit eines Nachteiles.....	16
a. Vorliegen eines Marktpreises.....	16
b. Fehlen eines Marktpreises	18
7. Quantifizierbarkeit.....	20
E. Nachteilsausgleich.....	23
1. Inhalt des Ausgleiches	23
2. Herkunft des Ausgleiches	24
3. Einseitige Bestimmung des Vorteiles oder Kooperation?	24
4. Leistungsstörungen	27
5. Minderung des Außenseiterschutzes durch verzögerten Nachteilsausgleich	28
F. Schadenersatz, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche	28
1. Einleitung.....	28
2. Schadenersatz bei nicht geleistetem Nachteilsausgleich	29
a. § 317 dAktG.....	29
b. Formen des Schadenersatzes	32
3. Höhe des Schadenersatzes	32
4. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche.....	33
5. Beweislast	36
6. Schaden der Aktionäre.....	37
a. Reflexschaden	37
b. Keine direkte Leistung an den Aktionär bei Reflexschaden.....	38
c. Geltendmachung des unmittelbar dem Aktionär entstandenen Schadens	39
7. Mithaftung der gesetzlichen Vertreter	39
8. Möglichkeit eines Verzichtes oder Vergleiches	41
9. Verjährung	42
G. Zwischenergebnis	43

III. Rechtsgeschäfte im österreichischen Aktienkonzern	47
A Der österreichische Konzernbegriff.....	47
1. Gesellschaftsrecht	48
2. Der Konzernbegriff nach dem Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)	51
3. Weitere Konzernbegriffe	51
B. Veranlassung	52
1. Weisungsfreiheit des Vorstandes der AG	52
a. Weisungsfreiheit des Vorstandes gegenüber der Hauptversammlung...52	
b. Weisungsfreiheit des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat.....53	
c. Ermessensspielraum des Vorstandes versus faktischer Einfluss	55
d. Kein Ermessensspielraum des Vorstandes bei nicht gedecktem Schaden	56
2. Weisungsabhängigkeit des Geschäftsführers bei der GmbH.....57	
C. Allgemeine gesellschaftsrechtliche Prinzipien und das Verbot der Nachteilszufügung	58
1. Generelles	58
D. Das Verbot der Einlagenrückgewähr	59
1. Normzweck.....	59
2. Offene Ausschüttungen.....	62
3. Verdeckte Ausschüttungen	63
a. Einleitung	63
b. Objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.....63	
aa. Drittvergleich (Fremdvergleich)	63
bb. Vorliegen eines Marktpreises	64
cc. Bei Fehlen eines Marktpreises	64
dd. Weitere Kriterien und Beweislast	66
ee. Geschäftsmöglichkeit ausschließlich mit dem Gesellschafter	67
c. Subjektive Tatbestandsmerkmale?.....	68
d. Rechtsfolgen	69
aa. Problemstellung.....	69
bb. Normen sowohl im Gesellschaftsrecht als auch im ABGB	69
cc. Rechtsfolgen bei offener Ausschüttung ohne gültigen Rechtsgrund71	
dd. Rechtsfolgen bei verdeckter Ausschüttung.....	72
aaa. Unterschied zwischen Judikatur und Lehre.....	72
bbb. Absolute, geltend zu machende oder relative Nichtigkeit	73
ccc. Gesamt- oder Teilnichtigkeit.....	75
ddd. Verhältnis der Privatautonomie zum Schutzzweck der Verbotsnorm	78
eee. Wahlrecht der Gesellschaft oder des Gesellschafters?	80
(1). Interessenkonflikte und Redlichkeit.....	80
(2). Aufzahlungsbefugnis des Gesellschafters.....	81
(3) Aufzahlungspflicht des Gesellschafters	82
fff. Anspruchskonkurrenz	83
E. Gleichbehandlungsgrundsatz.....	87
1. Verpflichtete	87
2. Mitgliedschaftliche Angelegenheiten	87

3. Materielle Ungleichbehandlung.....	89
4. Gleichbehandlung nur bei Hauptrechten	89
5. Ausnahmen und Rechtsfolgen	90
6. Konzerninteresse.....	91
F. Treuepflichten.....	93
1. Treuepflichten bei Kapitalgesellschaften?.....	93
2. Interessenkonflikte als Voraussetzung für Treuepflichten	96
3. Treuepflichten zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern	97
4. Treuepflichten zwischen den Gesellschaftern	98
5. Rechtsfolgen bei Treuepflichtverletzungen	99
a. Deutschland.....	99
b. Österreich.....	100
aa. Anfechtbarkeit.....	100
bb. Schadenersatz bei der GmbH.....	100
cc. Schadenersatz bei der AG	101
6. Treuepflichten bei der Einmann-GmbH	103
G. Eigenkapitalersatz im Konzern	104
1. EKEG 2004.....	104
2. Die Bestimmung des § 8 EKEG	107
3. Horizontale Kreditgewährung im Konzern gemäß § 9 Abs 1 EKEG.....	110
a. Schwestergesellschaften im weiteren Sinn	110
b. Problem Vertragskonzern	112
c. Hintanhaltung von Umgehungen	113
d. Weisung	114
4. Rechtsfolgen	118
a. Anspruch gegenüber der Kredit gebenden Muttergesellschaft	118
b. Rückzahlungssperre	119
c. Verstoß gegen die Rückzahlungssperre	119
d. Eigenkapital ersetzende Sicherheiten	122
e. Verhältnis Eigenkapitalersatz und verbotene Einlagenrückgewähr.....	123
f. Insolvenz.....	125
H. Zwischenergebnis II.....	126
IV. Vergleichbarkeit mit der deutschen Rechtslage?.....	131
A. Explizite Regelungen versus Zusammenspiel allgemeiner Rechtsgrundsätze	131
B. Rechtsnatur des Nachteiles, Verhältnis zu Schaden und Verlust.....	131
C. Zeitpunkt der Bestimmung des Ausgleiches.....	134
D. Kein Rechtsanspruch auf Ausgleich in Deutschland	136
E. Zeitpunkt der Vornahme in Deutschland und Österreich.....	137
1. Formelle Verschiedenheit	137
2. Materielle Übereinstimmung	139
3. Rechtliche Bewertung.....	140
V. Sanierbarkeit – Prozessuale Bewältigung in Österreich	142
A. Allgemeines	142
B. Aktienrecht – Möglichkeit eines Vergleiches bei Innenhaftung.....	144
C. Aktienrecht – Auswirkungen auf die Außenhaftung	146

D. Geltung für das GmbH-Recht	147
Literaturverzeichnis	149
Anhang.....	158
Zusammenfassung	158
Lebenslauf.....	160

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Mittelbar kontrollierende Beteiligung	109
Abbildung 2: Durchgerechnet mittelbare Beteiligung von zumindest 33 %	109
Abbildung 3: Kontrollierende Beteiligung an einem erfassten Gesellschafter....	110
Abbildung 4: Für die Anwendbarkeit des EKEG reicht eine 25 % - Beteiligung zwischen A und C aus.....	122
Abbildung 5: Innenhaftung und Außenhaftung bei Kapitalgesellschaften.....	143

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
aM	andere Meinung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes für Zivilsachen
BlgNR	Beilage(n) zu den stenografischen Protokollen des Nationalrates
BörseG	Börsegesetz
bzw	beziehungsweise
dAktG	deutsches Aktiengesetz
DB	Der Betrieb
dGmbHG	deutsches Gesetz die Gesellschaften mit beschränkter Haftung betreffend
dh	das heißt
dHGB	deutsches Handelsgesetzbuch
DJT	Deutscher Juristentag
dZPO	deutsche Zivilprozessordnung
EG	Europäische Gemeinschaft
EKEG	Eigenkapitalersatzgesetz
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GeS	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesRZ	Der Gesellschafter
GIRÄG	Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz die Gesellschaften mit beschränkter Haftung betreffend
GmbH-Komm	Kommentar über die Gesellschaften mit beschränk- ter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode

GroßkommAktG	Großkommentar zum Aktiengesetz
GS	Gedenkschrift
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HV	Hauptversammlung
idR	in der Regel
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KölnerKomm	Kölner Kommentar
LG	Landesgericht
mE	meines Erachtens
MRG	Mietrechtsgesetz
KStG	Körperschaftssteuergesetz
MünchHdb	Münchener Handbuch
MünchHdbGesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MünchKomm	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
NB	Neue Betriebswirtschaft
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
ÖBA	Österreichisches Bankenarchiv
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
öOGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
SpaltG	Spaltungsgesetz
stProt	stenografische Protokolle
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (u. Justizverwaltungs-)Sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern
ua	unter anderem
ÜbG	Übernahmegesetz
UGB	Unternehmensgesetzbuch
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz

usw	und so weiter
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
zB	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift Wirtschaftsrecht, früher: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zT	zum Teil

I. Einleitung

Im Gegensatz zur systematischen Auseinandersetzung des deutschen Aktienrechtes mit dem Konzernbegriff, welches den verbundenen Unternehmen neben den allgemeinen Vorschriften (§§ 15 f dAktG) auch einen eigenen Abschnitt (§§ 291 bis 338 dAktG) widmet, fehlt dem österreichischen Recht ein vergleichbarer kodifizierender Umgang.¹

Die gesellschaftsrechtliche Konzernausgestaltung ist weit davon entfernt, allgemeine Gültigkeit für die österreichische Rechtsordnung zu entfalten, denn auch andere Materiengesetze weisen Konzerntatbestände auf, welche inhaltlich voneinander abweichen (vgl ua den bilanzrechtlichen Konzerntatbestand iSd §§ 244 ff UGB, welcher weitgehend § 290 dHGB folgt, oder das Konzernverständnis von § 9 EKEG).

Auf einen expliziten Konzernbegriff wird überhaupt nur in wenigen Bestimmungen des österreichischen Gesellschaftsrechtes verwiesen.² Darüber hinaus greifen die an ein Konzernverhältnis knüpfenden Rechtsfolgen, sofern überhaupt vorhanden,³ stets nur Teilaspekte des Konzernrechtes auf (zB Konzernrechnungslegung gemäß §§ 244 ff UGB, Mitbestimmungsrecht gemäß § 110 ArbVG etc). Der Zweck einer Definitionsnorm lässt sich aber gerade nicht aus ihr selbst, sondern nur aus den daran geknüpften inhaltlichen Regelungen entwickeln.⁴

Der Mangel an expliziten Bestimmungen im Grundsätzlichen einerseits (zB zur Zulässigkeit von Maßnahmen, die zu einem qualifiziert faktischen Konzern führen) sowie die weit verstreuten spezifischen Tatbestände (zB UGB, EKEG,

¹ Freilich ist auch das deutsche Konzernrecht teilweise lückenhaft, da sich die Normen der §§ 291 ff bzw 311 ff dAktG nur auf die Aktiengesellschaft beziehen und sich das Konzernrecht der GmbH erst aus der Judikatur entwickelt hat; siehe dazu weitergehend *Forum Europaeum Konzernrecht*, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 676 ff.

² Eine Aufzählung dieser Normen findet sich beispielsweise in *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern. Zur Harmonisierung und Modernisierung des Gesellschafts- und Unternehmensrechtes, Verhandlungen des 10. ÖJT (1988), Band I/1 (Gutachten) 229.

³ Die an § 115 GmbHG anknüpfenden Normen des GmbH-Gesetzes sind äußerst spärlich, *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 115 Rz 2.

⁴ OGH 01.12.2005, 6 Ob 217/05, SZ 2005/176; OGH 10.03.2003, 16 Ok 20/02, GesRZ 2003, 175.

BörseG, ÜbG oder das ArbVG) lassen bzw schaffen Raum für Unklarheiten. Davon sind Fragestellungen umfasst, welche den Schutz der Gesellschaft, aber auch solche, welche die Interessen der Gläubiger betreffen. Bedeutende Probleme, welche durch das Konzern- oder Abhängigkeitsverhältnis aufgeworfen werden, müssen daher oftmals unter Heranziehung allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Grundsätze gelöst werden.⁵

Einen besonderen Anwendungsfall finden diese Prinzipien innerhalb der sogenannten Konzerngeschäfte, also der Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und ihren Anteilseignern oder anderen nahestehenden Unternehmen. Gerade hier werden spezielle Haftungsfragen aufgeworfen, da die Interessen der herrschenden Gesellschaft und jene der beherrschten Tochtergesellschaft oftmals erheblich divergieren.

In Österreich zeigt sich bei diesen Vertragsgestaltungen innerhalb des Konzerns eine gravierende Kluft zwischen der praktischen Relevanz dieser bei Weitem häufigsten Form der Unternehmensorganisation auf der einen und der „stiefmütterlichen“ Behandlung durch den Gesetzgeber auf der anderen Seite.⁶ Jene offenbart sich vor allem in Bezug auf Zulässigkeitsgrenzen, aber auch im Hinblick auf Rechtsfolgen und Bewertbarkeit. Dabei erscheint gerade bei Konzernkonstellationen das Interesse von unter einheitlicher Leitung stehenden Unternehmen als besonders schutzbedürftig, denn diese sind aufgrund des Einflusses durch andere Konzernunternehmen in größerem Maße gefährdet, für sie nachteiligen Vertragsgestaltungen widerspruchslos Folge zu leisten. Diese „Dominanz externer Interessen“ kann zu Benachteiligungen von Gesellschaftern, vornehmlich von Minderheitsgesellschaftern, und von Mitgliedern der Verwaltungsorgane durch besondere Haftungsrisiken führen. Darüber hinaus sind auch Schmälerungen oder der gänzliche Verlust des Gesellschaftsvermögens

⁵ Doralt/Diregger in MünchKomm zum AktG² 9/1, Österreichisches Konzernrecht § 15 Rz 4.

⁶ Für Österreich ist davon auszugehen, dass ähnliche Verhältnisse wie in Deutschland herrschen, wo rund drei Viertel aller AG mit 90 % des Kapitals und zirka die Hälfte aller GmbH in einer Konzernorganisation zusammengefasst sind, siehe dazu *Altmeppen*, Die Haftung des Managers im Konzern Einleitung.

möglich, wodurch es wiederum zu einer Benachteiligung von Gläubigerinteressen kommen kann.⁷

Wie wir zeigen werden, führt die ausführliche Normierung im deutschen Recht zu teilweise ähnlichen Strukturen wie das ausdrücklicher Regelungen entbehrende österreichische Recht, wenngleich die heranzuziehenden Grundlagen recht verschieden sind. Für das hier behandelte Benachteiligungsverbot und den Nachteilsausgleich bei Rechtsgeschäften im faktischen Konzern ist deshalb auch die deutsche Lehre und Judikatur relevant. Ausschlaggebend für die Wahl des faktischen Konzerns (§§ 311 ff dAktG) als Gegenstand der vorliegenden Arbeit war zunächst dessen praktische Relevanz. Darüber hinaus erscheint dessen Betrachtung auch aus dogmatischen Gründen als ergiebiger, denn beim deutschen Vertragskonzern hat das herrschende Unternehmen ohnehin stets für Verluste des beherrschten Unternehmens einzustehen (§§ 302, 303 dAktG).

Trotz gewisser Ähnlichkeiten existieren erhebliche Unterschiede zwischen der deutschen und der österreichischen Rechtslage. Dabei ist vor allem auf die zeitliche Vornahme des Nachteilsausgleiches zu verweisen, auf welche noch im Detail einzugehen sein wird.

Zur besseren Veranschaulichung des Themenkomplexes und um es dem Leser zu erleichtern, die nachfolgenden Darstellungen und Überlegungen besser zu erfassen, sei mir an dieser Stelle gestattet, fünf Sachverhalte voranzustellen. Auf entsprechende Lösungsvarianten wird jeweils in den Kapiteln über die österreichische und deutsche Rechtslage eingegangen werden:

1.

Das Eisenunternehmen A-AG möchte zwecks Effizienzsteigerung seiner Produktion neue Eisenwalzen ankaufen. Die neuen Maschinen bewerkstelligen im Vergleich zu den alten nicht nur eine höhere Produktion, sondern können auch billiger betrieben werden, weil für ihren Einsatz ein geringerer Energieaufwand erforderlich ist. Leider müssen die Maschinen speziell an die Produktionsbedingungen im Unternehmen angepasst werden, und aufgrund der

⁷ Jabornegg in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG⁴ § 15 Rz 1.

hohen Nachfrage am Markt braucht es von der Bestellung bis zur Lieferung mehr als sechs Monate. Die Tochtergesellschaft B-AG, welche unter der einheitlichen Leitung der A-AG steht, verfügt bereits über einige der neuen Maschinen. Der Vorstand der A-AG kommt auf die Idee, der Tochtergesellschaft B-AG diese Maschinen abzukaufen, und bietet einen über dem Marktschnitt liegenden Kaufpreis. Allerdings ist von den neuen Maschinen nicht nur zu erwarten, dass dieser höhere Kaufpreis innerhalb der sechs Monate amortisiert ist, sondern dass durch die erhöhte Produktion und die geringeren Kosten bedeutende Gewinne anfallen werden. Zunächst zögert der Vorstand der Tochtergesellschaft. Auf Druck des Vorstandes der Muttergesellschaft, welcher mit „Sanktionen“ bei der nächsten Hauptversammlung droht, lässt sich der Vorstand der Tochtergesellschaft schließlich auf das Rechtsgeschäft ein.

Variante: Aufgrund der Wirtschaftskrise ist die innerhalb von zwei Jahren verzeichnete Mehrproduktion der Muttergesellschaft nicht verkäuflich, wodurch sich die Anschaffung der Maschinen entgegen der ursprünglichen Erwartungshaltung als Verlustgeschäft herausstellt.

2.

Die C-AG erwirbt im Jahr 2006 51 % der Anteile an der D-AG. Im gleichen Jahr veranlasst sie, dass das Marketing sowie interne Schulungen und Beratungen für die Tochtergesellschaft vonseiten der Muttergesellschaft erbracht werden. Für diese Dienste entrichtet die Tochtergesellschaft ein deutlich unter der marktüblichen Praxis liegendes Entgelt. Zwei Jahre später veranlasst der Vorstand der Muttergesellschaft, dass die früher von der D-AG selbstständig wahrgenommene interne Revision nunmehr von der Konzernrevision der C-AG durchgeführt wird. Die Tochtergesellschaft hat dafür eine marktübliche Vergütung zu entrichten, welche allerdings deutlich über den Kosten für die zuvor durch die interne Revision erbrachten Leistungen liegt.

3.

Die E-AG hält 51 % der Anteile an der F-AG und erhält von ihr ein Darlehen. Zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung verfügt die E-AG unzweifelhaft über ausreichend Bonität, und das Darlehen wird darüber hinaus noch angemessen besichert, wodurch der Rückerstattungsanspruch zum Zeitpunkt der Fälligkeit als vollwertig zu erachten ist. Allerdings ist das Darlehen geringer verzinst als marktüblich.

4.

Die G-AG ist ein großes Reifenproduktionsunternehmen, das auch über zahlreiche hoch qualifizierte Mitarbeiter und ein eigenes anerkanntes Forschungsdepartment verfügt. Schon lange hat der Vorstand der H-AG ein Auge auf diese Einrichtung geworfen. Nach dem Erwerb von 51 % der Anteile an der G-AG veranlasst der Vorstand der Muttergesellschaft die Verlegung der Forschungsstätte inklusive der spezialisierten Mitarbeiter in ein anderes Werk, welches der H-AG gehört. Dadurch sollen künftige Errungenschaften der Muttergesellschaft zugerechnet werden.

5.

Ein großer Autohersteller lässt verschiedene Motorteile von unterschiedlichen Tochterunternehmen produzieren. Die Muttergesellschaft hat Richtlinien erlassen, dass die Bestandteile, die für sich genommen am Markt nicht verkäuflich sind, in das Eigentum der Muttergesellschaft übergehen. Jene werden in ein zentrales Werk der Muttergesellschaft transportiert und dort zusammengesetzt. Die Motoren werden dann in die Autos eingebaut und unter dem Namen der Muttergesellschaft auf den Markt gebracht. Der anfallende Gewinn wird gänzlich von der Muttergesellschaft einbehalten.

II. Rechtsgeschäfte im deutschen Aktienkonzern

A. Der deutsche Konzernbegriff

Die im allgemeinen Teil des dAktG enthaltenen Normen der §§ 15 bis 19 treffen einige Definitionen zum Recht der verbundenen Unternehmen. § 15 dAktG hält zunächst grundlegend fest: „Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind.“ Bei den auf § 15 dAktG folgenden Tatbeständen handelt es sich geradezu um eine Steigerungsreihenfolge der Unternehmensverbindungen, mit welchen einige Vermutungen einhergehen:⁸ Das Vorliegen eines *Mehrheitsverhältnisses* nach § 16 dAktG begründet die *Abhängigkeitsvermutung*, welche wiederum zur Vermutung des Vorliegens eines *Konzerns* führt.

Gemäß § 17 Abs 1 dAktG liegt ein abhängiges Unternehmen dann vor, wenn das herrschende Unternehmen über die Möglichkeit zur Einflussnahme verfügt.⁹ Ein tatsächlicher Gebrauch derselben ist allerdings nicht erforderlich. Weitergehend normiert § 18 dAktG das zentrale Kriterium für das Vorliegen eines Konzerns, nämlich die Ausübung der einheitlichen Leitung¹⁰. Gemäß § 18 Abs 1 Satz 3 dAktG wird von einem abhängigen Unternehmen vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. Fehlt es an der einheitlichen Leitung, mag zwar ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegen, der Konzerntatbestand ist hingegen noch nicht erfüllt.

⁸ K Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ 939 f.

⁹ Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 17 Rz 6.

¹⁰ Aufgrund des ähnlichen Verständnisses des Begriffes der einheitlichen Leitung wird dieser hier nicht behandelt, sondern erst im Zuge der Auseinandersetzung mit dem österreichischen Konzernbegriff näher erörtert, siehe IIIA.

B. § 311 dAktG

Die zentrale Bestimmung für den Bereich der Nachteilszufügung im deutschen faktischen Konzernrecht ist in § 311 Abs 1 dAktG enthalten, welcher normiert, dass ein „herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen [darf], eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß diese Nachteile ausgeglichen werden.“¹¹

Das herrschende Unternehmen unterliegt dem grundsätzlichen Verbot, seinen faktischen Einfluss zum Nachteil der beherrschten Gesellschaft durch Veranlassung gegenüber deren Organwaltern zu benutzen. Das Gesetz normiert aber zugleich eine Bedingung,¹² indem es eine Nachteilszufügung als zulässig erachtet, sofern diese innerhalb desselben Geschäftsjahres ausgeglichen wird oder zumindest ein Rechtsanspruch auf einen späteren Ausgleich durch entsprechende Vorteile eingeräumt wird. Dabei ist der Auffassung zu folgen, dass die Zufügung des Nachteiles *per se* noch nicht unrechtmäßig ist, sondern die Rechtswidrigkeit erst aus dem nicht rechtzeitig erfolgten Nachteilsausgleich resultiert.¹³ Es ist daher für das Verständnis der folgenden Ausführungen maßgeblich, dass ein fristgerecht vorgenommener Nachteilsausgleich die getätigte Maßnahme rechtfertigt und eine solche Vorgangsweise des Mutterunternehmens daher als rechtskonform zu beurteilen ist.

Kommt das herrschende Unternehmen seiner Ausgleichspflicht nicht innerhalb der Frist nach, so mündet diese Verhaltensweise in einen Schadenersatzanspruch seitens des Tochterunternehmens (siehe II.G).

¹¹ Wenn wir uns noch einmal den zuvor geschilderten Konzernbegriff in Erinnerung rufen, fällt auf, dass die Anwendung des § 311 dAktG nicht das Bestehen eines Konzerns iSv § 18 dAktG voraussetzt, sondern dass vielmehr schon ein Abhängigkeitsverhältnis iSd § 17 dAktG ausreichend ist. Allerdings normiert das Gesetz selbst sodann die Vermutung für das Vorliegen eines Konzernverhältnisses, wodurch der Bestand einer Abhängigkeit ohnehin mit der Vermutung eines Konzerns zusammenfällt.

¹² *Neuhaus*, Der Schadenersatzanspruch des außenstehenden Aktionärs gegenüber dem Vorstand seiner faktisch beherrschten Aktiengesellschaft nach § 93 AktG 1965, DB 1971, 1193.

¹³ *Mülbert*, Aktiengesellschaft 285 ff; *K Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 959 f.

C. Veranlassung

Ein essentielles Tatbestandsmerkmal stellt die Veranlassung zum Nachteil der Tochtergesellschaft durch die beherrschende Gesellschaft dar.¹⁴ Unter einer Veranlassung ist dabei jede zielgerichtete Verhaltensweise der Muttergesellschaft zu verstehen, welche für den Abschluss des Rechtsgeschäftes oder die Vornahme einer sonstigen Handlung kausal war.¹⁵

Sicherlich werden Weisungen stets eine Veranlassung darstellen, wobei in diesem Zusammenhang gravierende Unterschiede zwischen dem Recht der AG und jenem der GmbH existieren, auf welche im Zusammenhang mit der österreichischen Rechtslage noch näher einzugehen sein wird (siehe III.B). Zwar wird es nicht unbedingt einer Weisung bedürfen, damit das Tatbestandsmerkmal einer Veranlassung erfüllt ist, allerdings werden bloße Ratschläge oder sonstige Anregungen keinesfalls schon den Terminus einer Veranlassung erfüllen.¹⁶

Eine exakte dogmatische Grenzziehung, ab wann eine Veranlassung gegeben ist, erscheint aufgrund der normativen Erfassung von in der Praxis vielschichtigen Verhaltensweisen jedoch kaum möglich. Auch wäre die Zweckmäßigkeit einer solch „starren“ Grenzziehung infrage zu stellen, zumal sie bei zu enger Formulierung Umgehungsbestrebungen fördern würde. Daher kann wohl lediglich als außer Frage stehend festgestellt werden, dass der Begriff der Veranlassung unter Berücksichtigung des Normzweckes einer weiten Betrachtungsweise bedarf.¹⁷ Beispielweise können auch allgemeine Richtlinien innerhalb des Konzerns eine Veranlassung darstellen, sofern sich daraus eine konkrete

¹⁴ Teile der Lehre gehen davon aus, dass es für die Zulässigkeit des Rechtsgeschäftes eines Konzerninteresses bedarf, siehe dazu *Flume*, Unternehmen und juristische Person, in FS Günther Beitzke zum 70. Geburtstag 64. Die Aufstellung eines eigenen Konzerninteresses erscheint aber höchst fraglich, da die einzelnen Organwalter die nach der Einfügung in den Konzernverband gewichteten Interessen der jeweiligen Gesellschaften zu verfolgen haben. Wenn man danach fragt, welchem Interesse der Konzern nun dient, so ist der wahre Nutznießer die Konzernobergesellschaft, welche sich die Leistungsfähigkeit der Tochtergesellschaft zunutze macht, vgl. auch *Hoffmann-Becking*, Der Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 159 1995, 330; *Kalss* meint in diesem Zusammenhang zutreffenderweise, dass es unhaltbar erscheint, eine darüber hinausgehende normative Wirkung des Konzerninteresses ableiten zu wollen, siehe dazu *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 95 Rz 31.

¹⁵ *Koppensteiner* in *KölnerKomm*³ § 311 Rz 4.

¹⁶ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht 79.

¹⁷ *Paehler*, Die Zulässigkeit des faktischen Aktienkonzerns 34.

Anleitung für den Einzelfall ableiten lässt.¹⁸ Ebenso wird stets eine Veranlassung vorliegen, sobald die Muttergesellschaft ein Rechtsgeschäft als Bevollmächtigte der abhängigen Tochtergesellschaft vornimmt.¹⁹

D. Nachteil

1. Begriff

Dem Verbot der Nachteilszufügung im Konzern ist der Terminus des „Nachteiles“ immanent. Dem herrschenden Unternehmen ist es beim faktischen Konzern (im Gegensatz zum Vertragskonzern) untersagt, seinen Einfluss zum Nachteil des abhängigen Unternehmens zu benutzen. Dabei steht der Vermögensschutz der abhängigen Gesellschaft im Vordergrund. Insbesondere sollen deren Gesellschafter vor Schmälerungen ihres anteiligen Gesellschaftsvermögens bewahrt werden. Gleichzeitig soll verhindert werden, dass Gläubigern der ihnen zustehende Haftungsfonds entzogen wird. Mit der Feststellung, dass das Verbot der Nachteilszufügung die Vermögensinteressen schützen soll, muss auch gleichzeitig eine Abgrenzung getroffen werden, denn der Vermögensschutz bezieht sich ausschließlich auf das *Eigeninteresse* der Tochtergesellschaft, nicht aber auf deren Eigenwillen.²⁰

Auf den Eigenwillen des beherrschten Unternehmens darf (und soll!) die Muttergesellschaft hingegen Einfluss nehmen. Bei der Nachteilszufügung geht es nämlich nicht darum, den faktischen Einfluss der Muttergesellschaft auf die autonome Willensbildung der Tochtergesellschaft einzuschränken oder gar zu unterbinden. Vielmehr ist die Einflussnahme der herrschenden Gesellschaft durchaus erlaubt und (unabhängig davon, ob jene nun ausgeübt wird oder nicht) ist einer einheitlichen Leitungsmacht eine Komponente, welche den Konzernverband ausmacht.

¹⁸ *Godin/Wilhelmi*, AktG⁴ § 311 Anm 3.

¹⁹ *Kropff* in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 109.

²⁰ *Mülbert*, Aktiengesellschaft 273.

Will man den Begriff des Nachteiles generell definieren, so liegt ein solcher laut *Kropff* vor, sobald der „Wert des Gesellschaftsvermögens, wie er sich bei Einbeziehung aller Chancen und Risiken in die Bewertung ergibt, vermindert ist.“²¹ In die Bewertung kommen dabei also nicht nur im Augenblick vorhandene Aktiva und Passiva. Vielmehr erfasst der Begriff des Nachteiles zukünftige Ertragserwartungen, also zB auch Geschäftschancen.

Nachteile können stets nur Konsequenz eines Rechtsgeschäftes oder einer Maßnahme der abhängigen Gesellschaft sein, welche durch das herrschende Unternehmen veranlasst wurde.²² Ungünstige Umstände, welche sich für eine abhängige Gesellschaft ausschließlich aufgrund der Eingliederung in den Konzernverband ergeben, erfüllen hingegen nicht die Anforderungen, welche an einen Nachteil gestellt werden. Beispielsweise liegt kein Nachteil vor, wenn eine abhängige Gesellschaft aufgrund ihrer Einbindung in den Konzern von einem Konkurrenten der herrschenden Gesellschaft keine Aufträge erhält.²³ Genauso wenig liegt ein Nachteil vor, wenn infolge der Einbindung in den Konzern eine Abstufung des Ratings erfolgt. Solche bloß *passiven (negativen) Konzerneffekte* finden in der rechtlichen Betrachtung keine Berücksichtigung, da es an einer tätigen Einflussnahme durch das beherrschende Unternehmen fehlt. Ebenso wenig sind die Kosten für einen Abhängigkeitsbericht (§ 312 dAktG), welcher eine Besonderheit des deutschen Rechtes für den faktischen Konzern darstellt und in Österreich kein Pendant findet, als Nachteil zu qualifizieren, da dieser aufgrund einer Anordnung durch das Gesetz erfolgt und keiner Veranlassung durch das herrschende Unternehmen bedarf. Diese Auffassung wurde auch in betriebswirtschaftlicher Hinsicht bereits in den 60er Jahren nachgewiesen.²⁴

An die Feststellung, dass es sich bei einem Sachverhalt um einen bloß passiven Konzerneffekt handelt, sind bedeutende Konsequenzen geknüpft. So trifft das herrschende Unternehmen keine Ausgleichspflicht gemäß § 311 dAktG und daher

²¹ *Kropff* in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 138.

²² *Koppensteiner* in KölnerKomm³ § 311 Rz 34.

²³ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁴ § 311 Rz 52.

²⁴ Siehe dazu: *Moxter*, Der Einfluss von Publizitätsvorschriften auf das unternehmerische Verhalten.

auch keine aus einem nicht geleisteten Ausgleich folgende Schadenersatzpflicht gemäß § 317 dAktG (siehe II.G). Umgekehrt können aber auch passive Konzerneffekte, welche der abhängigen Gesellschaft *zugutekommen* (zB die Aufwertung des Ratings), nicht zum Ausgleich anderer Nachteile verwendet werden.²⁵

Die Kosten für eine Umstellung des Einzelabschlusses auf IFRS (International Financial Reporting Standards)²⁶ sind hingegen sehr wohl als Nachteil zu qualifizieren, sofern jene auf Anweisung der herrschenden Gesellschaft erfolgt. Eine solche Anpassung ist nämlich gesetzlich nicht geschuldet und stellt damit keinen Ausfluss der passiven Konzernierung dar.

2. Das klassische Verständnis des Nachteiles als Sorgfaltsverstoß

Nach dem eben Gesagten könnte man nun davon ausgehen, dass jede Minderung der Vermögens- bzw Ertragslage der abhängigen Gesellschaft zu einer Nachteilszufügung führt. Eine derart pauschale Wertung wird aber von der heute herrschenden Lehre als unzutreffend erachtet, der zufolge das Vorliegen eines Nachteiles einen Sorgfaltsverstoß voraussetzt.²⁷ Dieser ist darin zu sehen, dass eine sorgfältig und ordentlich agierende Geschäftsleitung einer unabhängigen Gesellschaft unter denselben Voraussetzungen das Rechtsgeschäft als nicht im Interesse ihrer Gesellschaft liegend angesehen hätte.

Die von *Hüffer* verwendete Formulierung, dass sich eine ordentlich und gewissenhaft agierende Geschäftsleitung „anders verhalten“ hätte, ist meines Erachtens missverständlich,²⁸ denn auch ordentlich Handelnde können unterschiedlich agieren, ohne dass dabei einer von ihnen zwingend gegen die

²⁵ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁴ § 311 Rz 52.

²⁶ Die IFRS beinhalten Regeln für die Rechnungslegung betriebswirtschaftlicher Unternehmen. Vorrangiges Ziel ist es, Informationen über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des betreffenden Unternehmens zu liefern. Diese auf den ersten Blick selbstverständlich erscheinende Zielsetzung der Rechnungslegung ist deswegen bemerkenswert, da aus einer rein rechtlichen Betrachtungsweise der Gläubigerschutz im Vordergrund steht und Informationsabsichten nachrangig sind.

²⁷ *Koppensteiner* in *KölnerKomm*³ § 311 Rz 36; *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ § 311 Rz 29a.

²⁸ *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ § 311 Rz 27.

Sorgfalt verstößt. Es muss vielmehr auch Raum für ein unternehmerisches Ermessen verbleiben, innerhalb dessen eine Geschäftsentscheidung als sorgfaltsgemäß anzusehen ist.²⁹ Auch dem pflichtgemäß handelnden Vorstand steht eine gewisse Palette an Verhaltensweisen zur Auswahl – sogar Risiken können eingegangen werden, sofern ihnen entsprechende Chancen gegenüberstehen.³⁰ Es sollen nur solche nachteilige Veranlassungen seitens der Muttergesellschaft erfasst werden, welche von einer sorgfältig und gewissenhaft agierenden Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft als nicht in ihrem Interesse erachtet werden.

Freilich bereitet wiederum die Berücksichtigung eines unternehmerischen Ermessens Schwierigkeiten für die Aufstellung präziser und zugleich allgemein gültiger Faktoren, an denen der nachteilige Charakter eines Rechtsgeschäftes in der Praxis zu erkennen ist.

3. Der nicht geleistete Nachteilsausgleich als Sorgfaltsverstoß des Mutterunternehmens

Wie eben erwähnt, vertritt die heute überwiegende Lehre die Auffassung, dass für die Erfüllung des Nachteils gemäß § 311 dAktG ein Sorgfaltsverstoß erforderlich ist.³¹

Dies wird damit zu begründen versucht, dass der Schadenersatzanspruch nach § 317 dAktG an die Erfüllung des § 311 dAktG anknüpft. Dadurch bedürfe es notwendigerweise eines Sorgfaltsverstoßes, der daran gemessen wird, ob auch eine ordentliche und gewissenhafte Geschäftsführung der Tochtergesellschaft das Rechtsgeschäft oder eine sonstige Maßnahme als im Interesse der Gesellschaft angesehen hätte. Das Fehlen eines solchen Interesses hindert die Gesellschaft nicht an der Vornahme des betreffenden Geschäftes bzw der Maßnahme; freilich ist die eingeschlagene Vorgangsweise sodann als sorgfaltswidrig zu qualifizieren. Dieser Sorgfaltsverstoß mündet bei nicht innerhalb der gesetzlichen Frist

²⁹ *Koppensteiner* in *KölnerKomm*³ § 311 Rz 57.

³⁰ *Kropff* in *MünchKomm* zum AktG² § 311 Rz 152.

³¹ *Koppensteiner* in *KölnerKomm*³ § 311 Rz 36.

geleistetem Ausgleich in einen Schadenersatzanspruch gemäß § 317 dAktG. Andernfalls, also bei fristgerecht geleistetem Wertersatz, ist die Sorgfaltswidrigkeit unerheblich.

An dieser Auffassung ist zweifelsohne richtig, dass generell³² der Eintritt eines Schadenersatzanspruches eine Sorgfaltswidrigkeit verlangt. Meines Erachtens werfen die diesbezüglichen Ausführungen einige Unklarheiten auf. Zweifelsohne ist ein Sorgfaltsverstoß des Vorstandes der Tochtergesellschaft notwendig, um etwaige Schadenersatzansprüche außen stehender Dritter gegen die Gesellschaft zu begründen.

Allerdings bedarf es einer näheren Betrachtung eine darüber hinausgehende Verantwortlichkeit zum Nachteilsverstoß bzw dessen Begehungszeitpunkt betreffend, damit ein Ersatzanspruch gemäß § 317 dAktG begründet werden kann. Denn ist es unklar, weswegen der Sorgfaltsverstoß ausschließlich anhand der ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung der *Tochtergesellschaft* gemessen werden soll. Mit anderen Worten: Warum sollte ein aus der Sphäre der Tochtergesellschaft stammender Sorgfaltsverstoß dem Vorstand der Muttergesellschaft zugerechnet werden? Wenn ein Schadenersatzanspruch seitens der Tochtergesellschaft bejaht wird, so kann ein solcher nur auf eine Sorgfaltswidrigkeit vonseiten der Muttergesellschaft zurückgeführt werden. Da das Bestehen eines Schadenersatzanspruches der Tochtergesellschaft außer Frage steht, gilt es danach zu suchen, worin der Sorgfaltsverstoß der Muttergesellschaft nun liegt.

Der Sorgfaltsverstoß kann zunächst in der Veranlassung durch die Muttergesellschaft gesehen werden. Dies wäre auch durch den gesetzlichen Wortlaut gedeckt, wonach „ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen [darf], eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen“. Dies wird meines Erachtens auch nicht dadurch entkräftet, dass

³² Außer im Falles eines verschuldensunabhängigen Anspruches.

der Vorstand der Tochtergesellschaft keineswegs dazu verpflichtet ist, der Veranlassung durch die Muttergesellschaft Folge zu leisten.

Andererseits ist meiner Meinung nach auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass für die Erfüllung jenes Tatbestandteiles des § 311 dAktG, welcher die Nachteilszufügung betrifft, überhaupt noch kein Sorgfaltsverstoß seitens der Muttergesellschaft gegeben ist. Eine Begründung für eine solche Sichtweise könnte in der Privilegierungsfunktion des § 311 dAktG gesehen werden, welcher eine *lex specialis* zu den allgemeinen Regelungen darstellt. Demnach würde kein Sorgfaltsverstoß der Muttergesellschaft vorliegen, solange die herrschende Gesellschaft das betreffende Geschäft im Hinblick auf den späteren Ausgleich des Nachteiles innerhalb der gesetzlichen Frist vornimmt. Erst der durch die Muttergesellschaft nicht ausgeglichene Nachteil stellt einen Sorgfaltsverstoß dar und begründet sodann den Schadenersatzanspruch gemäß § 317 dAktG. Demnach wären Sorgfaltsverstöße seitens der Tochtergesellschaft, wodurch etwaige Ansprüche Dritter begründet werden, unabhängig davon zu sehen und separat zu beurteilen.

Meines Erachtens ist daher jedenfalls anzustreben, einen § 317 dAktG vorangehenden Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht dem Vorstand der Muttergesellschaft zuzurechnen. Dies kann entweder durch die im Gesetz gedeckte Lösung einer sorgfaltswidrigen Veranlassung seitens der Muttergesellschaft gesehen werden oder durch einen nicht rechtzeitig geleisteten Ausgleich. Diese Sorgfaltsverstöße können kumulativ oder alternativ vorliegen, wobei nur bei Verletzung der Ausgleichspflicht die Rechtsfolge des § 317 dAktG eintritt.

Unter dem Aspekt der Zurechnung erscheint die im GmbH-Recht vertretene Auffassung, welche explizit einen Sorgfaltsverstoß vonseiten des Gesellschafters fordert, konsequenter und sollte wohl auch für den AG-Konzern in Betracht gezogen werden.³³

³³ Wiedemann/Fleischer in Konzernfinanzierung 960 Rz 29.11.

4. Heranziehung des Verbotes der verdeckten Einlagenrückgewähr

Nach hM sind beim Rechtsgeschäft im Konzern die Grundsätze der steuerrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung bzw der kapitalgesellschaftsrechtlichen verdeckten Einlagenrückgewähr (vgl auch die Ausführungen zur österreichischen Rechtslage III.D) heranzuziehen.³⁴ Dies mag auf den ersten Blick befremdlich wirken, da die verdeckte Einlagenrückgewähr verbotene Vorteilszuwendungen an den Gesellschafter untersagt, das Verbot der Nachteilszufügung im Konzern hingegen drohende Nachteile für die abhängige Gesellschaft abwenden möchte. Im Zentrum beider Bestimmungen steht jedoch der Schutz des Gesellschaftsvermögens vor der Einflussnahme durch die Anteilseigner – das Problem wird nur aus unterschiedlichen Blickwinkeln betrachtet. Für die hier zu untersuchenden Rechtsgeschäfte im Konzern ergänzen sich oftmals die Ergebnisse: Der dem Gesellschafter zugewendete Vorteil entspricht sogar meist dem der Tochtergesellschaft zugefügten Nachteil.³⁵ Daher kann die Prüfung anhand der gleichen Kriterien erfolgen.³⁶ Wie dort wird auch das Rechtsgeschäft innerhalb des Konzerns einem Fremdvergleich unterzogen, wobei das Vorliegen eines objektiven Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung zu prüfen ist.

5. Zeitpunkt der Nachteilsprüfung *ex ante*

Die Nachteilsprüfung ist *ex ante* vorzunehmen, dh maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem das Rechtsgeschäft (oder die Maßnahme) vorgenommen oder unterlassen wurde.³⁷ Diese Sicht folgt notwendigerweise aus der Koppelung des

³⁴ Koppensteiner in KölnerKomm³ § 311 Rz 61; vorsichtig Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 31 Rz 30.

³⁵ Maßnahmen, die durch das Mutterunternehmen veranlasst werden, aber einem Dritten zugutekommen, sind einem Nachteilsausgleich ohnehin nicht zugänglich, Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁴ § 311 Rz 54 und 60.

³⁶ Freilich bestehen gewisse Unterschiede zwischen dem Tatbestand der verdeckten Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG (bzw § 57 dAktG) und dem Verbot der Nachteilszufügung (§ 311 dAktG). So bedarf es beispielsweise bei Ersterem keiner Veranlassung durch Anteilseigner; siehe nur Kropff in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 163.

³⁷ Kalss/Eckert, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007/615, 583; Würdinger in GroßkommAktG³ § 311 Anm 6.

Nachteilsbegriffes mit einem Sorgfaltsverstoß, denn auch eine ordentliche und gewissenhaft agierende Geschäftsleitung kann nur jene Umstände in Betracht ziehen, die für sie zum Zeitpunkt der Entscheidung erkennbar sind. Später hinzukommende Einsichten können ihr nicht vorgeworfen werden. Der Sorgfaltsmaßstab setzt aber nicht erst beim positiven Wissen der Geschäftsleitung an, sondern knüpft an jene Umstände, welche der Entscheidung bei sorgfältiger Recherche zugrunde gelegt hätten werden müssen.³⁸ Handlungen, welche zum Beurteilungszeitpunkt den Interessen der Gesellschaft entsprechen, sich später aber als nachteilig herausstellen, stellen keinen Nachteil iSd Verbotes dar. Genauso wenig kann ein nachträglich positiver Verlauf zu einer Heilung des nachteiligen Rechtsgeschäftes oder der nachteiligen Maßnahme führen,³⁹ denn das allgemeine unternehmerische Risiko soll stets bei der abhängigen Gesellschaft verbleiben.

6. Feststellbarkeit eines Nachteiles

a. Vorliegen eines Marktpreises

Bei Vorhandensein eines Marktpreises stellt dieser nach hM den maßgeblichen Richtwert dar, an dem sich eine ordentliche Geschäftsleitung zu orientieren hat.⁴⁰ Die Differenz zwischen dem Marktpreis und dem tatsächlich zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft vereinbarten Preis dient als wichtiger Anhaltspunkt für das Vorliegen bzw die Ermittlung eines Nachteiles.⁴¹ Dieses theoretisch hilfreiche Kriterium bereitet jedoch in der Praxis Schwierigkeiten. Es zeigt sich nämlich, dass der Marktpreis, der in den meisten Fällen nicht einheitlich ausgestaltet und

³⁸ *Koppensteiner* in *KölnerKomm*³ § 311 Rz 40; aA: *Möhring/Tank/Frass/Reuss*, welche daher auch davon ausgehen, dass die Ausgleichsobliegenheit von der Aufrichtigkeit der Angaben abhängig ist, vgl *Möhring/Tank/Frass/Reuss*, Handbuch der Aktiengesellschaft 1967, Rz 784.

³⁹ *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ § 311 Rz 28.

⁴⁰ Siehe schon *Neuhaus*, Die Grenzen der Konzernleitungsgewalt im faktischen Konzern und der Nachteilsbegriff des § 311 AktG 1965, DB 1970, 1918; *Godin/Wilhelmi*, AktG⁴ § 311 Anm 3.

⁴¹ *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ § 311 Rz 31.

nur auf einem vollkommenen Markt (was in der Realität kaum der Fall ist⁴²) vorzufinden sein wird, allein nicht ausreichend ist und nur eine Annäherung gewährt.⁴³ Darüber hinaus treten im Einzelfall bestimmte Umstände als Nebenbedingungen hinzu, deren Wert von einem ermittelten Marktpreis abgezogen bzw zu diesem aufgeschlagen werden muss.⁴⁴ Dazu gehören beispielsweise Kosten für den Transport, Risikozuschläge für Kreditierungen oder Absprachen die Übernahme der Gewährleistungshaftung betreffend. Auch durch die besondere Situation der Gesellschaft hervorgerufene Umstände können Einfluss auf den Preis haben, zB die Reduzierung der Vorräte, meines Erachtens auch in einem engen Rahmen „Kulanzlösungen“, etwa zur Bindung eines Großkunden. Daher ist stets der Vergleich mit einem ordentlich und sorgfältig handelnden Vorstand vorzunehmen. Dieser Umstand sollte im Mittelpunkt der Bewertung des Vorliegens bzw der Höhe eines Nachteiles liegen.

Umgekehrt kann es auch bei Bezahlung eines Marktpreises zu einem Nachteil kommen, wenn darin eine Verletzung der Sorgfalt zu erkennen ist. So dürfte beispielsweise ein sorgfältiger Vorstand auch bei Bezahlung des Marktpreises nicht der Einflussnahme durch das Mutterunternehmen folgen, wenn die erzeugte Ware im eigenen Geschäftsbereich nutzbringend eingesetzt werden könnte. Der Nachteil ist in diesem Fall mit dem hypothetischen Nutzen, zB mit der Kostenersparnis oder dem höheren Wert durch Weiterverarbeitung, zu bewerten. Umgekehrt kann eine Ware von besonderer Bedeutung für einen Käufer sein, wenn dieser sich spezifische Vorteile von deren Besitz bzw Nutzung erwarten darf. Nimmt nun das Mutterunternehmen dahingehend Einfluss, dass die Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft nur den herkömmlichen Marktpreis verlangt, so entsteht ein Nachteil, da eine unabhängige Geschäftsleitung sich bei

⁴² Daher sehen Teile der Lehre die Heranziehung des Marktpreises sowohl in rechtlicher als auch in betriebswirtschaftlicher Hinsicht mit Skepsis, siehe dazu *Albach*, Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen, NB 1966, 205.

⁴³ *Brezing*, Konzernverrechnungspreise in betriebswirtschaftlicher, aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, AG 1975, 231.

⁴⁴ *Drüke*, Die Haftung der Muttergesellschaft für die Schulden der Tochtergesellschaft 135.

Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes grundsätzlich den höheren Nutzen für den Käufer zusätzlich zum Marktpreis abgelten lassen würde.⁴⁵

Dem Vorliegen eines Marktpreises ist ein oberhalb dieses Marktpreises liegendes Angebot eines Dritten gleichzuhalten, denn die Geschäftsleitung eines unabhängigen Unternehmens wird bei Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes kaum zum Marktpreis verkaufen, wenn ihr ein besseres Angebot vorliegt. Falls das Mutterunternehmen dennoch auf den Abschluss zu den schlechteren Konditionen besteht, entsteht ein Nachteil, der mit der Differenz zwischen dem Marktpreis und dem besseren Angebot seitens des Dritten zu bewerten ist. *Koppensteiner* spricht in diesem Fall treffenderweise von einem „Quasi-Marktpreis“.⁴⁶

Hilfreich kann in diesem Zusammenhang auch die Heranziehung sogenannter Drittgeschäfte sein. Oftmals wird nämlich das abhängige Konzernunternehmen gleiche oder ähnliche Geschäfte auch mit Dritten abschließen, ohne dass es zu einer Einflussnahme durch das beherrschende Mutterunternehmen kommt. Regelmäßig werden dann die Konditionen, zu welchen der Leistungsaustausch mit Dritten abgeschlossen wurde, im zu prüfenden Rechtsgeschäft als angemessener Maßstab für die Feststellung eines Nachteils bzw dessen Bewertung dienen. Freilich sind auch hier die bereits erwähnten Umstände zu berücksichtigen, welche ein Abweichen von einem Marktpreis rechtfertigen können bzw erforderlich machen.

b. Fehlen eines Marktpreises

Falls kein Marktpreis eruiert werden kann und auch kein vergleichbares Drittgeschäft vorliegt, stellt sich die Ermittlung einer angemessenen Gegenleistung als kaum lösbare Herausforderung dar.⁴⁷ Denn wie soll ein

⁴⁵ Freilich können hier im Einzelfall Gründe bestehen, weswegen auch eine sorgfältige Geschäftsleitung keinen höheren Kaufpreis verlangen würde, zB aufgrund des Bestehens einer besonderen Kundentreue oder Zahlungsverlässlichkeit. Es sei daher an dieser Stelle erneut darauf hingewiesen, dass der Marktpreis stets nur einen Richtwert darstellt.

⁴⁶ *Koppensteiner* in *KölnerKomm*³ § 311Rz 63.

⁴⁷ *Koppensteiner* in *KölnerKomm*³ § 311 Rz 65.

Maßstab für die Feststellung eines Nachteiles aufgestellt werden, wenn kein vergleichbares Angebot bzw keine vergleichbare Nachfrage existiert?

Gerade innerhalb eines Konzernverbundes, wo Rohmaterial, Einzelteile oder sonstige Vorprodukte untereinander bezogen werden, wird diese Ausgangslage jedoch vergleichsweise häufig vorkommen. Im Wesentlichen werden zwei Annäherungsmethoden vorgeschlagen: die *Kostenaufschlagsmethode* und die *Absatzpreismethode* (Wiederverkaufspreismethode). Bei der Ersteren werden die bisher angefallenen Selbstkosten der abhängigen Gesellschaft berechnet (die einzelnen Kosten werden addiert) und ein angemessener Gewinn (Bruttomarge) aufgeschlagen. Die Angemessenheit des Gewinnes wird dabei unter Heranziehung ähnlicher Unternehmen berechnet. Dabei muss auch ein angemessener Risikozuschlag berücksichtigt werden. Beim Absatzpreisverfahren wird das fertige Produkt genommen, wenn es den Konzern verlässt und an einen außen stehenden Dritten veräußert wird. Von diesem Preis werden die einzelnen Kosten der Produktionsschritte zurückgerechnet. Dieses Verfahren wird vor allem dann sinnvoll anzuwenden sein, wenn nur mehr wenige Stufen bis zum Endprodukt fehlen.

Beide Methoden ermöglichen eine Wertbestimmung für eine adäquate Gegenleistung, wenngleich die Angemessenheit auch hier nur ungefähr ermittelt werden kann. Der Grund für die Ungenauigkeit liegt darin, dass die Berechnung von Stückkosten kaum möglich ist. Immerhin bieten die beiden Annäherungsversuche eine betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Möglichkeit der Wertermittlung. Eine exakte Präferenz, welche dieser Vorgangsweisen im konkreten Fall zu wählen ist, lässt sich nicht festlegen. Aufgrund der Marktverhältnisse erscheint es oftmals geboten, eine oder auch mehrere Methoden zu verwenden und durch andere Techniken zu ergänzen.⁴⁸

Die Heranziehung anderer Arten der Berechnung ist wenig zweckmäßig. Dies gilt allen voran für die Verwendung des Buchwertes. Speziell bei Rechtsgeschäften ist der für ein Wirtschaftsgut bestehende Bilanzwert aufgrund seiner Berechnung durch Anschaffungs- bzw Herstellungskosten unter

⁴⁸ Wiedemann/Fleischer in Konzernfinanzierung 965 Rz 29.21.

Miteinbeziehung von Abschreibungen wenig hilfreich.⁴⁹ Daher erscheint dessen Brauchbarkeit ausschließlich dann gegeben, wenn für die veräußerte Leistung zwar kein Marktpreis vorliegt, jedoch ein fachlich anerkannter Wert, mit dessen Hilfe auf die Wiederbeschaffungskosten hochgerechnet werden kann. Die ermittelten Wiederbeschaffungskosten können sodann auch als Verkaufspreis bezeichnet werden.⁵⁰

Ungeeignet ist auch die Theorie des gleichen Transaktionsnutzens. Dabei wird darauf abgestellt, dass zwei unabhängige Vertragspartner jenen Preis vereinbaren werden, der für beide einen etwa gleich großen Nutzen bringt. Die Problematik und ihre daraus resultierende Unbrauchbarkeit liegen in der unzureichenden Objektivierbarkeit dieses Zugangs, da es außen stehenden Dritten (Gläubigern, Wirtschaftsprüfern usw.) schwer fallen wird, die Details der Verhandlungssituation zu beurteilen.⁵¹

7. Quantifizierbarkeit

Nicht immer wird ein Nachteil zum Zeitpunkt der Entscheidung bewertet werden können. Einerseits kann nämlich das Vorliegen einer Sorgfaltswidrigkeit und damit eines Nachteiles außer Frage stehen (zB bei hochriskanten Geschäften). Dessen Bewertung *ex ante* gestaltet sich andererseits jedoch oftmals nicht nur als schwierig, sondern unmöglich. Bei Fehlen jeglicher Bewertungsmöglichkeit kann kein Ausgleich vorgenommen werden, da keine Parameter zur Orientierung vorhanden sind. Es könnte nun davon ausgegangen werden, dass die fehlende Bewertungsmöglichkeit dazu führt, dass kein Nachteil vorliegt und damit auch kein Ausgleich vorgenommen werden muss. Denn wie sollte ein solcher aussehen?

Bei derartigen Geschäften darf jedoch keinesfalls ein weniger strenger Maßstab angelegt werden und das bloße Fehlen einer Bewertungsmöglichkeit nicht

⁴⁹ Bei der hier nicht behandelten Ermittlung des nachteiligen Charakters sonstiger Maßnahmen (außer Rechtsgeschäften) ist der Bilanzwert noch weniger hilfreich, da diese bilanziell meist gar nicht einbezogen sind, zB bei der Erfassung von *Know-how*.

⁵⁰ Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 311 Rz 32.

⁵¹ Koppensteiner in KölnerKomm³ § 311 Rz 67.

automatisch zur Zulässigkeit des Rechtsgeschäftes führen. Schließlich ist der Unrechtsgehalt der Nachteilszufügung genauso gegeben, wenn der Nachteil nicht bewertet werden kann. Möglicherweise ist in diesem Fall die abhängige Gesellschaft sogar noch schützenswerter, da ein nicht bezifferbarer Nachteil es für die abhängige Gesellschaft noch schwieriger gestaltet, Kompensationsmaßnahmen einzuleiten. Darüber hinaus brächte die Nichteinbeziehung von Fällen fehlender Bewertungsmöglichkeit die praktisch negative Konsequenz mit sich, dass Umgehungsmöglichkeiten Tür und Tor geöffnet würden. Dies kann aber sicherlich nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen.

Meines Erachtens ist in aller Regel daher richtigerweise anzunehmen, dass derartige Geschäfte dem Verbot der Nachteilszufügung widersprechen und *per se* rechtswidrig sind.⁵² Im deutschen Recht führt ein Nachteil, der nicht innerhalb des Geschäftsjahres ausgeglichen wird, zu einem Schadenersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft gemäß § 317 dAktG. In der deutschen Lehre wird vorgeschlagen, dass in Fällen eines nicht bezifferbaren Nachteiles ebenfalls ein Schadenersatzanspruch entsteht, sobald sich dieser verwirklicht.⁵³ Kann er auch unter Berücksichtigung des § 287 dZPO nicht beziffert werden, so sollen nach *Emmerich/Habersack* die Prinzipien zur qualifizierten Nachteilszufügung angewandt werden.⁵⁴

Auch für die österreichische Rechtslage ist davon auszugehen, dass nachteilige Rechtsgeschäfte, welche nicht quantifizierbar sind, dem Grunde nach rechtswidrig sind und damit nicht vorgenommen werden dürfen.⁵⁵ Werden sie dennoch getätigt, so entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Nachteilsausgleiches. Es kann aber ein Schadenersatzanspruch seitens der Tochtergesellschaft geltend gemacht werden, sobald sich dieser in quantifizierbarer Form verwirklicht.

Als alternativer Lösungsansatz kann vertreten werden, dass dem niedrigeren Maßstab im Hinblick auf die Bewertung des Nachteiles auf der einen Seite

⁵² Zöllner, Schutz der Aktionärsminorität bei einfacher Konzernierung, in FS Kropff 345 f.

⁵³ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁴ § 311 Rz 45.

⁵⁴ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁴ § 311 Rz 45.

⁵⁵ *Kalss/Eckert*, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007/615, 584.

geringere Anforderungen für die Einschätzung des Vorteiles auf der anderen Seite gegenüberstehen. Es ist davon auszugehen, dass in solchen Fällen eine relative Bewertbarkeit des Vorteiles zum gegenüberstehenden Nachteil ausreichend ist. Mit anderen Worten: Der nicht quantifizierbare Nachteil kann hier durch einen nicht quantifizierbaren Vorteil ausgeglichen werden. Zweifelsohne wird dieser Ansatz nur innerhalb eines sehr engen Spektrums Verwendung finden können. Sowohl nach deutschem als auch nach österreichischem Recht wird diese Vorgangsweise ausschließlich in solchen Fällen zulässig sein, in denen Vor- und Nachteile zeitlich zusammenfallen.⁵⁶ Schließlich kann auch das gewillte herrschende Unternehmen nicht darauf vertrauen, stets bis zum Ende des Geschäftsjahres einen entsprechenden Vorteil mit gleicher Prognose anbieten zu können. *Strohn* schlägt vor, in solchen Fällen ausnahmsweise keine gestreckte Ausgleichsmöglichkeit nach § 311 Abs 2 dAktG zuzulassen und gegebenenfalls den Schadenersatzanspruch nach § 317 dAktG schon während des Geschäftsjahres zu ermöglichen.

Eine Anwendbarkeitsgrenze erfahren die Regelungen über den Nachteilsausgleich jedenfalls dann, sobald ein Sachverhalt entweder Struktur verändernde oder Bestand gefährdende Nachteile umfasst, welche nicht rückgängig gemacht werden können. Eine derartige Vorgangsweise seitens des beherrschenden Unternehmens ist von vornherein rechtswidrig und führt automatisch zu Schadenersatzansprüchen seitens der beherrschten Gesellschaft.

⁵⁶ *Strohn*, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern 91 ff, veranschaulicht dies sehr gut, indem er auf das Beispiel einer Tochtergesellschaft verweist, welche auf Veranlassung der Muttergesellschaft ein vielversprechendes Produktionsprogramm veräußern muss. Der ihr dadurch entstandene Nachteil ist *ex ante* nicht quantifizierbar, weil sich das Produktionsprogramm noch im Anfangsstadium befindet. Ein Geldbetrag oder ein anderer bezifferbarer Wert kann in diesem Zusammenhang nicht herangezogen werden. Der Ausgleich kann in diesem Fall aber durch ein aussichtsreiches Produktionsprogramm erfolgen, welches ein gleich hohes Potential wie das veräußerte Programm aufweist, denn dieser Vorteil ist ebenfalls noch nicht quantifizierbar. Auch ein sorgfältiger Vorstand darf eine Ertragschance abtreten bzw darf sich ein sorgfältiger Vorstand der Muttergesellschaft eine solche abtreten lassen, sofern eine gleichwertige Ertragschance als Ersatz zur Verfügung gestellt wird.

E. Nachteilsausgleich

1. Inhalt des Ausgleiches

Außer bei Fehlen jeglicher Bewertungsmöglichkeit ist davon auszugehen, dass nicht jeder Nachteil *per se* rechtswidrig ist. Gegenüber der abhängigen Gesellschaft darf der Abschluss eines nachteiligen Rechtsgeschäftes durchaus angeordnet werden, jedoch muss ein Ausgleich durch Zuwendung eines entsprechenden Vorteiles erfolgen.⁵⁷ Dies kann in Form einer tatsächlichen Ausgleichsleistung bis zum Ende des Geschäftsjahres oder durch Einräumung eines Rechtsanspruches für eine Leistung zu einem späteren Zeitpunkt umgesetzt werden. In beiden Fällen hat der Vorteil den Nachteil derart zu kompensieren, dass die abhängige Gesellschaft keinerlei Vermögensnachteil erleidet.⁵⁸ Der Umfang der Ausgleichsleistung hat sich dabei nach der Höhe des zugefügten Nachteiles zu richten.

Ein Nachteilsausgleich ist jedoch nur dann möglich, wenn der Nachteil quantifiziert werden kann. Sollte dies nicht der Fall sein, gestaltet sich die Erbringung eines angemessenen Nachweises für die Leistung des Nachteilsausgleiches unmöglich (siehe II.D.7). Umgekehrt kann aber bei Bewertbarkeit des Nachteiles nicht jede vom Mutterunternehmen als Vorteil deklarierte Leistung als angemessene Ausgleichsleistung anerkannt werden. Vielmehr ist nachzuweisen, dass auf Seiten der Tochtergesellschaft ein tatsächlicher Bedarf besteht. Dabei ist ua zu belegen, dass bei einem konzernfremden Bezug ein entsprechend höherer Preis bezahlt hätte werden müssen.⁵⁹ Darüber hinaus muss stets das Prinzip des Einzelausgleiches berücksichtigt werden. Demnach sind nur solche Leistungen „vorteilsfähig“, welche sich nicht aus dem Konzernverhältnis ergeben. Mit anderen Worten: Da die oben angesprochenen passiven Konzerneffekte nicht als Nachteil qualifiziert werden können, eignen sie sich genauso wenig als Vorteil für den Ausgleich.⁶⁰

⁵⁷ Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 311 Rz 37.

⁵⁸ Kropff in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 213.

⁵⁹ Koppensteiner in KölnerKomm³ § 311 Rz 109.

⁶⁰ Liebscher, Vorstand und Aktienkonzern, Beck'sches Handbuch der AG § 14 Rz 77.

2. Herkunft des Ausgleiches

Für den Nachteilsausgleich ist es nicht notwendig, dass er vom herrschenden Unternehmen vorgenommen wird. Vielmehr kann er auch von anderer (dritter) Seite erfolgen, wobei in der Praxis insbesondere an die Zahlung durch weitere Gesellschaften im Konzernverbund zu denken ist.⁶¹ Maßgeblich ist aber, dass der Vorteil zumindest auf Veranlassung durch die Muttergesellschaft gewährt wird. Außerdem ist darauf zu achten, dass auf die den Vorteil gewährende Konzerngesellschaft ihrerseits die Regeln über die Nachteilszufügung anzuwenden sein können. Dabei ist nach hM zu hinterfragen, ob sich eine ordentlich und gewissenhaft agierende Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft entsprechend verhalten würde.⁶² Sind die Voraussetzungen der Nachteilszufügung erfüllt, wird das herrschende Unternehmen hier ebenfalls einen äquivalenten Vorteil gewähren müssen.

3. Einseitige Bestimmung des Vorteiles oder Kooperation?

Es ist zu klären, inwiefern die Muttergesellschaft bei der Bestimmung des Nachteilsausgleiches auf die Interessen der Tochtergesellschaft Rücksicht zu nehmen hat. Die bestehende Leitungsmacht seitens des beherrschenden Unternehmens lässt zunächst vermuten, dass sich diese auch auf die Bestimmung des Vorteiles erstreckt. Demnach könnte das herrschende Unternehmen den Inhalt und das Ausmaß des zu leistenden Vorteiles einseitig bestimmen, solange die Leistung einem objektiven Maßstab in Form eines Drittvergleiches standhält. Dabei ist zu fragen, ob ein sorgfältig und gewissenhaft agierender Vorstand der Muttergesellschaft die Vorteilsleistung ihrer Art nach als äquivalent zum zugefügten Nachteil erachten würde. Somit käme es beim Nachteilsausgleich

⁶¹ Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 311 Rz 39.

⁶² Entsprechend dem weiter oben (II.D.3.) skizzierten Verständnis der Sorgfaltswidrigkeit müsste auch danach gefragt werden, inwiefern ein ordentlich und gewissenhaft agierender Vorstand der Muttergesellschaft einen solchen Nachteil veranlassen würde.

nicht auf subjektive Kriterien an, beispielsweise die Brauchbarkeit der Vorteilsleistung im Tochterunternehmen.

Gegen eine solche einseitige Bestimmung seitens der Muttergesellschaft spricht aber, dass der Vorstand der Tochtergesellschaft bei der AG nicht verpflichtet ist, der Nachteilszufügung durch die Muttergesellschaft Folge zu leisten. Wenn er also der Nachteilszufügung zustimmt, müssen auch der Wille und die Interessen des Vorstandes der Tochtergesellschaft in den Ausgleich einfließen. Konsequenterweise muss der Geschäftsführung der beherrschten Gesellschaft grundsätzlich auch ein Zustimmungsrecht in Bezug auf den angebotenen Ausgleich zugestanden werden. Daran ändert auch eine etwaige Verzögerung des Nachteilsausgleiches nichts, welche von der Tochtergesellschaft innerhalb des gesetzlichen Rahmens widerspruchslos hinzunehmen ist. Es ist daher zumindest für die AG festzustellen, dass bei der Bestimmung des Vorteiles nicht die rechtlich abgesicherte Konzernleitungsmacht gilt, sondern eine Abstimmung der Verhaltensweisen zwischen den beiden verbundenen Unternehmen erforderlich ist.⁶³

Diese Abstimmung erstreckt sich jedoch ausschließlich auf die Art des vorzunehmenden Ausgleiches, denn die Höhe der Ausgleichszahlung ist nicht an ein Vorschlagsrecht und eine etwaige Zustimmung gebunden, sondern wird durch objektive Kriterien festgelegt. Der zu leistende Vorteil hat seiner Höhe nach stets dem zugefügten Nachteil zu entsprechen und ist keiner Abstimmung zwischen den verbundenen Unternehmen zugänglich.

Daraus folgt, dass das Vorschlagsrecht über die Art der Vorteilsleistung dem herrschenden Unternehmen zukommt. Der Vorteil kann jedoch ohne Zustimmung des beherrschten Unternehmens nicht „ausgleichend“ geleistet werden. Freilich dürfen Vorschlag und Zustimmung seitens der Tochtergesellschaft in diesem Zusammenhang nicht derart ausgelegt werden, dass ein Vertrag darüber zustande käme. Eine solche Annahme würde dazu führen, dass auf Leistung des Nachteilsausgleiches ein Rechtsanspruch bestünde, was gerade nicht der Fall ist.⁶⁴

⁶³ AA *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁴ § 311 Rz 71.

⁶⁴ *Koppensteiner* in *KölnerKomm*³ § 311 Rz 109.

Falls es zu keiner Übereinstimmung der Vorstellungen zwischen den verbundenen Unternehmen kommen sollte, steht es dem herrschenden Unternehmen frei, Alternativen vorzuschlagen und, wenn auch diese fehlschlagen, Geldersatz zu leisten. Wenngleich der Zahlung in Geld ebenfalls Grenzen gesetzt sind und *Zöllner* daran unter den Aspekten der freien richterlichen Schätzung nach § 287 dZPO⁶⁵ und den Treupflichtverletzungen⁶⁶ berechtigte Kritik übt, so ist diese Form in aller Regel dazu geeignet, quantifizierbare Nachteile auszugleichen.

Die Möglichkeit, eine Ausgleichszahlung in bar vorzunehmen, nimmt aber auch eventuellen Erpressungsversuchen seitens der Tochtergesellschaft *a priori* den Wind aus den Segeln. Immerhin wäre es durchaus denkbar, dass die Tochtergesellschaft trotz Kooperationsbereitschaft seitens des herrschenden Unternehmens alle Vorschläge über die Art der Ausgleichszahlung im Hinblick auf einen gegebenenfalls höheren Schadenersatzanspruch ablehnt.

Meines Erachtens ist nicht nur zu diesem Punkt, sondern generell zur Diskussion über ein Einvernehmen bei der Ausgleichsleistung eine bemerkenswerte Ambivalenz festzustellen. Einerseits ist die praktische Relevanz einer einvernehmlichen Lösung gering, denn das herrschende Unternehmen wird in der Praxis einen gravierenden Einfluss auf die Entscheidung über die Angemessenheit des Nachteilsausgleiches nehmen können, wodurch die Frage der Kooperation gegenüber dem Abhängigkeitsverhältnis in den Hintergrund tritt. Der Vorstand der Tochtergesellschaft wird sich hüten, einen der Art und Höhe nach akzeptablen Vorschlag der Muttergesellschaft zu hinterfragen oder gar abzulehnen. Auf der anderen Seite erhöht diese faktische Relevanz aber nur die

⁶⁵ *Zöllner*, Qualifizierte Konzernierung im Aktienrecht, in GS Knobbe-Keuk 376 f.

⁶⁶ *Zöllner*, Treupflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht, ZHR 162 1998, 245, betont, dass „der Ausgleich gegenüber einem Nachteil den Treupflichtverstoß nur dort heilt, wo er nicht bloß finanziellen Ausgleich, d.h. die Geldwertbegleichung einer Vermögensdifferenz bietet, sondern bei strukturellen Beeinträchtigungen durch strukturell ähnliche und gleichwertige Maßnahmen die wirtschaftliche Autonomie der Gesellschaft auf ihren alten Umfang bringt. Letztlich wird in den zuletzt genannten Konstellationen die Gesamtmaßnahme, also Eingriff und Ausgleich zusammen, dem Verhalten eines selbständigen gewissenhaften Geschäftsleiters entsprechen und entsprechen müssen. Hingegen würde das Prinzip ‚Dulde- und liquidiere‘, auf das § 311 dAktG letztlich hinausläuft, unter dem Treupflichtaspekt nicht gelten. Die Schadenersatzfolge der Treupflichtverletzung geht ja ohnehin zunächst einmal auf Naturalherstellung und nicht wie beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung grundsätzlich nur auf Geldersatz.“

Schutzwürdigkeit der Interessen der abhängigen Gesellschaft, sodass eine koordinierte Verhaltensweise zwischen den verbunden Unternehmen erst recht als angemessen erscheint.

4. Leistungsstörungen

Räumt das herrschende Unternehmen der beherrschten Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf Vorteilsleistung ein und wird dann säumig, so sind die Regeln des Allgemeinen Schuldrechtes anzuwenden. In Deutschland wird dabei im Hinblick auf die Rechtsnatur der Ausgleichsverpflichtung auf die Anwendbarkeit der §§ 280 ff und §§ 323 ff BGB verwiesen,⁶⁷ in Österreich werden die Regelungen zu den §§ 918 ff, 922 ff und 1447 ABGB heranzuziehen sein. Die Begründung für eine solche Behandlung liegt darin, dass die durch den eingeräumten Rechtsanspruch nunmehr einklagbare Ausgleichsleistung nicht anders zu behandeln ist als jede andere aufgrund eines Rechtsgeschäftes vereinbarte Leistung. Es besteht kein Grund, der vom herrschenden Unternehmen nach bestem Wissen angebotenen und vom beherrschten Unternehmen akzeptierten Ausgleichsleistung eine zivilrechtliche Sonderstellung einzuräumen. Die beherrschte Gesellschaft wird vielmehr das Risiko tragen müssen, dass die angebotene Ausgleichsleistung später einmal notleidend wird. Für den Wert maßgeblich ist dabei jener Zeitpunkt, zu dem die Ausgleichszahlung vereinbart wurde.⁶⁸ Ist die Unmöglichkeit der Leistung weder von der herrschenden noch von der beherrschten Gesellschaft zu vertreten, steht es der beherrschten Gesellschaft immer noch frei, gemäß § 326 Abs 4 BGB von der Vereinbarung zurückzutreten und Schadenersatz gemäß § 317 dAktG zu verlangen. Bei einem vom herrschenden Unternehmen zu vertretenden Schaden kann die beherrschte Gesellschaft gemäß § 323 BGB von der Ausgleichsvereinbarung zurücktreten und ebenfalls auf die Schadenersatznorm des § 317 dAktG zurückgreifen. Darüber

⁶⁷ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁴ § 311 Rz 76.

⁶⁸ *Kropff* in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 266.

hinaus steht es ihr frei, einen Schadenersatzanspruch gemäß § 325 BGB geltend zu machen.

5. Minderung des Außenseiterschutzes durch verzögerten Nachteilsausgleich

Die in Deutschland bestehende Möglichkeit, den Nachteilsausgleich bis zum Ende des Geschäftsjahres hinauszuschieben bzw einen Rechtsanspruch für einen späteren Ausgleich einzuräumen, wirft nicht nur zahlreiche Probleme innerhalb des Konzernverbundes auf, sondern mindert auch den Schutz für außen stehende Dritte. Einerseits erfahren jene Normen eine Modifikation, welche Regeln über die Sorgfaltspflichten des Vorstandes bzw des Aufsichtsrates enthalten. Darunter fallen allen voran Normen über die Verantwortlichkeit des Vorstandes gemäß § 93 Abs 3 Z 1 dAktG bzw über jene des Aufsichtsrates gemäß § 116 dAktG.

Darüber hinaus erfahren auch die Regelungen über Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr eine Anpassung.⁶⁹ Der verzögerte Nachteilsausgleich erlaubt es nämlich, dass der Vorstand nicht mehr auf eine umgehende Ausgleichsleistung bestehen muss, sondern den Ablauf des Geschäftsjahres abwarten darf. Damit wird aber auch Dritten die Möglichkeit genommen, unverzüglich auf die ihnen zustehende Haftungssumme zuzugreifen, da die haftende Tochtergesellschaft noch nicht darüber verfügen kann.

F. Schadenersatz, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche

1. Einleitung

Wird nicht rechtzeitig ein Ausgleich geleistet bzw Rechtsanspruch darauf eingeräumt, so wandelt sich der Nachteilsausgleich in einen Schadenersatzanspruch seitens der Tochtergesellschaft um. Diese hat sodann die Möglichkeit, den erlittenen Schaden gerichtlich durchzusetzen.

⁶⁹ Kropff, Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, in FS Kastner 288.

Aus Sicht der herrschenden Gesellschaft sprechen freilich gravierende Gründe dafür, das Entstehen eines Schadenersatzanspruches gar nicht erst zuzulassen. Dies liegt nicht nur am mit einem Gerichtsverfahren einhergehenden erhöhten faktischen Druck in Form von Aufmerksamkeit außen stehender Dritter. Die daraus resultierende negative Außenwirkung wird dem Ruf der Muttergesellschaft abträglich sein und kann sich bei börsennotierten Gesellschaften sogar in Form von wirtschaftlichen Einbußen auswirken. Vor allem aber muss eine den Nachteil nicht ausgleichende Muttergesellschaft damit rechnen, dass nach Ablauf der Ausgleichsfrist ein bedeutend höherer Wertersatz zu leisten ist.

Aus der Perspektive der Tochtergesellschaft stellt die Unterlassung des Nachteilsausgleiches durch die Muttergesellschaft keineswegs eine Verschlechterung ihrer Position dar. Es ist nämlich davon auszugehen, dass die beherrschte Gesellschaft wahlweise den Schaden aus der nachteiligen Veranlassung oder den möglicherweise höheren Schaden aus der Unterlassung des Ausgleiches geltend machen kann. Dies ergibt sich aus dem Sanktionscharakter des Schadenersatzes, wodurch der angemessene Schutz der abhängigen Gesellschaft in den Vordergrund tritt. Ob die Leistung aus dem Nachteilsausgleich oder ein uU höherer Schadenersatz zu entrichten ist, darf nicht zu Lasten der Tochtergesellschaft gehen. Auf einen im Vergleich zum Nachteilsausgleich niedrigeren Schadenersatz sollte die Muttergesellschaft keinesfalls spekulieren können.

2. Schadenersatz bei nicht geleistetem Nachteilsausgleich

a. § 317 dAktG

Das deutsche Aktienrecht enthält in § 317 dAktG eine eigene Bestimmung, welche den Schadenersatzanspruch als Rechtsfolge für einen nicht geleisteten Nachteilsausgleich normiert. Diese Regelung soll sanktionslosen Nachteilszufügungen durch die Muttergesellschaft entgegenwirken, wodurch sie wie § 311 dAktG dem Schutz der Gesellschaft, aber auch von Gläubigern und

Minderheitsaktionären dient.⁷⁰ Damit wird klar, dass es sich bei der Schadenersatzpflicht um zwingendes Recht handelt, welches weder durch Satzung noch durch einen Hauptversammlungsbeschluss abbedungen werden kann, selbst wenn ein solcher einstimmig erfolgen sollte. Andernfalls würde den Schutzberechtigten die Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer Rechte genommen.

Die §§ 311 und 317 dAktG verbindet ein inhaltlicher Zusammenhang insofern, als Ersterer die Nachteilszufügung zulässt, sofern ein entsprechender Ausgleich durch einen Vorteil erfolgt, und Letzterer dabei die notwendige Ergänzung bildet, indem er Schadenersatz als Sanktion bei Nichteinhaltung der Ausgleichspflicht normiert. Die vom Gesetzgeber dennoch vorgenommene Trennung ist aus systematischen Gründen beabsichtigt. Damit sollte eine allgemeine Regelung über die Ausübung des beherrschenden Einflusses im faktischen Konzernverhältnis den speziellen Normen zum Abhängigkeitsbericht und zu Haftungsfragen vorangestellt werden.⁷¹

Der Haftungsgrund liegt in der kompensationslos gebliebenen Nachteilszufügung und nicht, wie ein Teil der Lehre annimmt, in der nachteiligen Veranlassung (siehe II.D.3), denn die nachteilige Veranlassung ist grundsätzlich weder *per se* rechtswidrig⁷² noch schwebend rechtswidrig⁷³. Sie ist vielmehr erlaubt, sofern ein Nachteilsausgleich erfolgt. Erst der nicht fristgerecht geleistete Nachteilsausgleich oder eingeräumte Rechtsanspruch begründet die Rechtswidrigkeit und bildet damit die Grundlage für den Schadenersatzanspruch. Die Berechnung der Höhe des Schadens richtet sich dementsprechend nach dem Nichtausgleich des zugefügten Schadens. Dadurch wird auch die später noch zu erläuternde (siehe IV.5.b) Miteinberechnung späterer Entwicklungen, also Wertsteigerungen bzw -einbußen, gestützt.

⁷⁰ Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 317 Rz 1.

⁷¹ Kropff in MünchKomm zum AktG² § 317 Rz 6.

⁷² So aber Würdinger in GroßkommAktG³ § 317 Anm 2: „Der Schadenersatz ist die unmittelbare und primäre Folge der nach § 311 unzulässigen schuldhaften Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft, nicht etwa die Folge des unterlassenen Ausgleichs.“

⁷³ So aber Beuthien, Art und Grenzen der aktienrechtlichen Haftung herrschender Unternehmen im Leitungsmachtmissbrauch, DB 1969, 1783; Möhring, Zur Systematik der §§ 311, 317 dAktG, in FS Schilling 261.

In diesem Zusammenhang sei zudem darauf hingewiesen, dass stets von einem normativen Schadensbegriff mit Sanktionscharakter auszugehen ist (siehe II.G.3). Dies ist nicht nur wichtig, damit der Sanktionscharakter der Schadenersatzverpflichtung zur Geltung kommt. Das Mutterunternehmen könnte andernfalls in Kenntnis eines zunächst nicht zu erwartenden günstigen Verlaufes von der Ausgleichszahlung Abstand nehmen und müsste sodann nur den niedrigen Schaden ersetzen.

Wenngleich die praktische Relevanz des § 317 dAktG gering ist,⁷⁴ sollte meines Erachtens die abschreckende Wirkung der Haftungsfolgen nicht unterschätzt werden. Dabei ist von Bedeutung, dass nicht nur die Muttergesellschaft gemäß § 317 Abs 1 dAktG als Gesamtschuldner haftet, sondern dass gemäß § 317 Abs 3 dAktG auch die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens, welche die Gesellschaft zu dem Rechtsgeschäft oder der Maßnahme veranlasst haben, für Haftungsansprüche herangezogen werden können (siehe II.G.7). Außerdem erweitert § 317 Abs 4 dAktG durch die Verweisung auf § 309 Abs 3 bis 5 dAktG den Kreis der zur Geltendmachung des Anspruches legitimierten Personen auf die Aktionäre und (im Insolvenzfall) Gläubiger. Die Aktionäre haben dabei im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen. Die drohenden Gefahren der einerseits persönlichen Haftung aus dem veranlassten Nachteil und des gleichzeitig zur Geltendmachung befugten erweiterten Personenkreises werden einer Geschäftsleitung die Entscheidung für eine sorgfältige Durchführung eines Nachteilsausgleiches erleichtern.

Für den Fall, dass mehrere Mutterunternehmen gemeinsam auf eine Tochtergesellschaft benachteiligend einwirken, haften jene grundsätzlich als Gesamtschuldner.⁷⁵ Hier kann ein Unternehmen Schuld befreiend für die anderen

⁷⁴ *Hommelhoff*, Empfiehlt es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen – auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten – neu zu regeln?, Gutachten G zum 59 DJT 67.

⁷⁵ *Kropff* in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 129 ff; dies gilt freilich nicht, wenn eine der Muttergesellschaften „im Alleingang“ tätig wird. Im Zweifelsfall darf die Ausgleichspflicht aber nicht zulasten der Tochtergesellschaft ausgelegt werden. Wenn diese also den Umständen nach annehmen durfte, dass eine Abstimmung zwischen den Muttergesellschaften bestand, so haften diese als Gesamtschuldner.

Muttergesellschaften Ersatz leisten bzw dafür in Anspruch genommen werden, wobei wiederum interne Regressansprüche zu berücksichtigen sind.

b. Formen des Schadenersatzes

Der Schadenersatzanspruch richtet sich nach §§ 249 ff BGB. Demnach ist primär jener „Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.“ Ist Naturalrestitution nicht (oder nicht zur Gänze) möglich, so ist gemäß § 251 Abs 1 BGB der (verbleibende) Vermögensschaden zu ersetzen. Die exakte Bestimmung eines zu leistenden Schadenersatzes kann in der Praxis erhebliche Probleme bereiten. Um dennoch eine Schätzung vorzunehmen, besteht für den Richter die Möglichkeit zur Anwendung von § 287 dZPO. Dabei kann er, sofern sich die Parteien über einen Schaden nicht einigen können, nach freier Überzeugung entscheiden, ob ein solcher entstanden ist, und gegebenenfalls dessen Höhe festlegen. Die Heranziehung von Sachverständigen bleibt dabei seinem Ermessen überlassen.

Ist auch die Anwendbarkeit von § 287 dZPO unmöglich, wenn etwa keinerlei Indizien für eine gewissenhafte Schätzung gefunden werden, so gelangt der Grundsatz der qualifizierten Nachteilszufügung zur Anwendung.⁷⁶ Dadurch wird die herrschende Gesellschaft verpflichtet, die Verluste der abhängigen Gesellschaft zu tragen.

Der Schadenersatzanspruch muss in der Bilanz aktiviert werden. Erfolgt keine Aktivierung, so kann dies zur Nichtigkeit des Jahresabschlusses führen.⁷⁷

3. Höhe des Schadenersatzes

Wie wir unter IV.2 noch behandeln werden, weichen die Begriffe des Schadens und des Nachteiles voneinander ab. Daraus können sich auch erhebliche Unterschiede die Höhe des zu leistenden Ersatzes bzw Ausgleiches betreffend

⁷⁶ Kropff in MünchKomm zum AktG² § 317 Rz 29.

⁷⁷ BGH 15.11.1993, II ZR 235/92, NJW 1994, 520.

ergeben. Einerseits ist jedenfalls ein den Nachteil übersteigender Schaden zu ersetzen, andererseits kann der zugefügte Nachteil aufgrund einer unerwartet positiven Geschäftsentwicklung auch höher sein als der entstandene Schaden. In diesem Fall ist der Auffassung zu folgen, dass der entstandene Nachteil den Mindestschaden bildet.⁷⁸ Dabei ist es unabhängig von der Frage des Haftungsgrundes maßgeblich, dass die Schadenersatzpflicht aufgrund der nicht fristgerechten Zahlung seitens der beherrschenden Gesellschaft auch einen Sanktionscharakter besitzt.⁷⁹ Es ist also ein normativer Schadensbegriff heranzuziehen, wonach in die Berechnung des Schadenersatzes keine entlastenden Faktoren einbezogen werden dürfen, welche dem Normzweck nicht entsprechen. Andernfalls könnte die beherrschende Gesellschaft aufgrund ihrer nachlässigen Handlungsweise besser gestellt sein als bei gesetzmäßigem Verhalten.

Eine ähnliche Lösung wird verfolgt, wenn Teile der Lehre verlangen, dass unabhängig von der Frage, ob der Schaden aus der nachteiligen Veranlassung oder aus unterlassenem Ausgleich zu berechnen ist, der jeweils höhere Schaden heranzuziehen ist.⁸⁰ Als Argumente dienen auch hier dienen der Sanktionscharakter des Schadenersatzes und der angemessene Schutz der abhängigen Gesellschaft.

4. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche

Neben der Zahlung von Schadenersatz kann die Tochtergesellschaft auch Unterlassungs- bzw Beseitigungsansprüche geltend machen. Diese richten sich auf Beseitigung der zum Nachteil der Gesellschaft erfolgenden Einflussnahme und stehen unabhängig von einem etwaigen Schadenersatzanspruch zu.

Die Geltendmachung eines Unterlassungs- bzw Beseitigungsanspruches ist allerdings an das Bestehen eines rechtswidrigen Zustandes gebunden. Hat das herrschende Unternehmen noch die Möglichkeit zur Vornahme eines

⁷⁸ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁴ § 317 Rz 17; *Kropff* in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 34.

⁷⁹ *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ § 317 Rz 7.

⁸⁰ *Beuthien*, Art und Grenzen der aktienrechtlichen Haftung herrschender Unternehmen im Leitungsmachtmissbrauch, DB 1969, 1784.

Nachteilsausgleiches, so kann die Tochtergesellschaft keinen derartigen Anspruch geltend machen.

Indem für die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches auf das Kriterium der Rechtswidrigkeit des Zustandes abgestellt wird, muss jene Möglichkeit konsequenterweise auch dann bejaht werden, wenn zwar noch keine nachteilige Veranlassung vorgenommen wurde, eine solche aber aufgrund fehlender Bewertbarkeit des Nachteiles schon *per se* rechtswidrig ist. Hier reicht alleine die Bedrohung durch die nachteilige Maßnahme aus, dass die Tochtergesellschaft einen durchsetzbaren Anspruch auf Unterlassung hat.

Teile der Lehre leiten den Unterlassungs- bzw Beseitigungsanspruch aus § 317 dAktG selbst her,⁸¹ andere bevorzugen eine Heranziehung der §§ 1004, 823 Abs 2 BGB unter Betonung des Schutzgesetzcharakters von § 311 dAktG.⁸² Der Vorteil einer Herleitung aus § 317 dAktG besteht darin, dass aufgrund dieser Bestimmung ein Abwehrinstrument gegen jede qualifizierte Nachteilszufügung zur Verfügung steht, welches auch von außen stehenden Aktionären (allerdings nicht von den Gläubigern) geltend gemacht werden kann.

In Bezug auf die dogmatische Begründung ist meines Erachtens jedoch *Hüffer* zu folgen, der den Unterlassungsanspruch aus den gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten herleitet.⁸³ Schließlich ist das herrschende Unternehmen als Gesellschafter an die Einhaltung der sich aus den Treuepflichten ergebenden Grundsätze gebunden. Dies rechtfertigt nicht nur die Geltendmachung durch die Gesellschaft gemäß § 317 Abs 1 dAktG, sondern zugleich auch die Geltendmachung seitens der Aktionäre gemäß § 317 Abs 2 dAktG, welche untereinander ebenfalls an die Einhaltung der Treuepflichten gebunden sind.

Zu weit geht meiner Meinung nach allerdings *Koppensteiners* Auffassung, wonach ein Unterlassungsanspruch von vornherein auch dann zu bejahen ist, wenn das herrschende Unternehmen in der Vergangenheit seinen Ausgleichsobligationen nicht nachgekommen ist.⁸⁴ Freilich mag es aufgrund von

⁸¹ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁴ § 317 Rz 19.

⁸² *Koppensteiner* in *KölnerKomm zum AktG*³ § 317 Rz 26 ff.

⁸³ *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ § 317 Rz 10.

⁸⁴ *Koppensteiner* in *KölnerKomm zum AktG*³ § 317 Rz 22.

unliebsamen Erfahrungen eine erhöhte Berechtigung geben, an der Zuverlässigkeit der Muttergesellschaft zu zweifeln. Dabei kann es sogar angebracht sein, dass der sorgfältig agierende Vorstand einer Tochtergesellschaft aufgrund derartiger negativer Erfahrungswerte Veranlassungen durch die Muttergesellschaft in Zukunft nicht folgen wird. Daraus eine generelle Annahme eines Unterlassungsanspruches ableiten zu wollen, ginge meines Erachtens jedoch zu weit. Dieser setzt nämlich Rechtswidrigkeit voraus, welche durch eine bloß negative Erwartungshaltung noch nicht gegeben ist. Dazu bedürfte es einer gesetzlichen Regelung, durch welche der Anwendungsbereich eines Unterlassungsanspruches auch auf jene Fälle ausgeweitet wird, in denen das Mutterunternehmen in der Vergangenheit seinen Ausgleichsobligationen nicht oder in nicht ausreichendem Maße nachgekommen ist. Als „vermittelnde“ Auffassung könnte in diesem Zusammenhang die Normierung eines widerlegbaren Vermutungstatbestandes für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit bei gewissen Erfahrungswerten angedacht werden.

Auch für den Fall, dass aufgrund der finanziellen Lage des herrschenden Unternehmens ein Ausgleich nicht zu erwarten ist, sollte zumindest eine pauschale Bejahung des Unterlassungsanspruches vermieden werden.⁸⁵ Zunächst müssten auch hier objektive Kriterien aufgestellt werden, anhand derer die prekäre finanzielle Lage des Mutterunternehmens ersichtlich wird. Beispielsweise kann es aufgrund der Heranziehung mancher Unternehmenskennzahlen (Eigenkapitalquote, Gesamtkapitalrentabilität, Schuldtilgungsdauer, Cash-flow-Rate) für eine sorgfaltsgemäß agierende Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft ratsam sein, der Veranlassung des Mutterunternehmens erst gar nicht zu folgen. Sollte dies schon geschehen sein, mangelt es der Veranlassung an Rechtswidrigkeit. Daher ist der Unterlassungsanspruch auch in diesen Fällen zu verneinen.

Eine gesetzliche Anpassung erscheint meines Erachtens durchaus als wünschenswert. Die rechtliche Verankerung des Unterlassungsanspruches wäre einerseits im Sinne der Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft, welche aber

⁸⁵ AA *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁴ § 317 Rz 19.

ohnehin zunächst zumindest die rechtliche Freiheit hat, der nachteiligen Veranlassung nicht Folge zu leisten. Andererseits hätten dadurch auch Aktionäre die Möglichkeit, gegen eine nachteilige Veranlassung klagsweise Unterlassungsansprüche zu stellen.

5. Beweislast

Die Tochtergesellschaft hat als klagende Partei zunächst einmal nachzuweisen, dass ihr ein Schaden entstanden ist.⁸⁶ Darüber hinaus hat sie die Veranlassung (wofür allerdings aufgrund der einheitlichen Leitung innerhalb des Konzerns gemäß § 18 Abs 3 dAktG eine Vermutung besteht)⁸⁷ und den beherrschenden Einfluss durch das Mutterunternehmen sowie dessen Kausalität für die Vorgehensweise der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft nachzuweisen.

Auf der anderen Seite kann sich der Vorstand des herrschenden Unternehmens durch den Nachweis, dass keine Verletzung gegen den ihm übertragenen Ermessensspielraum vorliegt, von der Zahlung von Schadenersatz bzw von der Forderung nach Beseitigung bzw Unterlassung befreien. Die Einhaltung der angemessenen Sorgfalt ist nicht auf Verschuldensebene zu prüfen, sondern schließt vielmehr schon die Erfüllung des Tatbestandes der Nachteilszufügung aus,⁸⁸ da der Schadenersatz nur eine Rechtsfolge des nicht geleisteten Nachteilsausgleiches darstellt, welcher wiederum als Konsequenz der Erfüllung des Tatbestandes der Nachteilszufügung ergehen soll. Letztere liegt aber nur dann vor, wenn ein Ermessensmissbrauch vonseiten des Vorstandes stattgefunden hat. Kann nun das herrschende Unternehmen nachweisen, dass der Vorstand innerhalb der ihm übertragenen Aufgaben sorgfaltsgemäß gehandelt hat, liegt gar keine Nachteilszufügung vor.

⁸⁶ Dabei sind wiederum die oben erläuterten Grundsätze der Schadensberechnung anzuwenden, wobei beim Nachweis eines Schadens auch ein Hinwirken der Tochtergesellschaft auf eine richterliche Schätzung gemäß § 287 dZPO infrage kommt, beispielsweise durch das Geben von Anhaltspunkten.

⁸⁷ Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 317 Rz 12.

⁸⁸ Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 317 Rz 11.

Hat die Muttergesellschaft den Schaden schon beglichen und wendet dies ein, obliegt sodann freilich ihr die diesbezügliche Beweislast.⁸⁹

6. Schaden der Aktionäre

a. Reflexschaden

Neben dem Vorstand bzw dem Aufsichtsrat der Gesellschaft, den Gläubigern und dem Masseverwalter⁹⁰ können auch die Aktionäre der Gesellschaft den entstandenen Schaden vor Gericht geltend machen.

Der Anspruch des Aktionärs richtet sich dabei einerseits auf Zahlung des entstandenen Reflexschadens, der jenen gegenüber der Gesellschaft zugefügten Schaden umfasst, auf welchen der Aktionär im Sinne der Kapitalerhaltung im Namen der Gesellschaft klagen kann.⁹¹ Beispielsweise liegt ein Reflexschaden vor, wenn die börsennotierte Aktie infolge der Nachteilszufügung einen Kursverlust erlitten hat.⁹² Der Aktionär kann nur für die Gesellschaft klagen, aber selbst keine Leistung verlangen. Zur Geltendmachung des Reflexschadens ist zunächst einmal jede Person berechtigt, welche zum Zeitpunkt der Veranlassung Aktionär der beherrschten Gesellschaft war. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Aktionärseigenschaft (zB aufgrund eines Verkaufes) bei Geltendmachung des Anspruches nicht mehr existiert. Aber auch Personen, welche die Aktionärsstellung erst später erlangt haben, indem sie beispielsweise von einem Dritten Aktien der beherrschten Gesellschaft erworben haben, sind zur Geltendmachung des Schadens befugt. Der Grund dafür liegt darin, dass der Gesellschafter nicht den ihm persönlich entstandenen Schaden geltend macht, sondern ausschließlich jenen, welcher der Gesellschaft entstanden ist. Dabei handelt er primär im Interesse der Gesellschaft, weswegen es unerheblich sein muss, wann er die Aktionärsstellung erworben hat. Konsequenterweise können

⁸⁹ Würdinger in GroßkommAktG³ § 317 Anm 7.

⁹⁰ Im Insolvenzverfahren geht das Recht des Vorstandes bzw des Aufsichtsrates und der Gläubiger, den Anspruch gegenüber der Gesellschaft geltend zu machen, für die Dauer des Verfahrens auf den Masseverwalter über.

⁹¹ Kropff in MünchKomm zum AktG² § 317 Rz 78.

⁹² Mertens in KölnerKomm zum AktG³ § 117 Rz 20 ff.

dem Aktionär aber auch die gleichen Einwendungen entgegengehalten werden wie der Gesellschaft.⁹³

b. Keine direkte Leistung an den Aktionär bei Reflexschaden

Aus dem eben beschriebenen Interesse der Gesellschaft, welches der Gesellschafter vertritt, ergibt sich, dass eine möglicherweise zugesprochene Leistung nur an die Gesellschaft ergehen kann. Ein darüber hinausgehender, dem Aktionär entstandener Schaden muss von diesem separat im eigenen Namen geltend gemacht werden.

Allerdings vertreten Teile der Lehre die Auffassung, dass ausnahmsweise auch bei Vorliegen eines Reflexschadens eine direkte Leistung an den Aktionär zu erfolgen hat.⁹⁴ Ein solcher Fall liegt demnach beispielsweise vor, wenn vonseiten der Gesellschaft auf den Anspruch verzichtet wurde oder im Insolvenzverfahren bereits sämtliche anderen Gläubiger befriedigt worden sind. Meiner Auffassung nach widerspricht diese Meinung jedoch den Grundsätzen der gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltung, der Zweckwidmung des Gesellschaftsvermögens und uU auch den Gleichbehandlungspflichten der Gesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern.⁹⁵ Daher ist jener Ansicht der Vorzug zu geben, wonach bei Reflexschäden eine ausnahmslose Leistung an die Gesellschaft vorzunehmen ist.⁹⁶

Kritisch ist meines Erachtens festzustellen, dass dem Aktionär wenig Anreiz geboten wird, eine Klage auf Ersatz eines Reflexschadens einzubringen.

⁹³ *Lutter*, Vermögensveräußerungen einer abhängigen Aktiengesellschaft – Haftungsrisiken beim ‚asset-stripping‘, in FS Steindorff 142.

⁹⁴ *Kowalski*, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden – Zum gesellschaftsrechtlichen Zweckbindungsgedanken im Schadensrecht, 1990, 174 f; aA allerdings später derselbe, Die Gesellschafterklage und § 46 Nr 8 GmbHG – kein unlösbares Problem, ZIP 1995, 1315 ff.

⁹⁵ *Brosius-Gersdorff*, Zum Schadenersatzanspruch der Aktionäre einer Bank gegen ein Presseunternehmen wegen unwahrer Presseberichte, NZG 1998, 668 f; siehe auch *G. Müller*, Gesellschafts- und Gesellschafterschaden, in FS Kellermann 317 ff, welcher sich überhaupt gegen die Erstattungsfähigkeit von Reflexschäden ausspricht und demnach die Problematik des Schadenersatzes in das Gesellschaftsvermögen oder in das Vermögen des Gesellschafters gar nicht erst aufgreift.

⁹⁶ *Kropff* in MünchKomm zum AktG² § 317 Rz 50.

Abgesehen davon, dass ihm nicht nur das Prozesskostenrisiko aufgebürdet wird, schöpft er bei erfolgreicher Durchsetzung des Anspruches nur einen geringen Vorteil daraus, denn die Leistung erfolgt an die Gesellschaft, und der Aktionär erhält nur eine mittelbare Wertsteigerung seiner Beteiligungen.⁹⁷

c. Geltendmachung des unmittelbar dem Aktionär entstandenen Schadens

Andererseits kann der Aktionär aber auch einen darüber hinausgehenden, ihm unmittelbar entstandenen Schaden geltend machen. Laut Judikatur liegt ein solcher beispielsweise dann vor, wenn ein Aktionär infolge eines Kursverlustes der Aktien diese veräußert hat und ihm dadurch ein Schaden entstanden ist, oder wenn aufgrund bewusst fehlerhaft erstellter Jahresabschlüsse eine Dividendenkürzung erfolgt.⁹⁸ Die klare Trennung zwischen dem Reflexschaden und dem unmittelbar entstandenen Schaden des Aktionärs bereitet jedoch in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten.

7. Mithaftung der gesetzlichen Vertreter

Gemäß § 317 Abs 3 dAktG haften neben dem herrschenden Unternehmen auch die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens, welche die Gesellschaft zu dem Rechtsgeschäft oder der Maßnahme veranlasst haben, als Gesamtschuldner. Der *telos* dieser Bestimmung liegt wohl darin, dass die organschaftlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens zu einer prompten Entscheidungsfindung über die Leistung des Nachteilsausgleiches angehalten werden sollen. Die drohende persönliche Haftung soll dabei zu einer Ausgleichsleistung innerhalb der Frist führen. Dabei begnügt sich der Gesetzgeber nicht damit, die organschaftlichen Vertreter nur für den der Gesellschaft entstandenen Schaden eintreten zu lassen.

⁹⁷ Siehe zur geringen Bedeutung in der Praxis ua *Ulmer*, Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns, ZHR 163 1999, 300; *Trescher*, Aufsichtsratshaftung zwischen Norm und Wirklichkeit, DB 1995, 664.; *Großfeld*, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär 301; *Bachelin*, Der konzernrechtliche Minderheitenschutz 66.

⁹⁸ BGH 22.06.1992, II ZR 178/90, DB 1992, 2288.

Vielmehr haften die Organe genauso wie die Gesellschaft als Gesamtschuldner, also auch für über den Reflexschaden (siehe II.G.6.a) hinausgehende unmittelbare Schäden der Aktionäre.

Als gesetzliche Vertreter gelten die zur Vertretung nach außen hin befugten Organe, also bei der AG die Mitglieder des Vorstandes. Hingegen können die Mitglieder des Aufsichtsrates als Kontrollorgan des Vorstandes nicht für Haftungsansprüche gemäß § 317 dAktG herangezogen werden.⁹⁹ Genauso wenig haften Prokuristen des Unternehmens, da es sich bei ihnen um keine zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe handelt. Dies schließt freilich nicht aus, dass diese Personen aufgrund anderer Vorschriften zur Haftung herangezogen werden können.

Maßgebliche Voraussetzung für das Eintreten einer Haftungsverpflichtung ist die durch das Vertretungsorgan erfolgte Veranlassung. Gerade bei einer aus mehreren Personen bestehenden Unternehmensführung ist es für das einzelne Mitglied wichtig, sich im Falle einer Veranlassung gegenüber der Tochtergesellschaft mit den anderen Beteiligten im Hinblick auf seine Vorgangsweise zu koordinieren und eine allfällige Zustimmung einzuholen. Andernfalls kann es passieren, dass ein Mitglied des Vorstandes das nachteilige Rechtsgeschäft veranlasst und möglicherweise später gegen seinen Willen keine Ausgleichsleistung erbracht wird, falls diese an die Zustimmung der anderen Mitglieder gebunden sein sollte. Versäumt nun das veranlassende Mitglied, die Zustimmung der anderen Vorstände einzuholen, und verweigern jene später ihr Einverständnis zur Ausgleichsleistung, so haftet das veranlassende Mitglied selbst dann, wenn eine spätere Zustimmung aus seiner Sicht zu erwarten gewesen wäre.

Die Veranlassung durch die Unternehmensführung des herrschenden Unternehmens muss nicht unmittelbar erfolgen. Vielmehr ist es auch ausreichend, wenn diese mittelbar, beispielsweise durch Angestellte, vorgenommen wird.¹⁰⁰ Eine solche mittelbare Veranlassung muss aber im Ergebnis auf den Vorstand

⁹⁹ *Würdinger* in GroßkommAktG³ § 309 Anm 5; aA *Wälde*, Die Anwendbarkeit des § 31 BGB und der Begriff des „gesetzlichen Vertreters“ im Rahmen konzernrechtlicher Haftungstatbestände des faktischen Konzerns, DB 1972, 2292.

¹⁰⁰ *Kropff* in MünchKomm zum AktG² § 317 Rz 89.

bzw die Geschäftsleitung zurückgeführt werden können, zB wenn diese Kenntnis davon hatten oder bei angemessener Sorgfalt wissen hätten müssen, dass der Angestellte ein für das Tochterunternehmen nachteiliges Rechtsgeschäft veranlasst.

Darüber hinaus wird von Teilen der Lehre die Auffassung vertreten, dass die Geschäftsführung auch für Organisations- bzw Überwachungsängel einzustehen hat.¹⁰¹ Eine derartige Schadenersatzpflicht gegenüber der beherrschten Gesellschaft oder gar ein darüber hinausgehender unmittelbarer Ersatz gegenüber Aktionären kann aber meines Erachtens nicht aus der Schadenersatzpflicht des § 317 dAktG hergeleitet werden, da zwischen dem Vorstand und der Veranlassung eine zumindest mittelbare Beziehung existieren muss. Daher kann für einen solcherart entstandenen Schaden nur das herrschende Unternehmen in Anspruch genommen werden, wodurch freilich etwaige Regressansprüche des herrschenden Unternehmens gegenüber dem Vorstand aus dem Innenverhältnis nicht ausgeschlossen sind.¹⁰²

8. Möglichkeit eines Verzichtes oder Vergleiches

§ 317 Abs 4 dAktG normiert die sinnngemäße Anwendung von § 309 Abs 3 bis 5 dAktG. Das bedeutet, dass ein Verzicht oder Vergleich bezüglich sich aus der Nachteilszufügung ergebender Schadenersatzansprüche erst nach 3 Jahren möglich ist. Dazu bedarf es eines Sonderbeschlusses der außen stehenden Aktionäre. Darüber hinaus ist ein Hauptversammlungsbeschluss notwendig, bei welchem dem herrschenden Unternehmen allerdings kein Stimmrecht zukommt.¹⁰³ Dies erscheint verständlich, wenn man sich vor Augen hält, dass andernfalls das herrschende Unternehmen es in der Hand hätte, auf Ansprüche zu verzichten, welche der Tochtergesellschaft ihm gegenüber zustehen. Dies würde

¹⁰¹ *Altmeppen*, Die Haftung des Managers im Konzern 65.

¹⁰² *Kropff* in MünchKomm zum AktG² § 317 Rz 90.

¹⁰³ Siehe zur Nachteiligkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen *Pentz*, Die Rechtsstellung der Enkel AG 100 ff.

aber aufgrund der bestehenden Mehrheitsverhältnisse die Bedeutung des § 317 dAktG regelmäßig unterminieren.

9. Verjährung

Für die Verjährung der Ansprüche nach § 317 dAktG ist § 309 Abs 5 dAktG sinngemäß anzuwenden, dh der Schadenersatzanspruch kann nur innerhalb von 5 Jahren geltend gemacht werden. Für die Berechnung der Verjährungsfrist ist zunächst maßgeblich, dass diese nicht mit dem Augenblick beginnt, da das herrschende Unternehmen die Möglichkeit hat, den Nachteilsausgleich vorzunehmen. Vielmehr läuft sie erst ab Ende der Ausgleichsfrist, also mit Ablauf des Geschäftsjahres.

In Konkurrenz mit anderen Vorschriften, welche einen Schadenersatzanspruch begründen, ist die später endende Verjährungsfrist anzuwenden.¹⁰⁴ Erfüllt beispielsweise die Veranlassung gleichzeitig den Tatbestand der unerlaubten Handlung gemäß § 852 BGB, so kann uU dessen Verjährungsfrist gelten.¹⁰⁵ Diese beträgt zwar lediglich 3 Jahre, beginnt aber erst ab Kenntnisnahme durch den Geschädigten.

Obwohl ebenfalls in Konkurrenz, ergibt sich im Verhältnis zwischen der Verjährungsfrist gemäß § 317 dAktG und der Verjährungsfrist aus Treuepflichtverletzungen jedoch ein anderes Ergebnis. Da eine Verletzung der §§ 311 und 317 dAktG stets auch eine Treuepflichtverletzung darstellt, wäre nach dem eben Gesagten stets die längere Verjährungsfrist von 30 Jahren anzuwenden. Demzufolge würde die kurze Verjährungsfrist von 5 Jahren aber nie Anwendung finden und damit auch keinen Zweck erfüllen. Allerdings ist meines Erachtens das exakte Gegenteil anzunehmen. Die kürzere Verjährungsfrist dient dazu, lange und oftmals nur mehr schwer nachvollziehbare Vorgänge innerhalb des Unternehmens ruhen zu lassen und nicht mehr aufzurollen, was in den meisten Fällen im Interesse der daran beteiligten Unternehmen liegen wird, vor allem aber dem

¹⁰⁴ Mertens in KölnerKomm zum AktG³ § 93 Rz 156 ff.

¹⁰⁵ Kropff in MünchKomm zum AktG² § 317 Rz 99.

Gesetzeszweck des Schadenersatzanspruches ausreichend gerecht wird.¹⁰⁶ Daher ist davon auszugehen, dass die Normierung der kürzeren Verjährungsfrist in Konkurrenz zur Verjährungsfrist bei Treuepflichtverletzungen als *lex specialis* anzusehen und nur diese anzuwenden ist.

G. Zwischenergebnis

Entsprechend den in Deutschland bestehenden Normen zur Zufügung eines Nachteiles und dessen Ausgleich bieten sich folgende Lösungsmöglichkeiten an:

1.

Der Vorstand der A-AG veranlasst die Geschäftsführung der B-AG zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes. Die Veranlassung ist aufgrund des faktischen Druckes, den die Muttergesellschaft ausübt, gegeben. Der Tochtergesellschaft wird durch den Leistungsaustausch ein Nachteil zugefügt. Zwar wird ein angemessener Preis für die Maschinen bezahlt, welcher aufgrund des besonderen Interesses der Muttergesellschaft sogar oberhalb des Marktpreises liegt, allerdings kann auch bei Bezahlung eines Marktpreises ein Nachteil vorliegen, wenn darin eine Verletzung der Sorgfalt zu erkennen ist. Für den sorgfältig agierenden Vorstand der Tochtergesellschaft ist ex ante feststellbar, dass der Tochtergesellschaft auch bei Bezahlung einer oberhalb des Marktpreises liegenden Summe durch Einflussnahme des Mutterunternehmens ein Nachteil droht, da die Maschinen im eigenen Geschäftsbereich nutzbringend eingesetzt werden könnten. Dies ist im vorliegenden Fall zu erwarten. Der Nachteil ist mit dem hypothetischen Nutzen anzusetzen. Dieser ergibt sich aus der Differenz zwischen der Summe aus erhöhter Produktion und geringeren Kosten einerseits und dem bezahlten Preis für die erworbenen Maschinen andererseits.

Variante: Der Nachteilsausgleich dient dazu, das ökonomische Gleichgewicht, das von einem Vertragspartner zum Zeitpunkt des Leistungsaustausches nicht zur

¹⁰⁶ Kropff in MünchKomm zum AktG² § 317 Rz 100.

Gänze erfüllt wurde, wiederherzustellen.¹⁰⁷ Während die Höhe des Nachteiles *ex ante* durch einen zu erwartenden Wertverlust des Gesellschaftsvermögens beziffert wird, erfolgt die Bewertung eines etwaigen Schadens *ex post* auf Grundlage nunmehr bekannter Tatsachen. Beim Nachteil steht der Umfang endgültig fest,¹⁰⁸ der Schaden hingegen wird durch den Geschehensablauf unter Berücksichtigung eines adäquaten Kausalzusammenhanges beeinflusst. Im vorliegenden Fall ist daher trotz Fehlens eines Schadens die Pflicht zum Ausgleich eines Nachteiles gegeben.

2.

Die Muttergesellschaft veranlasst die Tochtergesellschaft zum Abschluss mehrerer Rechtsgeschäfte. Einerseits kommen der Tochtergesellschaft durch die zentrale Übernahme des Marketings sowie durch interne Schulungen und Beratungen einige Vorteile zu. Der Abschluss dieser Geschäfte ist aus *ex ante* Sicht des Vorstandes der Tochtergesellschaft nicht nur erlaubt, sondern erscheint aufgrund der unterhalb des Marktpreises liegenden Gegenleistung aus betriebswirtschaftlicher Sicht sogar ratsam. Andererseits hat die beherrschte Gesellschaft von der in späteren Jahren zentral durchgeführten Revision nicht nur keinen Nutzen, sondern es wird ihr durch das marktübliche Entgelt, welches zu leisten ist, ein Nachteil zugefügt. Dieser ist mit der Differenz zwischen den nunmehr anfallenden Kosten und der günstigeren Variante der separat geführten internen Revision zu bewerten. Ein sorgfältiger und gewissenhafter Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft hätte aus *ex ante* Sicht das Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen. Im Hinblick auf den Zeitablauf ist es nicht unbedingt erforderlich, dass zunächst ein Nachteil zugefügt werden muss und dieser später durch einen Vorteil ausgeglichen wird. Vielmehr darf auch, wie das Fallbeispiel zeigt, ein in einem früheren Geschäftsjahr geleisteter Vorteil dazu verwendet werden, den erst später entstandenen Nachteil auszugleichen. Freilich besteht hier die Gefahr, dass das herrschende Unternehmen jeden früher geleisteten Vorteil anschließend

¹⁰⁷ Siehe dazu schon *Martens*, Das Konzernrecht nach dem Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes (II), DB 1970, 866 Fn 44.

¹⁰⁸ *Koppensteiner* in *KölnerKomm zum AktG*³ § 311 Rz 53.

wieder zurücknehmen darf, was einer nachhaltigen Geschäftspolitik seitens des Tochterunternehmens abträglich sein wird. Denn ein sorgfältiger Geschäftsleiter wird sich hüten, im Wissen über eine etwaige Ausgleichspflicht über einen Vorteil zu disponieren, für welchen er keine äquivalente Rückstellung gebildet hat. Allerdings kann er nur auf diese Weise vorsorgen, damit ein später durch die Gesellschaft erlittener Nachteil, für welchen diese keinen Ausgleich erhalten wird, verkraftet werden kann. In Deutschland wird dieses Problem durch den gemäß § 312 dAktG zu verfassenden Abhängigkeitsbericht zu entschärfen versucht. Dieser muss für das entsprechend frühere Geschäftsjahr eine Kennzeichnung enthalten, wonach der Vorteil im Hinblick auf seine künftige Heranziehung als Nachteilsausgleich geleistet wurde.

3.

Bevor das Rechtsgeschäft über die Darlehensgewährung abgeschlossen wird, hat der Vorstand der abhängigen Gesellschaft zu prüfen, ob ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch besteht. Sollte dieser nicht gegeben sein, müsste der Vorstand der Tochtergesellschaft den Geschäftsabschluss von vornherein verweigern, da das Bestehen eines Ausfallrisikos die Ausgleichsfähigkeit des Geschäftes *ex ante* verhindert.¹⁰⁹ Aufgrund des Sachverhaltes ist ein angemessener Rückzahlungsanspruch jedenfalls zu bejahen, da sowohl eine ausreichende Bonität gegeben als auch das Darlehen adäquat besichert ist. Das bloße Fehlen der marktüblichen Verzinsung hindert den Vorstand der abhängigen Gesellschaft daher nicht am Abschluss des Darlehensvertrages. Zwar liegt gleichzeitig ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 57 dAktG vor, allerdings kommt die Regelung des § 311 dAktG als *lex specialis* zur Anwendung und das herrschende Unternehmen damit in den Genuss einer Privilegierung. Diese besteht darin, dass der zugefügte Nachteil erst mit Ablauf des Geschäftsjahres ausgeglichen werden muss. Eine Rückzahlungspflicht nach § 62 dAktG scheidet hingegen aus.

¹⁰⁹ *Cahn* verweist auf die Rechtsauffassung des BGH, vgl. *Cahn*, Kredite an Gesellschafter, Working Paper Series No 98/2009, 4.

4.

Die Muttergesellschaft H-AG fügt der beherrschten Gesellschaft durch die Veranlassung zur Verlegung von Know-how einen Nachteil zu. Gerade bei Know-how bzw damit möglicherweise einhergehenden Errungenschaften (zB in Form von Patenten) erscheint eine wertmäßige Bewertung aus *ex ante* Sicht kaum möglich. Bei Fehlen jeglicher Bewertungsmöglichkeit kann jedoch kein Ausgleich vorgenommen werden, da keine Parameter zur Orientierung vorhanden sind. Die den Regeln zur Nachteilszufügung zugrunde liegenden Zielsetzungen gebieten es geradezu, das Rechtsgeschäft bei fehlender Bezifferbarkeit gar nicht zuzulassen. Es ist *per se* rechtswidrig. Wird das Geschäft dennoch getätigt, so entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Nachteilsausgleiches. Es kann aber ein Schadenersatzanspruch seitens der Tochtergesellschaft geltend gemacht werden, sobald sich dieser in quantifizierbarer Form manifestiert. Als alternativer Lösungsansatz könnte im vorliegenden Fall meines Erachtens auch vertreten werden, dass dem niedrigeren Maßstab an die Bewertung des Know-hows bzw der damit einhergehenden Errungenschaften auf der einen Seite geringere Anforderungen für die Einschätzung des Vorteiles auf der anderen Seite gegenüberstehen. In solchen Fällen kann es ausreichen, wenn der Vorteil relativ zum gegenüberstehenden Nachteil bewertet werden kann. Eine derartige Vorgangsweise wird aber ausschließlich in solchen Fällen zulässig sein, in denen Vor- und Nachteile zeitlich zusammenfallen, denn auch das gewillte herrschende Unternehmen kann nicht darauf vertrauen, stets bis zum Ende des Geschäftsjahres einen entsprechenden Vorteil mit gleicher Prognose anbieten zu können. In diesem Fall ist ausnahmsweise keine gestreckte Ausgleichsmöglichkeit nach § 311 Abs 2 dAktG zuzulassen und ein Schadenersatzanspruch nach § 317 dAktG gegebenenfalls schon während des Geschäftsjahres zu ermöglichen.¹¹⁰

5.

¹¹⁰ Strohn, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern 91 ff.

In diesem Fallbeispiel liegt ebenfalls ein Nachteil vor, da auch allgemeine Richtlinien innerhalb des Konzerns eine Veranlassung darstellen, sofern sich daraus eine konkrete Anleitung für den Einzelfall ableiten lässt. Eine Instruktion ist gegeben, da Bestandteile stets in das zentrale Werk der Muttergesellschaft transportiert und dort zusammengesetzt werden sollen. Probleme kann auch hier die Berechnung des Nachteilswertes ergeben. Im Wesentlichen werden zwei Annäherungsmethoden vorgeschlagen: die *Kostenaufschlagsmethode* und die *Absatzpreismethode* (Wiederverkaufspreismethode). Bei der Ersteren werden die bisher angefallenen Selbstkosten der abhängigen Gesellschaft berechnet (die einzelnen Kosten werden addiert) und ein angemessener Gewinn (Bruttomarge) aufgeschlagen. Die Angemessenheit des Gewinnes wird dabei unter Heranziehung ähnlicher Unternehmen berechnet, wobei auch ein angemessener Risikozuschlag berücksichtigt werden muss. Beim Absatzpreisverfahren wird der fertige Motor genommen, wenn er den Konzern verlässt und an einen außen stehenden Dritten veräußert wird. Von diesem Preis werden die einzelnen Kosten der Produktionsschritte zurückgerechnet. Dieses Verfahren wird vor allem dann sinnvoll anzuwenden sein, wenn nur mehr wenige Stufen bis zum Endprodukt fehlen.

III. Rechtsgeschäfte im österreichischen Aktienkonzern

A Der österreichische Konzernbegriff

Bei der Betrachtung der österreichischen Rechtslage ist es zunächst wichtig, den Konzernbegriff abzustecken, von welchem wir bei unserer Untersuchung ausgehen und der den Rahmen bildet, innerhalb dessen das Benachteiligungsverbot sowie die daran geknüpften Rechtsfolgen ihre Wirkung entfalten.

1. Gesellschaftsrecht

In Österreich wird der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff in den ident formulierten¹¹¹ §§ 15 AktG und 115 GmbHG normiert, weswegen hier eine gemeinsame Erläuterung erfolgen darf. Beide Paragraphen normieren in Absatz 1, dass rechtlich selbstständige Unternehmen einen Konzern bilden, wenn sie zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind. Die einzelnen Unternehmen werden dann als Konzernunternehmen bezeichnet. Absatz 2 regelt den Fall, dass ein rechtlich selbstständiges Unternehmen aufgrund von Beteiligungen oder in anderer Form unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens steht. Als Konsequenz gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.

Vor allem in der älteren Literatur wurde die Meinung vertreten, dass Absatz 1 den unter einer einheitlichen Leitung stehenden (in der Praxis wenig relevanten) Gleichordnungskonzern beschreibt, Absatz 2 hingegen den Unterordnungskonzern definiert, bei welchem der (zB über eine qualifizierte Mehrheit) beherrschende Einfluss eines Unternehmens für das Vorliegen eines Konzerns genügt.¹¹² Dieser von unterschiedlichen Arten des Konzerns ausgehenden Auffassung ist allerdings nicht zu folgen. Vielmehr ist es ein Wesensmerkmal jedes Konzerns, dass er unter einheitlicher Leitung steht.¹¹³ Diese liegt vor, sobald „Aktivitäten verschiedener rechtlich selbstständiger Unternehmen durch entsprechende Einflussnahme auf deren Geschäftsführung planmäßig so koordiniert werden, dass dies der möglichen Leitungsstruktur eines Einheitsunternehmens entspricht“¹¹⁴. Für das Vorliegen einer einheitlichen Leitung iSd AktG bzw GmbHG bedarf es der tatsächlichen Ausübung der Leitungsbefugnis. Eine bloße Möglichkeit und Kompetenz der Konzernleitung,

¹¹¹ § 15 AktG wurde aus dem dAktG 1937 übernommen, § 115 GmbHG wurde erst im Jahre 1980 aus Gründen der Klarstellung im Zuge der GmbH-Novelle eingeführt.

¹¹² *Schiemer*, Handkommentar zum Aktiengesetz² § 15 Anm 2.1., 3.1.; *Gröhs*, Der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff, RdW 1987, 252; *Jud*, Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderer Organfunktion im Konzern, GesRZ 1982, 113 f.

¹¹³ *U Torggler*, Der Minderheitenschutz im GmbH-Konzern, in GmbH-Konzernrecht 49 mwN.

¹¹⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 115 Rz 15.

Entscheidungen auch gegen den Willen des Konzerunternehmens zu treffen, wird hingegen nicht ausreichen, um diesen Tatbestand zu erfüllen.¹¹⁵ Allerdings ist es nicht notwendig, dass die einheitliche Leitung durch ein verbindliches Weisungsrecht ausgeübt wird.¹¹⁶ Es reicht vielmehr aus, dass die verwendeten Mittel (zB Richtlinien) faktisch befolgt werden.¹¹⁷

Wenngleich die Zusammenfassung von Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung ein unverzichtbares Kennzeichen für die Qualifikation als Konzern darstellt, gibt es keine eindeutige Definition, mit welchem Mindestmaß an Intensität und für welche Bereiche diese Leitung ausgeübt werden muss. Weitgehend wird die Auffassung vertreten, dass der Finanzbereich eine herausragende Stellung einnimmt, da dort getroffene Entscheidungen Auswirkungen auf alle anderen Bereiche wie zB Beschaffung, Marketing, Vertrieb oder Personalwesen haben.¹¹⁸ Freilich müssen aber bei der Suche nach einer Untergrenze der einheitlichen Leitung auch jene anderen Aufgabengebiete berücksichtigt werden, die je nach Unternehmensfeld unter einheitlicher Leitung stehen können.¹¹⁹

Richtigerweise ist daher Absatz 1 der §§ 15 AktG und 115 GmbHG als grundlegende Definition des Konzerns zu verstehen, welche sowohl den Gleichordnungskonzern als auch den Unterordnungskonzern umfasst. Absatz 2 stellt hingegen keinen eigenen Konzerntatbestand auf, sondern normiert lediglich eine Vermutung, die besagt, dass bei Vorliegen eines beherrschenden Einflusses die daran beteiligten Unternehmen als Konzern gelten. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass bei einem beherrschenden Einfluss regelmäßig eine einheitliche Leitung ausgeübt wird und damit eine Konzernkonstellation gegeben

¹¹⁵ *Jabornegg in Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 15 Rz 14.

¹¹⁶ *Doralt/Diregger* in MünchKomm zum AktG², Österreichisches Konzernrecht § 15 Rz 18; *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern. Zur Harmonisierung und Modernisierung des Gesellschafts- und Unternehmensrechtes, Band I/1 (Gutachten) 337 ff; *Gröhs*, Der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff, RdW 1987, 253.

¹¹⁷ *Jabornegg in Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 15 Rz 16.

¹¹⁸ *Slongo*, Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs, 1980, 46 ff, 55 ff; *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern. Zur Harmonisierung und Modernisierung des Gesellschafts- und Unternehmensrechtes, Band I/1 (Gutachten) 260.

¹¹⁹ *Doralt* merkt aber zu Recht an, dass in der Praxis die Willensbildung durch einen dialektischen Prozess zwischen den Konzerngliedern erfolgt, der sehr unterschiedlich ablaufen kann; vgl *Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 15 Rz 9.

ist. Es ist also zu differenzieren: Die Beherrschung als bloße Möglichkeit des Einflusses, also die nicht ausgeübte Leitung, führt lediglich zur Abhängigkeit. Erst die Ausübung der einheitlichen Leitung führt zum Vorliegen eines Konzerns.¹²⁰ Die Ausübung der einheitlichen Leitung wird aber vermutet (Argument „gelten“) und kann nur durch den Nachweis widerlegt werden, dass keine einheitliche Leitung ausgeübt wird.¹²¹

Diese recht theoretisch anmutende Differenzierung ist wichtig, da gewisse Rechtsfolgen an die bloße Abhängigkeit anknüpfen, ohne dass das Vorliegen eines Konzernverhältnisses verlangt wird (zB bei der Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder oder leitende Angestellte gemäß § 80 Abs 1 Satz 3 AktG oder bei der Auswahl der Sonderprüfer gemäß § 119 Abs 2 AktG).

Für das Vorliegen einer Abhängigkeit bzw eines Konzerns genügt schon die mittelbare Möglichkeit bzw Ausübung der einheitlichen Leitung. Wenn also ein Unternehmensträger C unter dem beherrschenden Einfluss des Unternehmensträgers B steht und dieser wiederum unter jenem des Unternehmensträgers A, so ist C nicht nur von B, sondern auch von A abhängig. Man spricht hier auch von Mutter-, Tochter-, und Enkelgesellschaft.¹²²

In diesem Sinne versteht auch § 17 Abs 1 dAktG den Begriff des abhängigen Unternehmens. Dabei wird ebenfalls davon ausgegangen, dass bereits die Möglichkeit zur Einflussnahme für das Vorliegen von Abhängigkeit ausreicht.¹²³ Wie schon erwähnt, stellt § 18 Abs 1 Satz 3 dAktG eine Konzernvermutung auf, wonach von einem abhängigen Unternehmen angenommen wird, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. Auch hier muss die tatsächliche Ausübung der einheitlichen Leitung widerlegt werden, damit kein Konzern vorliegt.

¹²⁰ OGH 01.12.2005, 6 Ob 217/05p, SZ 2005/176.

¹²¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 115 Rz 5.

¹²² *Jabornegg in Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 15 Rz 23.

¹²³ *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ § 17 Rz 6.

2. Der Konzernbegriff nach dem Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)

Gemäß § 9 Abs 1 des 2004 in Kraft getretenen Eigenkapitalersatzgesetzes liegt ein Konzern dann vor, wenn rechtlich selbstständige Unternehmen „zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung oder kontrollierender Beteiligung zusammengefasst“ werden. Entsprechend diesem im Vergleich zum Gesellschaftsrecht breiteren Konzernverständnis bedarf es nicht unbedingt der Ausübung einheitlicher Leitung, sondern es genügt alternativ schon das Vorliegen einer kontrollierenden Beteiligung und damit bereits die bloße Möglichkeit der Ausübung einheitlicher Leitung.¹²⁴ § 5 Abs 2 EKEG legt die Tatbestände fest, wann eine kontrollierende Beteiligung vorliegt, und orientiert sich dabei wiederum an § 244 Abs 2 UGB. Außerdem sorgt das EKEG für Klarstellung: Bei Erfüllung des Tatbestandes gemäß § 9 Abs 1 EKEG liegt die unwiderlegbare Vermutung eines Konzerns iS dieses Gesetzes vor. Im EKEG ist allerdings stets erforderlich, dass der Herrschaftsträger Unternehmenseigenschaft aufweist.¹²⁵

Kalss/Eckert kritisieren die Konzernbezeichnung des § 9 EKEG und vertreten die Auffassung, dass diese im Grunde genommen überflüssig ist.¹²⁶ Denn der Anwendungsbereich dieser Konzerndefinition beschränke sich ohnehin auf § 6 EKEG, wonach eine abgestimmte Verhaltensweise ua dann vermutet wird, wenn die Gesellschafter im Konzernverhältnis iSd § 9 Abs 1 EKEG stehen. Dem ist meines Erachtens insofern zu folgen, als die Einführung einer weiteren Konzerndefinition mehr Verwirrung stiftet denn Klarheit schafft.

3. Weitere Konzernbegriffe

Das Konzernrechnungslegungsrecht fügte mit dem Rechnungslegungsgesetz 1990 die Begriffe des verbundenen Unternehmens sowie des Mutter- und des Tochterunternehmens in § 228 Abs 3 HGB iVm § 244 HGB ein, welche mit wenigen redaktionellen Änderungen auch ins UGB übernommen wurden. § 244

¹²⁴ *Zehetner/Bauer*, Mittelbare Beteiligungen und Konzern im neuen EKEG, ÖJZ 2004/46, 747 f.

¹²⁵ *Koppensteiner*, Zum konzernrechtlichen Gehalt von § 9 EKEG, wbl 2008, 55.

¹²⁶ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts: Entwicklungen, Perspektiven, Materialien 251.

Abs 1 UGB knüpft an die tatsächlich ausgeübte einheitliche Leitung an, welche durch eine Muttergesellschaft gegenüber ihrer Tochtergesellschaft (Beteiligung gemäß § 228 Abs 1 UGB) ausgeübt wird. Damit folgt § 244 Abs 1 UGB im Wesentlichen dem Konzernbegriff des § 15 Abs 1 AktG und des § 115 Abs 1 GmbHG.¹²⁷ Allerdings bestehen auch gewisse Unterschiede, da sich § 244 Abs 1 UGB beispielsweise nicht auf den Gleichordnungskonzern bezieht. § 244 Abs 2 UGB stellt ähnlich wie die §§ 15 Abs 2 AktG und 115 Abs 2 GmbHG nicht auf die tatsächlich ausgeübte Leitung ab, sondern knüpft an das Vorliegen von Vermutungstatbeständen.

Gemäß § 228 Abs 3 UGB sind „verbundene Unternehmen solche, die nach den Vorschriften über die vollständige Zusammenfassung der Jahresabschlüsse verbundener Unternehmen (Vollkonsolidierung) in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens gemäß § 244 einzubeziehen sind.“ Der Begriff des verbundenen Unternehmens iSd § 228 Abs 3 UGB erfasst genauso wenig wie der oben erwähnte § 244 Abs 1 den Gleichordnungskonzern.¹²⁸ Allerdings ist die Begriffsbestimmung der verbundenen Unternehmen nach § 228 Abs 3 UGB insofern von besonderer Bedeutung, als sie auch außerhalb der Rechnungslegungsvorschriften Anwendung findet (zB § 51 Abs 2 und 3 AktG, § 65 f AktG oder § 63 Abs 3 a BWG).

B. Veranlassung

1. Weisungsfreiheit des Vorstandes der AG

a. Weisungsfreiheit des Vorstandes gegenüber der Hauptversammlung

Wenngleich der rechtliche Rahmen zur Beeinflussung bei der GmbH und bei der AG ähnlich gestaltet ist (vgl. III.D. zum Verbot der Einlagenrückgewähr), weisen die Möglichkeiten zur Einflussnahme innerhalb dieses Rahmens bei beiden Rechtsformen erhebliche Unterschiede auf. Im Gegensatz zur GmbH, bei welcher der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern weisungsunterworfen

¹²⁷ Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 15 Rz 17.

¹²⁸ Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 15 Rz 20.

ist, besteht bei der AG nur in den gesetzlich explizit vorgesehenen Fällen eine rechtlich abgesicherte Weisungsbefugnis seitens der Hauptversammlung.¹²⁹ In diesen ausdrücklich normierten Fällen können sogar Geschäftsführungsfragen mit für den Vorstand verbindlicher Wirkung abgeändert werden, wobei insbesondere kein Vetorecht des Aufsichtsrates gemäß § 95 Abs 5 AktG besteht. Jedenfalls ist die Hauptversammlung in ihren Mitwirkungs- oder Entscheidungskompetenzen der Willensbildung stets an den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 47 a AktG und an über § 195 Abs 2 AktG¹³⁰ hinausgehende Treuepflichten gebunden.¹³¹ Der Vorstand hat wiederum gemäß § 196 Abs 1 Z 4 AktG die Möglichkeit, diesen Grundsätzen mithilfe einer Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage Geltung zu verschaffen.

b. Weisungsfreiheit des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat

Gerade bei Konzernsachverhalten ist die Möglichkeit der Einflussnahme auf den Vorstand durch den Aufsichtsrat zu erwähnen, da dieser durch die Hauptversammlung gewählt wird, was bei Konzernsachverhalten bedeutet, dass ein Mutterunternehmen als Alleingesellschafter regelmäßig Einfluss auf die Bestellung des Großteiles des Aufsichtsrates nimmt.¹³² Daher ist es wichtig, dass der Einfluss des Aufsichtsrates insofern eingeschränkt ist, als ihm kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zukommt. Allerdings wird das Fehlen eines Weisungsrechtes durch die Notwendigkeit zur Einholung einer Zustimmung des Aufsichtsrates bei bestimmten Geschäftsangelegenheiten teilweise kompensiert. § 95 Abs 5 AktG zählt bestimmte Materien auf, bei welchen der Vorstand jedenfalls die Zustimmung des Aufsichtsrates einzuholen hat; diese Liste bildet das Mindestmaß an Geschäften, welche einer Zustimmung durch den

¹²⁹ Dies gilt dementsprechend auch für den Alleinaktionär; vgl *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 15 Rz 10.

¹³⁰ Dieser entspricht § 243 Abs 2 dAktG.

¹³¹ *Doralt/Diregger* in *MünchKomm zum AktG*, Österreichisches Konzernrecht § 15 Rz 10.

¹³² Eine gänzliche Entsendung aller Mitglieder des Aufsichtsrates durch den Mutterkonzern entfällt, da sowohl in Österreich (§ 110 ArbVG) als auch in Deutschland (§ 96 dAktG) eine Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften vorgesehen ist.

Aufsichtsrat bedürfen, und darf weder durch Aufsichtsratsbeschluss noch durch Satzungsbestimmungen eingeschränkt oder beseitigt werden.¹³³

Darüber hinaus kann das Ergreifen weiterer Maßnahmen durch Verankerung in der Satzung oder in der Geschäftsordnung von der Zustimmung des Aufsichtsrates abhängig gemacht werden.¹³⁴ Auch diese Befugnis kann durch die Satzung im Vorhinein weder dem Aufsichtsrat genommen werden noch einer Einschränkung unterliegen.¹³⁵ Dem Aufsichtsrat wird die Ausübung und Erfüllung der ihm übertragenen umfassenden Überwachungsaufgabe damit erleichtert. Wenngleich dem Aufsichtsrat in diesen Geschäftsangelegenheiten ein *Vetorecht* zukommt, würde es meines Erachtens zu weit gehen, von einer Art Mitgeschäftsführung durch den Aufsichtsrat zu sprechen und darin eine Durchbrechung der ansonsten strikten organisatorischen Trennung von Geschäftsführung und Kontrolle derselben zu sehen.¹³⁶ Das Vetorecht hat nämlich rein formale Wirkung für bestimmte Geschäftsbereiche, dem Vorstand bleiben aber meist noch ausreichend andere materielle Entscheidungsalternativen, sodass eine umfassende Geschäftsführungsbefugnis durch den Vorstand zu bejahen ist.

Von besonderer Bedeutung für hier interessierende Konzernkonstellationen ist es weiters, dass der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft nicht nur die Kontrolle für diese, sondern auch für alle nachgeordneten Tochtergesellschaften, übernimmt.¹³⁷ Das zeigt sich beispielsweise in der zentral durchgeführten Konzernrechnungslegung. Allerdings bezeichnet *Kalss* den Begriff eines eigenen Konzerninteresses zu Recht als zu *diffus*, und daraus eine normative Geltung ableiten zu wollen, wäre tatsächlich verfehlt.¹³⁸ Die Zustimmung durch den Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft entbindet daher den Aufsichtsrat der

¹³³ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 95 AktG Rz 79.

¹³⁴ Im deutschen Aktienrecht besteht ebenfalls gemäß § 111 Abs 4 dAktG die Möglichkeit, durch die Satzung oder den Aufsichtsrat Maßnahmen zu bestimmen, welche nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden dürfen. Eine beispielhafte Aufzählung wie in § 95 Abs 5 AktG von Maßnahmen, die jedenfalls erfasst sind, existiert hingegen nicht.

¹³⁵ *Hügel*, Aufsichtsratsveto und Entscheidungsbefugnis der Gesellschafterversammlung, *GesRZ* 1982, 305 ff.

¹³⁶ So aber *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ §§ 95–97 Rz 36.

¹³⁷ OGH 23.11.1988, 7 Ob 700/88, SZ 61/260; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/934; aA *Hoffmann-Becking*, Der Aufsichtsrat im Konzern, *ZHR* 159 1995, 329.

¹³⁸ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 95 AktG Rz 31.

Tochtergesellschaft keinesfalls von seiner Zuständigkeit, sodass uU eine doppelte oder mehrfache Beschlussfassung der Kontrollorgane innerhalb des Konzerns notwendig sein wird.¹³⁹

Neben dem Fehlen eines Weisungsrechtes hat der Gesetzgeber aber auch Sorge zu tragen, dass der Druck des Aufsichtsrates auf den Vorstand nicht derart ausgeübt werden kann, dass er einem durch Satzung oder Geschäftsordnung eingeräumten Recht *de facto* gleichkommt. Dementsprechend normiert § 75 Abs 4 AktG, dass der Vorstand vom Aufsichtsrat nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann. Dafür werden im Gesetz beispielhaft drei Tatbestände normiert, wobei insbesondere die Generalklausel der groben Pflichtverletzung zu erwähnen ist. Bloße Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Vorstand und dem Aufsichtsrat über Führungsfragen stellen hingegen keinen Abberufungsgrund dar.¹⁴⁰

c. Ermessensspielraum des Vorstandes versus faktischer Einfluss

Die Weisungsfreiheit des Vorstandes bei der AG ergibt sich aus § 70 AktG, dem zufolge die Gesellschaft unter eigener Verantwortung des Vorstandes zu leiten ist. Wenngleich es einer *rechtlichen Verbindlichkeit* von Weisungen des Gesellschafters gegenüber dem Vorstand fehlt, so ist deren *faktischer Einfluss* und eine daraus resultierende Zulässigkeit jedoch schon aus der wirtschaftlichen Realität anzuerkennen, denn ein angewiesener Manager wird sich hüten, eine Weisung unbegründet nicht zu befolgen, um seine Karrierechancen nicht nachteilig zu beeinflussen. Da eine rechtliche Weisung in den meisten Fällen nicht nachweisbar sein wird, ist es sinnvoll, bei Ausübung der Leitung durch Gesellschafter innerhalb des AG-Konzerns von Maßnahmen zu sprechen, welche veranlasst werden.¹⁴¹

¹³⁹ Kalss in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 95 AktG Rz 86.

¹⁴⁰ Vgl OGH 18.05.1995, 6 Ob 517/95, SZ 68/98, welcher feststellt, dass „Auffassungsdifferenzen in Führungsfragen zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und einem Vorstandsmitglied keinen tauglichen Abberufungsgrund dar[stellen], wenn darin kein für die Gesellschaft nachteiliges Fehlverhalten des Vorstandsmitglieds zu erblicken ist.“

¹⁴¹ *Kalss/Eckert*, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 10/2007, 583.

Speziell beim Konzern, bei welchem die Anteile an Tochtergesellschaften idR von einem Alleingesellschafter gehalten werden, entfalten die ursprünglich für im Streubesitz befindliche AG geschaffenen Organisations- und Kompetenzregeln eine viel geringere Kraft.¹⁴² Es ist höchst fraglich, ob eine fehlende Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung in der Sache ausreicht, um den Mehrheits- oder Alleingesellschafter von seiner Einflussnahme auf den Vorstand abzuhalten. Denn wenn alle wichtigen Geschäftsangelegenheiten vom Aufsichtsrat, der zum Großteil von der Muttergesellschaft entsandt wird, abgesegnet werden müssen, mündet die organisatorische Trennung zwischen Geschäftsführung und Kontrollorgan insofern in eine Farce, als dem Aufsichtsrat dann ohnehin stets die Möglichkeit offen steht, für ihn unangenehme Geschäftsentscheidungen zu blockieren.

Im Übrigen kann sich auch der Vorstand nicht sicher sein, während seiner meist fünfjährigen Amtsperiode ausschließlich aus wichtigem Grund abberufen zu werden, da es innerhalb eines Konzerns dem Alleingesellschafter leicht fallen wird, ein Misstrauensvotum in der Hauptversammlung zu stellen und dieses auch durchzusetzen.¹⁴³

d. Kein Ermessensspielraum des Vorstandes bei nicht gedecktem Schaden

Ein Ermessensspielraum des Vorstandes ist allerdings zu verneinen, sobald der Gesellschaft bei Durchführung der Anordnung ein Schaden entstünde, welcher nicht durch einen entsprechenden Ausgleich gedeckt ist. In einem solchen Fall *darf* der Vorstand der Anordnung *nicht* entsprechen.¹⁴⁴ Die rechtliche Entscheidungsfreiheit des Vorstandes der Tochtergesellschaft in Bezug auf die Veranlassung besteht also nur insofern, als dies mit den Interessen der abhängigen Gesellschaft vereinbar ist.¹⁴⁵

¹⁴² Doralt/Diregger in MünchKomm zum AktG², Österreichisches Konzernrecht § 15 Rz 51.

¹⁴³ Siehe dazu Peter Doralt, Die Unabhängigkeit des Vorstands nach österreichischem und deutschem Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit, in FS Grün 47 f.

¹⁴⁴ Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 311 Rz 48.

¹⁴⁵ Doralt/Diregger in MünchKomm zum AktG², Österreichisches Konzernrecht § 15 Rz 72.

2. Weisungsabhängigkeit des Geschäftsführers bei der GmbH

Im Gegensatz zum AktG normiert das GmbHG, dass die Geschäftsführungsbefugnis bei dieser durch „Beschluss der Gesellschafter“ eingeschränkt werden kann.¹⁴⁶ Damit wird klargestellt, dass die Gesellschafter¹⁴⁷ das Recht haben, dem Geschäftsführer Weisungen zu erteilen. Der Inhalt dieser Weisungen ist frei und unterliegt denselben Kriterien wie Beschränkungen der Geschäftsführerbefugnis im Gesellschaftsvertrag.¹⁴⁸ Geschäftsführer einer GmbH besitzen also im Gegensatz zum Vorstand der AG keine eigenständige Kompetenz zur Geschäftsführung, und den GmbH-Gesellschaftern steht die Möglichkeit zu jedweder Einflussnahme auf die Geschäftsführungsorgane offen. Innerhalb der gesetzlichen Grenzen existiert kein Restbereich, welcher einer Weisung durch die Gesellschafter nicht zugänglich wäre und dem Geschäftsführer für eigene Geschäftsführungsentscheidungen gelassen werden müsste.¹⁴⁹

An rechtswidrige Weisungen, welche zur Nichtigkeit derselben führen, ist der Geschäftsführer freilich überhaupt nicht gebunden.¹⁵⁰ Darunter fallen zB Weisungen, welche gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (siehe III.D) gemäß § 82 GmbHG verstoßen.

¹⁴⁶ § 20 Abs 1 GmbHG.

¹⁴⁷ Und nicht einer von ihnen, also zB der Mehrheitseigentümer, siehe *Schima*, GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GesRZ 1999, 104 ff: „Eine – wenngleich primär formell-verfahrensrechtliche, so doch bedeutsame – Schranke des Weisungsrechts der GmbH-Gesellschafter liegt darin, daß Weisungen an die Geschäftsführung in *Beschlußform* zu erfolgen haben. Dem einzelnen Gesellschafter steht – gleichgültig wie groß die Mehrheit an Stimmrechten, über die er verfügt, auch sein mag – ein Weisungsrecht nicht zu. Auch ein über 99 % der Stimmrechte verfügender Gesellschafter kann also keine wirksamen Weisungsbeschlüsse gegenüber dem Geschäftsführer fassen, ohne seine Mitgesellschafter an der Willensbildung entweder durch Einberufung und Abhaltung einer Generalversammlung oder im Wege des schriftlichen Umlaufbeschlußverfahrens gemäß § 34 GmbHG beteiligt zu haben. Letzteres ist allerdings nur zulässig, wenn alle Gesellschafter dieser Form der Beschlussfassung zustimmen [... B]ei Existenz nur eines Gesellschafters [bedarf] es grundsätzlich keiner Formerfordernisse für einen wirksamen Beschluß [...], um die Wirkungen eines Gesellschafterbeschlusses zu erzeugen. Vielmehr gilt die formlos (dh auch zB auf einem Telefonat mit dem Geschäftsführer beruhende) Willenserklärung des einzigen Gesellschafters als Gesellschafterbeschluß.“

¹⁴⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 20 Rz 9.

¹⁴⁹ Siehe nur *Schima*, GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GesRZ 1999, 102 ff; einschränkend *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte 162 f, denen zufolge in Anlehnung an *Hommelhoff* „ein gewisser Mindestbereich autonomen unternehmerischen Ermessens verbleiben“ muss.

¹⁵⁰ OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f, SZ 2003/133.

Bei relativ nichtigen Weisungen, also solchen, die für ihre Unwirksamkeit einer Anfechtung bedürfen, sind die Geschäftsführer genauso wenig zu einer sofortigen Ausführung verpflichtet. Aus einer derartigen Verhaltensweise allein ist der Geschäftsführung noch kein Vorwurf zu machen, da ihr ein gewisser Ermessensspielraum zukommt. Es besteht nämlich keine Anfechtungsverpflichtung bzw. -obliegenheit der aktiv legitimierten Geschäftsführung bei relativer Nichtigkeit,¹⁵¹ da der Geschäftsführer, wie bereits erwähnt, stets im Interesse der Gesellschafter zu handeln hat; und die Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaft sind jedenfalls bei der GmbH nicht voneinander zu unterscheiden, sondern verhalten sich vielmehr deckungsgleich. Mit den Worten *Koppensteiners* lässt sich sagen, dass „die Durchsetzung von Interessen der Gesellschaft gegen den Willen der Gesellschafter nicht Sache der Geschäftsführer“ ist.¹⁵²

Zur Befolgung einer zuvor relativ nichtigen Weisung sind die Geschäftsführer allerdings verpflichtet, sobald eine gerichtliche Geltendmachung nicht mehr möglich ist oder eine Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen wurde.¹⁵³

C. Allgemeine gesellschaftsrechtliche Prinzipien und das Verbot der Nachteilszufügung

1. Generelles

Da das österreichische Recht keine spezifischen Regelungen für den Vermögensschutz der abhängigen Konzerngesellschaft kennt, muss die rechtliche Bewertung von Nachteilen im Zusammenhang mit Rechtsgeschäften im Konzern mithilfe allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Grundsätze erfolgen.¹⁵⁴

¹⁵¹ *Artmann* führt weiters aus, dass für die Aktiengesellschaft ein anderer Maßstab gilt; dort nämlich wird überwiegend eine Verpflichtung des Vorstandes bejaht, anfechtbare Beschlüsse auch tatsächlich anzufechten und beseitigen zu lassen; vgl. *Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GeS 2007, 12 ff.

¹⁵² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 20 Rz 9.

¹⁵³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 20 Rz 9.

¹⁵⁴ *Kalss/Eckert*, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 10/2007, 583.

Zu diesen Prinzipien zählt zunächst das Verbot der Einlagenrückgewähr, welches in den §§ 52 AktG bzw 82 GmbHG normiert ist. Weiters werden der im Aktienrecht normierte Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 47 a AktG), der auch im GmbH-Recht anerkannt ist, sowie die Treuepflichten dazugerechnet, welche zwar nur für das GmbH-Recht höchstgerichtlich festgestellt sind,¹⁵⁵ aber entsprechend der Auffassung von Teilen der Lehre auch für die AG Anwendung finden sollen.¹⁵⁶

Diese Grundsätze sind sowohl dem deutschen als auch dem österreichischen Konzernrecht gemein und dienen demselben Gedanken als Grundlage: dem Verbot der Nachteilszufügung im Konzern. Dieses lässt sich für die österreichische Rechtsordnung allerdings erst aus dem Zusammenspiel der Prinzipien ableiten und ermöglicht die Aufstellung eines generellen Maßstabes, an welchem sich Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften bei der Vornahme von Rechtsgeschäften orientieren können.

Für Österreich von Bedeutung ist weiters das Eigenkapitalersatzgesetz, welches am 01.01.2004 in Kraft getreten ist und auch für Konzernsachverhalte Regelungen zu Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen aufstellt (§§ 8 und 9 EKEG).

D. Das Verbot der Einlagenrückgewähr

1. Normzweck

Der Gesetzeszweck des Verbotes der Einlagenrückgewähr besteht vorrangig im Schutz der Gläubiger (einschließlich des Staates als Abgabengläubiger). Diesen ist dem Trennungsprinzip entsprechend grundsätzlich die Möglichkeit verwehrt, die Gesellschafter in Anspruch zu nehmen.¹⁵⁷ Vielmehr steht ihnen zunächst nur das Grund- bzw Stammkapital als „einziges freigegebenes Befriedigungsobjekt“¹⁵⁸ offen.

¹⁵⁵ Grundlegend OGH 18.12.1987, 6 Ob 695/87, SZ 60/285.

¹⁵⁶ Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 47 a Rz 26 f; grundsätzlich ablehnend Strasser in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 102 Rz 10.

¹⁵⁷ Zur im Aktienrecht bestehenden Möglichkeit der Durchgriffshaftung siehe V.

¹⁵⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 82 Rz 3.

Ein weiterer *telos* dieser Bestimmung kann in der Einhaltung des gesetzlichen Gewinnverteilungsverfahrens (Gewinnverteilungskompetenzen) gesehen werden.¹⁵⁹ *Hügel* begründet dies damit, dass sich der Gläubigerschutz nur auf den Schutz des nicht ausschüttungsfähigen Kapitals bezieht.¹⁶⁰ Da das Gesetz aber ausdrücklich anführt, dass nur der sich aus der Jahresbilanz ergebende Gewinn einer Ausschüttung zugänglich sein soll, lässt sich *e contrario* ableiten, dass Ausschüttungen außerhalb der Jahresbilanz zu unterlassen sind. Dadurch erscheint wiederum die Bindung des gesamten Vermögens begründet.

§ 30 dGmbHG, welcher das Verbot der Einlagenrückgewähr bei der deutschen GmbH regelt, erwähnt keine Beschränkung der Ausschüttungen auf den sich aus der Jahresbilanz ergebenden Bilanzgewinn. Das deutsche GmbH-Recht begnügt sich beim Auszahlungsverbot konsequenterweise mit der Bindung des Stammkapitals.¹⁶¹

Außerdem profitieren vom Verbot der Einlagenrückgewähr die Anteilseigner der betroffenen Gesellschaft, insbesondere Minderheitsgesellschafter bzw. Minderheitsaktionäre, welche in ihren Vermögensinteressen beschränkt werden könnten. Hier ist allerdings der Ansicht zu folgen, dass dies nicht der unmittelbare Zweck des Verbotes der Einlagenrückgewähr ist, sondern nur eine Reflexwirkung darstellt.¹⁶² Ein weiterer Nebeneffekt besteht darin, dass potentielle Kapitalanleger vor falschen Investitionen bewahrt werden, da ohne das Verbot der Eindruck entstehen könnte, einen höheren Ertragswert durch außerhalb des Bilanzgewinnes ausgeschüttete „Dividenden“ erzielen zu können.¹⁶³

Jeder (originäre) Beteiligungserwerb an einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH (unabhängig davon, ob es sich beim Gesellschafter um eine natürliche oder juristische Person handelt) ist mit der Einlage eines Vermögenswertes verbunden. Die Verpflichtung zur Leistung dieser Kapitaleinlage stellt die Hauptverpflichtung

¹⁵⁹ *Lutter* in *KölnerKomm*³ § 57 Rz 2.

¹⁶⁰ *Hügel*, *Geschäftschancen und Konzernsynergien*, in *Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Europarecht* 20.

¹⁶¹ *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, *GmbHG-Kommentar*⁴ § 30 Rz 1.

¹⁶² *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG-Kommentar*³ § 82 Rz 3.

¹⁶³ *Bayer* in *MünchKomm zum AktG*³ § 57 Rz 3.

des Gesellschafters dar.¹⁶⁴ Ihre notwendige Ergänzung findet die Einlageverpflichtung in den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 52 ff AktG und §§ 82 f GmbHG.

Sowohl § 52 AktG als auch § 82 Abs 1 GmbHG normieren inhaltlich dasselbe, indem sie nämlich den Anspruch des Gesellschafters mit dem sich aus der Jahresbilanz ergebenden Gewinn begrenzen, sofern dieser nicht durch andere gesetzliche Normen oder durch Satzung von der Verteilung ausgeschlossen ist. Das Verbot der Einlagenrückgewähr geht also viel weiter, als der Begriff selbst es vermuten ließe. Weder die Zugriffshinderung auf den geleisteten Gegenstand (bei einer Sacheinlage) noch der bloße Schutz der Einlagensumme in Form des Stamm- bzw Nennkapitals ist gemeint. Auch ist völlig unerheblich, ob die „Einlage“ jenem Aktionär „zurückgewährt“ wird, der sie geleistet hat, oder einem Nachfolger, der die Anteile erworben und nie eine Einlage geschuldet hat.¹⁶⁵ Die Vorschriften umfassen entgegen ihrer missverständlichen Benennung vielmehr eine Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens, das vor unzulässigen Schmälerungen bewahrt werden soll, einschließlich aller bilanziellen Rücklagen, des Gewinnvortrags und stiller Reserven. Daher erscheint es iS einer exakten Bezeichnung als sinnvoll, von einer umfassenden Vermögensbindung bei der AG bzw GmbH zu sprechen.¹⁶⁶ Erlaubt sind Leistungen aus dem Vermögen der Gesellschaft nur im Rahmen der gesetzlich normierten Ausnahmetatbestände, vor allem also bei einem ordnungsgemäß festgestellten und zur Verteilung freigegebenen Bilanzgewinn, was aber nicht heißt, dass jedes das Grund- oder Stammkapital übersteigende Vermögen in ausschüttbaren Gewinn umgewandelt werden darf.¹⁶⁷ Erlaubte Leistungen finden sich zum Beispiel¹⁶⁸ im Rahmen der

¹⁶⁴ Vgl § 49 AktG.

¹⁶⁵ Bayer in MünchKomm zum AktG³ § 57 Rz 8.

¹⁶⁶ Siehe für die AG: Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 52 Rz 1; für die GmbH: Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 82 Rz 1.

¹⁶⁷ So gibt es zT die Pflicht zur Einstellung „gebundener Kapitalrücklagen“ oder es bestehen Gewinnausschüttungsbeschränkungen.

¹⁶⁸ Eine ausführliche Aufzählung findet sich bei Reich-Rohrwig, Verbotene Einlagenrückgewähr bei Kapitalgesellschaften, eolx 2003, 152.

zulässigen Einziehung von Aktien¹⁶⁹ oder der ordentlichen Kapitalherabsetzung¹⁷⁰.

Aber auch sonstige Umsatzgeschäfte zwischen der Gesellschaft und ihren Anteilseignern, welche einem Fremdvergleich standhalten, sind erlaubt, denn das Gesellschaftsrecht enthält kein prinzipielles Verbot geschäftlicher Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern.¹⁷¹ Es wäre auch ökonomisch nicht sinnvoll, wenn beispielsweise das in der Baubranche tätige Unternehmen L-GmbH vom Ziegelproduzenten W-AG nur dann Waren beziehen dürfte, wenn Letzterer keine Anteile an der L-GmbH hält.

Im Gegensatz zur offenen Ausschüttung erfolgt die verdeckte Ausschüttung¹⁷² unter dem Deckmantel eines scheinbar zulässigen Umsatzgeschäftes, dh eines neutralen Geschäftes. In der Praxis kommen verdeckte Ausschüttungen bei Weitem häufiger vor und werfen aufgrund ihrer schwierigen Erkennbarkeit zahlreiche Probleme auf. Allerdings besteht hinsichtlich ihrer rechtlichen Bewertung kein Unterschied zwischen diesen beiden Ausschüttungsformen – beide sind verboten.

2. Offene Ausschüttungen

„Offen“ wird gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr dann verstoßen, wenn der Gesellschafter Vermögenswerte der Kapitalgesellschaft erhält, ohne dafür eine entsprechende Gegenleistung zu erbringen. Die offene Ausschüttung bereitet aufgrund ihrer leichten Erkennbarkeit kaum Probleme. Es fallen darunter beispielsweise rechtsgrundlose Zahlungen an die Gesellschafter, satzungsmäßig

¹⁶⁹ §§ 192, 175 und 259 Abs 2 AktG bzw 58 GmbHG.

¹⁷⁰ § 175 AktG und §§ 54 ff GmbHG.

¹⁷¹ *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (I), *GesRZ* 1999, 88.

¹⁷² Die Begriffe der „verdeckten“ und der „offenen Ausschüttung“ sind dem Steuerrecht entlehnt und dort in § 8 KStG 1988 normiert. Der steuerrechtliche Begriff kann herangezogen werden, da eine „verdeckte Ausschüttung“ iSd § 8 Abs 2 KStG meistens auch den Tatbestand der verbotenen Leistung iSd § 52 AktG bzw § 82 GmbHG erfüllt, siehe dazu *Artmann* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), *AktG-Kommentar*⁴ § 52 Rz 10.

vereinbarte Gewinngarantien,¹⁷³ unzulässige Dividendenabschlagszahlungen¹⁷⁴ und die Zusage von gewinnunabhängigen Zinsen auf die Einlagen¹⁷⁵.

3. Verdeckte Ausschüttungen

a. Einleitung

Wie schon angedeutet, bringt das Bestehen einer objektiven Nahebeziehung zwischen einem Gesellschafter und der Gesellschaft die Gefahr einer Benachteiligung mit sich, sobald die beiden in rechtsgeschäftliche Beziehungen miteinander treten. Ein dem verdeckten Ausschüttungsverbot widersprechendes Rechtsgeschäft „liegt in jeder außerhalb der förmlichen Gewinnverwendung vorgenommenen Leistung der Gesellschaft aus ihrem Vermögen an einen ihrer Gesellschafter, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht.“¹⁷⁶ Die Prüfung, ob die Gegenleistung des Gesellschafters gleichwertig ist, erfolgt anhand eines Fremdvergleiches.

b. Objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

aa. Drittvergleich (Fremdvergleich)

Die Zulässigkeit eines Geschäftes zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter wird daran gemessen, ob ein sorgfältig wirtschaftender Vorstand bzw Geschäftsführer das zu prüfende Geschäft unter den gleichen Verhältnissen zu den gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtgesellschafter abschließen würde.¹⁷⁷ Aus diesem Vergleich ist ersichtlich, dass ein Gesellschafter bei Rechtsgeschäften genau so gestellt werden soll wie ein gesellschaftsfremder Dritter („at arm's length“). Die Beurteilung ist *ex ante* vorzunehmen und

¹⁷³ OGH 25.10.1978, 1 Ob 719/78, SZ 51/149.

¹⁷⁴ Diese sind bei der GmbH generell unzulässig; bei der AG können Abschlagszahlungen auf den Bilanzgewinn erlaubt sein, sofern sie den Voraussetzungen von § 54 a AktG entsprechen.

¹⁷⁵ § 54 AktG bzw § 82 Abs 3 GmbHG.

¹⁷⁶ Zur dGmbH: BGH 13.11.1995, II ZR 113/94, NJW 1996, 589 f.

¹⁷⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (I), GesRZ 1999, 88.

endgültig.¹⁷⁸ Stellt sich ein Leistungsaustausch erst im Nachhinein als Verlustgeschäft heraus, ohne dass dies vorher abzusehen war, kann die Gesellschaft keinen Ausgleich von ihrem Geschäftspartner unter Berufung auf § 52 AktG bzw § 82 GmbHG verlangen. Dies ist aber nicht weiter verwunderlich, da der Gesellschafter sonst schlechter behandelt werden würde als ein gesellschaftsfremder Dritter: Er müsste das wirtschaftliche Risiko für Kalkulationsfehler der Gesellschaft oder eine sich wandelnde Marktlage tragen.

bb. Vorliegen eines Marktpreises

Bei der Prüfung der Äquivalenz des Leistungsaustausches ist, sofern vorhanden, zunächst auf den Marktpreis der zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter erbrachten Leistungen abzustellen. Die Nichtleistung eines üblichen Marktpreises stellt ein wichtiges Merkmal dar, aufgrund dessen auf die Ausnutzung der Gesellschafterstellung geschlossen werden kann, denn es wird einer Begründung bedürfen, sobald ein Gesellschafter keine dem Marktpreis entsprechende Gegenleistung erbringt.

cc. Bei Fehlen eines Marktpreises

Falls für eine Leistung kein Marktpreis besteht, stellt sich die Frage, aufgrund welcher Kriterien die Gleichwertigkeit eines Austausches beurteilt werden soll. In der Lehre wird diese Frage uneinheitlich beantwortet.

Einerseits wird die Auffassung vertreten, dass dem Vorstand bzw der Geschäftsführung sodann ein größerer Ermessensspielraum zukommt.¹⁷⁹ Zugleich wird aber eingeräumt, dass bei der Veräußerung des Unternehmens oder von Teilen davon anerkannte Bewertungsmethoden zum Einsatz kommen müssen (so muss zB bei der Abgabe von Gegenständen aus dem Anlagevermögen der Wiederbeschaffungswert aus der betrieblichen Kostenrechnung angesetzt

¹⁷⁸ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 52 Rz 25.

¹⁷⁹ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 52 Rz 12.

werden).¹⁸⁰ Ein Missverhältnis liegt nach dieser Auffassung dann vor, wenn das unternehmerische Ermessen in unvertretbarer Weise ausgeübt wird.¹⁸¹

Dagegen ist einzuwenden, dass ein auf unvertretbare Weise ausgeübtes Ermessen nichts anderes ist als ein Sorgfaltsverstoß. Diese Aussage ist aber wenig ergiebig, denn es wird gerade nach einer näheren Ausführung gesucht, wann das „Zusammenspiel der drei Elemente“¹⁸² – Besserstellung im Vergleich zu einem Dritten, objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung sowie Sorgfaltsverstoß des Vorstandes bzw der Geschäftsführung – verwirklicht ist, um die Vermutung eines Leistungsaustausches *causa societatis* nachzuweisen. Lässt man diese Unklarheit außer Acht, zielt die Auffassung im Ergebnis darauf ab, bei der Entscheidungsfindung anerkannte Bewertungsmethoden heranzuziehen und daraus eine Bandbreite festzulegen, innerhalb derer ein Austausch als äquivalent angesehen werden kann und in Folge kein Sorgfaltsverstoß vorliegt.

Auf der anderen Seite wird hervorgehoben, dass dem Vorstand bzw der Geschäftsführung selbst dann kein größerer Ermessensspielraum zukommt, wenn kein Marktpreis für die Leistung festgestellt werden kann.¹⁸³ Auch nach dieser Auffassung wird gefordert, dass Entscheidungen auf betriebswirtschaftlicher Grundlage basieren müssen, daher beispielsweise also bei der Abgabe von Gegenständen des Anlagevermögens jener Wiederbeschaffungswert angesetzt werden soll, welcher sich aus der betrieblichen Kostenrechnung ergibt.¹⁸⁴

Meines Erachtens weichen die beiden Ansichten inhaltlich kaum voneinander ab. Zwar steht außer Frage, dass bei Fehlen eines Marktpreises der Nachweis eines Missverhältnisses der Leistungen schwieriger zu erbringen sein wird als bei Existenz eines solchen – insofern ist es möglich, von einem größeren Ermessensspielraum zu sprechen. Allerdings differenziert der Gesetzgeber nicht zwischen einem möglichen und einem unmöglichen Vergleich mit einem Marktpreis. Die Intention des Gesetzgebers liegt im Schutz der Gesellschafter vor

¹⁸⁰ Bayer in MünchKomm zum AktG³ § 57 Rz 40.

¹⁸¹ Lutter in KölnerKomm³ § 57 Rz 19.

¹⁸² Doralt/Winner in MünchKomm zum AktG³ § 57 Rz 268.

¹⁸³ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 52 Rz 26.

¹⁸⁴ Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 57 Rz 9.

vermögensmindernden Leistungen durch die Gesellschaft, soweit diese nicht durch einen Ausnahmetatbestand gedeckt sind. Diese ist konsequent zu beachten und verlangt nach einer strengen Durchsetzung. Ein nach kaufmännischen Grundsätzen agierender Vorstand bzw Geschäftsführer wird daher auch bei Fehlen eines Marktpreises danach trachten müssen, ein für das Unternehmen bestmögliches Ergebnis zu erzielen. In dieser Hinsicht besteht jedenfalls kein Ermessensspielraum.

dd. Weitere Kriterien und Beweislast

Aus der Inäquivalenz des Leistungsaustausches zwischen Gesellschaft und Gesellschafter kann nicht automatisch auf die Bevorzugung eines Gesellschafters geschlossen werden. Beispielsweise sind Rabatte oder sonstige Vergünstigungen (zB bei der Abnahme großer Mengen oder bei Restposten) zu berücksichtigen, die auch gegenüber Dritten gewährt würden.¹⁸⁵ Ebenso fließen andere Kriterien wie eine langjährige Geschäftsbeziehung, hohe fachliche Qualität oder geringes Kreditrisiko in eine Gesamtbetrachtung mit ein. Es gilt also nicht das Billigstbieterprinzip, sondern es ist vielmehr der Bestbietergrundsatz heranzuziehen.¹⁸⁶ Allerdings muss begreiflich sein, welche Aspekte für die Bewertung als Bestbieter den Ausschlag gegeben haben, und insofern eine „betriebliche Rechtfertigung“ erfolgen.¹⁸⁷

Umgekehrt kann auch bei einer äquivalenten Gegenleistung ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorliegen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn eine Gegenleistung mit einem unvertretbar hohen Risiko verbunden ist (zB bei Garantieerklärungen eines Tochterunternehmens für das Mutterunternehmen), die eingegangenen Risiken nicht den Kern des Unternehmensfeldes bilden oder

¹⁸⁵ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 52 Rz 12.

¹⁸⁶ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 52 Rz 21.

¹⁸⁷ OGH 01.12.2005, 6 Ob 271/05d, SZ 2005/78: „Eine verdeckte Einlagenrückgewähr kann auch damit gerechtfertigt werden, dass besondere betriebliche Gründe im Interesse der Gesellschaft vorliegen, wenn dies nach der Formel des Fremdvergleichs dahin gedeckt ist, dass das Geschäft, das mangels objektiver Wertäquivalenz ein Vermögensopfer der Gesellschaft bedeutet, auch mit einem Außenstehenden geschlossen worden wäre.“

eine Risikostreuung schwer möglich ist.¹⁸⁸ Solche Geschäfte verstoßen gegen die Sorgfaltspflicht des Vorstandes und damit gegen § 52 AktG bzw § 82 GmbHG.

Es ist daher nochmals herauszustreichen, dass das Vorliegen eines objektiven Missverhältnisses lediglich ein Indiz für einen Verstoß gegen § 52 AktG bzw § 82 GmbHG bildet. Den endgültigen Beweis erbringt erst der Drittvergleich (siehe III.D.bb.a), aus dem hervorgeht, ob ein sorgfältig agierender Vorstand bzw Geschäftsführer das Geschäft auch mit einem Dritten hätte abschließen dürfen. Die Beweislast, dass der Leistungsaustausch nicht aufgrund der Gesellschafterstellung vorgenommen wurde, obliegt dabei demjenigen, der sich darauf beruft.¹⁸⁹

ee. Geschäftsmöglichkeit ausschließlich mit dem Gesellschafter

Wenngleich selten, kann es durchaus vorkommen, dass ein Geschäft ausschließlich mit einem Gesellschafter möglich ist. Bei einem derartigen Leistungsaustausch entfällt naturgemäß das Kriterium eines Fremdvergleiches. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass ein solches Geschäft im Regelfall schon *per se* gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen wird.¹⁹⁰ Die vorhergehende Prüfung eines objektiven Missverhältnisses ist demnach nicht notwendig. Dieser Ansicht ist für Fallkonstellationen wie zB Kursgarantien oder die Verzinsung der Einlagen zu folgen.

Der meines Erachtens bessere Zugang vermeidet jedoch solch generelle Überlegungen.¹⁹¹ Aufgrund eines in den meisten Branchen stetig zunehmenden Wettbewerbes ist auch ein höherer Grad an Spezialisierung erforderlich. Es ist daher durchaus möglich, dass manche Leistungen eben nur von Gesellschaftern erbracht werden können. Hier allgemein eine Unzulässigkeit unterstellen zu wollen, würde wohl zu weit gehen. Vielmehr ist in derartigen Konstellationen

¹⁸⁸ Doralt/Winner in MünchKomm zum AktG² § 57 Rz 268.

¹⁸⁹ OGH 20.01.2000, 6 Ob 288/99t, SZ 73/14.

¹⁹⁰ Bayer in MünchKomm zum AktG³ § 57 Rz 42.

¹⁹¹ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 52 Rz 30.

eine eingehende Kosten/Nutzen-Rechnung aufzustellen, wobei auch alternative Investitionsmöglichkeiten geprüft werden müssen.

c. Subjektive Tatbestandsmerkmale?

Die hM geht davon aus, dass das objektive Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ausreicht, um den Verbotstatbestand der verdeckten Einlagenrückgewähr zu erfüllen.¹⁹² Der Schutz des Gesellschaftsvermögens verlangt demnach kein Wissen der Gesellschaft über die Aktionärseigenschaft des Begünstigten bzw über das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung oder gar Leistung im Hinblick auf die Aktionärseigenschaft. Ebenso wenig sind der gute Glaube des Vorstandes oder des Aktionärs geschützt.

Vor allem die ältere Lehre streicht jedoch das Erfordernis eines solchen Bewusstseins heraus.¹⁹³ Durch das Missverhältnis der beiden Leistungen werde lediglich indiziert, dass das Geschäft aufgrund des Naheverhältnisses des Anteilseigners zur Gesellschaft (*causa societatis*) abgeschlossen wurde.¹⁹⁴ Nur bei Geschäften, für welche ausschließlich der Gesellschafter als Partner infrage kommt, entfällt auch nach dieser Meinung das subjektive Kriterium.

Nach der hier vertretenen Auffassung geben allein objektive Tatbestandsmerkmale den Ausschlag, ob eine verdeckte Einlagenrückgewähr vorliegt oder nicht. Das von einem Teil der Lehre angeführte Argument¹⁹⁵ der Benachteiligung des Gesellschafters gegenüber einem gesellschaftsfremden Dritten für den Fall, dass (zB aufgrund von Gutachten) ein auch von einem ordentlichen und gewissenhaften Vorstand oder Geschäftsleiter nicht zu

¹⁹² Nowotny, Umsatzgeschäfte und verdeckte Gewinnausschüttung, RdW 1987, 286 f; Doralt/Winner in MünchKomm zum AktG³ § 57 Rz 273; Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 52 Rz 15.

¹⁹³ Auch im Steuerrecht vertritt die Judikatur den Standpunkt, dass die verdeckte Ausschüttung gemäß § 8 Abs 1 Satz 2 KStG eine auf Vorteilsgewährung gerichtete ausdrückliche oder konkludente Willensentscheidung seitens der Körperschaft voraussetzt bzw dass die Körperschaft in der Folge nichts unternimmt, um eine verdeckte Ausschüttung rückgängig zu machen; siehe VwGH 10.12.1985, 85/14/0080, AnwBl 1986/9; VwGH 29.01.2003, 98/13/0055.

¹⁹⁴ Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff (Hrsg), AktG § 57 Rz 12 ff.

¹⁹⁵ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 52 Rz 32.

erkennendes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt und es bei bloßer Berücksichtigung objektiver Merkmale zu einer Benachteiligung des Gesellschafters gegenüber gesellschaftsfremden Dritten käme, hat hier keinen Platz. Denn der Maßstab eines sorgfältigen Geschäftsführers ist ein objektiver.¹⁹⁶ Jede Inäquivalenz, welche ein mit aller unternehmerischen Gewissenhaftigkeit agierender Vorstand bzw Geschäftsführer nicht bemerken konnte, ist von vornherein nicht vom objektiven Tatbestand erfasst, sodass eine dahingehende Prüfung durch subjektive Merkmale entfällt.

d. Rechtsfolgen

aa. Problemstellung

Im Gegensatz zum Verbotstatbestand der Einlagenrückgewähr, zu dessen Bestimmungen aufgrund umfassender Rechtsprechung und Literatur weitgehende Einigkeit herrscht, existieren im Bereich der daran geknüpften Rechtsfolgen die unterschiedlichsten Lösungsvarianten. Wir wollen uns im Folgenden bei der Betrachtung der Rechtsfolgen weiterhin vor allem auf Rechtsgeschäfte konzentrieren. Der Grund liegt darin, dass einerseits für die das Thema der vorliegenden Arbeit bildenden Konzerngeschäfte die Konsequenzen aus Rechtsgeschäften maßgeblich sind, andererseits die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen aufgrund ihrer besonderen praktischen Bedeutung und der zugleich im Gesetz unvollständig normierten Lösungsansätze eine nähere Betrachtung verdienen.

bb. Normen sowohl im Gesellschaftsrecht als auch im ABGB

Als Basis der Untersuchungen dient das Gesellschaftsrecht, welches selbst die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Ausschüttungsverbot normiert. Gemäß § 83 Abs 1 GmbHG ist der Gesellschafter zum Rückersatz der verbotswidrig

¹⁹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (I), *GesRZ* 1999, 88 Fn 28.

erhaltenen Leistung verpflichtet. Das AktG lässt zwar eine entsprechende positive Formulierung vermissen, da in § 56 Abs 3 AktG lediglich davon die Rede ist, dass die Gesellschaft Beträge nicht zurückfordern kann, welche die Aktionäre im guten Glauben als Gewinnanteile bezogen haben; allerdings lässt sich dadurch im Wege eines Umkehrschlusses auch hier die Verpflichtung zum Rückersatz für all jene Ausschüttungen herauslesen, welche nicht gutgläubig empfangen wurden.¹⁹⁷ Und noch eine weitere Voraussetzung lassen die beiden Bestimmungen erkennen: Die Zahlung¹⁹⁸ muss dem Aktionär tatsächlich geleistet worden sein, damit die Anwendbarkeit der § 56 AktG und § 83 GmbHG begründet wird,¹⁹⁹ da es sinnwidrig wäre, von einer Verpflichtung zur Leistungserfüllung auszugehen und gleichzeitig das Entstehen einer Rückzahlungsverpflichtung zu bejahen.²⁰⁰ Die Gesellschaft verfügt vielmehr über ein Leistungsverweigerungsrecht, genauer gesagt sogar ein Leistungsverbot, welches ausreichenden Schutz gewährt.²⁰¹

Während über die Existenz des gesellschaftsrechtlichen Rückerstattungsanspruches kein Zweifel besteht, sind sein Inhalt und in weiterer Folge das Verhältnis zu zivilrechtlichen Wertungen äußerst unklar und umstritten. Die aufgeworfenen Fragestellungen spielen sich auf drei Ebenen ab.

Zunächst stellt sich die Frage, ob der das Umsatzgeschäft regelnde Vertrag zur Gänze nichtig bzw teilnichtig ist oder unberührt bleibt. Damit im Zusammenhang steht die Frage der Anspruchskonkurrenz: Stellt der gesellschaftsrechtliche Rückgewährungsanspruch iSd §§ 56 AktG und 83 GmbHG eine *lex specialis* zu den zivilrechtlichen Vorgaben dar?²⁰² Kann unabhängig davon auch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch geltend gemacht werden? Oder kann die Gesellschaft eine bereits erbrachte Sachleistung sogar gemäß § 366 ABGB vindizieren?²⁰³ Um dies beantworten zu können, muss zunächst ergründet werden,

¹⁹⁷ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 56 Rz 1.

¹⁹⁸ Dieser Begriff ist weit zu verstehen, darunter fallen nicht nur Geld- oder Sachleistungen, sondern zB auch Dienst- oder Serviceleistungen.

¹⁹⁹ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 52 Rz 5.

²⁰⁰ Koppensteiner/Rüffler, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (I), GesRZ 1999, 90.

²⁰¹ Lutter in KölnerKomm³ § 62 Rz 16.

²⁰² Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 83 Rz 8.

²⁰³ Die letzten beiden Aspekte bejahend Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 56 Rz 8.

welcher Inhalt dem gesellschaftsrechtlichen Rückabwicklungsanspruch beigemessen werden soll. Hierbei sind wiederum zwei Möglichkeiten denkbar: Einerseits kann man den Anspruch als besonderen Rückabwicklungsanspruch deuten, der auf gegenständliche Rückgewähr der erhaltenen Leistung gerichtet ist, wodurch dieser wiederum nur als Ausfluss der zivilrechtlichen Nichtigkeit erscheint. Andererseits kann man dem Gesetzgeber aufgrund der Normierung dieses besonderen Anspruches unterstellen, dass die Nichtigkeit des Vertrages und die Rückabwicklung gerade nicht seiner Absicht entsprochen haben. Folgt man dieser Ansicht, so besteht lediglich ein Anspruch auf Wertersatz in Höhe der Wertdifferenz zwischen den beiden Leistungen.

Hinsichtlich der Art der Nichtigkeit erteilt § 879 ABGB keine eindeutige Antwort, denn er normiert nur, dass „ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist.“ Damit vermeidet diese Norm aber, sich auf eine bestimmte Art der Nichtigkeit festzulegen. Vielmehr tritt diese in verschiedenen Varianten auf, und es hängt letztlich vom Schutzzweck der verletzten Norm bzw vom Grund der Sittenwidrigkeit ab, welche Wirkung der Nichtigkeit beizumessen ist.²⁰⁴ Zunächst ist zwischen absoluter Nichtigkeit, bei deren Vorliegen ein Rechtsgeschäft von Anfang an unwirksam ist und die daher keiner Geltendmachung bedarf, sowie relativer Nichtigkeit, welche von der durch die übertretene Norm geschützten Vertragspartei geltend gemacht werden muss, zu unterscheiden. Weiters muss zwischen Teilnichtigkeit, die nur den mangelhaften Teil des Rechtsgeschäftes erfasst, und Gesamtnichtigkeit, die sich auf das gesamte Rechtsgeschäft bezieht, differenziert werden.

cc. Rechtsfolgen bei offener Ausschüttung ohne gültigen Rechtsgrund

Die in der Praxis seltenen Fälle der offenen Ausschüttung (siehe III.D.2) in Form einseitiger Leistungen der Gesellschaft bereiten bei der Bestimmung der daran geknüpften Rechtsfolgen kaum Schwierigkeiten. Hier erscheint eine

²⁰⁴ *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 879 Rz 247; *Bollenberger* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar ABGB² § 879 Rz 29.

„Heilung“ des verbotswidrigen Geschäftes durch Anpassung der Konditionen von vornherein als ausgeschlossen. Eine Teilnichtigkeit ist also bei offenen Ausschüttungen nicht möglich. Vielmehr sind sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft gemäß § 879 Abs 1 ABGB absolut nichtig.²⁰⁵ Da die Gesellschaft weiterhin Eigentümerin der Sache bleibt, richtet sich ihr Anspruch auf deren Rückgabe; bei Untergang, Verbrauch oder Abnützung der Sache richtet sich der Anspruch auf Wertersatz bzw auf Ausgleich der Wertdifferenz zur unverbrauchten oder unbenützten Sache.

Neben diese verschuldensunabhängige Haftung tritt die verschuldensabhängige Haftung der Vorstands- bzw der Aufsichtsratsmitglieder gemäß der §§ 84, 99 AktG bzw § 83 Abs 2 GmbHG, welcher eine Haftung offensichtlich voraussetzt.²⁰⁶

dd. Rechtsfolgen bei verdeckter Ausschüttung

aaa. Unterschied zwischen Judikatur und Lehre

Auch bei den Rechtsfolgen der verdeckten Ausschüttung besteht in der hL zunächst darüber Einigkeit, dass derartige Rechtsgeschäfte gemäß § 879 Abs 1 ABGB nichtig sind.²⁰⁷

²⁰⁵ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 52 Rz 105; Reich-Rohrwig, Spaltung von Kapitalgesellschaften, ecolex 1992, 700.

²⁰⁶ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 83 Rz 2.

²⁰⁷ mwN siehe Bollenberger, Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Umsatzgeschäfte: Wertausgleich und Nichtigkeit, RdW 2008/2, 7; auch die hM in Deutschland nimmt die Nichtigkeit verbotswidriger Verträge gemäß § 134 BGB an, siehe dazu beispielsweise Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 57 Rz 23.

Im Zusammenhang mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr geht der OGH in ständiger Rechtsprechung von einer absoluten, also einer von Amts wegen wahrzunehmenden Nichtigkeit aus.²⁰⁸ Dies wird auch von der Lehre für den Fall bejaht, dass eine Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter gleichzeitig unter einen Straftatbestand, beispielsweise jenen der Untreue, subsumiert werden kann. Abgesehen davon besteht in der Lehre aber Uneinigkeit darüber, ob die Nichtigkeit eine absolute oder eine durch Klage bzw Einrede geltend zu machende Gesamt- oder Teilnichtigkeit darstellt.

bbb. Absolute, geltend zu machende oder relative Nichtigkeit

Die höchstgerichtliche Rechtsprechung vertritt die Auffassung, dass bei einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr *absolute* Nichtigkeit die Folge ist.²⁰⁹ Demnach tritt die Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit dann ein, wenn die verletzte Norm dem Schutz der öffentlichen Ordnung dient. Ein solches öffentliches Interesse liegt demnach bei Rechtsgeschäften, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, im Gläubiger- und Minderheitenschutz begründet werden.²¹⁰

Dies ist zweifelsohne für jene Fälle zutreffend, in denen strafrechtliche Normen verletzt werden. Die Nichtigkeit ist von Amts wegen wahrzunehmen. Im Übrigen ist allerdings meines Erachtens der von Teilen der Lehre vertretenen Auffassung zu folgen, dass zumindest bei Sachverhalten, bei denen „nur“ eine Verletzung des gesellschaftsrechtlichen Verbotes vorliegt, nicht von einer von Amts wegen wahrzunehmenden Nichtigkeit auszugehen ist, sondern vielmehr eine *geltend zu machende* Nichtigkeit besteht.²¹¹ Denn bei einem reinen Verstoß gegen die Vorschriften des gesellschaftsrechtlichen Ausschüttungsverbotes sind öffentliche Interessen wohl noch nicht derart verletzt, dass die Grenzen einer rein privatrechtlichen Auseinandersetzung überschritten wären. Geht man aber davon

²⁰⁸ OGH 25.06.1996, 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149; OGH 01.12.2005, 6 Ob 271/05d, SZ 2005/178.

²⁰⁹ siehe zB OGH 01.12.2005, 6 Ob 271/05d, SZ 2005/178.

²¹⁰ Böhler, Nichtigkeit des Geschäftes bei verdeckter Einlagenrückgewähr?, ÖBA 2004, 441.

²¹¹ Krejci, Zu den Rechtsfolgen drittfinanzierter, unerlaubter Ausschüttungen, FS Koppensteiner 120; Kalss/Eckert, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007, 584.

aus, dass sich ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr innerhalb dieser Grenzen bewegt, dann gibt es keinen Grund für ein amtswegiges Einschreiten. Vielmehr liegt in solchen Fällen ein klage- oder einredeweise geltend zu machendes Recht vor, das unabdingbar ist.²¹²

Der Begriff der geltend zu machenden Nichtigkeit darf freilich nicht mit der *relativen* Nichtigkeit verwechselt werden, denn auf Letztere dürfen sich nur jene Personen berufen, welche durch die übertretene Norm geschützt sind. Die relative Nichtigkeit kann daher weder von einem außerhalb des Vertrages stehenden Dritten noch von den nicht geschützten Vertragsparteien geltend gemacht werden.²¹³ Folglich wäre als direktes Schutzobjekt der §§ 56 AktG und 82 GmbHG lediglich die durch den Vermögensentzug geschädigte Gesellschaft allein zum Aufgreifen der Nichtigkeit durch Einrede oder Klage berechtigt. Gläubiger und Mitgesellschafter wären dann aber der Gefahr ausgesetzt, dass die Gesellschaft (aufgrund des bestehenden Naheverhältnisses der Geschäftspartner bzw sogar aufgrund der Abhängigkeit des Managements vom Empfänger) idR kein Interesse zeigen wird, sich auf die Nichtigkeit zu berufen. Sie würde vielmehr anstreben, ein Rechtsgeschäft, welches das Vermögen bzw den Haftungsfonds schmälert, zu bestätigen. Daran würde sich auch kaum etwas ändern, wenn man das relative Recht der Gesellschaft, Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr geltend zu machen, als eine relative Pflicht auslegen würde.²¹⁴ Diesen Willen kann man dem Gesetzgeber bei Normierung des Ausschüttungsverbotes, welches neben dem primären Schutz der Gesellschaft auch die Wahrung der Interessen von Gläubigern und Mitgesellschaftern im Auge hatte, sicherlich nicht unterstellen. Im Hinblick auf das bereits erwähnte oftmals vorliegende Abhängigkeitsverhältnis und den vorhin genannten *telos* der Norm als Gläubigerschutzvorschrift ist daher von der Möglichkeit einer bloß relativen Nichtigkeit abzusehen.

²¹² *Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 272.

²¹³ *Apathy* in *Schwimann* (Hrsg), Kommentar ABGB² § 879 Rz 36; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 879 Rz 249.

²¹⁴ Teile der Lehre versuchen eine solche aus der gesellschaftsrechtlichen Leistungsverweigerungspflicht herzuleiten, siehe *Lutter* in *KölnerKomm*³ § 57 Rz 65.

Teilweise wird in diesem Zusammenhang aber argumentiert, dass die Differenzierung zwischen geltend zu machender und relativer Nichtigkeit wenig ergiebig ist. Demnach fehlt es an einer konkreten Ausgestaltung der geltend zu machenden Nichtigkeit, und die eben vorgebrachten Überlegungen, welche gegen eine relative Nichtigkeit sprechen, könnten genauso gut als Argument für eine absolute Nichtigkeit herangezogen werden.²¹⁵

Meines Erachtens ist die Rechtsfolge der relativen Nichtigkeit bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr schon aufgrund des *telos* der Norm auszuschließen. Hingegen ist unter Abwägung des maßgeblichen Aspektes des Gläubiger- und Minderheitenschutzes im Einzelfall entweder der Variante der absoluten oder jener der geltend zu machenden Nichtigkeit der Vorzug zu geben.

ccc. Gesamt- oder Teilnichtigkeit

Ebenfalls umstritten ist die Frage der Reichweite der Nichtigkeitssanktion bei Verstößen gegen das Ausschüttungsverbot. Einerseits besteht die Möglichkeit der Gesamtnichtigkeit als Rechtsfolge, wodurch die Unwirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäftes bewirkt würde. Andererseits lässt der unklare Wortlaut des § 83 GmbHG auch die Annahme von Teilnichtigkeit zu,²¹⁶ von welcher nur der mangelhafte Teil im Ausmaß der Wertdifferenz erfasst wäre. Die Diskussion, ob Gesamt- oder Teilnichtigkeit anzunehmen ist, ist nicht bloß theoretischer Natur, da im Falle der Gesamtnichtigkeit das abgeschlossene Titelgeschäft ungültig ist und der Gesellschaft neben dem gesellschaftsrechtlichen und dem bereicherungsrechtlichen Anspruch bei Sachleistungen auch ein dinglicher Herausgabeanspruch zusteht, der auf die Herausgabe des Objektes, bei Liegenschaften auf deren Räumung abzielt.²¹⁷ Befürworter dieser Ansicht bringen

²¹⁵ Böhler, Nichtigkeit des Geschäftes bei verdeckter Einlagenrückgewähr?, ÖBA 2004, 441.

²¹⁶ § 83 GmbHG lässt keine eindeutige Bestimmung zu, indem er nur anordnet, dass „Gesellschafter, zu deren Gunsten gegen die Vorschriften dieses Gesetzes, gegen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder entgegen einem Gesellschaftsbeschluss Zahlungen von der Gesellschaft geleistet worden sind, [...] der Gesellschaft zum Rückersatz verpflichtet“ sind.

²¹⁷ Spielbüchler in Rummel (Hrsg), ABGB³ § 366 Rz 2.

vor, dass die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes den Gläubigern für den Fall eines Gesellschafterkonkurses größere Sicherheit bietet.²¹⁸ Denn diesen steht dann bei Sachleistungen ein Aussonderungsanspruch zu, während sie bei bloßem Wertersatz auf die Konkursquote verwiesen sind. Dieser Auffassung ist zuzugestehen, dass sie den Gläubigern der Kapitalgesellschaft einen umfassenderen Schutz gewährt.

Meines Erachtens ist dagegen aber vorzubringen, dass es keinen Grund gibt, weswegen die Gesellschaft bzw (mittelbar) die Gesellschaftsgläubiger einen höheren Schutz genießen sollten als die Gesellschaftergläubiger.²¹⁹ Schließlich sind jene ohnehin durch die Geschäftsführerhaftung und bei der GmbH überdies durch die subsidiäre Gesellschafterhaftung (siehe V) gesichert. Gegen die Gesamtnichtigkeit spricht weiters, dass bei Anwendung bereicherungsrechtlicher Grundsätze auf das Verbot der Einlagenrückgewähr auch die „Zweikonditionen“-Theorie zu gelten hätte, wonach im synallagmatischen Schuldverhältnis auch für den Fall des zufälligen Unterganges der Sache die Konditionen voneinander unabhängig zu sehen sind.²²⁰ Wenn die erhaltene Leistung (zB ein Haus) nicht mehr zurückgestellt werden kann, weil sie zufällig untergegangen ist, so kann dennoch die entrichtete Leistung (zB ein Geldbetrag) zurückgefordert werden. Dies hätte jedoch weitreichende Konsequenzen für die Einlagenrückgewähr, denn der bereicherte Gesellschafter könnte in diesem Fall die volle Leistung zurückfordern und die Gesellschaft wäre „doppelt“ geschädigt: zunächst einmal durch die zu geringe Leistung, die sie erhalten hat, und dann ein weiteres Mal durch die Verpflichtung zur Rückstellung derselben. Diese Rechtsfolge wird zwar von der gesellschaftsrechtlichen Lehre mit dem Hinweis abgelehnt, dass der Gesellschaft zumindest ein entsprechender Ausgleich für die verbotswidrig abgeflossenen Vermögenswerte zu leisten ist und der Aspekt der ungerechtfertigten Bereicherung des Gesellschafters hier nicht im Vordergrund

²¹⁸ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 52 Rz 72.

²¹⁹ Siehe auch Koppensteiner/Rüffler, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (I), GesRZ 1999, 90 Fn 45.

²²⁰ Rummel, Kondiktion bei verbotenen und sittenwidrigen Rechtsgeschäften, ÖJZ 1978, 259; Reischauer in Rummel (Hrsg), ABGB³ § 932 Rz 4.

steht.²²¹ *Bollenberger* meint allerdings zu Recht, dass man mit einer derartigen Vorgangsweise in die Nähe einer „Rosinentheorie“ käme, bei der man sich von allen möglichen Anspruchsgrundlagen das für die Gesellschaft Beste herauspicks: von der Nichtigkeit das Aussonderungsrecht und aus dem Gesellschaftsrecht die unbeschränkte Ersatzpflicht.²²²

Die zweite Lösungsmöglichkeit, nämlich die Annahme einer Teilnichtigkeit, vermeidet die eben geschilderten Schwächen der Gesamtnichtigkeit. Wenn beispielsweise ein Haus mit dem Wert 100 von der Gesellschaft um den Wert 60 an einen Gesellschafter veräußert wurde, muss dieser die Wertdifferenz von 40 bzw im Konkurs die Quote) aufzahlen, wodurch das Geschäft „heilt“. Diese Verpflichtung hat dann aber konsequenterweise auch für den Fall des zufälligen Unterganges des Hauses zu bestehen.

Der Versuch, aus systematisch verwandten Bestimmungen Anhaltspunkte zu finden, welche der beiden Lösungsvarianten vom Gesetzgeber bevorzugt wird, führt zunächst zu den §§ 55 AktG bzw 82 Abs 4 GmbHG. Diese schreiben ua vor, dass bei wiederkehrenden Leistungen, die satzungsgemäß vorgeschrieben werden, eine angemessene Vergütung erlaubt ist. Es ist allgemein anerkannt, dass diese beiden Bestimmungen das Verbot der Einlagenrückgewähr insgesamt schützen sollen.²²³ Ferner wird darin auch ein Indiz für die Bevorzugung der Teilnichtigkeit durch den Gesetzgeber gesehen: Denn die Korrektur der unzulässigen, überhöhten Vergütung wird in einer *Teilnichtigkeit* zu bestehen haben, und dieser Grundsatz wäre dann allgemein auf jede im Zusammenhang mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr ergehende Leistung anzuwenden.

Allerdings ist dieser Begründung zugunsten einer Teilnichtigkeit meiner Einsicht nach nicht zu folgen. Denn auch bei den Bestimmungen der §§ 55 AktG bzw 82 Abs 4 GmbHG kann wohl nicht davon die Rede sein, dass sich eine eindeutige Präferenz des Gesetzgebers zugunsten einer Teilnichtigkeit ergibt.²²⁴

²²¹ *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 56 Rz 8.

²²² *Bollenberger*, Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Umsatzgeschäfte: Wertausgleich und Nichtigkeit, RdW 2008/2, 8.

²²³ Siehe hierzu und zu der daraus resultierenden Angemessenheit nur *Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 272.

²²⁴ *Böhler*, Nichtigkeit des Geschäftes bei verdeckter Einlagenrückgewähr?, ÖBA 2004, 436.

Vielmehr ist diese hier erst recht die Folge von teleologischen Überlegungen. Insofern mangelt es auch diesem systematischen Ansatz an eindeutiger Aussagekraft.

ddd. Verhältnis der Privatautonomie zum Schutzzweck der Verbotsnorm

Die Möglichkeit der Vertragspartner, im Rahmen des gesetzlich Zulässigen ihre Angelegenheiten und Interessen nach ihrem eigenen Willen zu regeln, ist ein fundamentaler Baustein des Privatrechtes. Die dadurch definierte Privatautonomie soll dem Einzelnen ein Recht auf Selbstbestimmung und Freiheit garantieren.

Auf den ersten Blick mag es daher geradezu einen Widerspruch darstellen, als Rechtsfolge bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr Teilnichtigkeit anzunehmen, ohne den hypothetischen Parteiwillen zu berücksichtigen, „denn im Fall einer Durchführung des Vertrages müsste aufgrund Aktienrechts [oder GmbH-Rechts] der Empfänger mehr leisten, als vertraglich vereinbart wurde“²²⁵. Allerdings verhält sich die Rechtslage bei Verstößen gegen § 879 ABGB eben anders, denn hier soll die Reichweite der Nichtigkeit nicht vom hypothetischen Parteiwillen abhängen, sondern es ist vielmehr der konkrete Verbotszweck der Norm heranzuziehen.²²⁶

Der Verbotsnorm der Einlagenrückgewähr Teilnichtigkeit als Zweck zu unterstellen, ohne dabei auf den hypothetischen Parteiwillen zu achten, würde keinen systemwidrigen Einzelfall darstellen. Es lassen sich nämlich auch in anderen Normen des Privatrechtes einige Beispiele finden, bei denen geradezu gegen den Willen einer Partei als Rechtsfolge Teilnichtigkeit angenommen wird. Beispielsweise enthält § 27 MRG ein Verbot von Ablösevereinbarungen im Mietvertrag. Es würde nämlich dem Interesse des Mieters, dessen Schutz diese Norm dient, widersprechen, Gesamtnichtigkeit sowohl des Rechtsgeschäftes als auch des eine verbotene Ablöse enthaltenden Mietvertrages anzunehmen. Eine für den Mieter befriedigende Lösung ergibt sich nur bei Aufrechterhaltung des

²²⁵ K Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ 893.

²²⁶ Apathy in Schwimann (Hrsg), Kommentar ABGB² § 879 ABGB Rz 37 mwN.

Mietvertrages ohne Ablöseverpflichtung, was nichts anderes als Teilnichtigkeit bedeutet. Der Einwand des Vermieters, dass er den Vertrag nur mit verbotenen Inhalt oder sonst gar nicht abschließen wollte, hat hier keinen Platz, denn in Verbindung mit § 879 ABGB steht der Verbotszweck der Norm im Vordergrund und andere Interessen sind nachrangig.²²⁷

Um diffizile Auslegungsprobleme zu vermeiden, hat der Gesetzgeber in einigen Fällen die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit sogar ausdrücklich normiert, beispielsweise in § 917 a ABGB, der bei Verstößen gegen gesetzliche Höchst- oder Mindestpreise als Rechtsfolge Teilnichtigkeit bzw. Aufrechterhaltung des Vertrages mit Änderung des Entgeltes anordnet.²²⁸

Aus dem Umstand, dass der Gesellschafter den Vertrag nicht zu den höheren Konditionen abgeschlossen hätte, kann man also *per se* nicht auf Gesamtnichtigkeit des Geschäftes schließen. Dies lässt aber freilich nicht den Umkehrschluss zu, dass als Rechtsfolge automatisch Teilnichtigkeit des Geschäftes anzunehmen ist.

Einhelligkeit besteht darüber, dass bei einem Verstoß gegen das Ausschüttungsverbot keine gegenständliche Rückersatzpflicht besteht.²²⁹ Eine solche ist auch für jene Fälle zu verneinen, bei denen nicht leicht ersetzbares oder sogar betriebsnotwendiges Gesellschaftsvermögen (zB Maschinen, Grundstücke etc) an den Gesellschafter veräußert wird.²³⁰ Das Verbot der Einlagenrückgewähr will schließlich nicht jede ungünstige Maßnahme der Geschäftsführung sanktionieren, sondern ausschließlich das Gesellschaftsvermögen in seinem rechnerischen Wert schützen.²³¹ Das Interesse der Gläubiger ist hinreichend geschützt, wenn ein ausreichender Haftungsfonds zur Befriedigung offen steht, also für die von der Gesellschaft gegebene Leistung eine adäquate Gegenleistung

²²⁷ *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 879 Rz 250.

²²⁸ *Reischauer in Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 917 a Rz 4.

²²⁹ Siehe nur *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (I), *GesRZ* 1999, 90.

²³⁰ *Hachenburg/Goerdeler/Müller*, *GmbHG*⁸ § 31 Rz 25.

²³¹ *Schneider*, „Kapitalmindernde Darlehen“ der GmbH an ihre Gesellschafter – Zugleich ein Beitrag zu den rechtlichen Konsequenzen der Finanzierung des Leveraged/Management Buy out, in *FS Döllner* 544.

erbracht wird. Die Gesamtnichtigkeit des Vertrages würde die Gesellschaft daher nicht schädigen.

Der ausschließlich auf Werterhaltung gerichtete Zweck des Verbotes der Einlagenrückgewähr ist vielmehr sowohl durch Aufzahlung als auch durch Rückstellung der Leistung zu erreichen. Daher lässt sich die Reichweite der Nichtigkeit nicht anhand des Verbotszweckes bestimmen. Subsidiär ist, sofern sich aus dem Verbotszweck der Norm kein eindeutiges Ergebnis erzielen lässt, wiederum der hypothetische Parteiwille relevant. Dies ist aber, wie eben dargelegt, nicht darauf zurückzuführen, dass eine Teilnichtigkeit dem hypothetischen Parteiwillen widerspräche und damit *per se* nicht anzuwenden wäre. Vielmehr ist darin eine Folge davon zu erkennen, dass der Verbotszweck des § 879 ABGB sowohl das Ergebnis der Teilnichtigkeit als auch jenes der Gesamtnichtigkeit zulässt.

Die Annahme einer *ex lege*-Vertragskorrektur in die eine oder andere Richtung wäre daher verfehlt. Korrekterweise ist subsidiär das Prinzip der Privatautonomie heranzuziehen.

eee. Wahlrecht der Gesellschaft oder des Gesellschafters?

(1). Interessenkonflikte und Redlichkeit

Nach dem eben Ausgeführten lassen sich vier Varianten der hypothetischen Willensbildung des Gesellschafters bzw der Gesellschaft betreffend feststellen, je nachdem, ob Wertausgleich oder Rückabwicklung bevorzugt wird.²³² Zwei von ihnen führen zu eindeutigen Lösungsansätzen und bedürfen daher keiner näheren Betrachtung. Dies betrifft einerseits den Fall, dass sowohl die Gesellschaft als auch der Gesellschafter am Vertrag unter Zahlung eines Wertausgleiches festhalten wollen. Hier ist als Rechtsfolge Teilnichtigkeit anzunehmen. Wenn hingegen sowohl die Gesellschaft als auch der Gesellschafter den Vertrag nicht

²³² Siehe *Bollenberger*, Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Umsatzgeschäfte: Wertausgleich und Nichtigkeit, RdW 2008/2, 10.

unter anderen Bedingungen abschließen wollen, sondern von beiden Seiten eine Rückabwicklung bevorzugt wird, tritt Gesamtnichtigkeit des Vertrages ein.

Diese beiden Fälle des übereinstimmenden Willens der Gesellschaft und des Gesellschafters bereiten keine Schwierigkeiten bei der Rechtsfolgenfindung. Problematischer erscheinen hingegen jene beiden Konstellationen, bei denen kein übereinstimmender Wille zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter besteht.

(2). Aufzahlungsbefugnis des Gesellschafters

Es kann durchaus vorkommen, dass der Gesellschafter den Wunsch äußert, am Vertrag festzuhalten, und Wertausgleich leisten möchte, die Gesellschaft hingegen bevorzugt, an der Sache selbst festzuhalten, und diese rückerstattet haben möchte. Es stellt sich daher die Frage, welches dieser beiden Interessen hier schützenswerter ist. Wie eben ausgeführt, geht es den Kapitalerhaltungsvorschriften ausschließlich um den wertmäßigen Erhalt des Gesellschaftsvermögens, nicht aber um eine gegenständliche Bindung.²³³ Die bloße Befugnis des Gesellschafters zum Wertausgleich würde demnach nicht gegen die rechtliche Zielsetzung des Verbotes der Einlagenrückgewähr verstoßen.

Die Gesellschaft wird weitere Argumente als jene über die Kapitalerhaltungsvorschriften vorbringen müssen, um die eigenen Interessen gegenüber jenen des Gesellschafters an einem Wertausgleich durchsetzen zu können. Die bloße Tatsache, dass die Gesellschaft andernfalls gegen ihren Willen zu einer Anpassung des Vertrages gezwungen würde, stellt keine ausreichende Begründung dar, denn die Gesellschaft wird ja durch die Aufzahlung besser gestellt werden als im zuvor verbotswidrig vereinbarten Geschäft.²³⁴ Freilich kann dagegen vorgebracht werden, dass auch niemand gegen seinen Willen zu einem für ihn günstigeren Geschäft gezwungen werden kann, wie etwa die Annahme-

²³³ *Schneider*, „Kapitalmindernde Darlehen“ der GmbH an ihre Gesellschafter – Zugleich ein Beitrag zu den rechtlichen Konsequenzen der Finanzierung des Leveraged/Management Buy out, in FS Döllerer 544.

²³⁴ *Doralt/Winner* in MünchKomm zum AktG³ § 62 Rz 134.

bzw Zustimmungspflicht im Schenkungsrecht zeigt.²³⁵ Allerdings erscheint gerade im Zusammenhang mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr das besondere Interesse des Gesellschafters am Erhalt der Leistung als in erster Linie schützenswert, da dieser ja zuvor eine Leistungszusage seitens der Gesellschaft erhalten hat.

Wenngleich daher meines Erachtens ein Aufzahlungsrecht seitens des Gesellschafters im Zweifelsfall auch gegen den Willen der Gesellschaft anzunehmen sein wird, äußert *Krejci* zu Recht Bedenken gegen die pauschale Annahme einer solchen Befugnis.²³⁶ Es wird im Einzelfall unerlässlich sein, einen näheren Blick auf das zur Diskussion stehende Geschäft zu werfen, um etwaige Umgehungsversuche zu verhindern. Jedenfalls wird sich der Gesellschafter im Falle eines vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Zusammenwirkens zwischen Gesellschafter und Gesellschaft zum Schaden der Gesellschaft (Kollusion) nicht auf eine Aufzahlungsbefugnis berufen können; bei derartigen Sachverhalten wird eine Gesamtnichtigkeit des Geschäftes anzunehmen sein, wodurch sich die Frage der Aufzahlungsbefugnis bei Umgehungsversuchen ohnehin oftmals erübrigt.

(3) Aufzahlungspflicht des Gesellschafters

Die vierte Konstellation behandelt die Frage, ob den Gesellschafter eine Aufzahlungspflicht trifft, obwohl er nicht am Geschäft festhalten möchte und die Aufzahlung nur vonseiten der Gesellschaft erwünscht ist. Entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen wird eine Aufzahlungsverpflichtung des Gesellschafters zunächst eher zu verneinen sein.

Allerdings argumentieren *Doralt/Winner*, dass dem unredlichen Gesellschafter bei Verkäufen an die Gesellschaft der Einwand genommen ist, dass er die Leistung nur im Vertrauen auf den hohen Preis an die AG verkauft hat und bei einem niedrigeren Preis Gesamtnichtigkeit und Rückabwicklung bevorzugt

²³⁵ *Böhler*, Nichtigkeit des Geschäftes bei verdeckter Einlagenrückgewähr?, ÖBA 2004, 439.

²³⁶ *Krejci*, Zu den Rechtsfolgen drittfinanzierter, unerlaubter Ausschüttungen, FS Koppensteiner 119.

hätte.²³⁷ Als Grund dafür wird § 1437 ABGB iVm § 417 ABGB angeführt, dessen Zweck es ist, ein „moral hazard“-Verhalten des unredlichen Bereicherungsschuldners zu verhindern. Als unterstützende Argumente für eine Aufzahlungspflicht seitens des Gesellschafters werden auch noch die verwandten Regelungen der §§ 335 und 870 ABGB angeführt.²³⁸

Daraus kann abgeleitet werden, dass der Gesellschafter bei unredlichem Verhalten nicht die Chance haben soll, risikolos die „Probe aufs Exempel“ zu machen, indem er mit der Gesellschaft ein Geschäft zu den für ihn besten Konditionen abschließt, das als Rechtsfolge im ungünstigsten Fall einfach rückabgewickelt wird, falls er dabei ertappt werden sollte. Gerade diese Rechtsfolge ist aber im Hinblick auf das für den Gesellschafter geringe Risiko²³⁹, ertappt zu werden, wenig geeignet, diesen vom Abschluss derartiger Übereinkünfte abzuhalten. Daher sollte in solchen Fällen der Gesellschafter zu einer Aufzahlung verpflichtet werden. Dieses Argument der Spekulationsabwehr sollte aber erst in Fällen der Kenntnis oder der grob fahrlässigen Unkenntnis der Wertdifferenz greifen. Im Übrigen ist eine Aufzahlungspflicht des Gesellschafters gegen seinen Willen zu verneinen, da eine solche im Hinblick auf den hypothetischen Parteiwillen nicht argumentierbar erscheint.

fff. Anspruchskonkurrenz

In der Lehre nicht weniger umstritten als die Frage der Reichweite der Nichtigkeit und der Befugnis bzw Pflicht, sich auf diese zu berufen, ist die Frage der Anspruchskonkurrenz. Die Meinungen reichen von der vollständigen Verdrängung der bereicherungsrechtlichen Kondiktion und sachenrechtlichen Vindikation²⁴⁰ durch den gesellschaftsrechtlichen Rückerstattungsanspruch bis hin zur uneingeschränkten Geltung beider zivilrechtlicher Ansprüche iS einer

²³⁷ Doralt/Winner in MünchKomm AktG³ § 62 Rz 135.

²³⁸ Bollenberger, Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Umsatzgeschäfte: Wertausgleich und Nichtigkeit, RdW 2008/2, 11.

²³⁹ Der abhängige Geschäftsführer oder Vorstand wird sich in den meisten Fällen hüten, die verdeckte Einlagenrückgewähr publik zu machen.

²⁴⁰ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 83 Rz 8.

Anspruchskonkurrenz neben dem darüber hinaus zustehenden gesellschaftsrechtlichen Rückerstattungsanspruch.²⁴¹

Konzentrieren wir uns zunächst auf das Verhältnis des Rückgewähranspruches zur bereicherungsrechtlichen Kondiktion. Bei einem ausschüttungsverbotswidrigen Vertrag kommt es zu einem Vermögenstransfer zugunsten des Gesellschafters. Tritt aufgrund eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr Nichtigkeit dieses Rechtsgeschäftes als Rechtsfolge ein (oder wird diese geltend gemacht), so ist gemäß den §§ 1431 ff ABGB eine Kondiktion der gesamten Sache, im Falle der Teilnichtigkeit in der Höhe der Wertdifferenz denkbar.²⁴² Die Gesellschaft hat demnach die Möglichkeit, die zur Vermögensverschiebung führende Leistung von dem dadurch bereicherten Gesellschafter unter den in den §§ 1431 ff ABGB normierten Voraussetzungen zurückzufordern.

Es stellt sich allerdings die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Kondiktion und dem gesellschaftsrechtlichen Rückerstattungsanspruch, von dem insbesondere teilweise behauptet wird, dass jener als *lex specialis* die Kondiktion verdrängt. Nach anderer Auffassung steht der gesellschaftsrechtliche Anspruch als zusätzliche, ohne mit den Schwächen des Bereicherungsrechtes behaftete Anspruchsgrundlage neben der Kondiktion zu.²⁴³ Worin liegen nun diese „Schwächen“ des Bereicherungsrechtes? Das oben im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen zur Einlagenrückgewähr vorgebrachte Argument des § 1447 ABGB (zufälliger Untergang der Sache) kann auch herangezogen werden, um die Frage der Anspruchskonkurrenz zu beantworten, denn bei zufälligem Untergang der Sache ist der redliche Besitzer möglicherweise nicht nur von der Rückgabepflicht befreit, sondern muss uU auch keinen Wertersatz leisten. Außerdem muss ein redlicher Besitzer bei Verbrauch der Sache nur den gemeinen Wert ersetzen.²⁴⁴

²⁴¹ Krejci, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 272; Krejci, Zu den Rechtsfolgen drittfinanzierter, unerlaubter Ausschüttungen, FS Koppensteiner 116.

²⁴² Karollus, Zur Reichweite der Nichtigkeitssanktion bei verdeckten Gewinnausschüttungen, ecolex 2008, 50.

²⁴³ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 56 Rz 21.

²⁴⁴ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹², 265.

Schließlich enthält § 328 ABGB noch eine weitere Privilegierung, weil im Zweifel angenommen werden muss, dass ein Besitzer redlich ist.

Gemäß den §§ 56 Abs 3 AktG und 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG soll der Haftungsfall allerdings nur dann nicht möglich sein, wenn der Gesellschafter bzw der Aktionär die Leistung im guten Glauben als Gewinnanteil bezogen hat. Anders als im Zivilrecht ist hier also eine Privilegierung des gutgläubigen Empfängers nur dann möglich, wenn der Gesellschafter bzw der Aktionär an das Bestehen einer Dividendenzahlung geglaubt hat. Gerade aber bei den in der Praxis häufigen verdeckten Verbotsverletzungen wird es damit niemals zu einem Haftungsentfall aufgrund guten Glaubens kommen können, denn ein Bezug als Gewinnanteil ist eng auszulegen und setzt voraus, dass der Empfang auf einem regulären Gewinnverwendungsbeschluss beruht.²⁴⁵

In Anbetracht dieser expliziten Klarstellung wird dem Gesetzgeber von Teilen der Lehre die Absicht unterstellt, die zivilrechtlichen Gutglaubensregeln für den gesellschaftsrechtlichen Rückforderungsanspruch zunächst nicht gelten und diese insofern als *lex specialis* Anwendung finden lassen zu wollen. Denn der Hintergrund für die strengere gesellschaftsrechtliche Rückabwicklung durch den Gesetzgeber wird darin gesehen, dass die Gutglaubensregeln im Zivilrecht nicht in ausreichender Weise dem Erfordernis des Kapitalerhaltungsgrundsatzes entsprechen.²⁴⁶

Es ist aber durchaus infrage zu stellen, ob es wirklich dem Willen des Gesetzgebers entspricht, der schwachen Kondiktion damit vollständig zu derogieren und diese als weitere Anspruchsgrundlage nicht zuzulassen.²⁴⁷ Das Hauptaugenmerk bei der Beantwortung dieser Frage sollte auf den Schutzzweck der Norm gelegt werden. Einen wichtigen Hinweis erhält man bei Betrachtung der unterschiedlichen Verjährungsfristen. Während für die Kondiktion eine 40-jährige

²⁴⁵ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 172.

²⁴⁶ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 83 Rz 1.

²⁴⁷ Es wird aber auch teilweise darauf hingewiesen, dass das Ziel einer Überwindung des § 1432 ABGB schon dadurch als nicht notwendig erscheint, weil bei nach § 879 ABGB verbotenen Geschäften ein Rückforderungsanspruch gemäß § 1431 ff ABGB gar nicht zur Verfügung steht. Dieser würde nämlich durch eine Rückforderung gemäß § 877 ABGB verdrängt, welcher ebenfalls keine Rücksicht auf einen Irrtum des Leistenden nimmt; vgl Böhler, Nichtigkeit des Geschäftes bei verdeckter Einlagenrückgewähr?, ÖBA 2004, 439 mwN.

Verjährungsfrist gilt, normiert das Gesellschaftsrecht grundsätzlich eine Verjährung nach lediglich 5 Jahren.²⁴⁸ Erkennt man dem gesellschaftsrechtlichen Rückerstattungsanspruch als *lex specialis* zur Kondiktion eine den zivilrechtlichen Rückerstattungsanspruch ausschließende Wirkung zu, so würde dies nach 5 Jahren grundsätzlich zu einer Befreiung des Gesellschafters von später geltend gemachten Rückforderungsansprüchen führen.²⁴⁹ Dies ist aber mit dem Schutzzweck des Verbotes der Einlagenrückgewähr zugunsten der Gesellschaft kaum vereinbar und spricht somit gegen eine Verdrängung der Kondiktion.²⁵⁰ Meines Erachtens besteht daher der einzig gangbare Lösungsansatz darin, dass während der ersten 5 Jahre die gesellschaftsrechtliche Rückabwicklung der zivilrechtlichen vorgeht. Sobald allerdings keine Möglichkeit zur Geltendmachung des gesellschaftsrechtlichen Anspruches mehr besteht, sollte dem Verbotszweck der Einlagenrückgewähr gemäß auf die zivilrechtlichen Bestimmungen zurückgegriffen werden können, welche eine längere Frist zur Geltendmachung einräumen.

Im Verhältnis zur Vindikation ist eine Verdrängung meiner Einsicht nach ebenfalls abzulehnen. Allerdings kommt diese aufgrund des bei Geld regelmäßig eingreifenden Eigentumserwerbs durch Vermengung ohnehin nur bei Sachleistung in Betracht. Dabei ist in Erwägung zu ziehen, dass dem gesellschaftsrechtlichen Rückforderungsanspruch rein schuldrechtliche Überlegungen zugrunde liegen, welche bei der sachenrechtlichen Vindikation keinen Platz haben. Anwendbar ist eine Vindikation ohnedies nur bei Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Bei Teilnichtigkeit, welche eine Restgültigkeit des Vertrages unter Korrektur des Preises vorsieht, liegt hingegen ein ausreichender Titel für den Erwerb der Sache vor, wodurch eine Vindikation ausgeschlossen ist.

²⁴⁸ § 56 Abs 4 AktG; § 83 Abs 5 GmbHG.

²⁴⁹ Karollus, Zur Reichweite der Nichtigkeitssanktion bei verdeckten Gewinnausschüttungen, *ecolex* 2008, 50.

²⁵⁰ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 56 Rz 21: „Andernfalls wäre die Gesellschaft wegen der kurzen Verjährung [...] mit ihren Ansprüchen gegen den Aktionär schlechter gestellt als mit ihren Ansprüchen gegenüber Dritten; dies ist sicherlich nicht Zweck des § 56.“

E. Gleichbehandlungsgrundsatz

1. Verpflichtete

§ 47 a AktG normiert das Gebot der Gleichbehandlung, wodurch die AG und innerhalb dieser Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung verpflichtet sind, ihre Aktionäre unter den gleichen Bedingungen gleich zu behandeln.²⁵¹ Die einzelnen Aktionäre sind hingegen grundsätzlich nicht an diese Bestimmung gebunden.²⁵² Sie können nur aufgrund von Verletzungen gegen die allgemeinen Treuepflichten zur Zahlung von Schadenersatzansprüchen herangezogen werden. Die Formulierung des österreichischen Gesetzgebers ist gleichlautend wie jene des deutschen in § 53 a dAktG.

Im Unterschied dazu existiert im GmbH-Recht keine vergleichbare gesetzliche Regelung, allerdings wird die Gleichbehandlungspflicht auch dort als allgemeiner Grundsatz des Gesellschaftsrechtes anerkannt.²⁵³

2. Mitgliedschaftliche Angelegenheiten

Die Gesellschaft hat den Anteilseignern unter gleichen Voraussetzungen die gleichen Rechte einzuräumen und die gleichen Pflichten aufzuerlegen. Der Gesellschafter kann sich auch in nicht von vornherein festgelegten Bereichen auf dieses Gebot berufen, wenn er sich in *mitgliedschaftlichen* Angelegenheiten gegenüber anderen Anteilseignern durch das Verhalten der Gesellschaft benachteiligt fühlt.²⁵⁴ Dadurch wird erreicht, dass jede unterschiedliche Behandlung von Anteilseignern einer sachlichen Rechtfertigung bedarf.²⁵⁵

Stehen die Gesellschaft und der Gesellschafter hingegen in einer rein *schuldrechtlichen* Beziehung zueinander, so besteht idR kein Anspruch des

²⁵¹ Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 47 a Rz 8.

²⁵² Lutter in KölnerKomm³ § 53a Rz 18, 25, 79 aA Reul, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen 270.

²⁵³ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht² I Rz 1/68.

²⁵⁴ Bungeoth in MünchKomm zum AktG³ § 53 a Rz 7.

²⁵⁵ Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 53 a Rz 4.

Gesellschaftern auf Gleichbehandlung. Der schuldrechtliche Aspekt tritt aber immer dann in den Hintergrund, wenn die Gesellschaft gerade aufgrund der Gesellschafterstellung des Partners in rechtsgeschäftliche Beziehungen getreten ist. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter einen beherrschenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung innerhalb der Gesellschaft ausgeübt hat. Die bloße Möglichkeit zur Ausübung derselben begründet die widerlegbare Annahme, dass der Grund für die rechtsgeschäftliche Beziehung in der Gesellschaftereigenschaft liegt. Von einer Vermutung im Rechtssinne wird man in diesem Zusammenhang jedoch in aller Regel nicht ausgehen können.²⁵⁶

Die Bestimmung des § 47 a AktG hat zwingenden Charakter. In der Satzung kann also die Geltung des Gleichbehandlungsgebotes weder allgemein noch für bestimmte Aktien oder Aktionäre ausgeschlossen werden.²⁵⁷ Als Argument dafür wird vorgebracht, dass es sich bei diesem Gebot um eine allgemeine Zielbestimmung handelt, die für jede (Aktien-)Gesellschaft zu gelten hat.²⁵⁸

Im Übrigen sprechen auch die im österreichischen Gesellschaftsrecht zahlreich normierten Sonderregeln zum Gleichbehandlungsgebot für dessen zwingenden Charakter,²⁵⁹ denn diese bedurften einer expliziten gesetzlichen Verankerung. Diese Normen bedeuten freilich nicht, dass hier das Gleichbehandlungsgebot gar nicht gelten würde. Vielmehr ist der Rahmen der zulässigen Ungleichbehandlung sodann der Ausnahmeregelung selbst zu entnehmen.²⁶⁰ Wenngleich das Gleichbehandlungsgebot als solches zwingenden Charakter besitzt und der Aktionär dieses nicht pauschal aufgeben kann, erscheint ein Verzicht im konkreten Einzelfall durch den Gesellschafter innerhalb der Grenzen des § 879 ABGB als grundsätzlich möglich.

²⁵⁶ Lutter in KölnerKomm³ § 53 a Rz 21.

²⁵⁷ Bungeoth in MünchKomm zum AktG³ § 53 a Rz 17.

²⁵⁸ Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 47 a Rz 13.

²⁵⁹ Zum Beispiel verschiedene Aktiengattungen gemäß § 11 AktG, Sondervorteile gemäß § 19 AktG, Nebenverpflichtungen der Aktionäre gemäß § 50 AktG, die Festsetzung eines Höchstbetrages bei der Ausübung von Stimmrechten gemäß § 114 Abs 1 AktG; im GmbH-Recht zB die Gewährung von Sondervorteilen gemäß § 6 Abs 4 GmbHG.

²⁶⁰ Doralt/Winner in MünchKomm zum AktG³ § 53 a Rz 7.

3. Materielle Ungleichbehandlung

Das Erfordernis der Gleichbehandlung „unter gleichen Voraussetzungen“ impliziert, dass keine Ungleichbehandlung stattfindet, sofern sachliche Rechtfertigungsgründe vorliegen.²⁶¹ Diese müssen in einem schützenswerten Interesse der Gesellschaft liegen, wobei eine gewissenhafte Betrachtung unter Abwägung aller Umstände erforderlich ist. Zunächst muss ein schützenswertes Interesse bestehen, welches aus sachlichen Differenzierungsgründen wie Geeignetheit und Erforderlichkeit verfolgt wird.²⁶²

Verboten sind nicht nur formale Ungleichbehandlungen; auch jede materielle Benachteiligung, also jede Maßnahme, die nach außen unproblematisch erscheint, aufgrund ihrer Beschaffenheit aber unterschiedliche Wirkung auf die einzelnen Mitglieder entfaltet, ist verboten. Eine solche materielle Ungleichbehandlung läge beispielsweise vor, wenn eine Kapitalherabsetzung im Verhältnis zehn zu eins vorgenommen werden sollte, wodurch all jene Aktionäre, die weniger als zehn Aktien besitzen, ihre Mitgliedschaft verlieren würden.²⁶³

4. Gleichbehandlung nur bei Hauptrechten

Die Gleichbehandlung erfolgt bei aus dem Gesellschafterverhältnis zustehenden Hauptrechten nach dem Maß der Beteiligung am Grundkapital (zB Gewinnbeteiligung, Stimmrecht etc). Nach zutreffender Ansicht macht eine solche Abstufung bei Nebenrechten (zB Teilnahmerecht, Auskunftsrecht etc) jedoch keinen Sinn, weshalb diese grundsätzlich unabhängig von der Höhe der Beteiligung (also „nach Köpfen“) zu gewähren sind.²⁶⁴

²⁶¹ *Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 47 a Rz 5.

²⁶² *Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 47 a Rz 7.

²⁶³ *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ § 53 a Rz 9.

²⁶⁴ *Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 47 a Rz 8.

5. Ausnahmen und Rechtsfolgen

Mit Anordnungen, die eine sachliche Ungleichbehandlung beinhalten und ohne sachliche Rechtfertigung ergehen, sind nicht automatisch die gleichen Konsequenzen verbunden. Die Rechtsfolgen knüpfen einerseits daran, von welchem Organ die Weisung ergangen ist, andererseits ist festzustellen, ob die Ungleichbehandlung in einem sachlich nicht gerechtfertigten Versäumnis oder Tun besteht. Als Rechtsfolge besteht die Möglichkeit der Anfechtbarkeit, zB bei Hauptversammlungsbeschlüssen gemäß § 195 Abs 1 AktG. Nichtigkeit gemäß § 199 AktG kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, wenn ein Beschluss mit dem Wesen der Gesellschaft unvereinbar ist, weil er bezwecken würde, das Gleichbehandlungsgebot für die AG oder für deren Beziehungen zu bestimmten Gesellschaftern allgemein außer Kraft zu setzen.²⁶⁵ Derartige Beschlüsse sind nichtig und können auch nicht durch Zustimmung der Aktionäre „geheilt“ werden.²⁶⁶ Bei Handlungen des Vorstandes ist insofern zu differenzieren, als es hier möglich ist, dass ein Anspruch auf Vornahme²⁶⁷ (sofern diese nicht verboten ist) bzw Unterlassung der Handlung entsteht.²⁶⁸ Besondere Achtsamkeit ist bei der Zuwendung des gleichen Vorteiles bzw bei der Ausgleichszahlung von geldwerten Vorteilen darauf zu legen, dass kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr stattfindet, denn das Gleichbehandlungsgebot kann weitere Verstöße gegen das Rückgewährsverbot nicht rechtfertigen. Bei Erfüllung der Voraussetzungen kommen auch Schadenersatzansprüche in Betracht, wobei Kollisionen mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr zu vermeiden sind.

Da die Gesellschaft als Normadressat des Gleichbehandlungsgebotes fungiert, muss ein etwaiger Schadenersatzanspruch auf zivilrechtliche Bestimmungen gestützt werden. Gesellschaftsrechtliche Bestimmungen wie die §§ 100 f AktG finden hingegen keine Anwendung. Nach hier vertretener Auffassung handelt es

²⁶⁵ *K Schmidt* in Großkomm zum AktG § 241 Rz 58.

²⁶⁶ *Bungeroth* in MünchKomm zum AktG³ § 53 a Rz 7.

²⁶⁷ *Hüffer* spricht in diesem Zusammenhang treffenderweise von „aktiver Gleichbehandlung“; *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ § 53 a Rz 12.

²⁶⁸ *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 47 a Rz 9 f.

sich beim Gleichbehandlungsgebot um ein Schutzgesetz iSv § 1311 ABGB.²⁶⁹ Teile der deutschen Lehre bringen gegen die Annahme eines Schutzgesetzes vor, dass es sich beim Gleichbehandlungsgebot lediglich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handle.²⁷⁰ Dem ist aber meines Erachtens nicht zu folgen. Spätestens seit der Einführung von § 47 a AktG bzw des gleichlautenden § 53 a dAktG ist davon auszugehen, dass bei Verletzungen gegen diese Normen auch auf die im Gesetz normierten Rechtsfolgen zurückgegriffen werden kann. Denn es besteht kein Grund, weswegen bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen dem schuldhaft verletzten Aktionär ein Anspruch auf Schadenersatz verwehrt bleiben sollte.²⁷¹

Sofern eine Anfechtungsklage notwendig ist, wird deren schuldhafte Unterlassung den Schadenersatzanspruch mindern bzw diesen uU sogar ganz entfallen lassen.²⁷² Es sind in diesem Zusammenhang also die Regeln über das Mitverschulden des Geschädigten gemäß § 1304 ABGB anzuwenden. Demnach kann jedenfalls der Ersatz jenes Schadens geltend gemacht werden, der auch bei rechtzeitiger Anfechtung ersetzt werden hätte müssen. Für den verbleibenden Schaden ist der Ansicht *Reischauers* zu folgen, der davon ausgeht, dass dieser nach Verschuldenskriterien aufzuteilen ist.²⁷³ Ein gänzlicher Ersatz bzw ein gänzlicher Entfall nach dem Kriterium der Zumutbarkeit wäre hingegen mit dem *telos* von § 1304 ABGB kaum in Einklang zu bringen.²⁷⁴

6. Konzerninteresse

Innerhalb von Konzernunternehmen dient ein etwaiges Konzerninteresse *per se* nicht als sachlicher Grund, um das Gleichbehandlungsgebot außer Kraft zu setzen.

²⁶⁹ *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 47 a Rz 24.

²⁷⁰ *Bodenheimer*, Das Gleichheitsprinzip im Aktienrecht 64.

²⁷¹ In diesem Sinne auch *Bungeroth* in *MünchKomm zum AktG*³ § 53 a Rz 7.

²⁷² *U Torggler*, Treuepflichten 146.

²⁷³ *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 1304 Rz 5.

²⁷⁴ *U Torggler*, Treuepflichten 146.

In diesem Punkt stimmen der österreichische und der deutsche Meinungsstand überein.²⁷⁵

In Deutschland existieren aufgrund der Tatsache, dass das Gesellschaftsrecht den verbundenen Unternehmen detaillierte Regelungen widmet, für einen Aktionär, der zugleich herrschendes Unternehmen ist, einige Möglichkeiten, vom Gleichbehandlungsgrundsatz abzuweichen. Einem herrschenden Aktionär sind im deutschen Recht daher bestimmungsgemäß mehr Einwirkungen auf die Gesellschaft erlaubt.²⁷⁶ Auf der anderen Seite werden diese Vergünstigungen, welche den Aktionären innerhalb des Konzerns gewährt werden, durch die Auferlegung besonderer Pflichten gegenüber der AG und außen stehenden Gesellschaftern ausgeglichen.²⁷⁷ Neben diesen explizit im Gesetz verankerten Gründen, die Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz ermöglichen, kann die bloße Konzerneinbindung einer AG nur im Einzelfall einen sachlichen Rechtfertigungsgrund für Abweichungen vom Gebot der Gleichbehandlung darstellen.²⁷⁸ Daraus lässt sich aber meines Erachtens keine allgemein gültige Aussage hinsichtlich einer Bevorzugung des Aktionärs innerhalb des Konzerns aufgrund seiner Beteiligung ableiten.

Angesichts fehlender expliziter Regelungen zum Konzern kann in Österreich keine generelle Sonderstellung des Aktionärs, der zugleich herrschendes Unternehmen ist, abgeleitet werden. Folglich ist es in Österreich ausschließlich durch Berücksichtigung der konkreten Umstände im Einzelfall möglich, eine Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung zu rechtfertigen.

²⁷⁵ Für Deutschland siehe nur *Zöllner* in *KölnerKomm*³ § 243 Rz 163; für Österreich siehe nur *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 47 a Rz 24

²⁷⁶ §§ 308, 311, 320 dAktG.

²⁷⁷ Gegenüber der Gesellschaft §§ 302, 311, 317, 324 Abs 3 dAktG; gegenüber den außenstehenden Aktionären §§ 304 ff; § 317 Abs 1 Satz 2, § 320 b dAktG.

²⁷⁸ AA *Zöllner* in *KölnerKomm*³ § 243 Rz 165.

F. Treuepflichten

1. Treuepflichten bei Kapitalgesellschaften?

Im Gegensatz zum Gleichbehandlungsgebot, für welches sich in § 47 a zumindest im Aktiengesetz eine explizite Regelung finden lässt, mangelt es überhaupt an einer ausdrücklichen Normierung von Treuepflichten für Kapitalgesellschaften. Aufgrund höchstgerichtlicher Rechtsprechung wurden Treuepflichten bislang nur für die GmbH festgestellt, allerdings nicht für die AG.²⁷⁹ Dennoch werden zwischen Gesellschaft und Gesellschafter (Pflicht zur Verfolgung des Verbandszweckes) sowie zwischen den Gesellschaftern untereinander (Schutzpflichten gegenüber den Vertragspartnern) geltende Pflichten durch Auslegung der Satzung zumindest dem Grunde nach für diese ebenso anerkannt.²⁸⁰ Auch in Deutschland hat der BGH die Treuepflichten der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft bzw jene der Gesellschafter untereinander nicht nur für die GmbH, sondern außerdem für die AG anerkannt, wobei er betont, dass für das Vorliegen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht nicht primär auf die Rechtsform der Gesellschaft abzustellen ist, sondern dass vielmehr die innere Struktur und Organisation maßgeblich ist.²⁸¹

²⁷⁹ Grundlegend OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80, SZ 53/172, womit Grundsätze, welche die Treuepflichten kennzeichnen, auch für die GmbH anerkannt wurden; OGH 18.12.1987, 6 Ob 695/87, SZ 60/285, wonach die Grundsätze der Treuepflichten auch im GmbH-Recht auf die Voraussetzungen zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern gemäß § 16 Abs 2 GmbHG zu übertragen sind; OGH 22.11.1988, 5 Ob 626/88, JBl 1989, 254, wonach die Treuepflicht dem Gesellschafter einer GmbH eine angemessene Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Mitgesellschafter auch bei Ausübung des Stimmrechtes in der Generalversammlung gebietet; OGH 13.07.1995, 6 Ob 570/94, SZ 68/129, wonach im Innenverhältnis durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages zwischen den Gründern besondere Schutzpflichten und Treuepflichten entstehen, deren Verletzung zum Schadenersatz verpflichtet.

²⁸⁰ *Kalss*, Höchststimmrecht 113; *Kalss/Bachner*, Handkommentar zur Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung § 8 SpaltG Rz 12; *Reich-Rohrwig*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141; *Schwarz*, Zuständigkeit der Hauptversammlung zu Strukturmaßnahmen, ecolex 1997, 670; *Thöni*, Sittenwidrigkeit von GmbH-Gesellschafterbeschlüssen – Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund, wbl 1992, 359 f; *Thöni*, Verantwortlichkeit der Aktionäre für die Stimmrechtsausübung, ecolex 1994, 230.

²⁸¹ Siehe nur die richtungweisende Entscheidung des BGH 01.02.1988, II ZR 75/87, ZIP 1988, 301 ff: „Eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht besteht auch zwischen den Aktionären. Der Senat hat für die GmbH anerkannt, daß nicht nur die rechtlichen Beziehungen untereinander von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bestimmt sein können. Den Grund für diese Annahme hat er nicht nur darin gesehen, daß bei der GmbH Ausgestaltung, Organisation und wirtschaftliche Betätigung häufig in erheblichem Maße dem unmittelbaren Einfluß ihrer

Fest steht jedenfalls, dass ein Bedarf nach über das Gleichbehandlungsgebot hinausgehenden Treuepflichten gegeben ist, da jenes die Mitgliedschaft des Gesellschafters vor Verletzungen durch Gesellschaftsorgane (beispielsweise durch die Hauptversammlung bei der AG) nicht ausreichend schützt. Einerseits erlaubt nämlich das Gesellschaftsrecht selber Abweichungen, andererseits ist nicht stets eine Ungleichbehandlung gegeben, wenn in sich aus der Gesellschafterstellung ergebende Rechte eingegriffen wird.²⁸² Darüber hinaus erlaubt die Heranziehung von Treuepflichten flexible Lösungsansätze, was insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten von Bedeutung sein kann.²⁸³ Meines Erachtens zu Recht schlägt daher *Zöllner* vor, in den Treuepflichten die „Chance eines einheitlichen Ansatzes für Problemlösungen“²⁸⁴ zu sehen.

Gesellschafter unterliegen und ihre Struktur daher der Personenges stark angenähert sein kann, sondern auch in der für die Gesellschaftermehrheit bestehenden Möglichkeit, durch Einflußnahme auf die Geschäftsführung die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, die als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht verlangen, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen (BGHZ 65m 15m 18m 19; vgl auch schon BGHZ 14, 25, 38). Für die AG ist der Senat zwar von dem Bestehen einer Treupflicht zwischen Ges und Gesellschaftern ausgegangen (vgl BGHZ 14, 25, 38). Für das Verhältnis der Aktionäre untereinander hat er hingegen das Bestehen einer Treupflicht iS einer über die allgemeinen Rechtsgrundsätze der §§ 226, 242 und 826 BGB hinausgehenden Bindung verneint (vgl BGHZ 18, 3590, 365; JZ 1976, 561, 562). Diese Annahme beruht auf einer Überbewertung der körperschaftlichen Struktur der AG, die zu der Vorstellung geführt hat, Rechtsbeziehungen bestünden nur zwischen der Ges und den Aktionären [...] Demgegenüber ist mit dem neueren Schrifttum [...] anzuerkennen, daß auch das Verhältnis der Mitglieder einer Korporation untereinander den Charakter einer Sonderverbindung haben kann. Auch bei der AG hat ein Mehrheitsgesellschafter die Möglichkeit, durch Einflußnahme auf die Geschäftsführung die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, so daß auch hier als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht zu fordern ist, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen. Es kann ferner nicht verkannt werden, daß auch eine AG ähnlich einer GmbH organisatorisch ausgestaltet sein und daher einer Personenges nahekommen kann. Daß es für die Annahme einer gesellschaftsrechtlichen Treupflicht nicht auf die Rechtsform der Ges, sondern im wesentlichen nur auf ihre innere Struktur ankommen kann, zeigen auch die Beispiele, in denen die Rechtsform einer Ges umgewandelt wird, ihre innere Struktur und Organisation aber erhalten bleibt. Es erscheint in der Tat nicht verständlich, gesellschaftsrechtliche Treupflichten der Aktionäre der AG zu verneinen, nach deren Umwandlung in eine Personenges unter Beibehaltung ihrer inneren Struktur und Organisation eine Treupflicht der Gesellschafter jedoch zu bejahen [...] Es darf aber dabei nicht verkannt werden, daß die Gesellschafterpflichten eines Kleinaktionärs idR nicht von der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht bestimmt werden.“

²⁸² Dem von Teilen der Lehre vorgebrachten Grund, dass nur die Gesellschaft zur Geltendmachung bei Verletzungen des Gleichbehandlungsgebotes berechtigt ist, kann nicht pauschal gefolgt werden; siehe dazu *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ § 53 a Rz 14.

²⁸³ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht 157.

²⁸⁴ *Zöllner*, Treuepflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht, ZHR 162 1998, 246.

Freilich ist aber vor allem für die deutsche Rechtslage zu betonen, dass Vorsicht vor einer extensiven Interpretation von Treuepflichten geboten ist, denn die Regelungen über die Nachteilszufügung bzw den Nachteilsausgleich beinhalten eine grundsätzliche Entscheidung für eine Privilegierung faktischer Unternehmensverbindungen, welche nicht unberücksichtigt hinter die allgemeinen Treuepflichten gedrängt werden dürfen.²⁸⁵ Es ist aber meines Erachtens genauso wenig eine Spezialität der Regelungen des § 311 dAktG (und schon gar nicht der aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen herzuleitenden Rechtslage in Österreich) anzunehmen, für welche es keinen sachlichen Grund gäbe. Vielmehr ist ein Nebeneinander der Treuepflichten als Fundament und Maßstab für die Verhaltensweise der Gesellschafter auf der einen und die Regelungen zur Nachteilszufügung auf der anderen Seite zu sehen.

Der Begriff der Treuepflicht greift weiter als jener der Gleichbehandlung. In ihm treffen die Grundsätze von Treu und Glauben, des redlichen Verkehrs sowie der Einhaltung der guten Sitten zusammen, wobei das Ausmaß der personalistischen Ausrichtung der Gesellschaft die Höhe der Anforderungen an die Treuepflichten bestimmt.²⁸⁶ Diese verbieten nicht nur Handlungen, die eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Gesellschaftern zur Folge haben, sondern beinhalten ein generelles *Schädigungsverbot* der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft; gebunden daran sind sowohl Mehrheits- als auch Minderheitsaktionäre.²⁸⁷ Die Treuepflichten als ein Streben nach Verwirklichung des Gesellschaftsinteresses zu bezeichnen, erscheint wenig ergiebig, denn dieses kann je nach Realstruktur der Gesellschaft und der konkret zu treffenden Entscheidung erheblich variieren.²⁸⁸ Teile der Lehre lesen aus den Spezialfällen der §§ 100 f und 195 Abs 2 AktG, welche bei Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile eine Schadenersatzpflicht bzw die Anfechtbarkeit des die

²⁸⁵ Paschke, Treuepflichten im Kapitalgesellschaftsrecht, in FS Serick 327.

²⁸⁶ Strasser in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 102 Rz 10.

²⁸⁷ Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 47 a Rz 35.

²⁸⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 61 Rz 5.

Grundlage bildenden Hauptversammlungsbeschlusses normieren, eine verallgemeinerungsfähige Wertung heraus.²⁸⁹

Die genaue Bedeutung der Treuepflicht lässt sich pauschal nicht erfassen. Es hängt vielmehr von den besonderen Umständen des Einzelfalles ab, ob ein Gesellschafter mit seinem Verhalten die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft oder den Mitgesellschaftern verletzt.²⁹⁰

2. Interessenkonflikte als Voraussetzung für Treuepflichten

Kapitalgesellschaften sind juristische Personen, dh sie sind Träger von Rechten und Pflichten. Es wäre aber falsch, daraus zu schließen, dass eine juristische Person eigene Interessen verfolgt, welche sich von der Gesamtheit der Interessen ihrer Gesellschafter unterscheiden,²⁹¹ denn die Gesellschaft wird durch Vertrag gegründet und ist in ihren Interessen stets nur Träger der an ihr interessierten Menschen.²⁹² Sowohl ihre Entstehung als auch ihre Auflösung sind dem Willen der Anteilseigner unterworfen, folgerichtig gibt es keinen gegen den Willen der Gesellschafter existierenden Bestandschutz.²⁹³ Das Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen einzurichten, ist mit der für Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich fehlenden persönlichen Haftung der Gesellschafter zu begründen. Darin ein eigenes Interesse der Gesellschaft erkennen zu wollen, wäre meines Erachtens daher verfehlt.

Die Frage nach einer Verletzung der Treuepflichten stellt sich jedoch nur bei der Kollision unterschiedlicher Interessen, da es keinen Sinn machen würde, bei der Verfolgung gleichlaufender Interessen von Treuepflichten sprechen zu wollen.

²⁸⁹ Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 47 a Rz 31.

²⁹⁰ OGH 10.04.2008, 6 Ob 37/08x, GesRZ 2008,238 (Thöni).

²⁹¹ OGH 29.03.1990, 6 Ob 704/89, ecolex 1990, 419: „Die gesamte Geschäftspolitik und Wirtschaftsstrategie einer GmbH wird – innerhalb der gesetzlichen Grenzen – autonom durch die Gesellschafterversammlung festgelegt, überwacht und gebilligt. Was [...] mit dem Willen der Gesellschafterversammlung geschehen ist, mag im wirtschaftlichen Ergebnis objektiv nachteilig sein, kann aber keine Verletzung der Gesellschafterinteressen darstellen. Das Verhalten des Alleingesellschafters [...] ist denotwendigerweise voll vom Willen der Gesellschafterversammlung getragen“; aA Jabornegg, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, wbl 1989, 48.

²⁹² Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 61 Rz 5.

²⁹³ Koppensteiner, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, wbl 1988, 3.

Das Vorliegen von Interessenkonflikten stellt vielmehr eine dem Wesen der Treuepflichten immanente Voraussetzung dar.

Derartige Interessenkonflikte können, wie oben erwähnt, zwischen Gesellschaft und Gesellschafter (Pflicht zur Verfolgung des Verbandszweckes) oder zwischen den Gesellschaftern untereinander (Schutzpflichten gegenüber den Vertragspartnern) bestehen. Freilich ist die Vornahme einer klaren Differenzierung der Treuepflichten weder möglich, noch wäre dies dogmatisch zweckdienlich. Es liegt vielmehr eine „innerliche Verschränkung“ zwischen diesen beiden Aspekten vor.

3. Treuepflichten zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern

Die Existenz von Treuepflichten zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern ist mittlerweile unstrittig. Da eine präzise Umschreibung der Treuepflichten nicht möglich ist, bedarf es einer Erfassung nach durch die Judikatur entschiedenen Fällen. Beispielsweise entschied das OLG Wien, dass die Mitgesellschafter einer GmbH – im Gegensatz zu den Geschäftsführern – keinem gesetzlichen Wettbewerbsverbot unterliegen.²⁹⁴ Aus der bloßen Tatsache, dass der Mitgesellschafter der A-GmbH bei einem Konkurrenzunternehmen B geschäftsführender Gesellschafter ist, lässt sich demnach noch keine Verletzung der Treuepflicht gegenüber der A-GmbH ableiten. Ein Verstoß wird allerdings in Fällen zu bejahen sein, in denen spezifisches, sich aus der Mitgesellschafterstellung ergebendes Wissen von Seiten des Gesellschafters dazu verwendet wird, besondere Vorteile zu erlangen oder Benachteiligungen für die A-GmbH bzw für deren Mitgesellschafter herbeizuführen.

Auch die Ausnutzung von Geschäftschancen der Gesellschaft durch den Gesellschafter kann gegen die Treuepflichten verstoßen. In die Ausnutzung von Geschäftschancen sind auch die faktisch größeren Informationsbeschaffungsmöglichkeiten des herrschenden Gesellschafters mit

²⁹⁴ OLG Wien 3.2.1993, 6 R 85/92, NZ 1993, 128; siehe auch *Thöni*, Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1987, 92 mwN.

einzuberechnen.²⁹⁵ Beispielsweise ist es einem Anteilseigner untersagt, einen Vertragspartner der Gesellschaft zu einem Bruch des Rechtsgeschäftes zu bewegen, um selbst in den Vertrag einzutreten.²⁹⁶ Dem ist iS der bereits oben erfolgten Erläuterungen hinzuzufügen, dass eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht nicht nur aufgrund der Verschaffung von aus der Gesellschaft bezogenem Wissen und der Erlangung von Sondervorteilen herbeigeführt werden kann, sondern auch durch die Verwertung derartigen Wissens zum Nachteil der Mitgesellschafter verwirklicht wird. Allerdings ist in diesem Zusammenhang den Ausführungen *Reich-Rohrwig* zu folgen, der feststellt, dass es sich bei dem gewonnenen Wissen um Spezialkenntnisse handeln muss, welche nicht allzu leicht erlangbar sein dürfen.²⁹⁷ Daher werden beispielsweise in öffentlichen Listen frei zugängliche Preise oder Adressverzeichnisse, welche eine Preisunterbietung bzw das Abwerben von Kunden erst ermöglichen, keinen Verstoß gegen Treuepflichten begründen können.

4. Treuepflichten zwischen den Gesellschaftern

Die Treuepflichten des Gesellschafters sind nicht auf das Verhältnis zur Gesellschaft beschränkt, sondern es bestehen auch wechselseitige Rechte und Pflichten zwischen den Gesellschaftern untereinander. Dies ist mittlerweile unstrittig und sowohl für die GmbH als auch für die AG anerkannt.²⁹⁸ Der OGH hat in einer Entscheidung selbst ausgedrückt, dass der Inhalt der Treuepflichten darin besteht, dass auf gesellschaftliche Interessen anderer Mitbeteiligter Rücksicht genommen werden muss.²⁹⁹ Eine Begründung für die Treuepflichten gegenüber den Mitgesellschaftern kann in der gemeinsamen Mitgliedschaft zur

²⁹⁵ *Reich-Rohrwig*, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, in FS Frotz 394.

²⁹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 61 Rz 10.

²⁹⁷ Dies gilt freilich nicht für die Fälle, in denen schon allgemeine wettbewerbsrechtliche Überlegungen zur Sittenwidrigkeit führen, siehe *Reich-Rohrwig*, in FS Krejci 820 ff.

²⁹⁸ *Reich-Rohrwig*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von der Judikatur bejaht, wbl 1988, 141; zum mittlerweile überholten Meinungsstand siehe nur *Reich-Rohrwig*, Gerichtliche Abberufung von GmbH-Geschäftsführern, JBl 1981, 193.

²⁹⁹ OGH 20.03.1997, 2 Ob 41/97m, SZ 72/160.

Gesellschaft und einer dadurch hervorgerufenen gegenseitigen Abhängigkeit der Gesellschafter gesehen werden.

Die Treuepflichten zwischen den Gesellschaftern beschränken sich keineswegs auf bloß passive Verpflichtungen (Unterlassungen), sondern es können sich vielmehr auch positive Stimmpflichten ergeben, wodurch zur Überwindung von Blockadepositionen beigetragen werden soll.³⁰⁰ Ein typisches Beispiel für eine solche positive Verpflichtung stellt die Mitwirkung bei der Beseitigung von Gründungsmängeln dar. Auch bei der Abtretung von Geschäftsanteilen kann die Pflicht zur Zustimmung bestehen.

5. Rechtsfolgen bei Treuepflichtverletzungen

a. Deutschland

Die hL in Deutschland geht davon aus, dass einerseits *vertretbare* Treuepflichtverstöße gemäß § 276 BGB existieren, welche Anfechtbarkeit und Schadenersatzpflichten mit sich ziehen. Ein solcher vertretbarer Treuepflichtverstoß läge beispielsweise vor, falls sich ein Aktionär das ihm zustehende Recht einer Anfechtungsklage durch Zahlung des Großaktionärs abkaufen ließe, anstatt die Zahlung von der AG zu erhalten.³⁰¹ Andererseits existieren nach deutscher hL *nicht vertretbare* Treuepflichtverstöße, bei welchen als Rechtsfolge Nichtigkeit eintritt.³⁰² Diese Rechtsfolgen werden unter Hinweis auf praktische Konsequenzen zu begründen versucht: Vor allem bei Gesellschaften mit wenigen Anteilseignern kann dadurch ein gültiger Gesellschafterbeschluss auch dann zustande kommen, wenn ausnahmsweise eine Pflicht zur positiven Stimmabgabe besteht und Opponenten ihre Mitwirkung versagen. Nach der deutschen Lehre werden diese Stimmen einfach nicht mitgezählt.

³⁰⁰ Fuchs, Aktiengattungen, Sonderbeschlüsse und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, FS Immenga 598 ff.

³⁰¹ Lutter, Die Treuepflicht des Aktionärs ZHR 153 1989, 466.

³⁰² Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 53 a Rz 12.

b. Österreich

aa. Anfechtbarkeit

Für das österreichische Gesellschaftsrecht wird größtenteils die Auffassung vertreten, dass treuwidrig abgegebene Stimmen nicht absolut nichtig sind, sondern dass ein auf diese Weise zustande gekommener Beschluss vielmehr nur anfechtbar ist.³⁰³ Darüber hinaus können Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche sowie im Einzelfall auch Leistungsklagen auf Zustimmung geltend gemacht werden.³⁰⁴ Dieser Auffassung ist zu folgen und sie wird auch vom OGH judiziert.³⁰⁵ Bei Verhinderung des Beschlusses richtet sich die Klage auf positive Vornahme der Handlung.

bb. Schadenersatz bei der GmbH

Neben der Anfechtbarkeit ist bei Erfüllung der Voraussetzungen auch ein Schadenersatzanspruch zu bejahen, der nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern gegebenenfalls auch gegenüber dem sich treuwidrig verhaltenden Gesellschafter geltend gemacht werden kann.³⁰⁶ Gleichzeitig ist aber der Ermessensspielraum zu berücksichtigen, welcher den Gesellschaftern im Zuge ihrer Entscheidungsfindung zusteht, denn bei Entscheidungen der Gesellschaft handelt es sich meist um Zweckmäßigkeitsentscheidungen, welche keiner richterlichen Kontrolle unterliegen. Rechtswidrigkeit kann bei Weisungsbeschlüssen gegenüber dem Geschäftsführer daher nur dann vorliegen, wenn die Gesellschafter das ihnen eingeräumte Ermessen überschreiten. Jedenfalls ist sowohl im Falle der Verletzung zwingender Gläubigerschutznormen (zB aufgrund von Verstößen gegen § 25 Abs 3 GmbHG) Rechtswidrigkeit

³⁰³ *Koppensteiner*, Treuwidrige Stimmabgaben bei Kapitalgesellschaften, ZIP 1994, 1325; *Schärf*, Die aktienrechtliche Treuepflicht zwischen den Aktionären, GesRZ 1990, 181; aM *U Torggler*, Treuepflichten 140 ff.

³⁰⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 61 Rz 14, 21.

³⁰⁵ OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80, SZ 53/172.

³⁰⁶ *Thöni*, Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1987, 89.

gegeben als auch bei Veranlassung pflichtwidrigen Verhaltens der Geschäftsführung durch den beherrschenden Gesellschafter, ohne dass zunächst die Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung damit befasst worden wäre.³⁰⁷ Derartige Verstöße gegen die Kompetenzverteilung innerhalb der Gesellschaft tragen die Treuwidrigkeit in sich. Auf Verschuldensebene ist der Auffassung zu folgen, dass der besondere Sorgfaltsmaßstab für Geschäftsführer anzuwenden ist. Entsprechend der hier vertretenen Sichtweise, dass treuwidrig zustande gekommene Beschlüsse zunächst angefochten werden müssen, entfalten diese bei Unterlassung der Anfechtung Verbindlichkeit für die Gesellschaft.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der *actio pro socio*.³⁰⁸ Zumindest in Fällen, in denen keine Minderheitenklage gemäß § 48 GmbHG eingebracht werden kann, ist ein Bedarf nach einer solchen Klage argumentierbar. Allerdings ist wohl eher davon auszugehen, dass die Klagemöglichkeit von einer bestimmten Beteiligungshöhe abhängig gemacht werden sollte. Im Gegensatz zum deutschen Recht ist daher für die österreichische Rechtsordnung zumindest eine unbedingte Befugnis zur *actio pro socio* abzulehnen. Der OGH schließt die Möglichkeit eines solchen Klagerechtes in einer – wenngleich älteren – Entscheidung explizit aus.³⁰⁹ Abweichende Vereinbarungen können freilich im Gesellschaftsvertrag getroffen werden.³¹⁰

cc. Schadenersatz bei der AG

Im Aktienrecht ist mit § 100 AktG ein eigener Haftungstatbestand normiert, dessen Verhältnis zu den allgemeinen Schadenersatzregelungen einer Erörterung

³⁰⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 61 Rz 14.

³⁰⁸ Für die Anwendbarkeit der *actio pro socio* auch im österreichischen Recht: Hadding, Zur Einzelklagebefugnis des Gesellschafters einer GmbH nach deutschem und österreichischem Recht, GesRZ 1984, 32 ff, 42 f.

³⁰⁹ OGH 31.03.1977, 6 Ob 575/77, SZ 50/51, wonach der Gesellschafter nicht das Recht hat, „selbständig auf andere Weise (als durch Ausübung des Stimmrechts), etwa durch Klagsführung, die Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Pflichten von der Gesellschaft zu erzwingen. Daher ist der einzelne Gesellschafter „niemals befugt, die Gesellschaft, insbesondere auch in Rechtsstreitigkeiten gegen den Geschäftsführer zu vertreten.“.

³¹⁰ Insoweit zutreffend: Hadding, Zur Einzelklagebefugnis des Gesellschafters einer GmbH nach deutschem und österreichischem Recht, GesRZ 1984, 42.

bedarf und der zwei maßgebliche Tatbestandsmerkmale festlegt: Einerseits muss eine Anstiftung der Vorstandsmitglieder oder der Aufsichtsratsmitglieder vorgenommen worden sein, welche geeignet ist, der Gesellschaft Nachteile iSd § 1293 ABGB zuzufügen; andererseits muss, wie stets bei einer Schadenersatzforderung, auch tatsächlich ein Schaden entstanden sein.

Die Problematik des Schadenersatzanspruches nach §§ 100 f AktG liegt in der Bestimmung des § 101 Abs 3 AktG, welcher den Schadenersatzanspruch bei Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung ausschließt.³¹¹ Bei rein wörtlicher Betrachtung könnte diese Bestimmung so verstanden werden, dass dadurch die Treuepflichten eingeschränkt werden. Die meines Erachtens richtige Ansicht führt jedoch dagegen ins Treffen, dass § 101 Abs 3 AktG aus dem Jahre 1937 stammt und zu dieser Zeit noch keine Treuepflichten bekannt waren.³¹² Die Einschränkung des § 101 Abs 3 AktG ist daher eng auszulegen und bedeutet keinesfalls, dass dadurch ein Schadenersatzanspruch wegen Verletzung der Treuepflicht ausgeschlossen ist. Die restriktive Auslegung des § 101 AktG führt vielmehr zum Resultat, dass die §§ 100 f AktG nur dann ausgeschlossen sind, wenn ein etwaiger Schaden durch die Anfechtung gemäß § 195 AktG vollständig beglichen wurde. Die §§ 100 f AktG stellen also keine *lex specialis* zu anderen Ansprüchen dar. Dies wird auch durch einen Teil der Lehre bekräftigt, indem neben dem Anwendungsbereich des § 101 Abs 3 AktG weiterhin Schadenersatzpflichten gemäß § 1295 Abs 2 ABGB bei sittenwidriger oder rechtsmissbräuchlicher Stimmausübung bejaht werden.³¹³ Partiiell wird dabei jedoch die Auffassung vertreten, dass auf den Nachweis der Schädigungsabsicht, der gemäß § 1295 Abs 2 ABGB erforderlich ist, verzichtet werden kann.³¹⁴

³¹¹ In Deutschland existiert dazu die parallele Bestimmung des § 117 dAktG, deren Bedeutung allerdings durch die Existenz eines eigenen Konzernrechtes (dAktG 1965) stark limitiert ist.

³¹² Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 47 a Rz 48.

³¹³ Kalss, Das Höchststimmrecht als Instrument zur Wahrung des Aktionärseinflusses 137; Thöni, Sittenwidrigkeit von GmbH-Gesellschafterbeschlüssen – Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund, wbl 1992, 359.

³¹⁴ Becker, Treuepflichten im Körperschaftsrecht, ÖJZ 1999, 797; Thöni, Verantwortlichkeit der Aktionäre für die Stimmrechtsausübung, ecolx 1994, 232 f.

6. Treuepflichten bei der Einmann-GmbH

Während das Bestehen von Treuepflichten bei Kapitalgesellschaften im Allgemeinen überwiegend bejaht wird, ist das Vorliegen derartiger Verpflichtungen bei 100%igen Tochtergesellschaften einer GmbH umstritten. Allerdings existiert gerade hier eine erhebliche praktische Relevanz, da die Einmann-GmbH innerhalb des Gesellschaftsrechtes einen überaus bedeutenden Stellenwert einnimmt.³¹⁵

Meines Erachtens ist die Anwendbarkeit von Treuepflichten auf die Einmann-GmbH zu verneinen. Die Begründung kann in den Grundlagen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten gefunden werden, wonach Vertrauen und Verantwortung aufgrund einer Machtposition gegenüber den Mitgesellschaftern bestehen. Fehlen nun die Mitgesellschafter, so erscheint das Vorliegen eigener, von den Interessen des Gesellschafters unabhängiger Interessen undenkbar.³¹⁶ *Zöllner* verneint das Vorliegen von Treuepflichten bei der Einmann-GmbH und merkt darüber hinaus kritisch an, dass Befürworter bei 100%igen Tochtergesellschaften offenbar die Wurzeln dieses Prinzips aus den Augen verloren hätten.³¹⁷ Auch die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung lehnt die Anwendbarkeit der Treuepflichten auf die Einmann-GmbH mit Verweis auf die Nichtanwendbarkeit des Haftungssystems des Aktienkonzernrechtes ab.³¹⁸

³¹⁵ In Deutschland sind rund 45 % aller GmbH Einmanngesellschaften, weitere 37 % haben nur zwei Gesellschafter, wobei die Anteilseigner oftmals Ehepartner sind, siehe dazu *Burgard*, Die Förder- und Treupflicht des Alleingesellschafters einer GmbH – Überlegungen zu einer gläubigerschützenden Corporate Governance bei der GmbH, ZIP 2002, 828; in Österreich sind rund 29 % der GmbH Einmann-GmbH, rund 64 % haben zwei bis vier Gesellschafter, siehe dazu *Reich-Rohrwig*, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, FS Frotz 394.

³¹⁶ *Ulmer*, Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern, ZHR 148 1984, 416 ff.

³¹⁷ *Zöllner*, Treupflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht, ZHR 162 1998, 239.

³¹⁸ BGH 17.9.2001, II ZR 178/99, BGHZ 149, 10, „Bremer Vulkan“.

G. Eigenkapitalersatz im Konzern

1. EKEG 2004

Eine weitere Grundlage allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen, welche für die Herleitung des Verbotes der Nachteilszufügung im Konzern maßgeblich sind, bilden die Regelungen über das Eigenkapitalersatzrecht. Sie sind auf Eigenkapital ersetzende Gesellschafterfinanzierungen, welche nach dem 31.12.2003 erfolgt sind, anzuwenden und sowohl für die GmbH als auch für die AG relevant.³¹⁹

Den Gesellschaftsorganen verbleibt grundsätzlich ein Beurteilungsspielraum, welche Finanzierungsform sie aus betriebswirtschaftlicher Sicht als die beste erachten. Die Zuführung von Fremdkapital, insbesondere in Form von Darlehen, stellt dabei ein typisches Finanzierungsinstrument dar. Befindet sich das Unternehmen jedoch in einer Krise,³²⁰ so besteht bei Gesellschafterkrediten die Gefahr, dass das Risiko der Uneinbringlichkeit auf die Gesellschaftsgläubiger verlagert wird, da die Gesellschafter nach der Kreditvergabe Rückforderungsansprüche geltend machen und dadurch den Haftungsfonds der Gläubiger schmälern könnten. Aus diesem Grund sollen vonseiten der Gesellschafter in der Krise eingeräumte Kredite teilweise als *Eigenkapital* und nicht als *Fremdkapital* behandelt werden, wie dies sonst üblich wäre.³²¹ Darauf nimmt § 1 EKEG Bezug, indem er einen Kredit als Eigenkapital ersetzend definiert, wenn dieser der Gesellschaft in der Krise von einem Gesellschafter gewährt wird.

Das EKEG strebt neben der Schaffung von Rechtssicherheit danach, einen Interessenausgleich zwischen der dem Kredit gewährenden Gesellschafter zustehenden Finanzierungsfreiheit auf der einen sowie den schützenswerten Gläubigern der Kapitalgesellschaft auf der anderen Seite zu schaffen.

Dieser Intention entsprechend sollen nicht alle Formen von Krediten vom Anwendungsbereich erfasst sein. So sieht § 3 Abs 1 Z 1 EKEG vor, dass

³¹⁹ § 18 EKEG.

³²⁰ § 2 EKEG.

³²¹ Reich-Rohrwig, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, eolex 2004, 106.

Geldkredite, welche für eine Laufzeit von weniger als 60 Tagen gewährt werden, nicht als Kredite iSd § 1 EKEG gelten. Allerdings sind gerade beim Konzern die Grenzen zu Umgehungsgeschäften zu beachten, bei denen kurzfristige Darlehen vonseiten verschiedener Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellt werden, wobei im Einzelfall die 60-tägige Frist nicht überschritten wird. Werden mehrere kurzfristige Darlehensgeschäfte abgeschlossen, so sind diese bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 9 EKEG als „Kettenkreditverträge“ zu qualifizieren,³²² auf welche die Regelungen des EKEG sehr wohl Anwendung finden.

Nach der Absicht des Gesetzgebers soll darüber hinaus nicht jede Art von Gesellschafter vom EKEG erfasst sein. Als Gesellschafter gilt gemäß § 5 Abs 1 Z 1-3 EKEG, wer

- an einer Gesellschaft kontrollierend (Z 1) *oder*
- mit einem Anteil von zumindest 25 % beteiligt ist, und zwar bei einer Kapitalgesellschaft am Nennkapital, bei einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung am Geschäftsanteilkapital und bei einer Personengesellschaft am Gesellschaftsvermögen (Z 2), *oder*
- wie ein Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, einen beherrschenden Einfluss auf eine Gesellschaft ausübt, selbst wenn er an dieser nicht beteiligt ist; kreditvertragstypische Informations- und Einflussrechte sowie Sicherheiten bleiben hierbei außer Betracht (Z 3).

§ 5 Abs 1 Z 2 EKEG legt also fest, dass die Regelungen über das Eigenkapitalersatzrecht ab einem Anteil von zumindest 25 % an der Kreditnehmenden Gesellschaft anzuwenden sind. Damit ist für die hier interessierenden Kapitalgesellschaften die Quote am Grund- bzw Stammkapital gemeint. Die Festsetzung der Anteilsquote von zumindest 25 % ist insofern bemerkenswert, als in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung jedenfalls eine Beteiligungsquote von 20 % als ausreichend angesehen wurde³²³ und im Einzelfall schon eine

³²² In Analogie zu den sogenannten „Kettenmietverträgen“.

³²³ OGH 30.10.1997, 8 Ob 254/97d.

Beteiligung von 9,6 % genügt hat, um die Regelungen über den Eigenkapitalersatz anzuwenden.³²⁴

Außerdem werden von § 5 Abs 1 Z 3 EKEG auch Personen erfasst, welche gleich einem Gesellschafter einen herrschenden Einfluss ausüben, obwohl sie selbst an der Gesellschaft nicht beteiligt sind. In diesem Fall ist also ein rein faktisches Machtverhältnis ausschlaggebend, wobei zwei Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen: erstens der herrschende Einfluss und zweitens die Stellung als Mehrheitsgläubiger.³²⁵ Damit wird gesetzlich klargestellt, dass auch Nichtgesellschafter von den Bestimmungen zum Eigenkapitalersatzrecht erfasst sind.

§ 5 Abs 2 EKEG definiert den Begriff einer kontrollierenden Beteiligung, die erfüllt sein muss, um eine Gesellschafterstellung iSd § 5 Abs 1 EKEG einzunehmen. Demnach liegt eine kontrollierende Beteiligung vor, sobald

- dem Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte zusteht (Z 1) *oder*
- dem Gesellschafter das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abuberufen (Z 2), *oder*
- der Gesellschafter das Sonderrecht hat, selbst Mitglied des Leitungsorgans zu sein (Z 3), *oder*
- dem Gesellschafter aufgrund eines Vertrages mit einem oder mehreren Gesellschaftern das Recht zur Entscheidung zusteht, wie Stimmrechte der Gesellschafter, soweit sie mit seinen eigenen Stimmrechten zur Erreichung der Mehrheit aller Stimmen erforderlich sind, bei Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans auszuüben sind (Z 4), *oder*
- sie dem Gesellschafter ermöglicht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben; dies wird vermutet, wenn ein Gesellschafter zumindest 25 % der Stimmrechte innehat und kein anderer über eine zumindest gleichwertige Stimmrechtsmacht verfügt (Z 5).

³²⁴ OGH 08.05.1991, 8 Ob S 112/01f.

³²⁵ Arnold H, Eigenkapitalersatz im Konzern, in Handbuch Konzernhaftung 123.

Teile der Lehre vertreten die Auffassung, dass die Aufzählung der Voraussetzungen in § 5 Abs 2 EKEG *taxativ* sei. Dazu ist zu sagen, dass die Norm durch die in ihr enthaltene „kleine Generalklausel“ die von den übrigen Tatbeständen des Abs 2 nicht erfassten Sachverhalte auffängt und der Frage der taxativen Aufzählung *de facto* wenig Bedeutung zukommt.³²⁶

2. Die Bestimmung des § 8 EKEG

Für die vertikal absteigende Kreditgewährung definiert § 8 EKEG zunächst den Begriff des „verbundenen Unternehmens“ und normiert eine Ausweitung der Gesellschafterstellung auch auf mittelbare Beteiligungen, wodurch eine Umgehung der Anwendbarkeit des EKEG durch zwischengeschaltete Gesellschaften hintan gehalten werden soll. Die Bezeichnung ist dabei irreführend, da im Zusammenhang mit § 9 EKEG (siehe III.G.3) der Eindruck entsteht, es würde zwischen verbundenen Unternehmen und dem Konzern unterschieden.³²⁷ Diesem Eindruck zu folgen wäre allerdings falsch, da es sich beim Konzernrecht ja gerade um das Recht der verbundenen Unternehmen handelt.³²⁸ Überdies muss es sich bei den beteiligten Gesellschaften nicht um verbundene Unternehmen gemäß § 228 Abs 3 UGB handeln.

§ 8 EKEG normiert, dass ein Kreditgeber auch dann als Gesellschafter gemäß § 1 EKEG gilt, wenn er

- Anteilsrechte oder sonstige Rechte an einem anderen Rechtsträger als der Kredit nehmenden Gesellschaft besitzt, die mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf diese ermöglichen (Z 1), *oder*
- mittelbar an der Kredit nehmenden Gesellschaft mit einem Anteil von zumindest 33 % beteiligt ist (Z 2) *oder*

³²⁶ Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Kurzkommentar § 5 Rz 6.

³²⁷ Arnold H, Eigenkapitalersatz im Konzern, in Handbuch Konzernhaftung 125.

³²⁸ Harrer, Das neue Eigenkapitalersatzrecht, wbl 2004, 208 f; siehe auch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 115 Rz 8: „Mit dem Ausdruck Konzernrecht meint man das Gesellschaftsrecht der verbundenen Unternehmen.“

- unmittelbar oder mittelbar an einer Gesellschaft kontrollierend beteiligt ist, die mit zumindest 25 % iSd § 5 Abs 1 EKEG an der Kredit nehmenden Gesellschaft beteiligt ist (Z 3).

§ 8 EKEG legt also drei verschiedene Tatbestände fest. Vom Anwendungsbereich sind erstens sogenannte *mittelbar kontrollierende Beteiligungen* umfasst. Darunter werden Anteilsrechte oder sonstige Rechte (zB Privatstiftungen) an einem anderen Rechtsträger als der Kredit nehmenden Gesellschaft verstanden, die mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf diese ermöglichen. Zur Erfüllung dieses Tatbestandes muss die Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft und diese ihrerseits an der Kredit nehmenden Enkelgesellschaft eine kontrollierende Beteiligung gemäß § 5 Abs 1 Z 1 EKEG iVm § 5 Abs 2 EKEG halten. Diese Anteile müssen daher jeweils die Höhe von 50 % überschreiten. Der Hauptanwendungsfall liegt demnach dann vor, wenn die Großmuttergesellschaft, zB die A-AG, einen Kredit an die Enkelgesellschaft, zB die C-GmbH, vergibt (siehe Abbildung 1).³²⁹ Richtigerweise ist der Tatbestand auch bei entfernteren vertikalen Kreditvergaben (zB zwischen der Ururgroßmuttergesellschaft und der Ururenkelgesellschaft) anzuwenden, denn auch dort existiert die Möglichkeit zur mittelbaren Einflussnahme bei Vorliegen einer kontrollierenden Beteiligung.³³⁰ Um der von Kreditinstituten geübten gängigen Praxis entgegenzuwirken, zwischengeschaltete Privatstiftungen zur Umgehung des Eigenkapitalersatzrechtes einzusetzen, hat der Gesetzgeber die unpassenden Begriffe der kontrollierenden Beteiligung und des dazwischengeschalteten Rechtsträgers vermieden.³³¹

Zweitens erfasst § 8 Abs 2 EKEG auch eine Gesellschaft, die an der Kredit nehmenden Gesellschaft mittelbar mit einem Anteil von zumindest 33 % beteiligt ist (siehe Abbildung 2). Hier ist der Kreditgeber A zwar an der zwischengeschalteten Gesellschaft B nicht kontrollierend beteiligt, allerdings hält

³²⁹ Siehe eingehend dazu *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Kurzkomentar § 8 Rz 4 f, 8, 12; *Hochedlinger*, Privatstiftungen im Lichte des EKEG, GesRZ 2004, 372 ff.

³³⁰ *Schopper* in *Schopper/Vogt* (Hrsg), EKEG-Komentar § 8 Rz 9.

³³¹ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Kurzkomentar § 8 Rz 4.

diese einen sehr hohen Anteil an der Enkelgesellschaft C. In diesem Fall erscheint die Auferlegung einer Finanzierungsverantwortung trotz Fehlens einer unmittelbaren Kontrolle als sachgerecht, da vom Vorliegen eines bedeutenden wirtschaftlichen Interesses am Erfolg der Sanierung auszugehen ist.³³² Ob eine zumindest 33 % erreichende Beteiligung vorliegt, ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Richtigerweise hat sie aus der Durchrechnung der Anteile (Multiplikation des Anteils von A an B mit dem Anteil von B an C dividiert durch 100) zu erfolgen,³³³ weswegen es im Anwendungsbereich des § 8 Abs 2 EKEG sinnvoll erscheint, von einer *durchgerechnet mittelbaren Beteiligung von zumindest 33 %* zu sprechen.

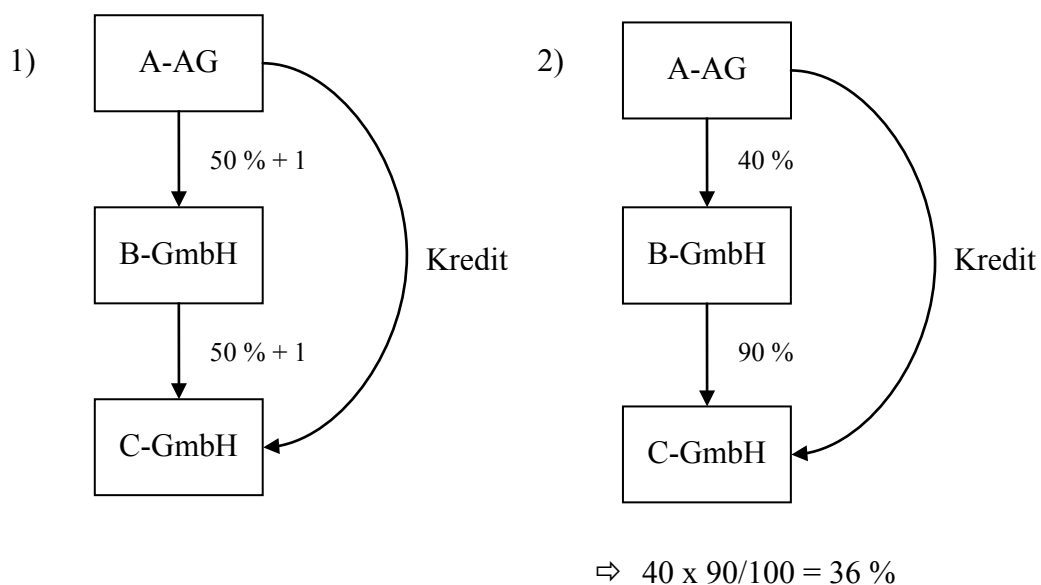


Abbildung 1: Mittelbar kontrollierende Beteiligung

Abbildung 2: Durchgerechnet mittelbare Beteiligung von zumindest 33 %

Der dritte Anwendungsfall des § 8 EKEG betrifft die kontrollierende Beteiligung einer Gesellschaft A an einer Gesellschaft B, wobei Letztere mit

³³² *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern – derzeitige Rechtslage und künftiges EKEG, GeS 2002, 9.

³³³ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Kurzkommentar § 8 Rz 4.

zumindest 25 % iSd § 5 Abs 1 EKEG an der Kredit nehmenden Gesellschaft C beteiligt ist. Im Zusammenhang mit § 8 Abs 3 EKEG wird daher auch von einer *kontrollierenden Beteiligung an einem erfassten Gesellschafter* gesprochen. In der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass der Tatbestand der Beteiligung von 25 % an der Kredit nehmenden Gesellschaft C auch bei Zwischenschaltung mehrerer Gesellschaften B₁, B₂, B₃ ... erfüllt ist (siehe Abbildung 3), sofern A an diesen jeweils eine 50 % überschreitende Beteiligung hält.³³⁴

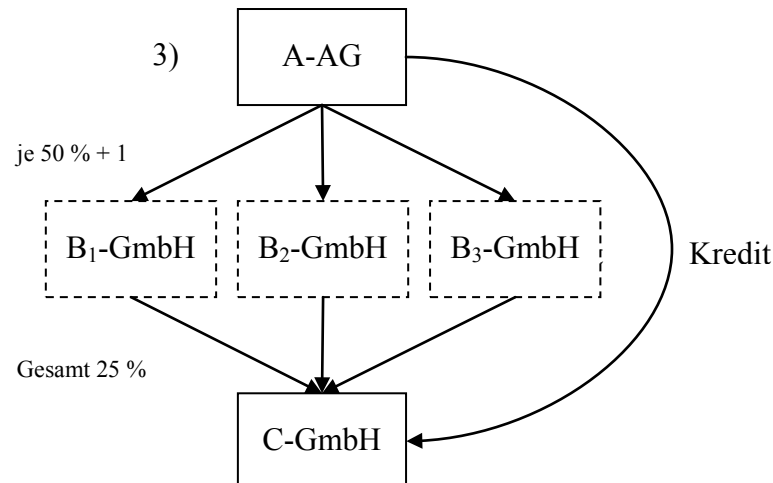


Abbildung 3: Kontrollierende Beteiligung an einem erfassten Gesellschafter

3. Horizontale Kreditgewährung im Konzern gemäß § 9 Abs 1 EKEG

a. Schwestergesellschaften im weiteren Sinn

§ 9 Abs 1 EKEG normiert die Anwendbarkeit des EKEG auch auf horizontale (*side-stream*) Kreditgewährungen an Schwestergesellschaften. Diese Norm ist insbesondere für Schwestergesellschaften im weiteren Sinn von Bedeutung, bei

³³⁴ Siehe nur *Arnold H*, Eigenkapitalersatz im Konzern, in *Handbuch Konzernhaftung* 129.

denen die Frage der Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechtes früher aufgrund des Fehlens einer direkten Beteiligung aneinander nicht eindeutig beantwortet werden konnte.³³⁵ Stehen beispielsweise eine Kredit gebende Gesellschaft B und eine Kredit nehmende Schwestergesellschaft C nur unter der gemeinsamen einheitlichen Leitung oder kontrollierenden Beteiligung einer Muttergesellschaft A, ohne dass eine direkte oder indirekte Beteiligung zueinander existiert, könnte argumentiert werden, dass es völlig unangemessen ist, die Kredit gewährende Schwestergesellschaft B in Krisenzeiten schlechter zu behandeln als andere Gläubiger. Denn B ist weder am Gewinn beteiligt, noch ist es ihr ein sonstiges Anliegen, dass C wirtschaftlich gut positioniert ist.³³⁶ Der Tatbestand der Kreditgewährung gemäß § 9 EKEG will dennoch zumindest jene Fälle erfassen, in denen die Kreditgewährung durch die Schwestergesellschaft B auf Weisung der Muttergesellschaft A erfolgt. Darunter fallen einerseits Kreditgewährungen gemäß § 9 Abs 1 EKEG zwischen Konzernunternehmen (siehe als Beispiel Abbildung 3) und andererseits Kreditgewährungen gemäß § 9 Abs 2 EKEG zwischen Gesellschaften, die zwar nicht in einem Konzernverhältnis zueinander stehen, an denen jedoch eine Person oder eine Personengruppe in der gleichen Weise wie nach § 9 Abs 1 EKEG an der Kredit gebenden bzw an der Kredit nehmenden Gesellschaft beteiligt ist (zB bei Betriebsaufspaltungen). In diesen Fällen soll die Gesellschaft B wie ein erfasster Gesellschafter behandelt werden, weil ihr das Verhalten der Muttergesellschaft A zuzurechnen ist; sie wird sich gerade nicht darauf berufen können, dass sie keine Beteiligung an der Schwestergesellschaft C hält und daher auch kein wirtschaftliches Interesse an einer Kreditgewährung besitzt.

Neben der eben beschriebenen Kreditgewährung zwischen Schwestergesellschaften im weiteren Sinn (*side-stream*) wäre es grundsätzlich bei Erfüllung der Kontrollvoraussetzungen denkbar, dass der Tatbestand des § 9 EKEG auch Kreditgewährungen der Enkelgesellschaft an ihre Muttergesellschaft erfasst, welche auf Weisung der Großmuttergesellschaft (*up-stream*) erfolgen. Die

³³⁵ Schopper in Schopper/Vogt (Hrsg), EKEG-Kommentar § 9 Rz 1.

³³⁶ Klampfl, Cash Pooling – Eigenkapitalersatz und verbotene Einlagenrückgewähr im Konzern 218.

diesbezüglichen Meinungen in der Lehre sind geteilt.³³⁷ Allerdings ist wohl eher die Auffassung zu vertreten, dass von § 9 EKEG keine *up-stream*-Sachverhalte mit umfasst sind,³³⁸ da es in diesem Zusammenhang zu Beweisschwierigkeiten das Tatbestandsmerkmal der Weisung betreffend käme. Bloß faktische Weisungen zwischen der Großmutter- und der Enkelgesellschaft sind jedoch auch nach dem hier vertretenen weiten Verständnis des Weisungsbegriffes nicht umfasst. Die daraus folgende wichtige Konsequenz ist, dass bei *up-stream*-Sachverhalten jedenfalls den Regelungen zur verdeckten Einlagenrückgewähr der Vorzug zu geben ist (siehe zum Verhältnis zwischen Eigenkapitalersatz und verbotener Einlagenrückgewähr III.G.4.3).³³⁹

§ 9 Abs 2 EKEG normiert ergänzend zu Abs 1, dass auch Konstellationen erfasst sein sollen, bei denen jeweils dieselbe Person oder Personengruppe iSd Abs 1 beteiligt ist. Dadurch sollen auch außerhalb eines Konzernverhältnisses angesiedelte Gruppierungen erfasst werden. Für die hier behandelten Konzerngeschäfte ist die Norm allerdings irrelevant, und die folgenden Ausführungen beziehen sich daher ausschließlich auf § 9 Abs 1 EKEG.

b. Problem Vertragskonzern

Das Verhältnis zwischen der die Weisung erteilenden Konzernmutter und der weisungsgebundenen Kreditgeberin ist dadurch gekennzeichnet, dass Erstere eine unmittelbar oder mittelbar kontrollierende Beteiligung an der Zweitgenannten hält. Der Begriff der kontrollierenden Beteiligung bezieht sich dabei auf § 5 Abs 2 EKEG (siehe III.G.1). Die Beurteilung bereitet beim Vertragskonzern Probleme, denn dort stellt sich die Frage, ob es für die Subsumierung unter den Tatbestand von § 9 Abs 1 EKEG ausreicht, dass das Kredit gebende Unternehmen B zwar unter der einheitlichen Leitung von A steht, die Kredit nehmende Gesellschaft C aber nur aufgrund eines Beherrschungsvertrages rechtlich an A gebunden ist. Der

³³⁷ Für eine Anwendung auch auf *up-stream*-Sachverhalte: *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht, Wien 2004, 82 f; dagegen: *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Kurzkommentar § 9 Rz 17.

³³⁸ Siehe auch *Arnold H*, Eigenkapitalersatz im Konzern, in Handbuch Konzernhaftung 136.

³³⁹ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Kurzkommentar § 9 Rz 17.

Wortlaut des § 9 Abs 1 EKEG spricht eher dagegen, indem er explizit darauf hinweist, dass eine unmittelbar oder mittelbar kontrollierende *Beteiligung* seitens A vorliegen muss. Hier wird meines Erachtens aber zu Recht vorgebracht, dass eine Vermögensbeteiligung keine *conditio sine qua non* für die Beurteilung als Eigenkapitalersatz beim Kreditgeber darstellt.³⁴⁰ Außerdem normiert § 5 Abs 1 Z 3 EKEG die Gleichstellung der faktischen Beherrschung („selbst wenn er an dieser nicht beteiligt ist“) mit der rechtlich und vermögensmäßig abgesicherten Beteiligung gemäß § 5 Abs 2 EKEG.³⁴¹ Es ist daher davon auszugehen, dass auch bei einer rein durch Vertrag vorliegenden Beherrschung ein besonderes Bedürfnis nach Qualifizierung des Schwesterkredites als Eigenkapitalersatz gegeben ist. Der *telos* von § 9 Abs 1 EKEG verlangt folglich eine analoge Anwendung des Eigenkapitalersatzrechtes auf Sachverhalte, in welchen die Konzernmutter die Beherrschung bloß auf vertraglicher Basis ausübt.³⁴²

c. Hintanhaltung von Umgehungen

Für das Verhältnis zwischen der Konzernmutter A und der Kredit nehmenden Gesellschaft C reicht es gemäß § 9 Abs 1 EKEG aus, wenn Erstere erfasste Gesellschafterin der Letzteren ist. Das ergibt sich aus den in § 5 Abs 1 EKEG enthaltenen Vorgaben, laut denen beispielsweise eine 25 % - Beteiligung von A an der Tochtergesellschaft C genügt (siehe Abbildung 4). Für das Verhältnis zwischen der Kredit gewährenden Gesellschaft B und der Kredit empfangenden Gesellschaft C gilt, dass zwischen ihnen kein Beteiligungs- bzw Beherrschungsverhältnis bestehen muss. Freilich stellt der Bestand einer Beteiligung zwischen B und C erst recht einen Grund für die Subsumierung unter § 9 Abs 1 EKEG dar („Kreditgeber auch dann als erfasster Gesellschafter, wenn er nicht an der Kredit nehmenden Gesellschaft beteiligt ist“). Die Annahme der Nichtanwendbarkeit wäre in der Tat sinnwidrig, denn dies würde

³⁴⁰ *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern – derzeitige Rechtslage und künftiges EKEG, GeS 2002, 9.

³⁴¹ *Klampfl*, Cash Pooling – Eigenkapitalersatz und verbotene Einlagenrückgewähr im Konzern 222.

³⁴² *Fischer*, Eigenkapitalersetzende Konzernfinanzierung nach dem EKEG 109 ff.

Umgehungsmöglichkeiten durch geringste Beteiligungen Tür und Tor öffnen.³⁴³ Bei einer höheren Beteiligung als 25 % wird ohnehin zu prüfen sein, ob die Voraussetzungen des § 8 EKEG erfüllt sind. In solchen Fällen ist der Kredit gebenden Gesellschaft die Finanzierung zurechenbar und es besteht kein Erstattungsanspruch gegenüber der anweisenden Muttergesellschaft A.

Es ist davon auszugehen, dass bei derartigen Sachverhalten eine mögliche Hintanhaltung der Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechtes durch die Konzernmuttergesellschaft eine inhärente Gefahr darstellt. Daher wäre in diesem Zusammenhang eine Erfassung durch § 6 EKEG anzudenken, welcher die Vermutung hinsichtlich eines abgestimmten Verhaltens bei Konzernverhältnissen gemäß § 9 Abs 1 EKEG aufstellt.³⁴⁴ Dies würde zu einer Art „Beweislastumkehr“ führen, denn dann wäre es Aufgabe der Konzernmuttergesellschaft, die Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechtes in Bezug auf eine Absprache oder eine abgestimmte Verhaltensweise nachzuweisen.

d. Weisung

Gemäß § 9 Abs 1 EKEG ist es notwendig, dass die Kreditgewährung auf Weisung der Konzernmutter erfolgt. Dies erscheint zunächst insofern verwunderlich, als die Anwendbarkeit des EKEG generell schon an eine kontrollierende Beteiligung (vgl § 5 Abs 1 Z 1 EKEG) und damit an die bloße Möglichkeit zur Einflussnahme anknüpft.³⁴⁵ § 9 Abs 1 EKEG lässt aber durch seinen expliziten Hinweis darauf wenig Zweifel an der Notwendigkeit einer Weisung. Dennoch wird dieses Erfordernis von Teilen der Lehre teilweise grundsätzlich verneint und lediglich auf das mit dem Konzernverbund

³⁴³ *Klampfl*, Cash Pooling – Eigenkapitalersatz und verbotene Einlagenrückgewähr im Konzern 223.

³⁴⁴ *Fischer*, Eigenkapitalersetzende Konzernfinanzierung nach dem EKEG 115.

³⁴⁵ *Schopper* in *Schopper/Vogt* (Hrsg), EKEG-Kommentar § 9 Rz 34.

einhergehende Naheverhältnis abgestellt.³⁴⁶ Dieser Behauptung ist allerdings der Wortlaut des § 9 Abs 1 EKEG entgegenzuhalten.

Als weit problematischer erweist sich die genaue Ausgestaltung der Weisung,³⁴⁷ da diese nicht nur aufgrund der Existenz von Beweisproblemen als schwierig erscheint. Klar ist jedenfalls, dass der Begriff der Weisung nicht allzu eng verstanden werden darf. Auf diese Art würde der Konzernleitung die Möglichkeit der Umgehung praktisch auf dem Servierteller überreicht werden, sodass jene anstelle von Weisungen zB mündliche Empfehlungen abgeben würde.³⁴⁸ Übereinstimmend wird in der Lehre vertreten, dass sich die Weisung auf die Kreditgewährung beziehen muss, um das Tatbestandsmerkmal gemäß § 9 Abs 1 EKEG zu erfüllen.³⁴⁹ Darüber hinaus muss sie *kausal* für die tatsächliche Einräumung gewesen sein.

Meines Erachtens ist in diesem Zusammenhang der Auffassung *Rüfflers* zu folgen, der meint, dass es nicht auf den äußeren Mantel der Weisung (zB als Anregung, Richtlinie oder Vorschlag) ankommen könne, sondern lediglich darauf, ob aus Sicht der Organwalterin der Kredit gebenden Gesellschaft die Kreditvergabe durch die Muttergesellschaft gewollt wird.³⁵⁰ Vor allem ist der Begriff der Weisung nicht als rein rechtliche Weisungsbefugnis auszulegen. Vielmehr wird dem Gesetzgeber eine rechtsformübergreifende Intention zu

³⁴⁶ *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern – Derzeitige Rechtslage und künftiges EKEG, GeS 2002, 9; *Karollus/Isola/Huemer*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht – RV für ein GIRÄG 2002 und ein EKEG 305.

³⁴⁷ In der ersten Regierungsvorlage wurde anstelle des Begriffes „Weisung“ die Formulierung „sonstige Veranlassung“ gebraucht. Diese Ausgestaltung wurde jedoch aufgrund zu großer Unbestimmtheit als Zurechnungsgrund an die Konzernmutter ersetzt. Wenngleich dadurch noch größere Diskussionen erspart geblieben sind, ist auch bei der „Weisung“ heftig umstritten, was genau damit gemeint sein soll; vgl. *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Kurzkommentar § 9 Rz 8.

³⁴⁸ *Klampfl*, Cash Pooling – Eigenkapitalersatz und verbotene Einlagenrückgewähr im Konzern 223.

³⁴⁹ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht 119.

³⁵⁰ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht 120.

unterstellen und der Anwendungsbereich der Weisung nicht nur auf die GmbH, sondern auch auf andere Rechtsformen wie zB die AG zu beziehen sein.³⁵¹

Gerade darin kann wiederum ein Argument für ein weites Verständnis des Weisungsbegriffes gesehen werden, denn im Gegensatz zur GmbH, bei welcher der Geschäftsführer gegenüber den Anteilseignern weisungsgebunden ist, hat der Vorstand der AG weder Weisungen vonseiten des Aufsichtsrates noch solchen der Hauptversammlung Folge zu leisten.³⁵² Bei einem engen Verständnis des Weisungsbegriffes wäre die Rechtsform der AG jedoch überhaupt nicht von § 9 EKEG erfassbar. Geht man nun aber (was dem Gesetzgeber zu unterstellen ist) von einer Anwendbarkeit des EKEG auch auf die AG aus, müssen *faktische Weisungen*, welche bei dieser Gesellschaftsform regelmäßig ausgeübt werden, ebenfalls die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Weisung iSd EKEG erfüllen.³⁵³ Insofern kann wohl zu Recht von einem eigenen Weisungsbegriff des EKEG gesprochen werden.³⁵⁴

Von hoher praktischer Bedeutung ist die Frage, wer für das Vorliegen oder Fehlen einer Weisung beweispflichtig ist. Grundsätzlich muss davon ausgegangen werden, dass die Beweislast die Kredit nehmende Gesellschaft bzw den Masseverwalter trifft. Meines Erachtens ist aber darüber hinaus zumindest bei besonderen Konstellationen von einem *prima-facie*-Beweis auszugehen;³⁵⁵ jedenfalls sollte dies für Konstellationen gelten, bei denen die Muttergesellschaft an der empfangenden Gesellschaft gleich hoch oder höher beteiligt ist als an der leistenden Gesellschaft.³⁵⁶ Dann nämlich kommt zu dem Nachteil für die Kredit gebende Tochtergesellschaft auch noch ein Vorteil für die Muttergesellschaft hinzu, was wiederum nach allgemeiner Erfahrung für eine Initiative der

³⁵¹ Klampfl, Cash Pooling – Eigenkapitalersatz und verbotene Einlagenrückgewähr im Konzern 225.

³⁵² Reich-Rohrwig, Ist der Vorstand einer AG weisungsgebunden?, *ecolex* 1990, 285: „Andererseits kann die Satzung sehr wohl über die Bestimmung des Unternehmensgegenstandes den Geschäftsbereich des Vorstandes sowohl positiv als auch negativ abgrenzen (verbotene Geschäftsbereiche), ohne auf diese Weise gleichzeitig der HV unmittelbare Geschäftsführungskompetenzen einzuräumen.“

³⁵³ Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 80 f.

³⁵⁴ Arnold H, Eigenkapitalersatz im Konzern, in Handbuch Konzernhaftung 134.

³⁵⁵ Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 80; Arnold H, Eigenkapitalersatz im Konzern, in Handbuch Konzernhaftung 134.

³⁵⁶ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 83 Rz 2.

Muttergesellschaft spricht. Andernfalls würde die Beweislastverteilung eine fast nicht zu überwindende Hürde darstellen. Denn wie wir oben bereits erörtert haben, kann eine Weisung in den vielfältigsten Ausformungen erteilt werden. Ohne einen *prima-facie*-Beweis wird es daher im Insolvenzfall für einen Masseverwalter kaum zu beweisen sein, dass eine Weisung seitens der Muttergesellschaft stattgefunden hat.

Eine Analogie zu § 6 EKEG, der eine Vermutung für eine abgestimmte Verhaltensweise normiert, kommt hingegen meinem Verständnis nach nicht in Betracht. Gegen eine solche spricht, dass eine analoge Anwendung des § 6 EKEG zwar aus rechtspolitischer Sicht wünschenswert wäre, § 9 EKEG gegenüber § 6 EKEG aber eine *lex specialis* darstellt.³⁵⁷ Dem Gesetzgeber ist daher im Zweifelsfall wohl eher eine Einschränkung des Tatbestandes zu unterstellen als eine Ausweitung, welche unter diesem Licht jedenfalls nicht begründbar erscheint.

In Fällen, in denen die Geschäftsleitung der Muttergesellschaft mit der Geschäftsleitung der Kredit gebenden Tochtergesellschaft identisch ist, wird naturgemäß das Kriterium der Weisung entfallen müssen. In derartigen Konstellationen könnte davon ausgegangen werden, dass § 9 EKEG gar keine Anwendung findet. Um damit aber bei Personalidentität der Geschäftsleitung einmal mehr keinen Platz für Umgehungsmöglichkeiten zu schaffen, sollte das Tatbestandsmerkmal der Weisung in § 9 EKEG vermutet werden. Freilich hat die Geschäftsleitung auch hier die Möglichkeit, sich von der Vermutung des Eigenkapital ersetzenden Kredites frei zu beweisen, sofern sie den Nachweis erbringen kann, dass die Kreditgewährung nicht *causa societatis* erfolgt ist.

³⁵⁷ *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht 136.

4. Rechtsfolgen

a. Anspruch gegenüber der Kredit gebenden Muttergesellschaft

Sind die Voraussetzungen für einen Eigenkapital ersetzenden Kredit erfüllt, so kommt es zu einer Rückzahlungssperre in Höhe des Eigenkapital ersetzenden Kredites samt den darauf entfallenden Zinsen. Neben dieser in § 14 EKEG enthaltenen Rechtsfolge, welche generell für Eigenkapital ersetzende Kredite gilt, normiert § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG darüber hinaus einen Rückerstattungsanspruch der Kredit gebenden Tochtergesellschaft gegenüber der Weisung erteilenden Muttergesellschaft. Der Umfang des Erstattungsanspruches der Tochtergesellschaft wird im EKEG zwar nicht genau beschrieben, allerdings ist davon nach hL wohl die gesamte von der Rückzahlungssperre erfasste Leistung erfasst.³⁵⁸

§ 9 Abs 1 EKEG erwähnt jedoch nicht klar die Behandlung von Zinsen, die zwischen der Kredit gebenden Gesellschaft und ihrer Kreditnehmerin vereinbart sind; daher ist es fraglich, inwiefern Zinsabsprachen zu dem Erstattungsanspruch der Kredit gebenden Gesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft hinzuzurechnen sind. Während § 14 Abs 1 Satz 1 EKEG sich zu Zinsen äußert („Der Gesellschafter [...] kann einen Eigenkapital ersetzenden Kredit samt den darauf entfallenden Zinsen nicht zurückfordern, solange die Gesellschaft nicht saniert ist.“), lässt § 9 Abs 1 Satz EKEG diese Frage unbeantwortet, indem er nur von der „Erstattung der Kreditsumme“ spricht. Als Argument für eine Miteinbeziehung von Zinsen könnte nun vorgebracht werden, dass die Muttergesellschaft mit der Erstattung der Kreditsumme an die Tochtergesellschaft B in alle Rechte und Pflichten gegenüber der Tochtergesellschaft C eintritt. Davon müssten konsequenterweise auch die Zinsabsprachen zwischen den beiden Schwestergesellschaften umfasst sein.

Meines Erachtens muss die Frage, ob Zinsen vom Erstattungsanspruch der Gesellschaft B gegenüber der Muttergesellschaft mit umfasst sind, im

³⁵⁸ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Kurzkommentar § 9 Rz 10; *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht 136.

vorliegenden Zweifelsfall jedoch negativ beantwortet werden, da bei Unterbleiben der Kreditgewährung die Kredit gebende Tochtergesellschaft ebenfalls keine Zinsen von der Schwestergesellschaft C erlangen hätte können. Wenn diese aber in den Erstattungsanspruch mit einfließen, wäre die Kredit gebende Gesellschaft B sodann besser gestellt als ohne Kreditvergabe. Dass dies nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen sein kann, ist anzunehmen. Daher ist die Erfassung von Zinszahlungen im Zusammenhang mit dem Erstattungsanspruch zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft zu verneinen.

b. Rückzahlungssperre

§ 14 EKEG normiert Rechtsfolgen von Eigenkapital ersetzenden Krediten außerhalb eines Insolvenzverfahrens. Diese bestehen zunächst in einer Rückzahlungssperre, dh die Kredit gebende Gesellschaft kann einen Eigenkapital ersetzenden Kredit samt den darauf entfallenden Zinsen nicht zurückfordern, solange die Kredit nehmende Gesellschaft nicht saniert ist.³⁵⁹ Dies ist so lange der Fall, wie die Kredit nehmende Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist, oder gilt in Fällen, wo ein Bedarf nach Reorganisation der Gesellschaft besteht.³⁶⁰ Allerdings genügt es schon, wenn einer dieser Fälle durch Rückzahlung des Eigenkapital ersetzenden Kredites eintritt. Der Begriff der Reorganisation wird dabei aus 1 URG übernommen, womit allerdings das glatte Gegenteil der ursprünglichen Zielsetzung des EKEG erreicht wird: Der unklare Begriff der Reorganisation sorgt für Unsicherheit.

c. Verstoß gegen die Rückzahlungssperre

Strittig ist, welche Rechtsfolgen eintreten sollen, wenn die Kredit nehmende Tochtergesellschaft den Kredit zurückzahlt und damit gegen die Rückzahlungssperre verstößt. Nach richtiger Ansicht entsteht bei einem Verstoß

³⁵⁹ § 14 Abs 1 EKEG.

³⁶⁰ § 14 Abs 2 EKEG.

gegen das Verbot der Rückzahlung ein Rückerstattungsanspruch der Kreditnehmenden Gesellschaft gegenüber ihrer Kredit gewährenden Schwestergesellschaft,³⁶¹ denn die Kreditgeberin hat entsprechend dem Gesetzeswortlaut ebenfalls als „erfasster Gesellschafter“ zu gelten, was wiederum bedeutet, dass auch hier die allgemeinen Regelungen des EKEG, in diesem Fall § 14 EKEG, zur Anwendung gelangen.³⁶² Daher richtet sich der Rückerstattungsanspruch sodann nach § 9 EKEG iVm § 14 EKEG. Durch die Anwendbarkeit dieser Regelungen wird zugleich auch klargestellt, dass die Mitgesellschafter in solchen Fällen nicht gemäß § 83 Abs 2 und 3 GmbHG für Haftungsansprüche mit in Anspruch genommen werden können.³⁶³ Nach Rückleistung des Kredites wird sich die Schwestergesellschaft an der Weisung erteilenden Konzernmutter regressieren können. *Schopper/Vogt* vertreten in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass die Kredit gebende Schwestergesellschaft im Falle eines Rückzahlungsanspruches der anderen Gesellschaft in Anlehnung an § 15 Abs 2 EKEG einen Freistellungsanspruch zu Lasten der anweisenden Konzernmutter haben soll.³⁶⁴

Kritikwürdig an dieser Vorgehensweise ist meines Erachtens dennoch, dass der Kredit gebenden Tochtergesellschaft nunmehr das Risiko und die Kosten eines möglicherweise langwierigen und aufwändigen Rückabwicklungsprozesses aufgebürdet werden. Dies bringt wiederum eine doppelte Belastung für die Kredit gebende Gesellschaft mit sich: zunächst die Erteilung des Kredites auf Druck der Muttergesellschaft und anschließend die Verpflichtung, den beglichenen Kredit wiederum an die Schwestergesellschaft zu überweisen, um sich sodann nur an der Muttergesellschaft regressieren zu können. Mit der Verhinderung des Risikos der Uneinbringlichkeit von Forderungen der Gläubiger der Kredit nehmenden Schwestergesellschaft C wird zwar der Zweck des Gesetzes erreicht, allerdings wird dieses auf die Schwestergesellschaft B abgewälzt, welche selber „Opfer“ der Muttergesellschaft A, nachdem sie ja nur aufgrund der Einflussnahme durch die

³⁶¹ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Kurzkomentar § 14 Rz 21.

³⁶² *Schopper in Schopper/Vogt* (Hrsg), EKEG-Kommentar § 9 Rz 42.

³⁶³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, Anh § 74 Rz 29.

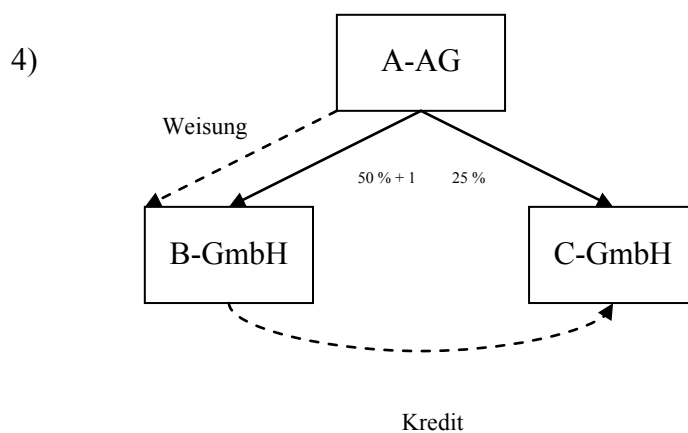
³⁶⁴ *Schopper in Schopper/Vogt* (Hrsg), EKEG-Kommentar § 9 Rz 42.

Muttergesellschaft den Kredit vergeben hatte. Freilich trägt die Tochtergesellschaft B am Ende nicht das wirtschaftliche Risiko, da sie sich gegenüber der Muttergesellschaft schadlos halten kann. Dennoch sollte die Tochtergesellschaft B bei Zurückzahlung der Kreditsumme durch die Schwestergesellschaft C nicht verpflichtet sein, diese zurückzuerstatten, sondern es sollte meines Erachtens vielmehr angedacht werden, dass die Gläubiger der Schwestergesellschaft C sich für etwaige ausgefallene Ansprüche an der Muttergesellschaft A regressieren können. Die Schwestergesellschaft B würde dadurch völlig von Zahlungen befreit, die ihr aufgrund ihrer fehlenden selbstständigen Entscheidungsfähigkeit und damit Verantwortung nicht zugemutet werden sollten.

Darüber hinaus können freilich auch Geschäftsführer, die gegen das Rückzahlungsverbot verstoßen haben, gemäß § 25 Abs 2 GmbHG in Anspruch genommen werden.

Die Tochtergesellschaft B hat ab dem Augenblick der aufgrund der Anweisung durch die Muttergesellschaft A erfolgten Kreditgewährung gegenüber dieser einen Rückerstattungsanspruch. Letztlich trägt somit die Muttergesellschaft das wirtschaftliche Risiko für den Fall der Uneinbringlichkeit des Kredites.³⁶⁵

³⁶⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ Anh § 74 Rz 29.



=> Erstattungsanspruch von B gegenüber A

Abbildung 4: Für die Anwendbarkeit des EKEG reicht eine 25 % - Beteiligung zwischen A und C aus

d. Eigenkapital ersetzende Sicherheiten

§§ 15 und 16 EKEG normieren den Tatbestand, dass der Gesellschaft von dritter Seite ein Kredit gewährt wird, für den ein vom EKEG erfasster Gesellschafter eine Sicherheit leistet. In diesem Fall ist nicht die Gewährung des Kredites, sondern die Bestellung der Sicherheiten von den Regelungen über das Eigenkapitalersatzrecht erfasst. Gerät nun die Kredit nehmende Gesellschaft in eine Krise, wird der bürgende Gesellschafter wie der Hauptschuldner behandelt. Daher kann sich der Dritte zuerst aus der Sicherheit befriedigen, ohne zuvor gegen die Gesellschaft vorgegangen zu sein. Dies gilt auch für den Fall, dass der Kreditgeber und der die Sicherheit leistende Gesellschafter ausdrücklich etwas anderes (zB eine Ausfallbürgschaft) vereinbart haben. Obwohl der Gesellschafter die Schuld begleicht, steht ihm entgegen den Regeln des ABGB (§ 1358 ABGB) für die Dauer der Krise kein Regressanspruch zu. Verlangt der Dritte von der Gesellschaft die Rückzahlung des Kredites, so kann die Gesellschaft gemäß § 15

Abs 2 EKEG vom bürgenden Gesellschafter die Zahlung an den Dritten bis zur Höhe der geleisteten Sicherheit verlangen. Dies erscheint vor allem unter dem Aspekt sinnvoll, dass die Gesellschaft zunächst verpflichtet ist, an den Drittkreditgeber zu zahlen, und sich erst dann gegenüber dem Sicherheit bestellenden Gesellschafter regressieren kann.

Freilich ist die Gesellschaft dem Kreditgeber verpflichtet, sodass die Sicherheit frei wird, sobald die Gesellschaft den Kredit zurückgezahlt hat. Dies kann beispielsweise eintreten, wenn sich der Gesellschafter weigert, seiner Verpflichtung nachzukommen. § 15 Abs 3 EKEG normiert daher einen Regressanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Sicherheit gebenden Gesellschafter, soweit die Sicherheit frei geworden ist. Dieser Anspruch seitens der Gesellschaft verjährt nach fünf Jahren ab dem Zeitpunkt der Kreditrückzahlung. Der Gesellschafter kann sich seinerseits von der Verpflichtung befreien, indem er der Gesellschaft die Sicherheit zur Befriedigung überlässt.³⁶⁶

e. Verhältnis Eigenkapitalersatz und verbotene Einlagenrückgewähr

Bei Erfüllung des Tatbestandes des Eigenkapitalersatzes wird idR zugleich ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorliegen, das aus Sicht der Kredit gebenden Gesellschaft aufgrund der Anweisung der Muttergesellschaft A verletzt wird. Das Verhältnis der beiden Regelungen ist allerdings in der Lehre umstritten.³⁶⁷ Probleme können vor allem dadurch auftauchen, dass jene Gesellschaft, die sich aufgrund der Regelungen des EKEG nicht auf die Einlagenrückgewähr berufen kann, ihrerseits geltend machen wird, dass die Darlehenshingabe bzw die Umqualifizierung der Leistung in Eigenkapitalersatz (etwa mangels entsprechender Bonität der Darlehensnehmerin oder inadäquater Gegenleistung) eine verbotene Ausschüttung iSd §§ 52 AktG bzw 82 GmbHG

³⁶⁶ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 52 Rz 68.

³⁶⁷ Rüffler in Kalss/Rüffler (Hrsg), Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht 125 ff.

darstellt.³⁶⁸ Teile der Lehre schlagen zur Vermeidung eines endlosen Rückgewähranspruches den Lösungsansatz des „*Beatus possidens*“ vor.³⁶⁹ Demnach kann jene Gesellschaft die Rückzahlung verweigern, bei der sich die Mittel im Augenblick befinden. Eine andere Auffassung lautet, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr den Vorschriften über den Eigenkapitalersatz „logisch und wertungsmäßig“ vorangehe,³⁷⁰ denn das Einlagenrückgewährverbot verbietet schon die Gewährung des Darlehens und verlangt dessen Rückabwicklung. Eine darüber hinausgehende Diskussion über die Anwendbarkeit des EKEG würde sich demnach erübrigen.

Die meines Erachtens richtige Ansicht vermeidet einen pauschalen Zugang. Vielmehr sollte zunächst durch eine Angemessenheitsprüfung festgestellt werden, ob der Tatbestand der Einlagenrückgewähr oder jener des Eigenkapitalersatzes erfüllt ist.³⁷¹ Diese alternative Tatbestandserfüllung ist bei Sachverhalten denkbar, bei denen eine betriebliche Rechtfertigung gegeben ist. Denn dann liegt zwar kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor, wohl aber finden die Regelungen über das Eigenkapitalersatzrecht Anwendung.³⁷² Führt die Prüfung zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß sowohl gegen die Regelungen zur Einlagenrückgewähr als auch gegen jene des Eigenkapitalersatzes vorliegt, ist meiner Einsicht nach der Auffassung zu folgen, dass in diesem Fall die Regelungen über das Verbot der Einlagenrückgewähr Vorrang haben. Zwar ist beiden Regelungen gemeinsam, dass sie dem grundsätzlich gleichwertigen Schutz von Gläubigern dienen, allerdings erscheinen die Gläubiger der empfangenden Gesellschaft weniger schützenswert als jene der leistenden Gesellschaft,³⁷³ denn sie erhalten eine Leistung, auf die sie keinerlei Anspruch haben und die sie bei Einhaltung des Einlagenrückgewährverbotes nicht bekommen hätten. Dies

³⁶⁸ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 52 Rz 50.

³⁶⁹ Karollus, Probleme der Finanzierung im Konzern: Kapitalersatz und Treuepflicht, in FS Claussen 206 f.

³⁷⁰ Dellinger, Eigenkapitalersatzrecht im Konzern, ecolex 2002, 331.

³⁷¹ Schmidberger, Eigenkapitalersatz versus Einlagenrückgewähr, GesRZ 1997, 14 ff.

³⁷² Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 52 Rz 50, merkt dazu an, dass diese Aussagen nur für Darlehen gelten. Gegenleistungen wie Zinsen, Miete oder Pacht erfüllen stets das Verbot der Einlagenrückgewähr aufgrund ihres Eigenkapital ersetzenden Charakters.

³⁷³ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 52 Rz 50.

erscheint im Hinblick auf das Vertrauen der Gläubiger der leistenden Gesellschaft auf Bewahrung des Haftungsfonds nachrangig.

f. Insolvenz

In einem Insolvenzverfahren sind die Ansprüche der Gesellschafter aus der Kreditrückzahlung gemäß § 57 a KO bzw § 23 a Abs 2 AO nachrangig³⁷⁴ und als Konkursforderungen geltend zu machen. Es ist also ein außerstreitiges Prüfungsverfahren einzuleiten, die Konkursforderungen sind nach den Regelungen für Konkursforderungen zu verteilen, und die Konkursöffnung bewirkt hinsichtlich dieser nachrangigen Forderungen eine Prozess- und Exekutionssperre.³⁷⁵

Das Konkursgericht fordert die Gläubiger dabei auf, ihre Forderungen anzumelden, sofern es davon ausgeht, dass diese zumindest teilweise befriedigt werden können. Dabei hat der Gläubiger auf die Nachrangigkeit seiner Forderung aufmerksam zu machen. Vor allem sind die Gläubiger Eigenkapital ersetzender Kredite nicht berechtigt, andere angemeldete Konkursforderungen der Höhe oder dem Rang nach zu bestreiten.³⁷⁶ Sicherheiten, die für Kredite erfolgt sind, erlöschen – es bestehen also keine Aus- oder Absonderungsrechte. Dies gilt auch dann, wenn der Kredit vor der Krise aufgenommen wurde, die Krise aber erst nach Bestellung der Sicherheit eingetreten ist.³⁷⁷ Andernfalls wäre es für Gesellschafter ein Leichtes, Konkursbestimmungen zu umgehen, indem sie sich Forderungen jederzeit absichern lassen können.

Erfolgt ein (Zwangs-)Ausgleich, so sieht der neu eingefügte § 23 a Abs 2 AO vor, dass Eigenkapital ersetzende Leistungen keine Ausgleichsforderungen darstellen. Daher ist davon auszugehen, dass ihnen kein Stimmrecht im (Zwangs-)Ausgleich zukommt.³⁷⁸

³⁷⁴ Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 109.

³⁷⁵ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 52 Rz 71.

³⁷⁶ Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Kurzkomentar § 57 a KO Rz 24.

³⁷⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ Anh § 74 Rz 30.

³⁷⁸ Karollus/Isola/Huemer, Das neue Eigenkapitalersatzrecht – RV für ein GIRÄG 2002 und ein EKEG 330.

Stellt sich im Zuge eines Konkursverfahrens heraus, dass das verbliebene Gesellschaftsvermögen nicht einmal mehr die Kosten des Verfahrens zu decken imstande ist, so ist der Konkurs gemäß § 166 KO aufzuheben. In diesem Fall leben bestellte Sicherheiten zwar wieder auf, allerdings wird in den meisten Fällen aufgrund des Vorliegens einer Krise wiederum die Rückzahlungssperre gemäß § 14 Abs 1 EKEG greifen.³⁷⁹

H. Zwischenergebnis II

1.

Der Erwerb von Eisenwalzen durch die Muttergesellschaft ist aus *ex ante* Sicht dahingehend zu untersuchen, ob ein sorgfältig wirtschaftender Vorstand bzw Geschäftsführer das zu prüfende Geschäft unter den gleichen Verhältnissen zu den gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtgesellschafter abschließen würde.³⁸⁰ Dies ist im vorliegenden Fall zu verneinen. Daran ändert auch nichts, dass ein über dem Marktpreis liegendes Entgelt bezahlt wird. Ein sorgfältig agierender Vorstand der Tochtergesellschaft würde das Rechtsgeschäft im Hinblick auf die Ertragschancen, welche aufgrund der modernen Eisenwalzen zu erwarten sind, gar nicht erst eingehen. Wenngleich das Vorliegen einer Verletzung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr unzweifelhaft erscheint, stellen sich die Rechtsfolgen als problematisch dar. Der Grund liegt darin, dass eine gegenständliche Erstattungspflicht (also die Rückgabe der Eisenmaschinen) nach hM nicht besteht.³⁸¹ Der ausschließlich auf Werterhaltung gerichtete Zweck des Verbotes der Einlagenrückgewähr ist vielmehr sowohl durch Aufzahlung als auch durch Rückstellung der Leistung zu erreichen.

Die gegenständliche Rückerstattungspflicht ist auch für jene Fälle zu verneinen, bei denen nicht leicht ersetzbares oder sogar betriebsnotwendiges

³⁷⁹ *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht 155.

³⁸⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (I), *GesRZ* 1999, 88.

³⁸¹ Siehe nur *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (I), *GesRZ* 1999, 90.

Gesellschaftsvermögen wie die im vorliegenden Fall veräußerten Eisenwalzen zur Diskussion stehen.³⁸² Das Verbot der Einlagenrückgewähr will schließlich nicht jede ungünstige Maßnahme der Geschäftsführung sanktionieren, sondern ausschließlich das Gesellschaftsvermögen in seinem rechnerischen Wert schützen.³⁸³ Das Interesse der Gläubiger ist hinreichend geschützt, wenn ein ausreichender Haftungsfonds zur Befriedigung offensteht, also für die von der Gesellschaft gegebene Leistung eine adäquate Gegenleistung erbracht wird. Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht von einer absoluten Nichtigkeit aus.³⁸⁴ In Bezug auf die Differenzierung zwischen Gesamt- oder Teilnichtigkeit und die Frage, ob sich die Gesellschaft oder der Gesellschafter bei divergierendem Willen darauf berufen können, ist auf die oben getätigten Ausführungen zu verweisen (siehe oben III.D.1.d.dd).

Variante: Der zunächst aus Sicht der Tochtergesellschaft bestehende Nachteil hat sich aufgrund eines unerwartet positiven Kausalverlaufes nicht verwirklicht. Im Gegensatz zur deutschen Rechtsauffassung, wonach auch in diesem Fall das Bestehen einer Ausgleichspflicht seitens der Muttergesellschaft zu bejahen ist, bieten die in Österreich bestehenden Regelungen keinen Raum für ein dahingehendes Ergebnis, sodass die Gesellschaft keinen Ausgleich von ihrem Geschäftspartner unter Berufung auf die §§ 52 AktG bzw 82 GmbHG verlangen kann.

2.

Im vorliegenden Fall tritt die Muttergesellschaft C-AG in Geschäftsbeziehungen zu ihrer Tochtergesellschaft D-AG, welche ohne die bestehenden

³⁸² Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG⁸ § 31 Rz 25.

³⁸³ Schneider, „Kapitalmindernde Darlehen“ der GmbH an ihre Gesellschafter – Zugleich ein Beitrag zu den rechtlichen Konsequenzen der Finanzierung des Leveraged/Management Buy out, in FS Döllner 544.

³⁸⁴ OGH 25.06.1996, 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149; OGH 01.12.2005, 6 Ob 271/05d, SZ 2005/178.

gesellschaftsrechtlichen Verbindungen zwischen den beiden Konzernunternehmen – zumindest unter diesen Rahmenbedingungen – nicht zustande kommen würden. Zunächst werden der D-AG Vorteile gewährt, die mit der Differenz zwischen dem für das Marketing sowie für interne Schulungen und Beratungen marktüblichen Preisen und dem tatsächlich geleisteten Entgelt zu bewerten sind. Später wird der C-AG durch ihren beherrschenden Einfluss ermöglicht, die Revision zentral durchführen zu lassen. Die dafür von der Tochtergesellschaft zu entrichtenden Gegenleistungen übersteigen die angefallenen Kosten für die zuvor von der D-AG intern vorgenommene Revision deutlich.

Das vorliegende Beispiel wirft mehrere Fragen auf. Die Problematik liegt erstens darin, dass *zunächst* ein *Vorteil* gewährt wurde und erst *später* ein *Nachteil* zugefügt wird, weshalb zu untersuchen ist, ob ein früher geleisteter Vorteil für einen später zugefügten Nachteil ausgleichsfähig ist. Darüber hinaus wurde der Nachteil erst zwei Jahre später zugefügt, sodass es einer Erörterung bedarf, inwiefern Vor- und Nachteil in einem zeitlichen Zusammenhang stehen müssen.

Aus einer rein rechtlichen Betrachtungsweise ist dazu meines Erachtens zu sagen, dass bei Gültigkeit eines zuvor geleisteten Vorteiles als zulässige Ausgleichszahlung die Gefahr besteht, dass ein Mutterunternehmen Nachteile zufügt und zum Ausgleich willkürlich auf Vorteile verweist, die dem Tochterunternehmen (vielleicht schon Jahre zuvor) gewährt wurden. Dass eine solche Vorgangsweise einer nachhaltigen Geschäftsgebarung seitens des Tochterunternehmens nicht gerade förderlich sein dürfte, liegt auf der Hand. Angesichts der Tatsache, dass der österreichischen Rechtsordnung im Gegensatz zur deutschen das Verfassen eines Abhängigkeitsberichtes fremd ist, muss man der Zulässigkeit eines Nachteilsausgleiches bei zuvor geleistetem Vorteil skeptisch gegenüberstehen. Eine andere Lösung, dh die uneingeschränkte Akzeptanz eines Ausgleiches durch einen zuvor geleisteten Vorteil, kann aus den rechtlichen Rahmenbedingungen in Österreich meines Erachtens nicht erzielt werden und daher nur eine rechtspolitische Forderung darstellen. Um einem „Ausufern“ des Nachteilsausgleiches entgegenzuwirken, ist generell davon

auszugehen, dass zwischen dem Vorteil und dem Nachteil eine synallagmatische Beziehung zumindest erkennbar sein muss. Mit anderen Worten: Die Beteiligten haben sich darüber zu einigen, dass eine Ausgleichszahlung im Hinblick auf ein bestehendes Missverhältnis geleistet wird.

3.

Hier handelt es sich um ein typisches Beispiel für eine verdeckte Einlagenrückgewähr. Die Zulässigkeit des Rechtsgeschäftes zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter wird daran gemessen, ob ein sorgfältig wirtschaftender Vorstand bzw Geschäftsführer den Darlehensvertrag unter den gleichen Verhältnissen zu den gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtgesellschafter abschließen,³⁸⁵ dh ob er ein ausreichend besichertes Darlehen zu einer geringeren als der marktüblichen Verzinsung geben würde. Die unterhalb der Marktpraxis liegende Verzinsung stellt ein wichtiges Merkmal dar, aufgrund dessen auf die Ausnutzung der Gesellschafterstellung geschlossen werden kann, denn es wird einer Begründung bedürfen, sobald ein Gesellschafter keine dem Marktpreis entsprechende Gegenleistung erbringt. Da aus dem Sachverhalt keine Gründe ersichtlich sind, weswegen im vorliegenden Fall ein Abweichen von der üblichen Marktpraxis gerechtfertigt erscheinen könnte, ist ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu bejahen. Diese *ex ante* vorzunehmende Beurteilung ist endgültig.³⁸⁶

Für die Problematik der Rechtsfolgen wird auf die oben getätigten Ausführungen (siehe III.D.3.d) verwiesen.

4.

Unter dem Gesichtspunkt des Verbotes der Einlagenrückgewähr ist zu prüfen, ob die G-AG durch die Verlegung der Forschungsstätte in den Genuss einer

³⁸⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (I), *GesRZ* 1999, 88.

³⁸⁶ *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), *AktG* § 52 Rz 25.

Besserstellung im Vergleich zu einem Dritten kommt, ob ein Sorgfaltsverstoß des Vorstandes bzw der Geschäftsführung verwirklicht ist und inwiefern ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Da ein Dritter die Forschungsstätte nicht einfach übernehmen könnte, ohne ein angemessenes Entgelt zu leisten, ein Sorgfaltsverstoß ebenfalls zu bejahen ist und im vorliegenden Fall gar keine Gegenleistung entrichtet wurde, ist das Tatbestandsmerkmal der Hingabe des Vermögenswertes *causa societatis* erfüllt und damit ein Verstoß gegen das Rückgewährsverbot zu bejahen.

5.

Aus dem vorliegenden Sachverhalt geht deutlich hervor, dass eine Verletzung des Einlagenrückgewährverbotes stattgefunden hat. Es wird sogar offen gegen dieses Verbot verstoßen, da der Gesellschafter Wirtschaftsgüter der Kapitalgesellschaft erhält, ohne jegliche Gegenleistung zu erbringen. Ein unabhängig und zugleich sorgfältig agierender Vorstand würde die Abgabe von Motorteilen ohne ersichtliche Gegenleistung mit Sicherheit nicht als im Interesse seiner Gesellschaft ansehen und die Veräußerung der produzierten Motorteile zu unterbinden suchen. Die offene Ausschüttung bereitet aufgrund ihrer leichten Erkennbarkeit kaum Probleme.

Schwieriger würde sich die Lösung gestalten, wenn die Muttergesellschaft eine (und wenn auch nur geringe) Gegenleistung erbracht hätte. Da die Motorteile für sich genommen am Markt unverkäuflich sind, würde sich sodann die Frage stellen, aufgrund welcher Kriterien die Gleichwertigkeit des Austausches beurteilt werden soll. Im Ergebnis lässt sich dazu sagen, dass der Nachweis eines Missverhältnisses der Leistungen bei Fehlen eines Marktpreises zweifelsohne schwieriger zu erbringen sein wird als bei Existenz eines solchen. Allerdings differenziert der Gesetzgeber nicht zwischen einem möglichen oder unmöglichen Vergleich mit einem Marktpreis. Die Intention des Gesetzgebers liegt im Schutz vor vermögensmindernden Leistungen der Gesellschaft an die Gesellschafter, soweit diese nicht durch einen Ausnahmetatbestand gedeckt sind. Diese ist

konsequent zu beachten und verlangt nach einer strengen Durchsetzung. Ein nach kaufmännischen Grundsätzen agierender Vorstand bzw Geschäftsführer wird daher auch bei Fehlen eines Marktpreises danach trachten müssen, ein für das Unternehmen bestmögliches Ergebnis zu erzielen. Dabei sind anerkannte Bewertungsmethoden wie zB die *Kostenaufschlagsmethode* und die *Absatzpreismethode* (Wiederverkaufspreismethode) heranzuziehen.

IV. Vergleichbarkeit mit der deutschen Rechtslage?

A. Explizite Regelungen versus Zusammenspiel allgemeiner Rechtsgrundsätze

Auch dem deutschen Gesellschaftsrecht sind die erwähnten Grundsätze immanent, allerdings haben diese in das deutsche Konzernrecht für Aktiengesellschaften expliziten Eingang gefunden. Aufgrund der ganz ähnlichen Ausgangsposition erscheint es daher nicht nur zulässig, sondern im Sinne einer ausführlichen Auseinandersetzung mit dem Thema sogar geboten, die in Deutschland normierten Ausformungen zur Nachteilszufügung auch in die Betrachtung der österreichischen Rechtslage einzubeziehen. Dies erscheint insbesondere als zweckmäßig, da die zur Nachteilszufügung und zum Nachteilsausgleich im faktischen Konzern existierende deutsche Literatur und Judikatur herangezogen werden kann. Freilich bestehen auch zT erhebliche Unterschiede, beispielsweise in Bezug auf den Zeitpunkt der Vornahme des Nachteilsausgleiches.

B. Rechtsnatur des Nachteiles, Verhältnis zu Schaden und Verlust

Das Verhältnis des hier erläuterten *Nachteiles* zum Begriff des *Schadens* hat in den letzten Jahrzehnten eine Wandlung im Verständnis der Lehre durchgemacht.³⁸⁷ Nach heute herrschender Ansicht sind diese beiden Begriffe *nicht ident*.³⁸⁸

³⁸⁷ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht⁹ 427 Rz 19; *K Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 960; *Wiedemann/Fleischer*, Das Recht der konzerninternen Verrechnungspreise, Konzernumlagen

Gegen eine Wesensgleichheit spricht schon, dass die Idee hinter dem Nachteilsausgleich darin besteht, einen zunächst nicht angemessenen Leistungsaustausch im Zuge eines Rechtsgeschäftes zu vervollständigen. Es soll damit also das ökonomische Gleichgewicht, das von einem Vertragspartner zum Zeitpunkt des Leistungsaustausches nicht zur Gänze erfüllt wurde, wiederhergestellt werden.³⁸⁹ Dieser Maßgabe wird in der österreichischen Rechtsordnung konsequent Rechnung getragen, indem ein Ausgleich umgehend und vollständig zu leisten ist. In Deutschland hingegen wird ein verzögerter Nachteilsausgleich für zulässig erachtet, was aber an der grundsätzlichen Ausrichtung des Ausgleiches als wirtschaftliche Kompensation nichts ändert.

Als Folge dieses Verständnisses ist festzuhalten, dass die Tochtergesellschaft stets nur solche Vorteile als Ausgleich akzeptieren darf, die sie auch ursprünglich zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäftes entgegennehmen hätte dürfen. Unzulässig wäre es daher beispielsweise, wenn die Satzung des Unternehmens einen bestimmten Gegenstand ausschließt und dieser im Zuge des Nachteilsausgleiches als Ersatz dienen soll.³⁹⁰

Während die Höhe des Nachteiles *ex ante* durch einen zu erwartenden Wertverlust des Gesellschaftsvermögens beziffert wird, erfolgt die Bewertung eines etwaigen Schadens *ex post* auf Grundlage nunmehr bekannter Tatsachen. Beim Nachteil steht der Umfang endgültig fest;³⁹¹ der Schaden hingegen wird durch den Geschehensablauf unter Berücksichtigung eines adäquaten Kausalzusammenhanges beeinflusst. In die Aufstellung des Nachteiles werden, je

und verdeckte Gewinnausschüttungen im Konzern, in Konzernfinanzierung 958 Rz 298; auf der anderen Seite *Kellmann*, Schadensersatz und Ausgleich im faktischen Konzern, BB 1969, 1512 ff; *Kellmann*, Zum „faktischen Konzern“ – Auslegungsfragen und Reformüberlegungen, ZGR 1974, 220 ff, welcher auch den Nachteil *ex post* bewerten will; ferner *Möhring*, Zur Systematik der §§ 311, 317 dAktG, FS Schilling 261, welcher davon ausgeht, dass der „Schadenersatzanspruch nach § 317 AktG durch die Höhe des entstandenen Nachteils limitiert ist.“; vgl auch *Haesen*, Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern 102 f.

³⁸⁸ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht⁸ 427 Rz 19; im älteren Schrifttum wird hingegen teilweise eine Gleichsetzung von Nachteil und Schaden befürwortet, siehe zB *Kellmann*, Zum „faktischen Konzern“ – Auslegungsfragen und Reformüberlegungen, ZGR 1974, 220 ff.

³⁸⁹ Siehe dazu schon *Martens*, Das Konzernrecht nach dem Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes (II), DB 1970, 865 Fn 44.

³⁹⁰ *Kropff* in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 152.

³⁹¹ *Koppensteiner* in KölnerKomm zum AktG³ § 311 Rz 53.

nach Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts, auch Risiken und Chancen miteinbezogen, wie sie von einem sorgfältigen und ordentlichen Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäftes berechnet worden wären.³⁹²

Trotz Fehlens eines Schadens (und im Extremfall sogar bei Vorliegen eines Gewinnes) kann daher die Pflicht zum Ausgleich eines Nachteiles bestehen. Ein Beispiel dafür wäre, wenn eine abhängige Tochtergesellschaft X ein für sie besonders risikoreiches Geschäft abschließt und auf Weisung der Muttergesellschaft A auf die Zahlung eines entsprechenden Aufschlages verzichtet. Ein sorgfältig und ordentlich agierender Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft würde auf der Zahlung eines Risikozuschlages bestehen. Der Nachteil besteht nun im Risikozuschlag. Dieser ist auch dann auszugleichen, wenn sich das Geschäft positiv entwickelt und vielleicht sogar einen Gewinn abwirft.

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Nachteilsausgleich entfallen muss, sofern sich gegen Ende des Geschäftsjahres zeigt, dass kein Schaden entstehen wird. Denn dann müsste konsequenterweise auch jeder Vorteil, der sich am Ende des Geschäftsjahres als Schaden herauszustellen droht, ausgeglichen werden. Eine solche Verlagerung des Blickwinkels entspricht aber nicht dem Zweck des Nachteilsausgleiches.³⁹³

Die Bezugnahme auf das Geschäftsjahr hat für die österreichische Rechtslage keine Relevanz, da der Ausgleich nur nach deutschem Recht gemäß § 311 Abs 2 dAktG erst am Ende des Geschäftsjahres, nach österreichischer Rechtslage hingegen umgehend zu leisten ist. Dadurch entfällt in Österreich überhaupt die Möglichkeit, eine Entwicklung des Nachteiles während des Geschäftsjahres abzuwarten.

Für das deutsche Recht kann darüber hinaus als Argument gegen eine Identität dieser beiden Begriffe vorgebracht werden, dass dort explizit zwischen dem Nachteilsausgleich gemäß § 311 dAktG und einem später entstehenden

³⁹² Kropff in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 146.

³⁹³ Kropff in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 145.

Schadenersatzanspruch gemäß § 317 dAktG unterschieden wird.³⁹⁴ Somit würde sich die Frage nach dem Sinn einer derartigen Differenzierung stellen, wenn die beiden Termini ohnehin dieselbe Bedeutung hätten. Meines Erachtens ist dem Verständnis zu folgen, welches die Ausgleichspflicht als eine Kompensationsleistung *sui generis* qualifiziert und darin weder eine Schadenersatzverpflichtung noch eine bloße Obliegenheit sieht.³⁹⁵ Eine Betrachtung als Letztere ist schon allein dadurch ausgeschlossen, dass das Fehlen einer Einklagbarkeit seitens der Tochtergesellschaft der herrschenden Gesellschaft keineswegs ihre Verpflichtung zur Ausgleichszahlung nimmt.

Auch der Begriff des Verlustes darf nicht mit jenem des Nachteiles gleichgesetzt werden.³⁹⁶ Letzterer liegt nämlich auch dann vor, wenn die abhängige Gesellschaft auf Veranlassung der Muttergesellschaft mit dieser ein Geschäft abschließt und dabei auf einen höheren Gewinn verzichtet, den sie möglicherweise bei Abschluss des Geschäftes mit einem Dritten erzielt hätte. In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob die Gesellschaft einen Verlust macht oder ihr (daneben) ein Schadenersatzanspruch aus entgangenem Gewinn zusteht.³⁹⁷ Auf der anderen Seite ist auch ein Verlustgeschäft, also ein Geschäft, welches nicht die Vollkosten deckt, keinesfalls nachteilig, wenn es einem Drittvergleich standhält.³⁹⁸

C. Zeitpunkt der Bestimmung des Ausgleiches

Im Gegensatz zu Deutschland, wo die herrschende Gesellschaft bis zum Ende des Geschäftsjahres Zeit hat, den Ausgleich zu leisten bzw einen Rechtsanspruch auf eine spätere Leistung einzuräumen, muss in Österreich die Vorteilszuwendung umgehend und vollständig erfolgen.

Beiden Rechtsordnungen ist jedoch der Umstand gemein, dass ein Schadenersatzanspruch seitens der Tochtergesellschaft für den Fall entsteht, dass

³⁹⁴ Siehe zum Schadenersatzanspruch gemäß § 317 dAktG II.G.2.

³⁹⁵ *Koppensteiner* in KölnerKomm³ 311 Rz 61.

³⁹⁶ *Kropff* in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 145.

³⁹⁷ § 1293 ABGB bzw § 252 BGB.

³⁹⁸ *Kropff* in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 148.

die Frist zum Nachteilsausgleich ungenutzt verstreicht. In Deutschland ist sodann die Bestimmung des § 317 dAktG (bzw der §§ 249 ff BGB) maßgeblich, in Österreich richtet sich der Schadenersatzanspruch nach den allgemeinen Regeln gemäß den §§ 1293 ff ABGB, sofern keine spezielleren Normen Anwendung finden. Der einmal entstandene Schadenersatzanspruch ist endgültig, dh er tritt nicht hinter eine später eventuell doch noch festgelegte Ausgleichszahlung zurück. Diese Vorgangsweise erscheint konsequent, denn durch das In-Aussicht-Stellen eines Schadenersatzanspruches will das Gesetz die beherrschende Gesellschaft daran hindern, die Ausgleichszahlung hinauszuzögern.³⁹⁹ Eine Ersetzungsbefugnis durch eine nachträgliche Ausgleichszahlung würde nur den Sinn und Zweck des Gesetzes untergraben.

Im Hinblick auf den Zeitablauf ist es nicht unbedingt erforderlich, dass der Nachteil *zuerst* zugefügt werden muss und erst *später* durch einen Vorteil ausgeglichen wird, sondern es darf auch ein in einem früheren Geschäftsjahr geleisteter Vorteil dazu verwendet werden, einen im Nachhinein entstandenen Nachteil auszugleichen. Freilich besteht hier die Gefahr, dass das beherrschende Unternehmen jeden früher geleisteten Vorteil anschließend wieder zurücknimmt, was einer nachhaltigen Geschäftspolitik seitens des Tochterunternehmens abträglich sein dürfte, da sich ein sorgfältiger Geschäftsleiter hüten wird, im Wissen um eine etwaige Ausgleichspflicht über einen Vorteil zu disponieren, für welchen er keine äquivalente Rückstellung gebildet hat. Nur so kann er sicher sein, dass ein später durch die Gesellschaft erlittener Nachteil, für den diese keinen Ausgleich erhalten wird, verkraftet werden kann.

In Deutschland wird dieses Problem durch den gemäß § 312 dAktG zu verfassenden Abhängigkeitsbericht zu entschärfen versucht, der für das entsprechend frühere Geschäftsjahr eine Kennzeichnung enthalten muss, dass der Vorteil im Hinblick auf seine mögliche künftige Heranziehung als Nachteilsausgleich geleistet wurde. Dies ist aber meines Erachtens keine überzeugende Vorgangsweise, da Vorteile im Abhängigkeitsbericht stets mit einer Generalklausel versehen werden können und eine derartige Umgehung auch

³⁹⁹ Kropff in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 256.

keinen großen Aufwand bereitet (Beispiel: „Dieser der Gesellschaft X geleistete Vorteil kann in einem späteren Geschäftsjahre von der beherrschenden Gesellschaft Y zum Ausgleich eines Nachteiles herangezogen werden.“). Dadurch ist aber der in Deutschland eingeschlagene Zugang für die beherrschte Gesellschaft nicht hilfreicher als das österreichische Gesellschaftsrecht, wo die Abfassung eines Abhängigkeitsberichtes gänzlich unbekannt ist. Da wie dort wird die Bildung von Rückstellungen daher wohl unvermeidbar sein. Angesichts der Tatsache, dass der österreichischen Rechtsordnung im Gegensatz zur deutschen das Verfassen eines Abhängigkeitsberichtes vollkommen fremd ist, muss man hier der Zulässigkeit eines Nachteilsausgleiches bei zuvor geleistetem Vorteil tendenziell skeptisch gegenüberstehen.

Gegen die Bildung von Rückstellungen kann eingewendet werden, dass diese grundsätzlich nur für ungewisse Verbindlichkeiten bzw für drohende Verluste aus Rechtsgeschäften zu veranschlagen sind, wobei im Zusammenhang mit einem erhaltenen Vorteil keine der beiden Voraussetzungen erfüllt ist.⁴⁰⁰ Darüber hinaus steht es dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft ja theoretisch frei, das nachteilige Geschäft abzulehnen.

Insgesamt sprechen aber meines Erachtens die besseren Argumente für die Bildung von Rückstellungen. Zum einen trägt eine solche Vorgangsweise zu einer besseren Kontrollierbarkeit empfangener Vorteile bei, da das Risiko unerwarteter bzw nicht verkraftbarer Verluste vermindert wird. Zum anderen wird sich der Vorstand der abhängigen Aktiengesellschaft in den meisten Fällen davor hüten, das später stattfindende nachteilige Geschäft abzulehnen, weshalb es auch aus faktischer Sicht ratsam erscheint, Rückstellungen zu bilden.

D. Kein Rechtsanspruch auf Ausgleich in Deutschland

Für den Nachteilsausgleich in Deutschland ist es charakteristisch, dass er zwar innerhalb des Geschäftsjahres von der herrschenden Gesellschaft zu leisten ist, vonseiten der beherrschten Gesellschaft aber kein Rechtsanspruch auf

⁴⁰⁰ § 249 dHGB.

Durchsetzung des Ausgleiches besteht. § 311 Abs 2 dAktG normiert, dass der abhängigen Gesellschaft spätestens bis zum Ende des Geschäftsjahres ein Anspruch einzuräumen ist, wenn es bis dahin zu keinem tatsächlichen Ausgleich gekommen ist. Folglich kann die herrschende Gesellschaft der beherrschten Tochtergesellschaft zwar jederzeit einen Rechtsanspruch auf Durchsetzung des Nachteilsausgleiches einräumen, sie ist aber erst zum Ende des Geschäftsjahres dazu verpflichtet. Wird ein Rechtsanspruch eingeräumt, so kann die Tochtergesellschaft den Ausgleich freilich schon vor Ablauf des Geschäftsjahres einfordern und gegebenenfalls auch gerichtlich geltend machen. Bis zur Einräumung besteht eine Art Schwebezustand, während dessen die Tochtergesellschaft keinen durchsetzbaren Anspruch besitzt und demnach auch keine Pfändung des Ausgleichsanspruches möglich ist.⁴⁰¹ Jedenfalls unzulässig ist ein Nachteilsausgleichsvertrag, in dem eine Ausgleichszahlung vereinbart ist, falls ein Nachteil erst zu einem späteren Zeitpunkt, beispielsweise anlässlich einer Prüfung, herauskommt.⁴⁰²

E. Zeitpunkt der Vornahme in Deutschland und Österreich

1. Formelle Verschiedenheit

Ein bedeutender formeller Unterschied zwischen der deutschen und der österreichischen Rechtslage besteht hinsichtlich des Zeitpunktes der Vornahme eines Nachteilsausgleiches. Nach deutschem Recht reicht es gemäß § 311 Abs 2 dAktG aus, dass der Nachteilsausgleich bis zum Ende des Geschäftsjahres erfolgt. Dabei hat die herrschende Gesellschaft die Wahl, den Ausgleich entweder tatsächlich vorzunehmen oder der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch darauf einzuräumen. Bei der *tatsächlichen Vornahme* muss der Vorteil spätestens zum Bilanzstichtag jenes Geschäftsjahres ausgeglichen werden, in dem der abhängigen Gesellschaft der Nachteil zugefügt wurde. In welcher Form der tatsächliche Ausgleich geleistet wird, ist dabei unerheblich – es kommen nicht nur

⁴⁰¹ Kropff in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 263.

⁴⁰² Koppenssteiner in KölnerKomm³ § 311 Rz 129.

Sachgüter infrage, sondern beispielsweise auch Dienstleistungen oder die Einräumung eines Rechtes,⁴⁰³ sofern dieses bis zum Ende des Geschäftsjahres geltend gemacht wird. Der Begriff der zweiten Art von Ausgleich, nämlich jener der *Begründung eines Rechtsanspruches*, bedarf daher einer teleologischen Reduktion. Darunter fallen nämlich nur jene Rechte, welche nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres geltend gemacht werden können sondern erst nachher.⁴⁰⁴ In jedem Fall muss aber bis zum Ende des Geschäftsjahres feststehen, wann der spätere Ausgleich erfolgen soll. Dies ist in Vertragsform festzuhalten, wobei Schriftlichkeit nicht erforderlich ist, in Deutschland aber aufgrund der Erstellung und Prüfung des Abhängigkeitsberichtes und in Österreich aufgrund von Beweisgründen ratsam erscheint. Nach herrschender deutscher Lehre kann die Zusammenstellung der Vor- und Nachteile auch kontokorrentartig erfolgen.⁴⁰⁵ Dem ist zuzustimmen, sofern die Einzelposten weiterhin separat nachgeprüft werden können. Es steht wohl außer Frage, dass eine kontokorrentartige Berechnung den Geschäftsverkehr erleichtert, da nicht jeder Nachteil durch einen Vorteil einzeln ausgeglichen werden muss. Denn dann reicht es aus, wenn die herrschende Gesellschaft den verbliebenen negativen Saldo durch eine einmalige Zahlung kompensiert.

In Österreich lassen die gesellschaftsrechtlichen Grundsätze, aus denen das Nachteilsverbot abgeleitet wird, keinen Raum für eine zeitliche Verschiebung des Nachteilsausgleiches. Vor allem ist aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr abzuleiten, dass der Nachteilsausgleich nach österreichischem Recht unverzüglich und vollständig zu erfolgen hat. Allerdings legen die eben erwähnten Vorteile für die Effektivität der Konzernverrechnung es auch für das österreichische Recht nahe, kontokorrentartige Auflistungen unter Begleichung des negativen Saldos

⁴⁰³ Kropff in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 233.

⁴⁰⁴ AA offenbar *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁴ § 311 Rz 45, welche zwar einerseits richtigerweise davon ausgehen, dass der Verpflichtungsvertrag vor Abschluss des Geschäftsjahres abgeschlossen werden muss, andererseits aber ausführen, dass die Erfüllung des Vertrages bis zu einem späteren Zeitpunkt aufgeschoben werden *kann*. Nach dem hier vertretenen Verständnis über die Begründung eines Rechtsanspruches *muss* die Erfüllung auf einen späteren Zeitpunkt als den Jahresabschluss verschoben werden, da andernfalls eine tatsächliche Erfüllung vorliegt.

⁴⁰⁵ Hüffer, Aktiengesetz⁸ § 311 Rz 45.

zuzulassen. Da die Möglichkeit von Kontokorrentabsprachen auch im österreichischen Unternehmensrecht besteht,⁴⁰⁶ erscheint eine sich daran orientierende Vorgangsweise nicht nur zulässig, sondern meiner Meinung nach zugleich auch als die effizienteste Variante.

2. Materielle Übereinstimmung

Wenngleich die deutsche und die österreichische Rechtslage formelle Unterschiede aufweisen, sind meines Erachtens wesentliche materielle Übereinstimmungen festzustellen. Der Grund liegt darin, dass in die Berechnung der Ausgleichshöhe auch die Zeitdifferenz zwischen dem Entstehen des Nachteils und der tatsächlichen Zahlung oder der Einräumung des Rechtsanspruches einbezogen wird.⁴⁰⁷

Auf den ersten Blick mag nun der Eindruck entstehen, dass dadurch dem Prinzip der *ex ante* Betrachtung derogiert würde. Allerdings wäre eine derartige Annahme zu weit greifend, denn der Grundsatz wird nicht aufgehoben, sondern nur ergänzt. Neben dem eigentlichen Nachteil liegt nämlich auch ein durch die Zeitdifferenz begründeter, im Moment der Nachteilszufügung (noch) nicht quantifizierbarer Nachteil vor, der erst zu einem späteren Zeitpunkt berechnet werden kann. Ändern sich also beispielsweise aufgrund einer früheren bzw späteren Gewährung des Vorteiles in der Zwischenzeit die Umstände, sind dadurch entstehende Minderungen bzw Erhöhungen beim Vorteilsausgleich zu berücksichtigen.

Daraus ergibt sich, dass die Ausgleichszahlung *zwei Bewertungsschritte* erfordert:⁴⁰⁸

1. die *ex ante* Bewertung des Nachteils zum Zeitpunkt seiner Zufügung *und*
2. die Berücksichtigung von Nachteilen/Vorteilen, die bis zur tatsächlichen Erbringung der Ausgleichsleistung erfolgen (zB frühere oder spätere Zahlung).

⁴⁰⁶ Vgl § 355 UGB.

⁴⁰⁷ Kropff in MünchKomm zum AktG² § 311 Rz 232.

⁴⁰⁸ Koppenssteiner in KölnerKomm³ § 311 Rz 106.

Ziel ist es, die abhängige Gesellschaft so zu stellen, als wäre der Nachteil bereits zum Zeitpunkt der Zufügung ausgeglichen worden. Dieselbe Zielsetzung verfolgt auch die österreichische Rechtslage, nur dass der Ausgleich eben unverzüglich zu leisten ist, sodass der zweite Bewertungsschritt entfällt und es hier nur auf eine *ex ante* Bewertung des Nachteiles zum Zeitpunkt seiner Zufügung ankommen kann.

3. Rechtliche Bewertung

Die in Deutschland bestehende Möglichkeit, einen Nachteilsausgleich bis zum Ende des Geschäftsjahres hinauszuschieben, führt zu zahlreichen Problemen. *Kropff* bezeichnet die durch das deutsche Aktiengesetz 1965 eingeführte Normierung sogar als „verfehlt“.⁴⁰⁹ Zur „Ehrenrettung“ des hinausgeschobenen Nachteilsausgleiches soll aber nicht unerwähnt bleiben, dass vielfach ein falsches Verständnis im Hinblick auf die mit der Zeitverzögerung verbundenen Konsequenzen vorliegt. Aber auch über die Natur des Nachteilsausgleiches bestanden bzw bestehen offenbar Unklarheiten (vgl auch IV.2.), wobei vor allem in der älteren Lehre die Auffassung vertreten wurde, dass der Nachteilsausgleich Rückstände im Vergleich zum Schadenersatz aufweist, welche dieser Sichtweise zufolge einerseits in der bloßen Berücksichtigung der vorhersehbaren Entwicklung lägen, während beim Schadenersatz auch die im Nachhinein entstandenen Schäden berücksichtigt würden.⁴¹⁰ *Kellmann* behauptete sogar, dass dem herrschenden Unternehmen lediglich eine *facultas alternativa* zwischen dem Schadenersatz und dem Nachteilsausgleich zukäme.⁴¹¹ Andere Teile der früheren

⁴⁰⁹ *Kropff*, Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, FS Kastner 279: „Überdenkt man ihn [den hinausgeschobenen Nachteilsausgleich] heute nach mehr als 25 Jahren praktischer Erfahrung und im Lichte seiner wissenschaftlichen Durchdringung, so muss er mE als verfehlt beurteilt werden.“

⁴¹⁰ *Emmerich* in *Scholz*, Kommentar zum GmbHG⁸.

⁴¹¹ *Kellmann*, Schadenersatz und Ausgleich im faktischen Konzern, BB 1969, 1516; vgl auch *Wälde*, Die Anwendbarkeit des § 31 BGB und der Begriff des „gesetzlichen Vertreters“ im Rahmen konzernrechtlicher Haftungstatbestände des faktischen Konzerns, DB 1972, 2289 Fn 4.

Lehre wollten wiederum in der Verpflichtung zum Nachteilsausgleich eine Art von Schadenersatzverpflichtung erkennen.⁴¹²

Diesen Auffassungen ist nicht zu folgen. Der Vorwurf der bloßen Einberechnung eines vorhersehbaren Ablaufes, wodurch der Nachteilsausgleich im Vergleich zum Schadenersatzanspruch rückständig sei, stellt sich bei näherer Betrachtung als unhaltbar heraus, denn er betrachtet lediglich eine Seite dieser Form des Vermögensschutzes. Zwar ist es richtig, dass im Falle der *ex ante* Betrachtung bei einer nicht absehbaren negativen Entwicklung die Ausgleichszahlung geringer ausfallen wird als ein gegebenenfalls zu leistender Schadenersatz, allerdings kann auf der anderen Seite bei einer unerwartet positiven Entwicklung die Pflicht zur Leistung eines Nachteilsausgleiches bestehen, obwohl kein Schadenersatzanspruch entstanden ist. Die Verpflichtung zur Ausgleichszahlung kann also aus Sicht der abhängigen Gesellschaft ein „Mehr“ gegenüber der Schadenersatzleistung darstellen.

Auch der Auffassung einer dem herrschenden Unternehmen zukommenden *facultas alternativa* zwischen Nachteilsausgleich und Schadenersatzanspruch ist nicht zu folgen. Vielmehr besteht zunächst die ausschließliche Verpflichtung seitens der herrschenden Gesellschaft, den Nachteil auszugleichen. Diese Verpflichtung wandelt sich in einen von der abhängigen Gesellschaft geltend zu machenden Schadenersatzanspruch um, wenn der für die Leistung eines Nachteilsausgleiches gesetzlich eingeräumte Zeitrahmen nicht eingehalten wird (in Österreich unverzüglich, in Deutschland durch einen bis zum Ende des Geschäftsjahres tatsächlich vorgenommenen oder durch Einräumung eines Rechtsanspruches auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil, siehe IV.5.a.).

Zu der drittens vorgebrachten Meinung, dass die Verpflichtung zum Nachteilsausgleich eine Form des Schadenersatzes darstellt, ist auf die oben gemachten Ausführungen über die Unterschiede zwischen Nachteil, Schaden und Verlust zu verweisen (siehe IV.2.). Demnach sind die Begriffe des Nachteiles bzw Schadens nicht identisch, und der Nachteilsausgleich stellt keine Sonderform des

⁴¹² Siehe zB *Würdinger* in *GroßkommAktG*³ § 311 Anm 5, 6, 9.

Schadenersatzes dar, sondern es handelt sich dabei vielmehr um eine Kompensationsverpflichtung *sui generis*.

Die Problematik des österreichischen Zuganges liegt offensichtlich in der fehlenden expliziten gesetzlichen Verankerung. Neben dem Mangel eines einheitlichen Konzernbegriffes kann der Gesetzesanwender nur aus allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen herleiten, inwiefern ein Verstoß gegen das Nachteilsverbot vorliegt bzw wie er sich in weiterer Folge zu verhalten hat. Das führt aber unweigerlich zu Unsicherheiten im Umgang mit der Nachteilszufügung bzw dem Nachteilsausgleich. Abgesehen davon weist der österreichische Zugang aber auch Vorteile gegenüber den deutschen Regelungen auf, denn er vermeidet die aus dem verzögerten Nachteilsausgleich entstehenden Probleme, indem keinerlei zeitliche Frist zur Leistung eingeräumt wird und der Vermögensausgleich sofort und vollständig zu leisten ist.⁴¹³

V. Sanierbarkeit – Prozessuale Bewältigung in Österreich

A. Allgemeines

Wie bereits ausgeführt, resultiert aus einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ein Rückforderungsanspruch seitens der Gesellschaft und aus einer Verletzung des Verbotes der Nachteilszufügung die Pflicht zum Nachteilsausgleich durch die herrschende Gesellschaft. Wird der Nachteilsausgleich nicht gewährt, so entsteht ein Schadenersatzanspruch, der vonseiten der Tochtergesellschaft und anderer Legitimierter (zB der Aktionäre) geltend gemacht werden kann. Die §§ 56 AktG und 83 GmbHG ergänzen die Bestimmungen zum Vermögensschutz der Gesellschaft und normieren eine Haftung der Gesellschafter bei Empfang verbotener Leistungen.⁴¹⁴

Bemerkenswerterweise enthält § 56 AktG keine explizite Rückerstattungspflicht des Empfängers gegenüber der Gesellschaft. Allerdings ergibt sich diese aus

⁴¹³ Doralt/Diregger in MünchKomm zum AktG² Österreichisches Konzernrecht § 15 Rz 4.

⁴¹⁴ Siehe Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 56 Rz 1 (für die AG); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 83 Rz 3.

Abs 3, wonach die Gesellschaft gutgläubig als Gewinnanteile empfangene Leistungen vom Aktionär nicht zurückfordern kann – dies setzt aber das grundsätzliche Bestehen eines Rückerstattungsanspruches voraus.⁴¹⁵ Im Gegensatz dazu ist das Vorliegen der Rückerstattungspflicht im GmbHG in § 83 Abs 1 ausdrücklich normiert.

Die Haftung des Gesellschafters der AG weist im Vergleich zu jener des Anteilseigners der GmbH grundlegende Unterschiede auf (siehe Abbildung 5). Bei Ersterer wird nämlich eine Außenhaftung des Aktionärs gegenüber den Gläubigern begründet, was bei Letzterer nicht der Fall ist. Der allgemeine Grundsatz, dass Aktionäre nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft herangezogen werden können, gilt hier nicht. Dadurch wird aber nur scheinbar mit dem Trennungsprinzip gebrochen, denn dieses setzt vielmehr voraus, dass der Haftungsfonds nicht durch verbotene Leistungen an die Aktionäre geschmälert wird.⁴¹⁶

Darüber hinaus haftet im Aktienrecht ausschließlich jener Aktionär (sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis), der die verbotene Einlage empfangen hat, wohingegen andere Aktionäre nicht einstehen müssen. Im Gegensatz dazu können bei der GmbH subsidiär auch die anderen Gesellschafter für Haftungsansprüche (allerdings nur im Innenverhältnis) herangezogen werden.⁴¹⁷ Dies geschieht im Verhältnis ihrer Stammeinlagen und ist mit der Höhe des Stammkapitals begrenzt.

	Innenhaftung		Außenhaftung	
	Haftung	Haftender	Haftung	Haftender
AG	Ja	Empfänger	Ja	Empfänger
GmbH	Ja	1. Empfänger 2. Gesellschafter (subsidiär)	Nein	-

Abbildung 5: Innenhaftung und Außenhaftung bei Kapitalgesellschaften

⁴¹⁵ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 56 Rz 4.

⁴¹⁶ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 56 Rz 1.

⁴¹⁷ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 60 Rz 11.

B. Aktienrecht – Möglichkeit eines Vergleiches bei Innenhaftung

§ 60 AktG verbietet die Befreiung der Aktionäre von Leistungspflichten nach den §§ 49 und 59 AktG und stellt damit die zentrale Norm zur Sicherung der realen Kapitalaufbringung in der AG dar.⁴¹⁸ Sie ist in analoger Weise auch auf Ansprüche seitens der Gesellschaft anzuwenden, die sich aus dem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ergeben.⁴¹⁹ Im deutschen Recht ist eine analoge Anwendung nicht erforderlich, da § 66 Abs 2 dAktG den gleichen Regelungszweck wie § 60 AktG verfolgt und explizit auf die Erstreckung dieses Verbotes auch auf Rückgewährspflichten der Gesellschafter hinweist. In Ergänzung der strengen Vorschrift des § 52 AktG ist das Befreiungsverbot von Leistungspflichten konsequenterweise extensiv auszulegen und bezieht sich auf sämtliche Rechtsgeschäfte, welche die Ansprüche der AG dem Grunde bzw der Höhe nach oder in sonstiger Weise beeinträchtigen könnten.⁴²⁰

Speziell im Hinblick auf den Abschluss eines Vergleiches ist deshalb Vorsicht geboten. Ein solcher ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, allerdings besteht bei ihm die immanente Gefahr einer als Vergleich ummantelten Befreiung. Aus der bloßen Tatsache, dass § 60 AktG den Vergleich nicht ausdrücklich verbietet, kann meines Erachtens nicht auf dessen Zulässigkeit geschlossen werden.⁴²¹ Dies würde meiner Einsicht nach einen unzulässigen Umkehrschluss darstellen, denn der Schutzzweck bezieht sich auf das Verbot jeglicher Leistungsbefreiung des Gesellschafters, unabhängig davon, in welcher Form diese vereinbart wird. Aus der bloßen Nichterwähnung die Zulässigkeit eines Vergleiches ableiten zu wollen, geht daher wohl zu weit.

Nach dem eben Gesagten könnte man nun annehmen, dass ein Vergleich dem Schutzzweck niemals entsprechen kann, da dieser stets ein Entgegenkommen und damit einen Verzicht seitens der Gesellschaft beinhaltet. Allerdings trägt dieser

⁴¹⁸ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 60 Rz 1.

⁴¹⁹ Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 60 Rz 7.

⁴²⁰ Bayer in MünchKomm zum AktG² § 66 Rz 10.

⁴²¹ So aber Kalss/Eckert, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007, 584; Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG § 60 Rz 14.

erste Blick und es lassen sich Gründe vorbringen, welche für die ausnahmsweise Berechtigung eines Vergleiches sprechen. Das Bestehen erheblicher rechtlicher oder tatsächlicher Unklarheiten macht es nach Abwägung der Erfolgchancen mit den Risiken (einschließlich des Prozesskostenrisikos) aus objektiver Sicht sogar ratsam, einen Vergleich zuzulassen.⁴²² Dies ist auch mit dem Schutzzweck der Norm vereinbar, welcher auf die reale Schaffung eines Gesellschaftsvermögens gerichtet ist bzw in analoger Ergänzung zu den §§ 52 ff AktG auf den Erhalt des Gesellschaftsvermögens abzielt. Denn der Erhalt des Gesellschaftsvermögens muss sich an der Realität orientieren, sodass ein bedingungsloses Festhalten an Leistungsforderungen unter Außerachtlassung des Risikos, am Ende nichts zu erhalten, sicher nicht *telos* der Norm ist. Die ausnahmsweise Akzeptanz eines Vergleiches wird dem Schutz des Gesellschaftsvermögens daher dienlicher sein als die kategorische Ablehnung eines solchen.⁴²³ Darüber hinaus lassen sich gute Gründe anführen, warum die Gesellschaft ein Interesse besitzen kann, einen Vergleich abzuschließen. Sei es, dass sie wegen einer schlechten wirtschaftlichen Situation auf eine umgehende (Teil-)Leistung angewiesen ist und sich keinen kostspieligen Prozess mit ungewissem Ausgang erlauben kann, oder dass sich im Laufe des Verfahrens eine Niederlage abzeichnet und durch einen Vergleich wenigstens noch ein Teil der Klageforderung realisierbar ist.⁴²⁴ Außerdem ist es häufig fraglich, ob aus einem Rechtsstreit ein eindeutig richtiges Ergebnis gewonnen werden kann, das einer aus einem Kompromiss erzielten Lösung vorzuziehen ist.⁴²⁵ Hingegen kann die bloße Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs richtigerweise nicht als Begründung dienen, einen Vergleich abzuschließen, da für diesen Fall die §§ 57 ff AktG heranzuziehen sind.⁴²⁶

⁴²² *Kalss/Eckert*, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007, 584; grundsätzlich ablehnend wohl *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ § 66 Abs 2 Rz 4.

⁴²³ *Cahn*, Vergleichsverbote im Gesellschaftsrecht 21.

⁴²⁴ *Cahn*, Vergleichsverbote im Gesellschaftsrecht 3.

⁴²⁵ *Cahn*, Vergleichsverbote im Gesellschaftsrecht 23.

⁴²⁶ *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 60 Rz 14; *Lutter* in *KölnerKomm*³ § 63 Rz 10.

Im Ergebnis ist ein Vergleich also nicht *a priori* rechtswidrig, sondern im Einzelfall auf seine Konformität mit dem Schutzzweck der Kapitalerhaltung zu untersuchen.

Die Entscheidung über den Abschluss eines Vergleiches liegt in den Händen des Vorstandes, welcher dabei keine Genehmigung durch die Hauptversammlung benötigt. Dabei kommt ihm ein breites unternehmerisches Ermessen iSv § 70 AktG zu, da ein Aktionär mangels Sicherheit eines Vergleiches wohl kaum zum Abschluss bereit wäre.⁴²⁷

C. Aktienrecht – Auswirkungen auf die Außenhaftung

Der Fragestellung, ob ein zulässigerweise im Innenverhältnis zustande gekommener Vergleich auch gegenüber außen stehenden Gläubigern der Gesellschaft Gültigkeit entfaltet, ist unter Einbeziehung allgemeiner Überlegungen zunächst einmal ablehnend gegenüberzustehen, da solcherart über einen Anspruch eines Dritten verfügt werden würde, was nicht ohne Weiteres möglich ist. Es spricht aber einiges dafür, dennoch eine Vergleichsfähigkeit zulasten der Gläubiger zuzulassen.

Zunächst einmal ist festzustellen, dass die Ansprüche von Gläubigern restriktiv zu behandeln sind. Ein Durchgriff wird nach allgemeiner Auffassung nur dann eingeräumt, wenn eine Leistung entgegen zwingender Vorschriften des AktG erbracht wurde, also nicht bei bloßen Satzungsverstößen oder Verletzungen gegen dispositives Gesetzesrecht.⁴²⁸

Die Außenhaftung eines Aktionärs weist gewisse Ähnlichkeiten mit der Kommanditistenhaftung gemäß §§ 128 f UGB iVm § 161 UGB auf. Sie verlangt nicht, dass die Gläubiger sich zunächst an die Gesellschaft wenden und von dieser keine Befriedigung erlangen.⁴²⁹ Die Gläubiger können sich vielmehr auch zuerst direkt an den Aktionär wenden.

⁴²⁷ Kalss/Eckert, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007, 585.

⁴²⁸ Godin/Wilhelmi, AktG⁴ § 56 Rz 5 und 12.

⁴²⁹ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG-Kommentar⁴ § 56 Rz 18.

Kalss/Eckert leiten die Gültigkeit des Vergleiches für die Außenhaftung aus dem § 172 Abs 2 und 3 UGB ab.⁴³⁰ Dabei wird die meines Erachtens zutreffende Auffassung vertreten, dass die Vergleichsmöglichkeit, welche § 60 AktG für die Kapitalaufbringungskontrolle und in analoger Anwendung für die Kapitalerhaltung (Einlagenrückgewähr) bei der AG bietet, auch für die Kommanditgesellschaft heranzuziehen ist. Andernfalls wäre die Kapitalaufbringungskontrolle bzw Kapitalerhaltungskontrolle bei der KG strenger als im Aktienrecht. Für die KG gilt durch die Regelung in § 172 Abs 3 UGB, dass ein Vergleich sodann befreiende Wirkung gegenüber den Gläubigern entfaltet, was konsequenterweise dann aber auch für die AG gelten muss.

D. Geltung für das GmbH-Recht

Da im GmbH-Recht eine dem § 56 Abs 1 AktG vergleichbare Möglichkeit des Durchgriffs auf die Gesellschafter durch die Gläubiger fehlt, bereiten die im Aktienrecht bestehenden Fragen zur Außenhaftung hier keine Probleme.

Es besteht ausschließlich ein unmittelbarer Anspruch seitens der Gesellschaft, welcher nach denselben Grundsätzen wie im Aktienrecht zu behandeln ist. Demnach verbietet § 83 Abs 4 GmbHG grundsätzlich einen Erlass der Rückleistungspflichten bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Allerdings wird ein Vergleich unter denselben Voraussetzungen für zulässig gehalten wie im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung.⁴³¹

⁴³⁰ *Kalss/Eckert*, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007, 585 f.

⁴³¹ *Kalss/Eckert*, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007, 586.

Literaturverzeichnis

Aufsätze:

- Albach*, Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen, NB 1966, 203.
- Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GeS 2007, 3.
- Becker*, Treuepflichten im Körperschaftsrecht, ÖJZ 1999, 794.
- Beuthien*, Art und Grenzen der aktienrechtlichen Haftung herrschender Unternehmen im Leitungsmachtmissbrauch, DB 1969, 1781.
- Bollenberger*, Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Umsatzgeschäfte: Wertausgleich und Nichtigkeit, RdW 2008/2, 7.
- Böhler*, Nichtigkeit des Geschäftes bei verdeckter Einlagenrückgewähr?, ÖBA 2004, 433.
- Brezing*, Konzernverrechnungspreise in betriebswirtschaftlicher, aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, AG 1975, 225.
- Burgard*, Die Förder- und Treupflicht des Alleingeschafters einer GmbH - Überlegungen zu einer gläubigerschützenden Corporate Governance bei der GmbH, ZIP 2002, 827.
- Cahn*, Kredite an Gesellschafter – zugleich Anmerkung an die MPS-Entscheidung des BGH, Working Paper Series No 98/2009.
- Dellinger*, Eigenkapitalersatzrecht im Konzern, ecolex 2002, 329.
- Demelius*, Über die gemischte Vertretung bei Handelsgesellschaften, JBl 1948, 423
- Forum Europaeum Konzernrecht*, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672.
- Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte (1979).
- Gröhs*, der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff (§ 15 AktG, § 115 GmbHG), RdW 1987, 250.
- Hadding*, Zur Einzelklagebefugnis des Gesellschafters einer GmbH nach deutschem und österreichischem Recht, GesRZ 1984, 32.
- Haesen*, Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern (1970).
- Harrer*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht, wbl 2004, 201.

- Hochedlinger*, Privatstiftungen im Lichte des EKEG, GesRZ 2004, 372.
- Hoffmann-Becking*, Der Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 159 1995, 325.
- Hügel*, Aufsichtsratsveto und Entscheidungsbefugnis der Gesellschafterversammlung, GesRZ 1982, 305.
- Jabornegg*, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, wbl 1989, 43.
- Jud*, Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderer Organfunktion im Konzern, GesRZ 1982, 111.
- Kalss/Eckert*, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007/615, 583.
- Karollus*, Zur Reichweite der Nichtigkeitssanktion bei verdeckten Gewinnausschüttungen, ecolex 2008, 47.
- Kellmann*, Schadensersatz und Ausgleich im Faktischen Konzern, BB 1969, 1509.
- Kellmann*, Zum „faktischen Konzern“ Auslegungsfragen und Reformüberlegungen, ZGR 1974, 220.
- Koppensteiner*, Treuwidrige Stimmabgaben bei Kapitalgesellschaften, ZIP 1994, 1325
- Koppensteiner*, Zum konzernrechtlichen Gehalt von § 9 EKEG, wbl 2008, 55.
- Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, wbl 1988, 3.
- Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (I), GesRZ 1999, 86.
- Kowalski*, Die Gesellschafterklage und § 46 Nr 8 GmbHG – kein unlösbares Problem, ZIP 1995, 1315.
- Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 269.
- Lutter*, Die Treupflicht des Aktionärs ZHR 153 1989, 466.
- Martens*, Das Konzernrecht nach dem Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes (II), DB 1970, 865
- Neuhaus*, Die Grenzen der Konzernleitungsgewalt im faktischen Konzern und der Nachteilsbegriff des § 311 AktG 1965, DB1 1970, 1913.

Neuhaus, Der Schadensersatzanspruch des außenstehenden Aktionärs gegenüber dem Vorstand seiner faktisch beherrschten Aktiengesellschaft nach § 93 AktG 1965, DB 1971, 1193.

Nowotny, Umsatzgeschäfte und verdeckte Gewinnausschüttung, RdW 1987, 286.

Reich-Rohrwig, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, ecolex 2004, 106.

Reich-Rohrwig, Gerichtliche Abberufung von GmbH-Geschäftsführern, JBl 1981, 187.

Reich-Rohrwig, Ist der Vorstand einer AG weisungsgebunden?, ecolex 1990, 285.

Reich-Rohrwig, Spaltung von Kapitalgesellschaften, ecolex 1992, 700.

Reich-Rohrwig, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141.

Rummel, Kondiktion bei verbotenen und sittenwidrigen Rechtsgeschäften, ÖJZ 1978, 253.

Schärf, Die aktienrechtliche Treuepflicht zwischen den Aktionären, GesRZ 1990, 170.

Schima, GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GesRZ 1999, 100.

Schmidsberger, *Eigenkapitalersatz im Konzern – derzeitige Rechtslage und künftiges EKEG*, GeS 2002, 9.

Schmidsberger, Eigenkapitalersatz versus Einlagenrückgewähr, GesRZ 1997, 14.

Schwarz, Zuständigkeit der Hauptversammlung zu Strukturmaßnahmen, ecolex 1997, 667.

Thöni, Sittenwidrigkeit von GmbH-Gesellschafterbeschlüssen - Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund?, wbl 1992, 353.

Thöni, Verantwortlichkeit der Aktionäre für die Stimmrechtsausübung, ecolex 1994, 230.

Thöni, Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1987, 82.

Trescher, Aufsichtsratshaftung zwischen Norm und Wirklichkeit, DB 1995, 661.

Ulmer, Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns, ZHR 163 1999, 290.

Ulmer, Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern, ZHR 148 1984, 391.

Wälde, Die Anwendbarkeit des § 31 BGB und der Begriff des „gesetzlichen Vertreters“ im Rahmen konzernrechtlicher Haftungstatbestände des faktischen Konzerns, DB 1972, 2289.

Zehetner/Bauer, Mittelbare Beteiligungen und Konzern im neuen EKEG, ÖJZ 2004/46, 747.

Zöllner, Treuepflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht, ZHR 162 1998, 235.

Kommentare:

Bart/Klug/Mayer-Landrut/Wiedemann/Brönner/Mellerowicz/Schilling/Würdinger, Großkommentar zum Aktiengesetz³ (1975).

Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB² (2007).

Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Kurzkomentar: Mit den Änderungen von KO, AO, URG und ÜbG durch das GIRÄG 2003 (2004).

Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz (2003).

Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht Kommentar⁴ (2005).

Godin/Wilhelmi, Aktiengesetz⁴ (1971).

Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz (1984).

Hachenburg/Goerdeler/Müller (Hrsg), Kommentar zum GmbHG⁸ (1992).

Hüffer, Aktiengesetz⁸ (2008).

Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz⁴ (2001-2006).

Kalss/Bachner, Handkommentar zur Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung (1997).

Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ (2007).

Kropff/Semler (Hrsg), Münchner Kommentar zum Aktiengesetz² (Österreichisches Konzernrecht), Band 9/1 (2003).

Möhring/Tank/Frass/Reuss (Hrsg), Handbuch der Aktiengesellschaft (1967).

Roth/Altmeppen, GmbHG-Kommentar⁴ (2003).

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2007).

Schiemer, Handkommentar zum Aktiengesetz² (1986).

Scholz, Kommentar zum GmbHG⁸ (1995).

Schopper/Vogt (Hrsg), Eigenkapitalersatzgesetz. Praxiskommentar zum EKEG samt Nebenbestimmungen in KO und AO (2004).

Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch² (1997).

Zöllner (Hrsg), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz³ (2004).

Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht (2004).

Monographien:

Altmeppen, Die Haftung des Managers im Konzern (1998).

Bachelin, Der konzernrechtliche Minderheitenschutz (1969).

Bodenheimer, Das Gleichheitsprinzip im Aktienrecht (1933).

Cahn, Vergleichsverbote im Gesellschaftsrecht (1996).

Drüke, Die Haftung der Muttergesellschaft für die Schulden der Tochtergesellschaft; eine Untersuchung nach deutschem und US-amerikanischem Recht (1990).

Emmerich/Habersack, Konzernrecht⁹ (2008).

Fischer, Eigenkapitalersetzende Konzernfinanzierung nach dem EKEG (2005).

Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär (1968).

Kalss, Das Höchststimmrecht als Instrument zur Wahrung des Aktionäreseinflusses (1992).

Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts: Entwicklungen, Perspektiven, Materialien (2005).

Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008).

Karollus/Isola/Huemer, Das neue Eigenkapitalersatzrecht – RV für ein GIRÄG 2002 und ein EKEG, Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 2003 (2003).

Kalss/Rüffler (Hrsg), Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004).

Klampfl, Cash Pooling – Eigenkapitalersatz und verbotene Einlagenrückgewähr im Konzern (2009).

- Kowalski*, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden – zum gesellschaftsrechtlichen Zweckbindungsgedanken im Schadensrecht (1990).
- Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern. Zur Harmonisierung und Modernisierung des Gesellschafts- und Unternehmensrechtes, Verhandlungen des 10. ÖJT (1988), Band I/1 (Gutachten).
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹² (2001).
- Moxter*, Der Einfluss von Publizitätsvorschriften auf das unternehmerische Verhalten (1962).
- Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt: Die Aktionärsrechte² (1996).
- Paehler*, Die Zulässigkeit des faktischen Aktienkonzerns (1972).
- Pentz*, Die Rechtsstellung der Enkel AG in einer mehrstufigen Unternehmensverbindung (1994).
- Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht² I (1997).
- Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004).
- Reul*, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen (1991).
- Schmidt K*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002).
- Slongo*, Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs. Betriebswirtschaftliche Analyse und Folgerungen für einen Konzernbegriff de lege ferenda (1980).
- Strohn*, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern (1977).
- U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern, Diss Wien (1996).
- Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht. Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht (2004).

Beiträge in Sammelbänden und Festschriften:

- Arnold H*, Eigenkapitalersatz im Konzern, in *Vavrovsky* (Hrsg), Handbuch Konzernhaftung (2008) 113.

- Peter Doralt*, Die Unabhängigkeit des Vorstands nach österreichischem und deutschem Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit, in *Hoffmann/Grün* (Hrsg), FS Grün, (2003) 31.
- Flume*, Unternehmen und juristische Person, in *Sandrock* (Hrsg), FS Günther Beitzke zum 70. Geburtstag (1979) 43.
- Fuchs*, Aktiengattungen, Sonderbeschlüsse und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, in *Fuchs, Schwintowski, Zimmer* (Hrsg), FS Immenga zum 70. Geburtstag (2004) 589.
- Hommelhoff*, Empfiehlt es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen – auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten – neu zu regeln?, Gutachten G zum 59. DJT (1992).
- Hügel*, Geschäftschancen und Konzernsynergien, in *Gruber/Rüffler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Europarecht, Hans-Georg Koppensteiner zum 70. Geburtstag (2006).
- Krejci*, Zu den Rechtsfolgen drittfinanzierter, unerlaubter Ausschüttungen, in Ernst Kramer et al (Hrsg), FS Koppensteiner (2001), 115
- Kropff*, Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, in *Loebenstein/Mayer/Frotz/Doralt* (Hrsg), FS Walther Kastner (1992) 279.
- Liebscher*, Vorstand und Aktienkonzern, in *Müller/Rödter* (Hrsg), Beck'sches Handbuch der AG (2005).
- Lutter*, Vermögensveräußerungen einer abhängigen Aktiengesellschaft – Haftungsrisiken beim ‚asset-stripping‘, in *Baur/Hopt/Mailänder* (Hrsg), FS Steindorff (1990) 125.
- Karollus*, Probleme der Finanzierung im Konzern: Kapitalersatz und Treuepflicht, in *Martens/Claussen* (Hrsg), FS Claussen (2004) 199.
- Möhring*, Zur Systematik der § 311, 317 dAktG, in *Fischer/Hefermehl* (Hrsg), FS Schilling (1973) 261.
- Müller G*, Gesellschafts- und Gesellschafterschaden, in *Goerdeler/Hommelhoff/Lutter/Odersky/Wiedemann*, FS Kellermann, ZGR Sonderheft 10 (1991) 317.

- Paschke*, Treupflichten im Kapitalgesellschaftsrecht, in *Huber/Jayme*, FS Serick (1992), 313.
- Reich-Rohrwig*, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, in *Enzinger/Hügel/Dillenz* (Hrsg), FS Frotz (1993) 381.
- Reich-Rohrwig*, Firma der GmbH, Kundenstock und Wettbewerb durch Gesellschafter, in *Bernat/Böhler/Weilinger* (Hrsg) FS Krejci (2001), 787.
- Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004).
- Schneider*, „Kapitalmindernde Darlehen“ der GmbH an ihre Gesellschafter – Zugleich ein Beitrag zu den rechtlichen Konsequenzen der Finanzierung des Leveraged/Management Buy out, in *Döllerer/Knobbe-Keuk* (Hrsg), FS Döllerer (1988).
- Torggler U*, Der Minderheitenschutz im GmbH-Konzern, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Konzernrecht (2003) 49.
- Wiedemann/Fleischer*, Das Recht der konzerninternen Verrechnungspreise, Konzernumlagen und verdeckte Gewinnausschüttungen im Konzern, in *Lutter/Scheffler/Schneider* (Hrsg), Handbuch der Konzernfinanzierung (1998) 951.
- Zöllner*, Qualifizierte Konzernierung im Aktienrecht, in *Schön* (Hrsg), GS Knobbe-Keuk (1997) 369.
- Zöllner*, Schutz der Aktionärsminorität bei einfacher Konzernierung, in *Forster/Grundewald/Lutter/Semler* (Hrsg.), FS Bruno Kropff (1997) 333.

Rechtsprechung Deutschland:

- BGH 01.02.1988, II ZR 75/87, ZIP 1988, 301.
- BGH 22.06.1992, II ZR 178/90, DB 1992, 2284.
- BGH 15.11.1993, II ZR 235/92, NJW 1994, 520.
- BGH 13.11.1995, II ZR 113/94, NJW 1996, 589.
- BGH 17.9.2001, II ZR 178/99, BGHZ 149, 10, „Bremer Vulkan“.

Rechtsprechung Österreich:

- OGH 31.03.1977, 6 Ob 575/77, SZ 50/51.
OGH 25.10.1978, 1 Ob 719/78, SZ 51/149.
OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80, SZ 53/172.
OGH 18.12.1987, 6 Ob 695/87, SZ 60/285.
OGH 22.11.1988, 5 Ob 626/88, JBl 1989, 254.
OGH 23.11.1988, 7 Ob 700/88, SZ 61/260.
OGH 29.03.1990, 6 Ob 704/89, ecolex 1990, 419:
OGH 18.05.1995, 6 Ob 517/95, SZ 68/98.
OGH 13.07.1995, 6 Ob 570/94, SZ 68/129.
OGH 25.06.1996, 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149.
OGH 20.03.1997, 2 Ob 41/97m, SZ 72/160.
OGH 20.01.2000, 6 Ob 288/99t, SZ 73/14.
OGH 10.03.2003, 16 Ok 20/02, GesRZ 2003, 175.
OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f, SZ 2003/133.
OGH 01.12.2005, 6 Ob 217/05p, SZ 2005/176.
OGH 01.12.2005, 6 Ob 271/05d, SZ 2005/78.
OLG Wien 3.2.1993, 6 R 85/92, NZ 1993, 128.
VwGH 10.12.1985, 85/14/0080, AnwBl 1986/9.
VwGH 29.01.2003, 98/13/0055.

Anhang

Zusammenfassung

Das deutsche Aktiengesetz enthält besondere Regelungen für Rechtsgeschäfte zwischen Konzernunternehmen, durch die der abhängigen Gesellschaft ein Nachteil zugefügt wird. Zwar besteht ein grundsätzliches Verbot der Nachteilszufügung im Konzern, allerdings tritt die Rechtswidrigkeit nur unter der Bedingung ein, dass das Mutterunternehmen den zugefügten Nachteil nicht innerhalb eines Geschäftsjahres ausgleicht. Durch diese speziellen Normen wird eine Privilegierung der herrschenden Gesellschaft bezweckt.

In Österreich bestehen keine vergleichbaren expliziten Regelungen zur Nachteilszufügung, allerdings ist auch hier die Existenz eines Nachteilsverbotes zu bejahen, welches aus allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen hergeleitet werden kann. Eine Privilegierung vergleichbar mit der deutschen Rechtslage, der zufolge das Mutterunternehmen ein Jahr Zeit hätte, den Nachteil auszugleichen, kann dem österreichischen Regelungssystem allerdings nicht entnommen werden. Vielmehr ist jeder zugefügte Nachteil unverzüglich und vollständig auszugleichen. Methodologisch folgt auf einen nicht unmittelbar ausgeglichenen Nachteil sofort ein Schadenersatzanspruch vonseiten der abhängigen Gesellschaft. Die in Deutschland durch die zeitliche Differenzierung bestehende Relevanz des Nachteilsausgleiches scheint für die österreichische Praxis daher zunächst geringe Konsequenzen zu entfalten, da es auf den ersten Blick wenig Unterschied zu machen vermag, ob von einem Nachteilsverbot mit unverzüglichem Ausgleich oder von einem Nachteilsverbot bei ansonsten drohendem Schadenersatz gesprochen wird. Denn für den Regelfall scheint es, dass der Nachteilsausgleich nichts anderes als einen vorweggenommenen Schadenersatzausgleich darstellt.

Ein solcher Zugang übersieht allerdings zwei grundlegende Aspekte zum Nachteilsausgleich bzw. Schadenersatz: Erstens erfolgt die Berechnung eines Nachteiles *ex ante*, wohingegen die Feststellung eines Schadens *ex post* unter Berücksichtigung eines entsprechenden Kausalzusammenhanges erfolgt. Die *ex*

ante Berechnung des Nachteiles kann aus den Regeln über das Verbot der Einlagenrückgewähr hergeleitet werden, wo diese zeitliche Perspektive ebenfalls eine maßgebliche Rolle spielt. Dies lässt sich mit den Normen des österreichischen Schadenersatzes in Einklang bringen, was zum zweiten Gesichtspunkt, der nicht übersehen werden sollte, führt: Die Verpflichtung zur Leistung eines Nachteilsausgleiches und eines Schadenersatzes schließen einander keineswegs aus. Vielmehr bestehen diese beiden Systeme unabhängig voneinander, wodurch einer beherrschten Gesellschaft im Ergebnis ein höherer Schutz zusteht als bei bloßer Existenz der Schadenersatzregeln. Das umfassende Schädigungsverbot, welches vor allem aus den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen des Verbotes der Einlagenrückgewähr, der Treuepflichten und des Gleichbehandlungsgrundsatzes gewonnen werden kann, umfasst auch ein Verbot der Nachteilszufügung. Daraus kann auch für das österreichische Gesellschaftsrecht darauf geschlossen werden, dass der beherrschten Gesellschaft im Falle eines nicht geleisteten Ausgleiches ein Anspruch zusteht, welcher alternativ auf den höher berechneten Wert des nicht ausgeglichenen (*ex ante* berechneten) Nachteiles oder des (*ex post* berechneten) zugefügten Schadens lautet. Dadurch kommt auch hier ein pönaler Charakter des Schadenersatzes zum Ausdruck. Gleichzeitig werden Gesellschafter vor Schmälerungen ihres anteiligen Gesellschaftsvermögens bewahrt, und es wird verhindert, dass Gläubigern der ihnen zustehende Haftungsfonds entzogen wird, wodurch wiederum zentralen Zwecken der Kapitalerhaltungsvorschriften gedient ist.

AUSBILDUNG

03/2007 – 2010 **Doktoratsstudium Rechtswissenschaften (Dr. iur.)**

10/2003 – **Studium der Rechtswissenschaften (Mag. iur.)**
01/2007 7 Semester, 1. Abschnitt „mit Auszeichnung“
 Leistungsstipendium der Universität Wien 2005, 2006,
 2007

PRAKTISCHE ERFAHRUNG

08/2007 – jetzt **WU-Wien, Institut für Europarecht und Internationales Recht**
 Zunächst Assistent (bis 06/2009), anschließend
 diverse Forschungsprojekte
 (ua. „The Implementation of the Services Directive in
 EU Member States, Austrian Report)
 **Lektor für Europäisches und österreichisches
 öffentliches Wirtschaftsrecht**
 (ua. regelmäßige Vorlesungen im Audimax der WU vor
 ca. 650 Studenten)

PUBLIKATIONEN

2009 Aspekte der Implementierung der
 Dienstleistungsrichtlinie in Österreich.
 Wirtschaftsrechtliche Blätter (WBI) 425-437.
 Horizontalität oder Vertikalität - Diskussion von
 Regulierungsmodellen am Beispiel der
 Dienstleistungsrichtlinie. Wirtschaftsrechtliche Blätter
 (WBI) 11-15 (gemeinsam mit Marcus Klamert)