



universität
wien

DISSERTATION

Konzernstrukturoptimierung und rechtliches Konzernmanagement bei Finanzintermediären

MMMag. Wolfgang M. Hajek, MBA

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. jur.)

Wien, Mai 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

o. Univ-Prof. Dr. Josef Aicher

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

Wien, Mai 2011

INHALTSVERZEICHNIS

Abbildungsverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	8

EINFÜHRUNG UND STRUKTUR

1. Einführung in das Thema sowie Rechtfertigung der Themenstellung	10
2. Ziel der Dissertation und Gliederungsstruktur	13

KAPITEL I FINANZINTERMEDIÄRE

1. Kreditinstitute	17
2. Versicherungen	19
3. Investmentgemeinschaften und Private Equity	20

KAPITEL II DER KONZERN IM ÖSTERREICHISCHEN GESELLSCHAFTSRECHT

1. Der Konzern	23
1.1. Der Konzern in der österreichischen Rechtsordnung	23
1.1.1. Der Konzern im Gesellschaftsrecht	23
1.1.2. Rechtsfolgen bei Erfüllung des Konzerntatbestandes im Gesellschaftsrecht	24
1.1.3. Die Tatbestandsmerkmale des Konzerns	25
1.2. Der Konzern im Unternehmensgesetzbuch	28
1.3. Der Konzern im Steuerrecht	30
1.4. Der Konzern im Bankwesengesetz	33
1.4.1. Der Konzern im Genossenschaftsgesetz	36
1.4.2. Der Konzern im Sparkassengesetz	38
1.5. Der Konzern im Versicherungsaufsichtsgesetz	39
1.6. Der Konzern im Finanzkonglomeratgesetz	40
1.7. Der Konzern im Übernahmegesetz	41
1.8. Der Konzern im Eigenkapitalersatzgesetz	42
1.9. Der Konzern im Börsegesetz	43
2. Der Konzern im deutschen Rechtsrahmen	45
3. Der Konzern im europäischen Rechtsrahmen	46
4. Ergebnis	47

KAPITEL III KONZERNFORMEN UND KONZERNVERTRÄGE

1. Konzernformen	50
1.1. Rechtliche Konzernformen	50
1.2. Wirtschaftliche Konzernformen	52
1.3. Holding	53
1.4. Konzernstrukturen bei Finanzintermediären	56
1.4.1. Konzernstrukturen bei Kreditinstituten	56
1.4.1.1 Konzernstruktur eines mehrstufigen Kreditinstitutes	56
1.4.1.2. Konzernstruktur einer Aktienbank	57
1.4.2. Konzernstrukturen bei Versicherungsunternehmen	58
1.4.3. Konzernstrukturen bei Investmentgemeinschaften und Venture Capital	60
2. Konzernverträge	63
2.1. Beherrschungsvertrag und Haftungsvereinbarung	66
2.2. Ergebnisabführungsvertrag	67
2.3. Managementvertrag (Betriebsführungsvertrag)	69
2.4. Gruppenvereinbarung - Organschaftsvertrag	70
2.5. Interessensgemeinschaft bzw. Konsortium	71
2.6. Syndikatsverträge	71

KAPITEL IV KONZERNSTRUKTUREN

<i>1. Konzernstrukturanalyse</i>	77
<i>1.1. Entstehung von Konzernen</i>	77
<i>1.2. Konzernstrukturen</i>	80
<i>1.3. Wertgeneratoren einer Beteiligung</i>	82
1.3.1. Rechte und Pflichten aus der Beteiligung	82
1.3.2. Leitungsmacht	83
1.3.3. Besteuerung	87
1.3.4. Minderheitengesellschafter	89
1.3.5. Kapitalkosten	90
1.3.6. Fazit	91
<i>1.4. Konzernbeteiligungsquote</i>	92
1.4.1. Zurechnung von Beteiligungen und Berechnung der (Konzern-)beteiligungsquote	92
1.4.2. Arten von Beteiligung	94
1.4.2.1. Absolute Mehrheitsbeteiligung	96
1.4.2.2. Qualifizierte Mehrheitsbeteiligung	97
1.4.2.3. Minderheitsbeteiligung	99
1.4.2.4. Die Alleinbeteiligung	101
1.4.3. Andere Beteiligungsformen	102
1.4.3.1. Genussrechte	103
1.4.3.2. Stille Beteiligung	105
1.4.3.3. Die Kommanditgesellschaft	106
1.4.3.4. Beteiligungen zu treuen Händen	107
<i>1.5. Gestaltung der konzerninternen Beteiligungsstrukturen</i>	109
1.5.1. Bilaterale Beteiligungsbeziehungen	109
1.5.1.1. Unmittelbare und mittelbare einseitige Beteiligung	109
1.5.1.2. Wechselseitige Beteiligung	110
1.5.2. Formen der Beteiligungsbeziehungen	118
1.5.3. Verschachtelte Konzerne	119
<i>2. Rechtsformspezifika bei der Konzernierung</i>	124
<i>2.1. Theoretisches Fundament - Die Kapitalgesellschaft</i>	124
<i>2.2. Einsatzbereiche im Konzern</i>	125
<i>2.3. Die Aktiengesellschaft</i>	125
<i>2.4. Societas Europaea</i>	129
<i>2.5. Die GmbH</i>	130
<i>2.6. Die Genossenschaft</i>	132
<i>2.7. Die Sparkasse</i>	135
<i>2.8. Die Privatstiftung</i>	137
2.8.1. Konzernleitende Privatstiftung	138
2.8.2. Die Sparkassenstiftung	140
<i>3. Ergebnis</i>	142

KAPITEL V KONZERNEINGANG

<i>1. Konzerneingang</i>	148
<i>2. Konzernbildung und Beschlusserfordernisse</i>	152
<i>2.1. Beschlusserfordernisse in der abhängigen Gesellschaft</i>	154
<i>2.2. Beschlusserfordernisse in der herrschenden Gesellschaft</i>	155
<i>2.3. Materienspezifische Bestimmungen</i>	158
2.3.1. Bankwesengesetz	158
2.3.1.1. Beteiligungen an Kreditinstituten	158
2.3.1.2. Beteiligungen an anderen Unternehmen	161
2.3.2. Versicherungsaufsichtsgesetz	162
2.3.2.1. Beteiligungen an Versicherungsunternehmen	163
2.3.2.2. Beteiligungen an anderen Unternehmen	163

2.3.4. Übernahmerechtliche Bestimmungen	166
2.3.5. Börserechtliche Bestimmungen	170
2.4. <i>Vertragliche Bestimmungen</i>	174
2.4.1. Syndikatsverträge	174
2.4.2. Satzung- und Gesellschaftsvertrag	175
2.4.2.1. Vinkulierungsklauseln	175
2.4.2.2. Unternehmensgegenstand	180
2.4.3. Finanzierungsverträge	182
2.5. <i>Maßnahmen zur Verhinderung der Konzernierung</i>	183
3. Ergebnis	186

KAPITEL VI KONZERNBETRIEB

1. <i>Gesellschaftsinteresse, Konzerninteresse und Schädigungsverbot</i>	190
1.1. <i>Beschlussfassung und Beschlusskontrolle</i>	195
1.2. <i>Stimmverbote im Konzernbetrieb</i>	198
1.2.1. Befangene Aktionärsgesellschaft	202
1.2.2. Befangenes Organ der Aktionärsgesellschaft	204
1.2.3. Befangenes Organ der Aktionärsobergesellschaft	205
1.2.4. Befangenheit und Stimmbindung	205
1.2.5. Beschränkungen der Stimmverbote	206
2. <i>Gestaltung der Leitungsmacht im Konzernbetrieb</i>	207
2.1. <i>Mehrheitsabsenkende Maßnahmen</i>	208
2.1.1. Die Aktiengesellschaft	208
2.1.2. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	209
2.2. <i>Mehrheitsbeschränkende Maßnahmen</i>	210
2.2.1. Die Aktiengesellschaft	210
2.2.2. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	211
2.3. <i>Vorratsbeschlüsse</i>	212
3. <i>Treuepflichten</i>	214
3.1. <i>Allgemein</i>	214
3.2. <i>Kapitalgesellschaften</i>	218
3.2.1. Treuepflichten bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung	220
3.2.2. Treuepflichten bei Aktiengesellschaften	223
3.2.3. Treuepflichten bei Genossenschaften und Sparkassen	223
3.3. <i>Kommanditgesellschaften, Miteigentumsgemeinschaften und Treuhandkonstruktionen</i>	225
3.4. <i>Finanzintermediäre</i>	227
4. <i>Der Syndikatsvertrag als Konzernsteuerungsmechanismus</i>	228
5. <i>Kapitalerhaltung</i>	233
5.1. <i>Der Grundsatz der Kapitalerhaltung</i>	233
5.2. <i>Die betriebliche Rechtfertigung</i>	237
5.3. <i>Konsequenzen bei Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr</i>	240
5.4. <i>Kapitalerhalt bei Finanzintermediären</i>	242
5.4.1. Kreditinstitute und Versicherungen	243
5.4.2. Investmentgesellschaften	245
6. Ergebnis	247

KAPITEL VII HAFTUNG IM KONZERN

1. <i>Haftungsdurchgriff</i>	253
1.1. <i>Der Haftungsdurchgriff</i>	256
1.2. <i>Rechtsgrundlage des Haftungsdurchgriffs</i>	257
1.3. <i>Fallanalysen</i>	258
1.3.1. Deutsche Entwicklung	258
1.3.2. Österreichische Entwicklung	265
1.4. <i>Die materiellen Facetten des Haftungsdurchgriffs</i>	269
1.4.1. Die Leitungsmacht - Existenzvernichtungshaftung	269

1.4.2. Qualifizierte Unterkapitalisierung	274
1.4.3. Vermögens- und Sphärenvermischung	276
1.4.4. Rechtsformmissbrauch	277
1.3.5. Umfang der Haftung und Beweislast	277
1.5. Strafrechtliche Aspekte in Anlehnung an die Eumig-Entscheidungen	278
1.6. Verbandshaftung	279
1.7. Haftung der Eigentümer bei Finanzintermediären	282
1.7.1. Kreditinstitute	282
1.7.2. Versicherungen	283
1.8. Graphische Systematisierung des Haftungsdurchgriffs	284
2. Organhaftung	284
2.1. Vertretungsorgane und Geschäftsführungsorgane	284
2.1.2 Der Vorstand	284
2.1.3. Geschäftsführender Direktor und der Verwaltungsrat in der SE	290
2.1.4. Geschäftsführer	290
2.1.5. Der Geschäftsleiter gemäß Bankwesengesetz	292
2.1.5.1 Der Geschäftsleiter bei Kreditgenossenschaften	293
2.1.5.2. Der Geschäftsleiter bei Sparkassen	295
2.1.6 Geschäftsführendes Organ von Versicherungsunternehmen	296
2.1.7. Der Stiftungsvorstand	297
2.1.8. Haftung der Leitungsgremien in der Krise	298
2.2. Die Aufsichtsorgane	300
2.2.1. Der Aufsichtsrat	300
2.2.2. Der Prüfungsausschuss	306
2.2.3 Der Genossenschaftsrevisor und der Sparkassenrevisor	307
2.3. Eigentümerhaftung	307
2.3.1. Die Hauptversammlung	310
2.3.2. Gesellschafterversammlung	313
2.3.3 Generalversammlung bei Genossenschaften und die Mitglieder des Sparkassenvereins	314
2.4. Die Aufsichtsbehörde	317
2.4.1. Bankenaufsicht	318
2.4.2. Versicherungsaufsicht	322
3. Ergebnis	323

KAPITEL VIII ZUSAMMENFASSENDE THESEN

<i>Zusammenfassende Thesen zur Konzernstrukturoptimierung bei Finanzintermediären</i>	327
<i>Literaturverzeichnis</i>	340
<i>Curriculum Vitae</i>	351

Abbildungsverzeichnis

ABBILDUNG 1 MARKTÜBERSICHT BANKENLANDSCHAFT ÖSTERREICH, QUELLE: ÖSTERREICHISCHE NATIONALBANK	18
ABBILDUNG 2 MARKTÜBERSICHT VERSICHERUNGSUNTERNEHMEN ÖSTERREICH, QUELLE: GESCHÄFTSBERICHT 2008 VERSICHERUNGSVERBAND ÖSTERREICH.....	19
ABBILDUNG 3 KONZERNTATBILDICHE ZUSAMMENHÄNGE UGB , QUELLE: EIGENE DARSTELLUNG.....	30
ABBILDUNG 4 MUSTERHAFTE DARSTELLUNG EINER KREDITINSTITUT/FINANZ-HOLDINGGESELLSCHAFT, QUELLE: BORNS (2006).....	35
ABBILDUNG 5 MUSTERHAFTE DARSTELLUNG EINER GRUPPE IM DEZENTRALEN SEKTOR, QUELLE: BORNS (2006)	36
ABBILDUNG 6 KONZERNFORMEN, QUELLE: BAETGE/KIRSCH/THIELE (2002), 3	52
ABBILDUNG 7 VERKÜRZTE DARSTELLUNG ÖSTERREICHISCHE VOLKSBANKEN AKTIENGESELLSCHAFT, QUELLE: FIRMENBUCH UND FIKTIVE ADAPTIONEN.....	57
ABBILDUNG 8 VERKÜRZTE DARSTELLUNG BAWAG P.S.K. BANK FÜR ARBEIT UND WIRTSCHAFT UND ÖSTERREICHISCHE POSTSPARKASSE AG, QUELLE: FIRMENBUCH UND FIKTIVE ADAPTIONEN	58
ABBILDUNG 9 VERKÜRZTE DARSTELLUNG WIENER STÄDTISCHE WECHSELSEITIGE VERSICHERUNG UND VERMÖGENSVERWALTUNG VVAG, QUELLE: FIRMENBUCH	58
ABBILDUNG 10 VERKÜRZTE DARSTELLUNG GRAWE VERMÖGENSVERWALTUNG VVAG, QUELLE: FIRMENBUCH	59
ABBILDUNG 11 VERKÜRZTE DARSTELLUNG DER GLOBAL EQUITY GRUPPE, QUELLE: FIRMENBUCH	60
ABBILDUNG 12 TYPISCHE TREUHANDKONSTRUKTION, QUELLE: EIGENE DARSTELLUNG	61
ABBILDUNG 13 KONZERNSYSTEM IM ÖSTERREICHISCHEN GESELLSCHAFTSRECHT, QUELLE: EIGENE DARSTELLUNG	76
ABBILDUNG 14 KONZERNSTRUKTURELLE WERTTREIBER ZUR SHARHOLDER VALUE MAXIMIERUNG, QUELLE: ADAPTION VON KOBLIN (2002), 108	93
ABBILDUNG 15 BERECHNUNG DER BETEILIGUNGSQUOTE, QUELLE: IN ANLEHNUNG AN THEISEN (2000), 139	93
ABBILDUNG 16 BETEILIGUNGSTYPEN, QUELLE: AWS (EIGENKAPITALGARANTIEN).....	102
ABBILDUNG 17 ÜBERBLICK BETEILIGUNGSSTRUKTUREN, QUELLE: EIGENE DARSTELLUNG	117
ABBILDUNG 18 MINDERHEITS-/MEHRHEITSBETEILIGUNGEN ZWISCHEN KONZERNGESELLSCHAFTEN, QUELLE: EIGENE DARSTELLUNG	118
ABBILDUNG 19 ORGANIGRAMM DER 3 BANKENGRUPPE.....	119
ABBILDUNG 20 GRAPHISCHE SYSTEMATISIERUNG DES HAFTUNGSDURCHGRIFFS, QUELLE: EIGENE DARSTELLUNG	284
ABBILDUNG 21 EIGENTÜMERVERANTWORTUNG BEI STIMMRECHTSAUSÜBUNG, QUELLE: EIGENE DARSTELLUNG	317

Abkürzungsverzeichnis

<i>aa, AA</i>	anderer Ansicht	<i>ebd.</i>	eben dieser, eben diese, eben dieses
<i>aaO</i>	am angeführten/angegebenen Ort	<i>ecolex</i>	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>AbgÄG</i>	Abgabenänderungsgesetz	<i>EG</i>	Europäische Gemeinschaft
<i>ABGB</i>	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch	<i>EKEG</i>	Eigenkapitalersatzgesetz
<i>ABl</i>	Amtsblatt	<i>EO</i>	Exekutionsordnung
<i>abl.</i>	ablehnend	<i>ErläutRV</i>	Erläuterung zur Regierungsvorlage
<i>Abl. EG</i>	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft	<i>EStG</i>	<i>Einkommensteuergesetz 1988</i>
<i>Abs.</i>	Absatz	<i>etc.</i>	et cetera
<i>a.F.</i>	alte Fassung	<i>EU</i>	Europäische Union
<i>AG</i>	Aktiengesellschaft	<i>EUGH</i>	Europäischer Gerichtshof
<i>AktG</i>	Aktiengesetz	<i>EuZW</i>	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>AHG</i>	Amtshaftungsgesetz	<i>EvBl</i>	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
<i>aM</i>	andere Meinung	<i>f</i>	folgend
<i>Anh.</i>	Anhang	<i>ff.</i>	fort folgend
<i>Anm.</i>	Anmerkung	<i>FBG</i>	Firmenbuchgesetz
<i>Anw.</i>	Anwaltsblatt	<i>FKG</i>	Finanzkonglomeratengesetz
<i>AO</i>	Ausgleichsordnung	<i>FMA</i>	Finanzmarktaufsicht
<i>Art.</i>	Artikel	<i>FMABG</i>	Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz
<i>Aufl.</i>	Auflage	<i>FS</i>	Festschrift
<i>AWS</i>	Austria Wirtschaftsservice	<i>GesbR</i>	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
<i>BAO</i>	Bundesabgabenordnung	<i>gem.</i>	gemäß
<i>BB</i>	Der Betriebsberater	<i>GenG</i>	Genossenschaftsgesetz
<i>Bd.</i>	Band	<i>GesbR</i>	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
<i>BG</i>	Bezirksgericht	<i>Ges</i>	Gesellschaft
<i>BGB</i>	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)	<i>GesRZ</i>	Der Gesellschafter
<i>BGBI.</i>	Bundesgesetzblatt	<i>GesSt</i>	Gesellschaftssteuer
<i>BlgNR.</i>	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates	<i>GewO</i>	Gewerbeordnung
<i>BGH</i>	Bundesgerichtshof	<i>GmbH</i>	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
<i>BGHZ</i>	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, amtliche Sammlung	<i>GmbHG</i>	GmbH Gesetz
<i>BMF</i>	<i>Bundesministerium für Finanzen</i>	<i>GrEStG</i>	<i>Grunderwerbssteuergesetz</i>
<i>BörseG</i>	Börsegesetz	<i>JBl</i>	Juristische Blätter
<i>BWG</i>	Bankwesengesetz	<i>Habil.</i>	Habilitation
<i>bzw.</i>	beziehungsweise	<i>hA</i>	herrschende Ansicht
<i>ca.</i>	zirka	<i>hL</i>	herrschende Lehre
<i>cic</i>	<i>culpa in contrahendo</i>	<i>hM</i>	herrschende Meinung
<i>DB</i>	Der Betrieb	<i>Hrsg.</i>	Herausgeber
<i>DBA</i>	Doppelbesteuerungsabkommen	<i>hRsp</i>	herrschende Rechtssprechung
<i>DBW</i>	Die Betriebswirtschaft	<i>idF</i>	in dieser Fassung/in der Folge
<i>ders.</i>	derselbe	<i>idR</i>	in der Regel
<i>d.h.</i>	das heißt	<i>ieS/iwS</i>	im engeren Sinn/im weiteren Sinn
<i>Diss.</i>	Dissertation	<i>IRÄG</i>	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
<i>dAktG</i>	<i>deutsches Aktiengesetz</i>	<i>iSd</i>	im Sinne des, -der
<i>dt.</i>	deutsch	<i>iVm</i>	in Verbindung mit
<i>E</i>	Entscheidung		

<i>JBL</i>	Juristische Blätter	<i>u. a.</i>	unter anderem
<i>Jud</i>	Judikatur	<i>ÜbG</i>	Übernahmegesetz
<i>KG</i>	Kommanditgesellschaft	<i>UGB</i>	Unternehmensgesetzbuch
<i>KMG</i>	Kapitalmarktgesetz	<i>URG</i>	Unternehmensreorganisations-
<i>KMU</i>	Kleine und mittlere Unternehmen		gesetz
<i>KO</i>	Konkursordnung	<i>UmgrStG</i>	Umgründungssteuergesetz
<i>KölnKomm - KK</i>	Kölner Kommentar	<i>USt.</i>	<i>Umsatzsteuer</i>
<i>LG</i>	Landesgericht	<i>Urt.</i>	Urteil
<i>MBO</i>	Management Buy Out	<i>uU</i>	unter Umständen
<i>mE</i>	meines Erachtens	<i>VAG</i>	Versicherungsaufsichtsgesetz
<i>MEG</i>	Miteigentümergeinschaft	<i>VbVG</i>	Verbandsverantwortlichkeitsg.
<i>Mrd.</i>	Milliarde	<i>VfGH</i>	Verfassungsgerichtshof
<i>M&A</i>	Mergers&Acquisitions	<i>VfSlg</i>	Sammlung der Erkenntnisse und
<i>MünchKomm</i>	Münchner Kommentar		wichtigsten Beschlüsse des
<i>mwN</i>	mit weiteren Nachweisen		Verfassungsgerichtshofes, Neue
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift		Folge (1921-1933, 1946 ff)
<i>NO</i>	Notariatsordnung	<i>VwGH</i>	Verwaltungsgerichtshof
<i>NZ</i>	Notariatszeitung	<i>vgl.</i>	vergleiche
<i>NZG</i>	Neue Zeitschrift für	<i>VO</i>	Verordnung
	Gesellschaftsrecht	<i>Vorbem.</i>	Vorbemerkungen
<i>OG</i>	Offene Gesellschaft	<i>VwGH</i>	Verwaltungsgerichtshof
<i>OGH</i>	Oberster Gerichtshof	<i>WBl oder wbl</i>	Wirtschaftsrechtliche Blätter
<i>ÖJT</i>	Österreichischer Juristentag	<i>WEG</i>	Wohnungseigentumsgesetz
<i>ÖJZ</i>	Österreichische Juristenzeitung	<i>Z</i>	Ziffer, Zahl
<i>OLG</i>	Oberlandesgericht	<i>z.B.</i>	zum Beispiel
<i>O.V.</i>	ohne Verfasser	<i>ZfB</i>	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
<i>ÖZW</i>	Österreichische Zeitschrift für	<i>Zfbf</i>	Zeitschrift für
	Wirtschaftsrecht		betriebswirtschaftliche Forschung
<i>ÖBA</i>	Österreichisches Bankarchiv	<i>ZfRV</i>	Zeitschrift für
<i>ÖstZ</i>	Österreichische Steuerzeitung		Rechtsvergleichung,
<i>PSG</i>	Privatstiftungsgesetz		Internationales Privatrecht und
<i>Prot.</i>	Protokolle		Europarecht
<i>RdW</i>	Österreichisches Recht der	<i>ZGR</i>	Zeitschrift für Unternehmens-
	Wirtschaft		und Gesellschaftsrecht
<i>RegE</i>	Regierungsentwurf	<i>ZIK</i>	Zeitschrift für Insolvenzrecht und
<i>RG</i>	Reichsgericht		Kreditschutz
<i>RIS</i>	Rechtsinformationssystem	<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>RL</i>	Richtlinie		und Insolvenzpraxis
<i>Rn</i>	Randnummer	<i>ZHR</i>	Zeitschrift für Handels- und
<i>RV</i>	Regierungsvorlage		Wirtschaftsrecht
<i>Rz</i>	Randzahl	<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>SE</i>	Societas Europaea	<i>zit.</i>	zitiert
<i>sog</i>	sogenannt	<i>zT</i>	zum Teil
<i>SpaltG</i>	Spaltungsgesetz	<i>zust.</i>	zustimmend
<i>SpG</i>	Sparkassengesetz	<i>ZPO</i>	Zivilprozessordnung
<i>StGB</i>	Strafgesetzbuch		
<i>stRsp</i>	ständige Rechtsprechung		
<i>SWK</i>	Steuer- und Wirtschaftskartei		
<i>SZ</i>	Entscheidungen des österr.		
	Obersten Gerichtshof in		
	Zivilrechtssachen		
<i>taxlex</i>	Zeitschrift für Steuer und		
	Beratung		

EINFÜHRUNG UND STRUKTUR

1. Einführung in das Thema sowie Rechtfertigung der Themenstellung

Der Konzern als polykorporatives Gebilde, welcher durch Zusammenschluss rechtlich selbständiger Einheiten entsteht¹, gilt als vorherrschende, ubiquitäre Organisationsform für wirtschaftliche Aktivitäten, was sich auch dadurch zeigt, dass knapp 90% aller Aktiengesellschaften konzernverbunden sind und als Teil des Wirtschaftslebens von diesem nicht mehr wegzudenken sind². Unternehmensgruppen gelten im europäischen Umfeld als rechtmäßige und sinnvolle wirtschaftliche Realität³. Landerübergreifende Konzerne zeigen, dass größere Unternehmen aus mehreren rechtlich selbstständigen Teilen bestehen und auch einer einheitlichen Leitung unterstellt sein können, ohne eine rechtlich selbstständige Gesamtorganisation zu schaffen⁴.

Die Konzernbildung ist die Strategie der wachsenden Herausforderung eines sich selbst verstärkenden Wirtschaftssystems, das sich durch systematischen Wissensmangel und die Existenz dezentraler Fähigkeiten charakterisiert, entgegenzuwirken. Infolgedessen soll die tendenzielle Inkorporierung der Umwelt in das eigene System die „*Chaotisierungspotentiale des Marktes*“ bändigen bzw. zumindest transparenter werden lassen⁵. Ausgangspunkte sind neben komplexeren Wertschöpfungsketten und dem Wettbewerb um Ressourcen zum wesentlichen Teil eine veränderte Aktionärsstruktur, die eine Ausrichtung der Leitungsgremien am Shareholder Value fordert und die Konzernierung als Mittel der nachhaltigen Wertschaffung entdeckt hat. Die Strategieverwirklichung der nachhaltigen Wertschaffung bedarf jedoch einer Konzernstruktur durch die sie sich entwickeln kann (*structure follows strategy*)⁶. Hohe Misserfolgsraten im Konzernierungsprozess aufgrund mangelnder Konzernstrukturierung stellen die betriebswirtschaftliche Rechtfertigung einer Auseinandersetzung mit dieser Thematik dar⁷. So sind Konzerne auch in der Finanzbranche dominant und stellen große Herausforderung an die operative Steuerung und fordern die nationalen Aufsichtsbehörden. Finanzintermediäre mit ihrer grundlegenden Funktion des Ausgleichs von Kapitalüberschuss und Kapitalbedarf sind für den Wirtschaftskreislauf des aktuellen Wirtschaftssystems von elementarer Bedeutung. Gerade das allgemeine Vertrauen in Bonität und die Zahlungsbereitschaft von Banken und Versicherungen hängt viel eher vom jeweils schwächsten Glied ab. So haben Insolvenzen bei Finanzintermediären gesamtwirtschaftliche Auswirkungen, denn Vertrauensverlust der Bevölkerung in das Finanzwesen hat mengenmäßigen und fristenmäßigen Einfluss auf das Sparverhalten, woraus sich ein

¹ vgl. Rau-Bredow, Hans: Finanzierungsverträge und Konzernbildung, Habilitation, Würzburg 1999, 1

² vgl. Theisen, Manuel René: Der Konzern. Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmung, München 2000; vgl. Görling, Helmut: Die Verbreitung zwei oder mehrstufiger Unternehmensverbindungen. Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, Die Aktiengesellschaft, Heft 1993, 538 oder Ordelheide (1986) zitiert in Rau-Bredow (1999)

³ Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union (2004/C 80/05)

⁴ Krejci, Heinz: Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen? Teil: Partnerschaft, Verein, Konzern. Zur Harmonisierung des Gesellschafts- und Unternehmensrechtes – Gutachten, Verhandlungen des Zehnten Österreichischen Juristentages Wien, 1988, 229

⁵ Jansen, Stephan A.: Mergers & Acquisitions, 4. Auflage, Wiesbaden 2001, 9

⁶ vgl. Chandler zitiert in Jost (Hrsg): Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, Stuttgart, 2001

⁷ Bain&Company 2000: „Zwei Drittel aller Deals sind nicht erfolgreich“; PWC 2000: „Mehr als 80 % der Unternehmen erwirtschaften nicht einmal die Kapitalkosten der Transaktion, mehr als 30 % Prozent der Unternehmen werden wieder verkauft“ vgl. Pernsteiner, Helmut/Mittermair, Klaus (Hrsg): Handbuch Fusionen - Allgemeine, betriebswirtschaftliche, rechtliche und Branchen-Aspekte, Linz 2002, 116; Jansen 2000 und das Institute for Mergers & Acquisitions (IMA) : „Viele Untersuchungen der Managementberatungen belegen relativ einheitlich Misserfolgsraten um die 70 %, bei denen nachfolgend keine Wertsteigerung realisiert werden konnte“ vgl. Jansen (2001); Eitzbach, Markus: Empirische Bausteine für eine Theorie der Konzerne – Betriebswirtschaftliche, institutionelle und rechtliche Merkmale von Konzernen, Dissertation, Neubiberg 2006

Interessenskonflikt ergibt⁸. Konzerne der Finanzbranche sind nicht nur Beteiligungsverwalter, welche wie Fafner das Rheingold hüten, sondern nehmen durch Aufnahme von Risiken am Wirtschaftsleben teil und realisieren in ihrem täglichen Handeln rechtliche Tatbestände. Es ist daher elementares Ziel der nationalen Aufsichten, diese Risiken durch ihre gesetzlich zugestandenen Instrumente im Sinne der Aufrechterhaltung der Finanzmarktstabilität zu begrenzen, so die Konzerne der Finanzwirtschaft nach folgendem Zielmonismus streben: „*Maximierung der Leitungsmacht zur Strategierealisierung bei gleichzeitiger Minimierung des Konzern(haftungs-)risikos und Aufrechterhaltung eines effizienten Konzernfinanzierungssystems zur Maximierung des nachhaltigen Shareholder Values, unter Berücksichtigung der gegebenenfalls maßgeblichen aufsichtsrechtlichen Beschränkungen*“.

Dabei soll Shareholder Value Maximierung nicht die verkürzte und vor allem kurzfristige Orientierung am Return on Equity normieren, sondern die nachhaltige bzw. gesunde Wertmaximierung. Dies ist demnach auch auf genossenschaftliche Konzerne anwendbar, die neben dem Förderauftrag zur Kundennutzenmaximierung, zur Stärkung lokaler Netzwerke sowie zur Stabilisierung des Finanzsystems, Gewinne zur langfristigen Sicherung der Existenz erstreben⁹. Die Aktivitäten zur Kristallisierung der optimalen Konzernstruktur lassen sich unter Konzernrisikomanagement subsumieren, was im Grunde die systematische Erfassung und Bewertung von Risiken sowie die Steuerung von Reaktionen auf festgestellte Risiken im Konzern ist. Die rechtliche Komplexität resultiert aus den existenten Interdependenzen zwischen Leitungsmacht und Haftungsrisiko sowie aus dem Gestaltungspotential der Beteiligungsstrukturen mit all ihren individuellen, rechtlichen und übergreifenden Konsequenzen.

Das österreichische Gesellschaftsrecht ermöglicht umfassende Potentiale zur Gestaltung der Konzernstruktur, um ein definiertes Niveau an Leitungsmacht mit geringstmöglichem Kapitaleinsatz zu erreichen. Die Gestaltung eines leitungseffizienten Konzerns bedingt die Analyse potenzieller rechtlicher Probleme und Barrieren im Prozess des Konzerneingangs und des Konzernbetriebs. Hier zeigt sich, dass die Leitungseffizienz einerseits von der Rechtsformwahl und andererseits von der Ausgestaltung des zugrundeliegenden Vertrages (Satzung/Gesellschaftsvertrag, schuldrechtlicher Vertrag) abhängig ist. Die Herausforderungen an die kautelarjuristische Praxis sind evident. Eine zukunftsgerichtete und sorgfältige Geschäftsführung setzt hier eine umfassende Konzernplanung voraus, denn ein proaktives Konzernmanagement rechtlicher Thematiken hilft bei der Realisierung bzw. Verhinderung einer Konzernierung. Die Wahl der Kapitalgesellschaft als Rechtsform im Konzern legitimiert sich durch die Tatsache, dass die Gesellschaft als eigener Haftungsfonds für bestimmte Betriebszwecke, jedoch nicht unter vollständiger Selbstaufgabe, fungieren kann. Allen aufgeworfenen Überlegungen gemeinsam ist der rechtliche Rahmen der Kapitalerhaltung und des Gläubigerschutzes, deren Nichteinhaltung das *piercing the corporate veil* zur Folge hat (bzw. haben kann). Festzuhalten gilt, dass die Optimierung der Konzernstruktur eine strategische Aufgabe ist, die durch rechtliche Komplexität gekennzeichnet ist und die nur dann erreicht

⁸ too big to fail in Silber, William L.: *When Washington Shut Down Wall Street: The Great Financial Crisis of 1914 and the Origins of America's Monetary Supremacy*, 2007, 49

⁹ Hinsichtlich der Wettbewerbsfähigkeit von Genossenschaften siehe immer wieder Hans Hofinger; vgl. Hofinger, Hans: Die Europäischen Banken im Wettbewerb, Veränderung und Herausforderungen in der Bankenlandschaft, Alter Orden vom St. Georg, Komturei Gmunden, 15. Juli 2005 sowie Hofinger, Hans: Die genossenschaftliche stille Gesellschaft. Ein regionalpolitischer Weg zur Verbesserung der Infrastruktur, Schulze-Delitzsch-Schriftenreihe, Wien 2006, 16

werden kann, wenn die Wechselwirkungen der Materiengesetze in ihrem Zusammenwirken auf den konzernspezifischen Einzelfall hin untersucht und als fundamentaler Hebel zur Shareholder Value Maximierung anerkannt werden¹⁰. Einschränkend gilt bei jenen Finanzintermediären, die durch nationale Aufsichtsbehörden reguliert sind, dass auch deren betriebswirtschaftlich und rechtlich optimierten Strukturen und Strategien immer am Maßstab des Aufsichtszweckes zu messen sind. So ist eine Gestaltung, die die ordnungsgemäße Aufsicht verwehrt¹¹, unzulässig und auch die Mehrheit Konzernrestrukturierungsmaßnahmen unterliegen, wenn schon nicht Bewilligungspflichten, zumindest umfassenden Anzeigepflichten. Die Europäische Kommission hat in ihren Untersuchungen festgehalten, dass die Gründe für die Zurückhaltung der „cross-border consolidation“ in der europäischen Finanzwirtschaft einerseits im Mangel an zu realisierenden Synergien sowie an Bestimmungen hinsichtlich der Konzernstrukturen, welche umfassende Restrukturierungsprogramme behindern andererseits zu sehen sind¹².

Der Forschungsschwerpunkt des Konzernrechts ist auf Haftungsregelungen, Minderheitenrechte und Interessenskonflikte fokussiert und stellt den Gläubigerschutz in den Mittelpunkt. So ist dem Thema der Konzernstrukturoptimierung die Lehre von der konzerntypischen Gefährdungslage oder des Konzernkonfliktes als wirtschaftliche Tatsache inhärent – der Konzern als Nährboden für Delinquenzen. Das Spannungsfeld der Optimierung eines Konzerns *„spannt sich gerade über den tatsächlichen Machtübergang auf ein anderes Unternehmen außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeit, wodurch das vom Gesellschaftsrecht intendierte Kräftespiel zwischen den Organen der Gesellschaft aus den Angeln gehoben wird“*.¹³

Wenn rechts- bzw. finanztheoretische Aufsätze studiert werden, entsteht das Gefühl, dass der Wertbeitrag der Autoren allein das Aufzeigen eines rechtlichen Spannungsfeldes bzw. die Statistik ist, jedoch auf Grundlage erarbeiteter Erkenntnisse selten gewagt wird Thesen bzw. Handlungsanweisungen zur Konzernstrukturoptimierung zu formulieren. Wie eine Synthese betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Aspekte zu optimalen und wertschaffenden Konzernstrukturen (Finanzierung, Mitsprache und Kontrolle, Incentive System, Information) stattfinden kann, bleibt demnach in der Literatur unbeantwortet und legitimiert die wissenschaftliche Auseinandersetzung zur Präsentation eines rechtsdogmatischen Maßnahmenkatalogs für Wertschaffung im Konzern.

Der Ansatzpunkt dieser Arbeit ist die Annahme, dass bei Gestaltung von optimalen Konzernstrukturen die Erkenntnisse aus einer Analyse von Werttreibern unter wirtschaftlichen Überlegungen zwar theoretisch optimal sein können, doch dass, wenn das Rechtssystem (Kapitalerhaltung, Gläubigerschutz, Bondholder-Shareholder-Relationship) ausgeklammert wird (Auflösung von Restriktionen), die Praktikabilität deutlich eingeschränkt ist. Verstärkt wird dieses Problem bei regulierten Finanzintermediären, die eine weitere Front der Informationsasymmetrie öffnet. Zeigt doch auch die Realität, dass die Hauptgründe von

¹⁰ "(...) in modern banking markets (...) mergers should be judged ultimately through their impact on shareholder value." Gardener, E.P.M./Molyneux, P., Moore, B.: "The strategic implications of EMU for European banking", The Services Industries Journal, Vol. 18 No.4, 1998, 87

¹¹ z.B. Outsourcingverträge

¹² Commission of the European Communities: Commission staff working document on Cross-border consolidation in the EU financial sector, Brussels 26. December 2005 SEC, 1398

¹³ Begründung zum Regierungsentwurf, Vorbemerkungen zum Dritten Buch des deutschen Aktienrechts bei Kropff, 373; Kropff, Bruno: Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6. September 1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6. September 1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, Düsseldorf 1965

Aufsichtsversagen, vorenthaltene Information einerseits und mangelnde bzw. zeitgerechte Handlungsoportunitäten andererseits sind. Demnach bediene ich mich der Normativität des rechtlichen Rahmens, um konditionale Thesen für optimales Konzernmanagement begründet darzulegen.

Hans Ulrich verlangte zu recht, dass „die Unternehmung eine Struktur aufweisen muss, die ihr eine zielgerichtete Aktivität unter zahlreich, wechselnden Bedingungen ermöglicht“¹⁴. Unabhängig von der Klassifizierung von Konzernen (Finanz- bzw. Managementholding oder operative bzw. strategische Holding) und der Analyse dieser Grundsatzstrukturen unter anderem unter den Aspekten von Effizienzvorteilen durch interne Kapitalmärkte oder der Agency Costs der Refinanzierungsbeziehungen, lassen sich Werttreiber identifizieren. Bei Symbiose rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Aspekte des Rappaportschen Shareholder Value Konzepts sind Werttreiber der Eigenkapitalkostensatz, beeinflusst u.a. durch die Gestaltung der konzerninternen Beteiligungsbeziehungen, sowie die Leitungsmacht, die Vermögensrechte und -pflichten, die Besteuerung, die Eigenkapitalbindung und die Minderheitsgesellschaften, die Einfluss auf den Cash Flow haben und auf die die Bestimmung der Konzernbeteiligungsquote bzw. die Auswahl der konzernexternen Minderheitsgesellschaften wirkt. Bei regulierten Finanzintermediären ergänzt sich als Werttreiber die Koordinierung mit den Aufsichtsbehörden bzw. gerade jene strukturelle Konzeption, die einerseits einen aufsichtsrechtlichen Tatbestand nicht realisiert und andererseits das Damoklesschwert des Vorwurfes einer unsorgfältigen Geschäftsleitung hervorruft. Aufgrund der Erkenntnis, dass Leitungsmacht nicht zwangsläufig mit einer 100%igen Beteiligung einhergehen, sondern zu einer Beurteilung die effektive Beteiligungsquote¹⁵ herangezogen werden muss, lassen sich Alternativszenarien in der Konzernbildung ableiten. Hierbei muss wieder auf das nationale Rechtssystem, beispielsweise auf Mehrstimmrechts-, Höchststimmrechts- und stimmrechtslose Anteile Bedacht genommen werden. Durch die sogenannte „*derivative revolution*“ steht eine Vielzahl von Finanzierungsmöglichkeiten zur Verfügung, die eine Trennung zwischen Eigentums- und Stimmrecht zur Folge haben, jedoch auf ihre rechtlichen Implikationen nur unzureichend untersucht worden sind. U.a. hat *Olson* bereits erkannt, dass Agency Costs den Grad der Integration bzw. die Erwartung einer Wertsteigerung beeinflussen können¹⁶. Die Konsequenz, wie ein Konzern gestaltet werden muss, beispielsweise unter Wahl der Rechtsformen der konzerninternen Unternehmen (*numerus clausus*), um als wertoptimal zu gelten, bleibt der Autor aber schuldig.

2. Ziel der Dissertation und Gliederungsstruktur

§ 70 Abs. 1 AktG normiert, dass der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung so zu leiten hat, wie das **Wohl des Unternehmens** unter Berücksichtigung der Interessen der (Mehrheits-) Aktionäre und der Arbeitnehmer und des öffentlichen Interesse es erfordern¹⁷; natürlich unter den Bedingungen des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten. Ziel dieser Dissertation ist es Optimierungspotentiale **im Konzernstrukturmanagement bei Finanzintermediären** zu präsentieren, welche dem Leitungsgremium in der Konzernsteuerung behilflich sein sollen. **Shareholder**

¹⁴ vgl. *Ulrich, Hans*: Die Unternehmung als produktives soziales System - Grundlagen der allgemeinen Unternehmungslehre, Stuttgart 1970, 212

¹⁵ Shapley-Index

¹⁶ vgl. *Olsen, Trond E.*: Agency Costs and the Limits of Integration, Rand Journal of Economics 1996, vol 27 issue 3, 479-501

¹⁷ vgl. *Jabornegg in Jabornegg, Peter/Strasser, Rudolf*: Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, Wien 2006, § 70 Rz 19 und 24

Value, in seiner Urform als Ziel wertorientierter Unternehmensführung zur **Maximierung** des **Unternehmenswertes** für den **Eigenkapitalgeber** (Aktionär)¹⁸, wird neben Marktexzellenz und operativer Exzellenz¹⁹ auf einer organisatorischen (Konzern)ebene durch Leitungsmacht- und Leitungseffizienz, Haftungsminimierung und Kapitaleffizienz maximiert.

Somit gilt es folgendes Zielsystem zu erreichen: **Maximierung** der **Leitungsmacht**²⁰ zur Strategierealisierung bei gleichzeitiger **Minimierung** des Konzern(haftungs-)risikos und Aufrechterhaltung eines **effizienten Konzernfinanzierungssystems** zur Maximierung des Shareholder Values, unter **Berücksichtigung** der gegebenenfalls maßgeblichen **aufsichtsrechtlichen Restriktionen**. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen jene Gestaltungspotentiale thematisiert werden, welche unmittelbar Werte schaffen können, wobei folgende Fragestellungen als rote Fäden dieser Dissertation gelten und daher die Grundlage jedes behandelten Themenkomplexes darstellen:

- Welche Facetten der Leitungsmacht im Konzernkontext gilt es zu beachten und welche Konzernbeteiligungsquote sollte im finanzintermediarisierenden Konzern gewählt werden?
- Welche (konzerninternen) Konzernbeteiligungsstrukturen können unter welchen Bedingungen eingesetzt werden?
- Wie gestaltet sich der Konzernierungsprozess (Beschlussmehrheiten, Stimmverbote)?
- Welche gesellschaftsrechtlichen und aufsichtrechtlichen Materien nehmen Einfluss auf den Konzernierungsprozess und worin liegen zu lösende interessenspolitische Spannungsfelder?
- Welche Satzungsmechanismen müssen in der Konzernstrukturplanung Berücksichtigung finden?
- Welche syndikatsvertraglichen Vereinbarungen sind in der Konzernstrukturierung empfehlenswert?
- Welche Schutzmechanismen bietet das österreichische Gesellschaftsrecht der Konzernstrategie und Konzernpolitik?
- Welche formellen und materiellen Handlungsanweisungen kommen in „Finanzkonzernen“ den geschäftsführenden, den überwachenden und den Eigentümerinteressen verfolgenden Proponenten zu? Welche Möglichkeiten der Haftungsminimierung im Konzernkontext liegen vor?
- Auf welche rechtsformimplizierten Spannungsfelder muss Bedacht genommen werden?

Allen Fragestellungen sind zur gegenständlichen Analyse auch deren Schranken inhärent. Welche Konzernstrukturen sind betriebswirtschaftlich nicht rechtfertigbar und rechtlich grenzwertig? Welche Satzungsbestimmungen stoßen an welche Grenzen? Leitungsmacht, führt schon aus allgemeinen moralischen Gesichtspunkten zu einer gesteigerten Verantwortung²¹ und weil dem Konzern die fremdbestimmte Willenssteuerung inhärent ist²², ist auf die Schranke konzernpolitischen und organindividuellen Handelns Bedacht zu nehmen. Ziel ist es daher Handlungsanweisungen und Insights für Konzernstrategen

¹⁸ vgl. *Rappaport, A*: Shareholder Value – Ein Handbuch für Manager und Investoren, 2. Auflage, Stuttgart 1999

¹⁹ vgl. *Hajek Wolfgang*: Wertschaffung und Integration im Post-Merger-Management, Graz 2005

²⁰ „Herrschaft ist Konsens gepanzert mit Zwang“ Gramsci Antonio, in *Gefängnishefte*, H. 28, § 11, 2232

²¹ Treue, als Korrelat zu den besonderen Möglichkeiten, die dem Mehrheitsaktionär von der Rechtsordnung zugewiesen werden; *Lutter*, Zur Treuepflicht des Großaktionärs, JZ 1976, 225 (231) mit Verweis auf *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht (1989), 432 „wonach sich Einfluss und Verantwortung entsprechen müssen“.

²² vgl. *Harrer, Barbara*: Ausübung der Leitungsfunktion einer Holding durch Unternehmensverträge, Dissertation, Graz 1999, 13

bereitzustellen! Dabei wird nicht der Schwerpunkt auf Rechtsdogmatik zu legen sein, sondern darauf eine Sensibilität und einen Aufriss der Spannungsfelder für Konzernstrategen zu erreichen.

Die vorliegende Dissertation weist die folgende Gliederung auf: Die Bedeutung und Funktion der Finanzintermediarisierung durch Banken, Versicherungen und Venture Capital Gesellschaften wird im ersten Kapitel einführend betrachtet. Im zweiten Kapitel wird der Konzern als terminus technicus in seiner Bedeutung, seinem Regelungszweck und seinen Tatbeständen in den wesentlichen Materiengesetzen analysiert. Kapitel drei untersucht die Konzernstrukturen ausgewählter österreichischer Banken, Versicherungen und Venture Capital Gesellschaften und bietet einen Aufriss über die wesentlichen Konzernverträge. In Kapitel vier folgt die theoretische Analyse ausgewählter Konzernstrukturen auf einer juristischen aber auch betriebswirtschaftlichen Ebene sowie ein Überblick über die Charakteristiken der konzernrelevanten Rechtsformen. Die Kapitel fünf und sechs widmen sich dem Konzernierungsprozess im Querschnitt der Zyklen Konzerneingang (Kapitel V) und Konzernbetrieb (Kapitel VI) und analysieren im jeweiligen Zyklus die dominierenden Spannungs- bzw. Gestaltungsfelder. Das umklammernde Themenfeld der Organhaftung sowie der Aufriss des Problemkreises Haftungsdurchgriff im Konzern ist Schwerpunkt im Kapitel VII. Geschlossen wird im Kapitel VIII mit zusammenfassenden Thesen zur Optimierung von Konzernstrukturen von Finanzintermediären.

KAPITEL I

FINANZINTERMEDIÄRE

Als **Finanzintermediär** gilt eine Finanzinstitution, die indirekt Geld von Subjekten mit einem Kapitalüberschuss an Subjekte mit Kapitalbedarf vermittelt. Im engeren Sinn bezeichnet man Institutionen, welche Kapital von Anlegern (Spareinlagen) entgegennehmen und dieses Kapital an Kapitalnehmer (Kreditnehmer) weitergeben, als Finanzintermediäre. Als Finanzintermediäre im engeren Sinn gelten Kreditinstitute, Versicherungen, Investmentgesellschaften und Private Equity Funds. Als Finanzintermediäre im weiteren Sinne gelten zusätzlich Finanzmakler, Börsendienste und Ratingagenturen. Zu den volkswirtschaftlichen Agenden von Finanzintermediären gehören die Losgrößentransformation, die Fristentransformation und die Risikotransformation. Sie fungieren als liquiditätsmäßige Lebensader der Weltwirtschaft und leisten einen wichtigen Beitrag zum nationalen Wachstum²³. Mittels der **Losgrößentransformation** soll den Bedürfnissen der Anleger und der Kapitalnehmer dadurch entsprochen werden, dass üblicherweise kleinere Spareinlagen auf größeren Kapitalbedarf der Kreditnehmer transformiert werden. Über die **Fristentransformation** soll der unterschiedlichen Bedürfnisse hinsichtlich der zeitlichen Bindung des Kapitals entsprochen werden. Die **Risikotransformation** bezeichnet die Aufgabe des Finanzintermediärs das Kreditausfallsrisiko zu übernehmen und versucht dieses Risiko durch Diversifikation, Monitoring, Sicherheiten und Vertragsgestaltungen zu minimieren. Theoretisch begründet wird die Existenz von Finanzintermediären mit der Transaktionskostenökonomik und der Prinzipal-Agenten-Theorie. Der Transaktionskostenökonomik²⁴ liegt die realitätsnahe Annahme zu Grunde, dass der Abschluss von Verträgen eigene Kosten verursacht (Transaktionskosten) und demnach ein Finanzintermediär diese Kosten dadurch senkt, dass die Interessen einer Vielzahl von Kapitalanbietern oder –nachfragern gebündelt werden und dadurch den Umfang und die Anzahl der erforderlichen Verträge senkt²⁵. Ausgangspunkt der Prinzipal-Agenten-Theorie ist die Informationsasymmetrie zwischen Kapitalnehmer (Agent) und Kapitalgeber (Prinzipal)²⁶, wodurch letzterer ersteren nach Vertragsabschluss nicht mehr überwachen kann und dadurch der Agent einen Vorteil ziehen kann²⁷. Beispiel hierfür ist die Finanzierungsbeziehung, bei dem der nicht unternehmerisch tätige Kreditgeber umfassende Kontrollmaßnahmen setzen muss, um die zielgerichtete und vereinbarte Handlungsbündel des Kreditnehmers sicherzustellen²⁸. Die im Rahmen dieser

²³ “Since the early 1990s, there has been growing recognition for the positive impact of financial intermediation on the economy. Both theoretical and empirical studies find that a well-developed financial system is beneficial to the economy as a whole” und “Demirüç-Kunt and Levine (1999), among others, conclude that claims of deposit money banks and of other financial institutions on the private sector have steadily increased as a percentage of GDP in a large number of countries (around 150), rich and poor, between the 1960s and 1990s”. Scholtens, B./Wensveen D.: The Theory of Financial Intermediation, SUERF – The European Money and Finance Forum, Vienna 2003

²⁴ Ausgangspunkte u.a.: Fama, E.F.: Banking in the theory of finance, Journal of Monetary Economics 6, 1980, 39; Campbell, T.S./Kracaw, W.A.: Information production, market signalling, and the theory of financial intermediation, Journal of Finance 1980, 863

²⁵ “For example, Diamond and Dybvig (1983) consider banks as coalitions of depositors that provide households with insurance against idiosyncratic shocks that adversely affect their liquidity position. Diamond (1984) shows that these intermediary coalitions can achieve economies of scale. Diamond (1984) is also of the view that financial intermediaries act as delegated monitors on behalf of ultimate savers.”. Scholtens/Wensveen (2003), 15f. auch Andries, Alin Marius: Theories regarding financial intermediation and financial intermediaries – a survey, University of Iasi, Vol. 9, No 2 (10), 2009 “Another approach is based on Leland and Pyle (1977). They interpret financial intermediaries as information sharing coalitions” Leland, H.E./Pyle, D.H.: Informational asymmetries, financial structure, and financial intermediation, Journal of Finance 32, 1977, 371

²⁶ “These asymmetries can be of an *ex ante* nature, generating adverse selection, they can be interim, generating moral hazard, and they can be of an *ex post* nature, resulting in auditing or costly state verification and enforcement” Scholtens/Wensveen (2003), 15

²⁷ Lehmann, E./Neuberger, D.: Do lending relationships matter?, Journal of Economic Behaviour and Organization 45, 339, 2001; Stiglitz, J.E./Weiss, A.: Credit rationing in markets with imperfect information, American Economic Review 71, 1981, 393; Stiglitz, J.E./Weiss, A.: Incentive effects of terminations: Applications to the credit and labor markets, American Economic Review 73, 1983, 912

²⁸ „[...] according to the modern theory of financial intermediation, financial intermediaries are active because market imperfections prevent savers and investors from trading directly with each other in an optimal way. [...] imperfections are the informational asymmetries between savers and

Arbeit zu untersuchenden Finanzintermediäre werden auf ihre Konzernstrukturen hin analysiert und der Konzernierungsprozess systematisch untersucht. Im Rahmen der Untersuchung von wertoptimalen Konzernstrukturen werden einerseits die Konzernstrukturen der Finanzintermediäre Kreditinstitut, Versicherungsunternehmen, Investmentgemeinschaft bzw. Private Equity Gesellschaft analysiert und unter Berücksichtigung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen der Konzernierungsprozess und die Sonderthematiken der Einlagenrückgewähr und des Haftungsdurchgriffes systematisch betrachtet.

1. Kreditinstitute

Kreditinstitute sind jene, die aufgrund der §§ 4²⁹ oder 103 Z. 5³⁰ BWG oder aufgrund besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt sind, Bankgeschäfte zu betreiben³¹. Die unkonsolidierte Bilanzsumme der in Österreich meldepflichtigen Kreditinstitute betrug im Jahr 2008 EUR 1.069,36 Mrd. Österreich verfügt über 867 Hauptanstalten und über rund 5.121 Bankfilialen und gehört im europäischen Vergleich zu den Ländern mit dem dichtesten Bankstellennetz. Das Gesamtvolumen der Kredite an Nichtbanken³² betrug Ende April 2009 rund EUR 309 Mrd.³³ Trotz der Zurückhaltung bei der Kreditvergabe³⁴ gelten Banken als der bedeutendste Finanzintermediär. Von den obengenannten Aufgaben der Finanzintermediäre nehmen Kreditinstitute die **Geldsammelfunktion**, die **Geldverteilungsfunktion** und die **Verwahrungs- und Verwaltungsfunktion** (Wertpapiere) wahr, um qualitative, räumliche und zeitliche Friktionen im Geldstrom abzubauen. Kreditinstitute sind **Distributionsunternehmen**, die zum Zweck des Ausgleichs von Friktionen im Geldstrom ein zusammengehöriges Bündel von Tätigkeiten übernehmen, dessen wesentliche Elemente der Umtausch, die Deponierung, der Transport und die Zurverfügungstellung von liquiden Mitteln für die Öffentlichkeit umfasst³⁵. Der nationale und internationale Wettbewerbsdruck auf die Kreditinstitute bedingte eine weitere Erschließung von Geschäftsmöglichkeiten, welche zusätzlich Erträge für die Eigentümer lukrieren lassen. Dazu zählt vor allem das Dienstleistungsgeschäft, welches nunmehr als zweitwichtigste Ertragsquelle nach dem Zinsgeschäft zählt; ferner Beratungs- und Servicefunktionen wie beispielsweise die Anlage- und Vermögensberatung, die Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs etc. Rund die Hälfte des Betriebsertrages der österreichischen Kreditinstitute wird durch den Nettozinsertrag erwirtschaftet. Mehr als 20 % der Betriebserträge resultieren aus dem Provisionsgeschäft und rund 17 % bilden Erträge aus Wertpapieren und Beteiligungen³⁶. Einer breiten Positionierung ist auch die österreichische Orientierung auf das **Universalbankenprinzip** dienlich, welches das gesamte Spektrum der Bankdienstleistungen abdeckt. Die übernommenen Aufgaben und

investors [...] because they have a comparative informational advantage over ultimate savers and investors. They screen and monitor investors on behalf of savers. This is their basic function, which justifies the transaction costs they charge to parties. They also bridge the maturity mismatch between savers and investors and facilitate payments between economic parties [...] they engage in qualitative asset transformation activities” Scholtens/Wensveen: (2002), 18; Von einem unternehmerischen Gesichtspunkt versuchen Finanzintermediäre dadurch Shareholder Value zu schaffen, dass sie prämierte Risiken eingehen und einen Pool von Risiken managen, beispielsweise jenen der Sparer und jener der eigenen Kreditvergabe.

²⁹ Voraussetzungen zur Erteilung der Konzession

³⁰ Übergangsbestimmungen: „Soweit ein Kreditinstitut bei Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen Bankgeschäfte betreiben durfte, ist eine Konzession gemäß § 4 Abs. 1 nicht erforderlich.“

³¹ § 1 BWG

³² Nichtfinanzielle Unternehmen, private Haushalte, Nichtbanken-Finanzintermediäre, Private Organisationen ohne Erwerbszweck und der Staat

³³ Statistiken – Daten und Analysen Q3/09, http://www.oenb.at/de/presse_pub/period_pub/statistik/statistiken/statistiken_-_daten_und_analysen.jsp (26. Oktober 2009)

³⁴ Mitterlehner, Reinhold/Nowotny, Ewald/Leitl, Christoph/Sorger, Veit/Pinkl, Franz/Prehofer, Regina/Sevelde, Karl/Uher, Thomas: Diskussion:

„Kreditklemme“ – real oder gefühlt, ÖBA 2009, 1

³⁵ Süchting, Joachim/Paul, Stephan: Bankmanagement, Stuttgart 1998

³⁶ vgl. Eder, Nina/Böck, Nikolaus/Fleischhacker, Wolfgang: Österreichs Kreditinstitute im Jahr 2009, ÖBA 2010/1, 2

Dienstleistungen (Bankgeschäfte), welche von Kreditinstituten angeboten werden dürfen, sind in § 1 Abs. 1 BWG aufgezählt. Darunter fallen u.a. das Einlagengeschäft, Girogeschäft, Kreditgeschäft, Diskontgeschäft, Depotgeschäft, die Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln, der Handel mit Finanzinstrumenten gemäß WAG 2007, mit Devisen- und Valuten, mit Geldmarktinstrumenten und mit Derivaten bzw. das Effektengeschäft, Garantiegeschäft, Wertpapieremissionsgeschäft, Loroemissionsgeschäft, Bauspargeschäft, Investmentgeschäft, Immobilienfondsgeschäft, Beteiligungsfondsgeschäft, Kapitalfinanzierungsgeschäft, Factoringgeschäft etc. Die österreichische Bankenlandschaft stellte sich im Jahr 2008 wie folgt dar.

Kreditinstitute (in Mio. EUR)	2008	Marktanteil (auf Basis Bilanzsumme) 31.12.2008	
durchschnittl. Bilanzsumme	1.027.541,23		
Zinsertrag	45.845,10	Unicredit Bank Austria AG	222.152.000,00
Provisionsertrag	6.035,73	Sparkassen	201.441.000,00
Kreditvolumen	430.455,51	Raiffeisenbanken	156.921.000,00
Verbindlichkeiten geg. Kunden	320.789,11	Volksbanken	52.924.000,00
EBIT	9.141,22	Bawag P.S.K. AG	41.581.000,00
Eigenkapitalquote	17,20%		

Abbildung 1 Marktübersicht Bankenlandschaft Österreich, Quelle: Österreichische Nationalbank

Bei den österreichischen Kreditinstituten wird auf Basis ihrer Rechtsform und ihrer sektoralen Dazugehörigkeit klassifiziert. Aktienbanken, Landes-Hypothekenbanken, Bausparkassen und Sonderbanken gehören zu den einstufigen Sektoren. Zu den mehrstufigen Sektoren gehören mit einem zweistufigen Aufbau die Sparkassen und die Volksbanken und mit einem dreistufigen die Raiffeisenbanken. Den mehrstufigen Sektoren ist organisatorisch die Einrichtung eines Spitzen- bzw. Zentralinstitutes immanent, welches Koordinierungs-³⁷ und Geldausgleichsfunktionen³⁸ übernimmt. **Aktienbanken** sehen traditionell ihr Kerngeschäft in der Finanzierung großer Investitionsvorhaben und der Betreuung der Großkundschaft aus Handel und Industrie. Ferner sind das Auslandsgeschäft und die Finanzierung des Exportgeschäfts der österreichischen Wirtschaft dazuzuzählen³⁹. **Hypothekenbanken** sind üblicherweise Tochtergesellschaften der Bundesländer und in ihrer Geschäftstätigkeit im Allgemeinen auf diese Region beschränkt. Der Schwerpunkt ihrer Aufgaben liegt in der Gewährung von Hypothekendarlehen⁴⁰ bzw. von Kommunaldarlehen⁴¹ und in der Ausgabe von Pfand- und Kommunalbriefen. **Bausparkassen** fokussieren sich auf die Vergabe von Darlehen für den Erwerb von Baugrundstücken und Eigentumswohnungen sowie für die Errichtung von Wohnhäusern. Die Mittelbeschaffung erfolgt durch Bauspareinlagen, welche durch eine Bausparprämie unterstützt werden. **Sonderbanken** als Kapitalgesellschaften erfüllen bestimmte Aufgaben. Dazu zählen die Finanzierung von Exportgeschäften durch die Österreichische Kontrollbank (OeKB), die Gewährung von mittel- oder langfristigen Investitionskrediten, die Verwaltung der Investmentfonds durch Kapitalanlagegesellschaften, die Ausgabe von Kreditkarten durch Kreditkartengesellschaften sowie u. a. auch das Mitarbeitervorsorgekassengeschäft. Die Sonderbanken haben nur eine eingeschränkte Konzession und sind somit, mit wenigen Ausnahmen, zur Hereinnahme von Einlagen nicht befugt. Die **mehrstufigen Sektoren** umfassen Sparkassen, Volksbanken und Raiffeisenbanken. **Sparkassen**⁴² können nach so genannten Vereinssparkassen, welche von Privatpersonen

³⁷ u.a. üblicherweise Strategie, Recht, Personal, Treasury, Produktentwicklung

³⁸ u.a. üblicherweise Refinanzierung, Konsortialfinanzierungen, Liquiditätsmanagement

³⁹ der den Privatbanken zugeordnete Bereich wurde zur Gänze in Aktiengesellschaften umgewandelt und wird nun zu diesem Sektor gezählt.

⁴⁰ die hypothekarische Besicherung erfolgt durch Liegenschaften und Baurechte.

⁴¹ Ausleihungen an Gebietskörperschaften

⁴² Bundesgesetz vom 24. Jänner 1979 über die Ordnung des Sparkassenwesens (Sparkassengesetz – SpG), BGBl 1979/64

gegründet wurden, und Gemeindesparkassen, welche von den Gemeinden gegründet worden sind unterschieden werden. Ferner kann der Sparkassenbetrieb in eine Aktiengesellschaft eingebracht werden und die Sparkasse kann in eine Privatstiftung gemäß Privatstiftungsgesetz formwechselnd umgewandelt werden (§ 27a SpG). Im Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit dieses Sektors stehen die Sammlung von Spareinlagen, die Gewährung von Darlehen und Krediten an Industrie, Handel und Gewerbe sowie auch die Bereitstellung von Geldern für den Wohnbau und für kommunale Aufgaben. Als Zentralinstitut der „Erste Group“ fungiert die Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG. Dem System Schulze-Delitzsch entsprechend gibt es die **Volksbanken** als Kreditgenossenschaften⁴³. Diese Kreditgenossenschaften, welche im Mittelpunkt ihrer Geschäftstätigkeit die Kreditversorgung des Handels und des Gewerbes sehen, installierten als Zentralinstitut die Österreichische Volksbanken AG (VBAG) und gehören gemeinsam mit den mehr als 100 Waren-, Dienstleistungs- und Produktivgenossenschaften zum vereinsrechtlich organisierten Österreichischen Genossenschaftsverband. Die Genossenschaftsbanken, welche sich nach dem System **Raiffeisen** organisiert haben, sehen ihr Kerngeschäft neben der Finanzierung der ländlichen Betriebe auch in der Vergabe von Krediten an Industrie und Gewerbe. Als einziger dreistufiger Sektor verfügt er neben den Raiffeisenbanken über Raiffeisenlandesbanken und dem Spitzeninstitut Raiffeisen Zentralbank Österreich AG. Die Aufsicht über die Kreditinstitute wird von der Finanzmarktaufsicht übernommen, deren Rechtsgrundlage sich aus dem Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz ergibt⁴⁴.

2. Versicherungen

Das österreichische Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) ist seit 1. Jänner 1979 in Kraft⁴⁵. Unter dieses Bundesgesetz und somit der Aufsicht der Finanzmarktaufsicht fallen Unternehmen, die ihren Sitz im Inland und den Betrieb der Vertragsversicherung zum Gegenstand haben. Versicherungsunternehmen dürfen außer der Vertragsversicherung nur solche **Geschäfte** betreiben, die mit dieser in **unmittelbarem Zusammenhang** stehen⁴⁶. Die Bilanzsummen der in Österreich tätigen Versicherungsunternehmen betrug im Jahr 2007 EUR 87,8 Mrd. In der österreichischen Versicherungswirtschaft wurden 2008 über EUR 16,2 Mrd. an Prämieinnahmen erwirtschaftet⁴⁷. EUR 11,5 Mrd. wurden an die Versicherungsnehmer geleistet. Die zur Bedeckung der Risiken heranzuziehenden Kapitalanlagen belaufen sich auf EUR 77,49 Mrd.

Versicherungsunternehmen (in Mio. EUR)	2008	Marktanteil	
durchschnittl. Bilanzsumme (2007)	87.831,00	VIG Group	alle Sparten 14,82%
Prämien verrechnet	16.230,00	Generali Versicherung AG	13,46%
Leistungen	11.549,00	Uniqa Personenversicherung AG	7,82%
Versicherungstechnisches Ergebnis	243,00	Uniqa Sachversicherung AG	5,78%
Kapitalanlagen zur Bedeckung in tsd. EUR	77.486.545,00	Sparkassen Versicherung Aktiengesellschaft	5,54%
		Allianz elementar Versicherungs-Aktiengesellschaft	5,48%

Abbildung 2 Marktübersicht Versicherungsunternehmen Österreich, Quelle: Geschäftsbericht 2008 des Versicherungsverbandes Österreich

⁴³ Gesetz vom 9. April 1873 über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, RGBI 1873/70

⁴⁴ Bundesgesetz über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz - FMABG), BGBl. I Nr. 97/2001

⁴⁵ Bundesgesetz vom 18. Oktober 1978 über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung.

⁴⁶ Vermittlung von Bausparverträgen, Leasingverträgen, Investmentfondsanteilen etc.

⁴⁷ davon EUR 7,3 Mrd. für die Lebensversicherung, EUR 1,5 Mrd. für Krankenversicherung, EUR 772 Mio. für Unfallversicherungen, EUR 3,7 Mrd. für Schadensversicherungen, und 2,8 Mrd. für KFZ Versicherung. vgl. Geschäftsber. des Verbandes der österreichischen Versicherungswirtschaft 2008

Die wesentliche Funktion einer Versicherungsunternehmung ist der Risikotransfer vom Versicherungsnehmer auf den Versicherer gegen Zahlung einer Prämie. Versicherung ist daher die Deckung eines im Einzelnen ungewissen⁴⁸, insgesamt schätzbaren Mittelbedarfs⁴⁹ auf Grundlage des Risikoausgleichs im Kollektiv⁵⁰ und in der Zeit. Die **gesamtwirtschaftliche Bedeutung** der Versicherungsunternehmen ist, dass sie Leistungen erbringen, für die ein **wirtschaftlicher Bedarf** besteht. Gegen feste Prämien werden die Risiken überwältigt und geben damit den von diesen Risiken bedrohten Wirtschaftsunternehmen und Privatpersonen die Möglichkeit, die negativen Folgen der Risiken (Gefahren) gegen Bezahlung eines bestimmten Preises (der Versicherungsprämie) abzuwehren⁵¹.

Durch die Versicherung werden die Bedrohungen der wirtschaftlichen Existenz abgemildert und auch die Kreditfähigkeit des Versicherungsnehmers erhöht. Im Rahmen von Versicherungen können zwischen Personenversicherungen und Güterversicherungen⁵², Schadenversicherungen und Summenversicherungen⁵³, Individualversicherungen⁵⁴ und Sozialversicherungen, Zwangsversicherungen und freiwillige Versicherungen, private und öffentliche Versicherungen unterschieden werden. Versicherungsunternehmen dürfen nur in Form einer Aktiengesellschaft, einer Europäischen Gesellschaft (SE) oder eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit betrieben werden. Beim Versicherungsunternehmen auf Gegenseitigkeit, als Versicherungen auf genossenschaftlicher Basis, sind die Versicherungsnehmer gleichzeitig die Mitglieder. Somit ist die Mitgliedschaft bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit an das Bestehen eines Versicherungsvertrages bei diesem gebunden, sofern der Verein nichts anderes in seiner Satzung vorsieht (§ 32 VAG). Die Vorschriften der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (§§ 26-73 VAG) sind stark an die Bestimmungen des Aktiengesetzes angelehnt.

3. Investmentgemeinschaften und Private Equity

Der Begriff "Investmentgemeinschaft" umfasst umgangssprachlich jede Vereinigung mehrerer Personen zur Realisierung eines gemeinsamen Investmentprojektes. Wagniskapital, als die international gebräuchliche Definition, unterscheidet zwischen Private Equity und Venture Capital. Als **Private Equity** (PE) werden Unternehmensbeteiligungen (Eigenkapital bzw. eigenkapitalähnliche Finanzierungen), die nicht im öffentlichen Handel auf einem Aktienmarkt stehen, bezeichnet, während **Venture Capital** (VC) sich dabei auf jene Teilmenge des PE beschränkt, die sich auf die frühe Gründungs- und Wachstumsphase von Unternehmen konzentriert⁵⁵.

Die Private Equity und Venture Capital⁵⁶ Branche hat im Jahr 2008 rund 230 Mio. EUR nach rund 430 Mio. im Jahr 2007 an Mitteln zusammengetragen. Es wurden im Jahr 2009 96 Investitionen⁵⁷ getätigt. In

⁴⁸ Zufälligkeit bedeutet, dass das Eintreten des Geldbedarfs nicht vom Versicherungsnehmer vorsätzlich herbeigeführt werden darf. Darunter fallen Ereignisse, die auf höhere Gewalt aber auch fahrlässige Handlungen zurückzuführen sind (Haftpflichtversicherung).

⁴⁹ d.h. Bereicherungsverbot: Der Versicherungsnehmer darf durch das versicherte Ereignis keinen materiellen Nutzen ziehen.

⁵⁰ Gefahrengemeinschaft, bei der zahlreiche Subjekte von gleichen Gefahren bedroht sind.

⁵¹ vgl. Mayer, Leopold: Versicherungswirtschaftslehre, Wien 1999, 1ff.

⁵² Lebensversicherungen, Krankenversicherung, Unfallversicherung bzw. Sachversicherungen, Vermögensversicherungen

⁵³ feste Beträge werden als Versicherungsleistungen vereinbart.

⁵⁴ jedes einzelne Risiko aufgrund der individuellen Gefahrensituation wird selbständig versichert.

⁵⁵ EVCA, 2007; vgl. Grabherr: Finanzierungen mit PE und VC, in: Kofler, Polster-Grüll, (Hrsg): Private Equity und Venture Capital, Wien 2006

⁵⁶ im Folgenden wird lediglich der Terminus Private Equity verwendet.

Österreich ist der Private Equity Markt unterentwickelt und die privaten Haushalte tragen nur zu sehr geringem Maß zur Mittelaufbringung bei. Privat Equity spielt eine wesentliche Rolle zur Realisierung von Unternehmenswachstum, zur Umsetzung von Innovations- und Internationalisierungsprojekten sowie zur Lösung von Nachfolgeproblemen und der Erleichterung des wirtschaftlichen Strukturwandels von Klein- und Mittelbetrieben⁵⁸.

Volkswirtschaftlich betrachtet werden mehrere Aufgaben von Private Equity übernommen: Die Kapitalgeber reduzieren die Finanzierungslücke für wachstumsorientierte, innovative Klein- und Mittelbetriebe mit Konzentration auf die Frühphase ihrer Entwicklung, die sich aus dem Versagen traditioneller Finanzmärkte, z.B. bei mangelnder Liquiditätsbereitstellung seitens der Banken aufgrund nicht abschätzbarer Unternehmensrisikos oder institutionsbedingter Restriktionen, ergibt, und bilden damit ein eigenständiges Finanz- bzw. Kapitalmarktsegment. Sie übernehmen daher die Kapitalisierung (Kapitalallokation) auf Basis eines umfassenden Selektionsprozesses, indem an jenen Unternehmen Beteiligungen eingegangen werden bzw. denen nachrangiges Kapital zur Verfügung gestellt wird, die sich durch ein besonders starkes Wachstumspotential charakterisieren. Risikokapitalgeber übernehmen eine Selektionsfunktion und beteiligen sich am Eigenkapital, womit sie einerseits eine den Fremdkapitalgebern nachrangige Position einnehmen, jedoch andererseits voll am Unternehmens(miss-)erfolg partizipieren, wodurch sie (Teil-)Träger des Unternehmensrisikos sind. Dafür stellt die Eigentümerstellung sicher, dass, mittels ausgedehnten Informations- und entsprechenden Einflussmöglichkeiten eine hohe Disziplin bei der Verfolgung der Unternehmensziele gewährleistet ist. Neben der Selektions- und Kapitalallokation bzw. Finanzierungsfunktion kommt den Risikokapitalgebern eine Mehrwertfunktion zu, wonach sie, durch ihr umfassendes geschäftsführendes oder kontrollierendes bzw. steuerndes Handeln, die geplante Ertragsrate bzw. den Payoff des Investitionsprojekts steigern. Durch diese Beratungs-, Informations- und Vermittlungsdienste wird eine positive Signalwirkung erzielt, wodurch für Kreditgeber das Finanzierungsrisiko sinkt und Fremdmittelfinanzierung erleichtert wird⁵⁹.

Hinter den Private Equity Gesellschaften stehen mehrheitlich Versicherungen (20 %), Banken (~9 %) , Unternehmensinvestoren (~12 %), regierungsnahe Institute (~17 %) und Investmentgesellschaften (Fund of Funds ~12 %). Private Equity Gesellschaften nutzen die gesamte Bandbreite der Kapitalisierungsinstrumente. So sind Beteiligungen über Eigenkapital (Aktien, Geschäftsanteile etc.) einerseits und über Fremdkapital oder Mezzaninkapital andererseits möglich. Der Begriff Mezzanine-Kapital existiert im Grunde weder in der Ökonomie noch in der Rechtswissenschaft. Dieser ist ein Terminus aus der Architektur mit der Bedeutung eines Zwischengeschosses und beschreibt die ökonomische Zwischenform zwischen Eigen- und Fremdkapital. Die wesentlichen Merkmale von Mezzaninkapital in seiner grundlegenden Konzeption sind die Nachrangigkeit gegenüber anderen Gläubigern im Falle der Insolvenz, die

⁵⁷ rund die Hälfte davon Erstinvestments und ein Drittel Folgeinvestments; zum Rest liegen keine Daten vor; vgl. www.avco.at

⁵⁸ Positiver Nachweis durch empirische Untersuchungen durch Engel, D.: The impact of venture capital on firm growth: an empirical investigation, ZEW Discussion Paper No. 02-02, 2000; Peneder, M./Jud, T./Schwarz, G.: Der Einfluss von Private Equity (PE) und Venture Capital (VC) auf Wachstum und Innovationsleistung österreichischer Unternehmen, Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Wien, 2006

⁵⁹ vgl. Brandner, Peter/Jud, Thomas/Kofler, Georg/Polster-Grüll, Barbara: Private Equity und Venture Capital: Anforderungen an eine neue Fondsstruktur für den österreichischen Risikokapitalmarkt, ÖBA 2007, 365

Vorrangigkeit gegenüber „echtem“ Eigenkapital, die zeitliche Befristung der Kapitalüberlassung, die Flexibilität und Vielseitigkeit hinsichtlich der Ausgestaltung der Vertragskonditionen und die steuerliche Abzugsfähigkeit der Zinsen als Betriebsaufwand. Es ist bereits aus der Ableitung der Vor- und Nachteile⁶⁰ von Mezzaninkapital ersichtlich, dass gerade die Finanzintermediäre Private Equity und Venture Capital einen umfassenden Anspruch an die kautelarjuristische Praxis stellen⁶¹.

⁶⁰ Eigenkapitaläquivalenz, keine bzw. geringe Kapitalverwässerung, Senkung der laufenden Finanzierungskosten (Equity Kicker), hohe Flexibilität, Smart Money, steuerliche Optimierung, gute Kombinierbarkeit mit anderen Finanzprodukten; jedoch hohes Wertwachspotenzial notwendig, Mindestvolumina, zeitliche Befristung und höhere Finanzierungskosten als bei konventionellem Fremdkapital

⁶¹ vgl. Häger, Michael/Elkemann-Reusch, Manfred: Mezzanine Finanzierungsinstrumente. Stille Gesellschaft – Nachrangdarlehen – Genussrechte, Berlin 2004, Rz 5ff. und 49ff.

KAPITEL II

DER KONZERN IM ÖSTERREICHISCHEN GESELLSCHAFTSRECHT

1. Der Konzern

Etymologisch hat der Begriff Konzern seinen Ursprung im lateinischen *concernere* und hat das Zusammenmischen bzw. Zusammenfügen von grundsätzlich Unterschiedlichem zur Bedeutung⁶². Der Prozess der Konzernierung führt zur Realisierung einer Vielzahl von gesellschaftsrechtlichen Tatbeständen. Ausgehend von unternehmensrechtlichen und rechtsformspezifischen Rechtsmaterien sind unter anderem das Übernahmegesetz, Börsegesetz und aufsichtsrechtliche Materiengesetze zu berücksichtigen und im optimalen Fall im Rahmen der Konzernplanung strukturiert zu analysieren. Der Konzern als Untersuchungsobjekt ist in allen zuvor genannten Rechtsmaterien unter anderem Regelungsgegenstand, mit jedoch unterschiedlichen, gegebenenfalls diametralen, rechtlichen Interessen. So spricht auch der OGH hinsichtlich der Auslegung, dass die unterschiedlichen Konzernbegriffe, die die österreichische Rechtsordnung kennt, immer nach dem jeweiligen Zweck der Bestimmung ausgelegt werden müssen. Die reine Wortinterpretation reicht nicht aus⁶³. Um im ersten Analyseschritt den Konzern als Gesamtes zu erfassen, wird der Konzern und seine im jeweiligen Materiengesetz angeführten Tatbestände im Folgenden untersucht.

1.1. Der Konzern in der österreichischen Rechtsordnung

1.1.1. Der Konzern im Gesellschaftsrecht

Österreich verfügt über kein kodifiziertes Konzernrecht⁶⁴, wobei darunter das Gesellschaftsrecht verbundener Unternehmen zu verstehen ist⁶⁵. Ungleich dem deutschen Recht findet man im österreichischen Recht Bestimmungen zum Konzernrecht über die Materiengesetze verstreut⁶⁶. Die grundsätzliche Definition eines Konzern findet sich in § 15 AktG und wortgleich in § 115 GmbHG.

§ 15 AktG bzw. § 115 GmbHG

- (1) Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.*
- (2) Steht ein rechtlich selbstständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.*

Beide Bestimmungen definieren einen Konzern als Zusammenfassung rechtlich selbstständiger Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung (Abs. 1)⁶⁷. Ein Unterordnungsverhältnis wird in den jeweiligen zweiten Absätzen durch die Beherrschung einer Gesellschaft entweder auf Grund von Beteiligungen oder unmittelbar oder mittelbar durch den beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens impliziert⁶⁸.

⁶² vgl. *Drosdowski*, Duden: Etymologie-Herkunftswörterbuch der deutschen Sprache

⁶³ OGH 6 Ob 217/05p vom 1. Dezember 2005, GesRZ 2006, 82, *ecolex* 2006/363, *wbl* 2006/84, *GeS* 2006, 121

⁶⁴ vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 3

⁶⁵ vgl. *Koppensteiner Hans-Georg*, GmbH-Gesetz Kommentar, Wien 1999, § 115 Rz 8

⁶⁶ eine RIS-Recherche über das gesamte Bundesrecht ergibt rund 300 Dokumente für den Suchbegriff Konzern.

⁶⁷ unter Abs. 1 fallen auch Gleichordnungskonzerne. Abs. 1 stellt auf tatsächlich ausgeübte einheitliche Leitung ab.

⁶⁸ vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 3

Konzerne verfügen über **keine Rechtspersönlichkeit** und können daher nicht Träger von Rechten und Pflichten sein⁶⁹. **Rechtspersönlichkeit** kommt nur den jeweiligen **Konzernunternehmen** zu, was für die rechtlichen Beziehungen zu den Stakeholdern von Bedeutung ist. Daraus folgt, dass **Normadressaten** der Konzernbestimmungen lediglich die **Konzernunternehmen** und/oder die **Konzerngesellschafter** sein müssen. Grundsätzlich ist auch jedes Konzernunternehmen ein eigenes Besteuerungssubjekt und zwar je nach Rechtsform. Ausnahmen bestehen jedoch im Fall der Unternehmensgruppe⁷⁰. Der Konzern bzw. die Konzernunternehmen bilden ferner als solche keinen einheitlichen Haftungsverband⁷¹. Haften muss entweder die jeweilige Gesellschaft oder deren Organe bzw. im Falle der Bejahung einer Durchgriffshaftung die dahinterstehenden Gesellschafter(organe).⁷²

Als **Konzerngesellschaften** gelten **Unternehmen aller Rechtsformen**. Somit kann das Rechtssubjekt eine natürliche oder juristische Person sein; d.h. sämtliche Gesellschaftsformen wie die Personengesellschaft⁷³ oder die Kapitalgesellschaft sowie sonstige juristische Personen, wie beispielsweise ideelle Vereine, Körperschaften öffentlichen Rechts, kommen in Frage. **Ausgenommen** sind **Einzelunternehmen** und **Privatstiftungen**, die keine Unternehmen im Sinne der §§ 15 AktG und 115 GmbHG sind⁷⁴. Die für die Aufsichtsratspflicht maßgebliche Konzerndefinition für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ergibt sich aus § 29 GmbHG. § 29 Abs. 1 Z. 3 GmbHG stellt auf die einheitliche Leitung oder auf eine Beherrschung durch unmittelbare, die 50 % Schwelle übersteigende, Beteiligung ab. Aktiengesellschaften müssen ex lege über einen Aufsichtsrat verfügen⁷⁵.

1.1.2. Rechtsfolgen bei Erfüllung des Konzerntatbestandes im Gesellschaftsrecht

Abhängig von der Intensität der Verflechtung ergeben sich unterschiedliche Rechtsfolgen auf Basis folgender Bestimmungen:

- § 51 Abs. 2 AktG: Keine Zeichnung eigener Aktien, § 66 AktG: Erwerb eigener Aktien durch Dritte, § 65 Abs. 1 Erwerb eigener Aktien.
- §§ 65 Abs. 5: Stimmausübung
- §§ 79, 86 AktG: Kein Wettbewerbsverbot bei konzernmäßig verbundenen oder unternehmerisch beteiligten Gesellschaften.
- §§ 95 Abs. 2, 118 AktG, 30j Abs. 2 GmbHG: Auskunftsrecht des Aufsichtsrates und der Aktionäre.
- §§ 86 Abs. 2 und 3 AktG, 30a Abs. 2 und 4 GmbHG: Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern.
- § 29 GmbHG: Aufsichtsratspflicht bei der GmbH.
- § 80 AktG: Kreditgewährung an herrschende oder abhängige Unternehmungen.
- §§ 271 UGB, 25 Abs. 5, 131 Abs. 2 AktG: Bestellung des Abschlussprüfers.

⁶⁹ OGH vom 16. Juni 1983, SZ 56/101 in GesRZ 1983, 156 und in RdW 1983, 43; vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 11 und 30; grundlegend dazu vgl. OGH 6 Ob 579/83 vom 16. Juni 1983

⁷⁰ Körperschaftsteuerrichtlinien 2001 Rz 105

⁷¹ SZ 56/101, in GesRZ 1983, 156 und in RdW 1983, 40

⁷² vgl. *Novacek, Erich*: Handbuch der Konzernbesteuerung, Wien 2000, 38

⁷³ bei der GesbR ist der Rechtsträger aufgrund der mangelnden Rechtspersönlichkeit nicht die GesbR, sondern die dahinter stehenden Gesellschafter.

⁷⁴ vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15

⁷⁵ sanktionslose Norm bei nicht an der Börse notierten Unternehmen.

1.1.3. Die Tatbestandsmerkmale des Konzerns

Rechtlich selbstständige Unternehmen

Eine Definition des „rechtlich selbstständigen Unternehmens“ lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Herrschende Meinung ist, dass ein Rechtsträger dadurch bezeichnet ist, denn nur ein Rechtsträger hat die Fähigkeit, einen beherrschenden Einfluss auszuüben und Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Demgemäß wird ein Unternehmen dann rechtlich selbstständig gegenüber einem anderen sein, wenn nicht beide Unternehmen demselben Rechtssubjekt zugeordnet werden können⁷⁶.

Wirtschaftlicher Zweck

Die herrschende Meinung zur Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks ist, dass die Unternehmen wirtschaftlich werthafte Leistungen anbieten⁷⁷ und wird dann vorliegen, wenn eine Gesellschaft einen geldwerten Nutzen zugunsten ihrer Eigentümer bzw. Mitglieder anstrebt, was im Grunde das immanente Ziel eines Konzerns ist⁷⁸. Der wirtschaftliche Zweck muss nicht notwendigerweise ein Erwerbszweck sein⁷⁹. Da sein Pendant, nämlich der ideelle Zweck, in der Praxis die strikte Ausnahme darstellt, bereitet dieses Tatbestandsmerkmal keine Probleme⁸⁰.

Einheitliche Leitung

Einen Konzern kann es ohne einheitliche Leitung nicht geben⁸¹. Die lex scripta schweigt darüber wann einheitliche Leitung vorliegt, was daran liegt, dass der Begriff der einheitlichen Leitung dem Wirtschaftsleben entnommen wurde, um auf wirtschaftliche Gegebenheiten Rücksicht zu nehmen⁸². Laut *Jabornegg* ist dieses konstitutive Element des Konzern erfüllt, wenn „*die Verwendung der Organisationseinheiten planvoll zu bestimmten Zwecken geschieht*“⁸³.

Es gibt im Grunde zwei Meinungen, wann die einheitliche Leitung vorliegt: Der eine Teil der Lehre sieht einheitliche Leitung dann gegeben, wenn eine planmäßige Koordination und entsprechende Einflussnahme auf die Geschäftsführung der einzelnen Konzernunternehmungen besteht. Dies setzt Einfluss auf die Unternehmensleitung im Ganzen, jedenfalls aber auf die wesentlichen Bereiche – Festlegung der Geschäftspolitik und Abstimmung in wichtigen Fragen – voraus. Der andere Teil der Lehre lässt es ausreichen, wenn die Konzernmutter die Möglichkeit hat, Leitungsaufgaben in den wesentlichen Entscheidungsbereichen der Unternehmenspolitik, auch gegen den Willen der Tochter, zu übernehmen⁸⁴. Letztere verlangt ferner die tatsächliche Ausübung der einheitlichen Leitung und sieht die bloße Möglichkeit als unzureichend an.

⁷⁶ vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz. 11

⁷⁷ vgl. *Krejci* (1988), 252f, vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 115 Rz 7

⁷⁸ vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 12

⁷⁹ *Jud, Waldemar*: Der Konzerntatbestand im österreichischen und deutschen Aktienrecht, Dissertation, 1968, 32

⁸⁰ Der Begriff „zu wirtschaftlichen Zwecken“ wurde in Deutschland beim Konzernrechtstatbestand 1965 bewusst weggelassen, weil er als entbehrlich galt, da keine Ausrichtung am wirtschaftlichen Zweck kaum vorkommt und eigentlich Sinn und Zweck eines Konzerns ist. vgl. *Jud* (1968), 32 sowie *Krejci* (1988), 263

⁸¹ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 115 Rz 5

⁸² vgl. *Gröhs, Bernhard*: Der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff. Seine Problematik aus Sicht der Rechnungslegung, Berichterstattung und Prüfung von Kapitalgesellschaften, RdW 1987, 250

⁸³ *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 13

⁸⁴ vgl. *Grünwald, Alfons*: Die Aufsichtsratspflicht im GmbH Konzern, NZ 1984, 228

Herrschende Lehre ist nunmehr, dass einheitliche Leitung dann vorliegen wird, wenn erstens eine Koordinierung der Konzernunternehmen im finanziellen Bereich vorliegt; wenn zweitens eine einheitliche Leitung auch tatsächlich forciert⁸⁵ wird; und wenn drittens eine gewisse Dauer⁸⁶ des Verbindungsbestandes evident ist⁸⁷. Unter Koordination versteht man die konkrete Vorstellung der Konzernleitung, in welcher Weise die Konzernmitglieder zum wirtschaftlichen Konzernerfolg beitragen (Finanzmittelaufbringung, Investitionsschwerpunkte, Strategie). Die Koordination in finanzieller Hinsicht ist aufgrund der Argumentation notwendig, dass einem Unternehmen im Sinne der wirtschaftlichen Einheit zwar produktions-, absatz- und einkaufstechnische Freiheiten gewährt werden könnten, jedoch ein Verzicht auf die finanzielle Entscheidungskompetenz diese gänzlich untergraben würde⁸⁸. Die tatsächliche Forcierung der einheitlichen Leitung setzt, wie *Krejci* richtig herleitet, nicht ein Weisungsrecht der Konzernmutter voraus⁸⁹. Einheitliche Leitung wird vorwiegend durch Beteiligungen, die nicht Mehrheitsbeteiligungen sein müssen⁹⁰, begründet. Diesbezüglich wird jedoch keine unmittelbare Beteiligung verlangt und keine Beteiligungsquote definiert, womit das Ergebnis und nicht der Weg dorthin in den Analysemittelpunkt rückt. Faktisch indizieren personelle Verflechtungen⁹¹ (Identität der geschäftsführenden Personen in den Konzernunternehmungen), die Strukturierung über Holdinggesellschaften sowie maßgebende Finanzierungen und vertragliche Beziehungen⁹² (Betriebsverpachtungen, Betriebsüberlassungen, Betriebsabführungsvertrag, Gruppenverträge) die einheitliche Leitung.⁹³

Beherrschender Einfluss

Der beherrschende Einfluss setzt ein Über-/Unterordnungsverhältnis voraus. Dieses Verhältnis kann auf Grund von Beteiligungen⁹⁴ oder sonst (Vertrag) unmittelbar oder mittelbar erreicht werden, wobei sich letzteres („oder sonst“) auf beliebige Verantwortungsbereiche der Unternehmensführung⁹⁵ beziehen kann. Langfristige Lieferverträge sowie personelle Verflechtungen können ebenfalls ein Abhängigkeitsverhältnis aufgrund Beherrschung begründen⁹⁶. Eine Mindestbeteiligungsquote ist bei der Analyse ob eine Beherrschung vorliegt, nicht maßgeblich, da wie bereits zuvor auf das Ergebnis abgestellt wird. Auch

⁸⁵ vgl. *Krejci* (1988) und *Kastner, Walther/Doralt, Peter/Nowotny, Christian*: Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage, Wien 1990, 31f.

⁸⁶ Gewisse Bestandfestigkeit und nicht bloß zufälligen, vorübergehenden Charakter laut *Jud* (1968), 33; Anderer Ansicht sind *Emmerich, V./Habersack, M.*: Konzernrecht, 9. Auflage, München 2008, 43 „weil operationale Kriterien zur Abgrenzung der in Betracht kommenden Zeitspanne fehlen“.

⁸⁷ *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 13; vgl. *Jud* (1968), 33; Das Wirtschaftsprüfer Handbuch 2002 (WP Handbuch) sieht eine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung als vorliegend an, wenn es die Konzernleitung derart vollzieht dass gemeinsame Beratung zum Ziel hat, die Geschäftsführung der Unternehmen in den wesentlichen Fragen aufeinander abzustimmen, vgl. *Gelhausen, Hans/Hense, Burkhard/Klein, Klaus-Günter*: Wirtschaftsprüferhandbuch, Handbuch für Rechnungslegung, Prüfung und Beratung, Band 2, 2002

⁸⁸ selbsterklärend bedingt einheitliche Leitung kein ständiges Eingreifen und Dirigieren, sondern nur die Tatsache, dass Finanzpolitik nicht gegen den Mutterwillen durchgeführt werden kann; ebd.

⁸⁹ vgl. *Gröhs* (1987), 250ff.; vgl. *Krejci* (1988), 416 bzw. derselbe in Gutachten, RdW 1988, 342 der auf *Kastner*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, 27 verweist; derselbe, GesRZ 1986, 48; derselbe, JBl 1987, 687; vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 115 Rz 15

⁹⁰ *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 14

⁹¹ Die Monopolkommission untersuchte die 100 größten deutschen Unternehmen für 1996/97 und stellte fest, dass insgesamt 840 Verflechtungen über Mandatsträger in Kontrollorganen vorlag – Verflechtungsgrad 8,5%. Bei den 10 größten Unternehmen gab es einen Verflechtungsgrad von 42,2%. vgl. Monopolkommission, Marktöffnung, 1998, 217 in *Theisen* (2000), 135; These *Säckers* „wer oben eine Konzernmaßnahme mittrage, könne sich unten nicht davon distanzieren, da er nicht zwei Seelen und Hirne habe“, vgl. *Decher, Christian*: Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern, Heidelberg 1990, 33; jedoch mit Einschränkungen, hinsichtlich *bottom-up*, *bottom-down* und tatsächlicher Veranlassung, ebd.

⁹² vgl. *Novacek*, RdW 1998, 104 mit Verweis *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 32; vgl. *Gröhs* 1987, 250, vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 15

⁹³ vgl. *Novacek, Erich*: Der Konzernbegriff im Einkommensteuerrecht, RdW 1998, 104

⁹⁴ der Beteiligungsbegriff des UGB ist für § 15 AktG und § 115 GmbHG maßgeblich

⁹⁵ purchase, distribution, human resources

⁹⁶ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 115 Rz 12, 13, 15; vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 22

können Sachverhalte konstruiert werden, die einem atypischen stillen Gesellschafter oder einem Kommanditisten eine beherrschende Stellung einräumen.

Die **Abgrenzung** zwischen **einheitlicher Leitung** und **Beherrschung** ist nicht unstrittig. Im Grunde grenzt sich die Beherrschung von der einheitlichen Leitung insoweit ab, als die einheitliche Leitung noch kein Beherrschungsverhältnis voraussetzt. Daraus folgt, dass die Beherrschung ein weiteres Sachverhaltselement aufweisen muss. Soll demzufolge der Begriff der einheitlichen Leitung nicht mit jenem des beherrschenden Einflusses gleichgesetzt werden, kann erhoben werden, dass beim Beherrschungstatbestand dieser auch tatsächlich erfolgen muss. Da bereits bei der einheitlichen Leitung die aktive Forcierung gefordert wird, befindet sich der Anspruch auf eine Abgrenzung in einer logischen Sackgasse. Diese Argumentation verlassend wird vertreten, dass es jedoch den Zielen des AktG eher entspricht, dass der **beherrschende Einfluss nur potenziell möglich** sein muss⁹⁷. Demzufolge ist der Übergang von der Beherrschung zur **einheitlichen Leitung** fließend, weil um einheitlich zu leiten, müssen keine weiteren Rechte erworben werden; es reicht vielmehr, dass der **potenziell mögliche Einfluss** nunmehr **tatsächlich ausgeübt** wird⁹⁸. Demnach ist die Beherrschbarkeit eine von Gesetzes wegen widerleglich vermutete einheitliche Leitung⁹⁹. Eine (trennscharfe) Abgrenzung zur dogmatischen Lösung ist mE nicht notwendig, da das Gesellschaftsrecht an die Absätze 1 und 2 der §§ 15 AktG und 115 GmbHG keine unterschiedlichen Rechtsfolgen knüpft¹⁰⁰, wodurch diese Normen in ihrer Gesamtheit die Rechtsfolgen der Tatbestandserfüllung veranlassen sollen.

Die widerlegbare **Abhängigkeitsvermutung** resultiert aus der Möglichkeit der Beherrschung. Wenn ein Mutterunternehmen mehr als 50 % an einem Tochterunternehmen hält oder durch einen Stimmbindungsvertrag einheitlich geleitet wird, dann wird vermutet, dass das Tochterunternehmen durch das herrschende Unternehmen unternehmerisch fremdbestimmt ist. In anderen Worten wird die Abhängigkeit bei Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung vermutet¹⁰¹. Die Verknüpfung einer Mehrheitsbeteiligung mit einer Abhängigkeitsvermutung ist in § 17 Abs. 2 dAktG¹⁰² normiert¹⁰³, wobei dasselbe in Österreich anzunehmen ist. Diese Abhängigkeitsvermutung ist selbstredlich widerlegbar, beispielsweise durch Argumentation, dass, in Analogie zu § 249 Abs. 1 Z. 1 AktG, „*erhebliche und andauernde Beschränkungen die Ausübung der Rechte des Mutterunternehmens in Bezug auf das Vermögen oder die Geschäftsführung dieses Unternehmens nachhaltig beeinträchtigen*“¹⁰⁴. Die Abhängigkeitsvermutung verfestigend, spricht man von der **Konzernvermutung**. Hier wird vermutet, dass das abhängige Unternehmen mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet und somit einheitliche Leitung durch die Einflussmöglichkeiten der

⁹⁷ vgl. Novacek (1998), 105 bzw. Jabornegg in Jabornegg/Strasser, Kommentar (2006), § 15 Rz. 21, AA die ältere Lehre Kastner/Doralt/Nowotny (1990), 32 Fn 10, „Es kommt deshalb für das Eingreifen des Abhängigkeitstatbestandes auch gar nicht darauf an, ob tatsächlich beherrschender Einfluß ausgeübt wird, sondern es genügt das Bestehen einer Einflußmöglichkeit.“ Nowotny, Christian: Wechselseitige Beteiligungen, RdW 1986, 303 (304)

⁹⁸ Torggler in Kalss, Susanne/Rüffler, Friedrich: GmbH-Konzernrecht. Stand und Entwicklung im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht, Klagenfurt 2003, 57

⁹⁹ vgl. Harrer (1999), 13

¹⁰⁰ z.B. § 80 Abs. 1 S. 3 AktG oder § 119 Abs. 2 AktG „abhängig oder beherrscht“.

¹⁰¹ vgl. Koppensteiner, Hans-Georg: Zurechnung von Beteiligungen im Wirtschaftsrecht, Wbl 2005, 293ff

¹⁰² § 17 dAktG Abhängige und herrschende Unternehmen: (1) Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. (2) Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.

¹⁰³ vgl. Emmerich/Habersack (2008), Konzernrecht, 50

¹⁰⁴ Torggler in Kalss/Rüffler (2003), 53; vgl. Emmerich/Habersack (2008), Konzernrecht, 51: Eine Mehrheitsbeteiligung zieht jedenfalls dann keine Abhängigkeit nach sich, wenn nicht die Möglichkeit verleiht wird, die Zusammensetzung des Aufsichtsrates und damit mittelbar die des Vorstandes zu beeinflussen – Satzungsbestimmungen, Höchststimmrechte, Stimmbindungsverträge.

Mutter hergestellt wurde. Auch die control-Tatbestände des § 244 Abs. 2 UGB begründen die Abhängigkeit und die Kontrollvermutung¹⁰⁵. Nur wenn die gesetzliche Abhängigkeitsvermutung oder Konzernvermutung widerlegt werden kann, hat eine Mehrheitsbeteiligung nicht eine Konzernbeteiligung zu sein, doch trägt der Bestreiter der Konzernbeziehung die Beweislast¹⁰⁶. *Nowotny* stellt zu Recht fest, dass der Nachweis, dass trotz Beherrschungsmöglichkeit kein Konzern vorliegt, in realita kaum mehr erbracht werden kann, weil man davon ausgeht, dass trotz dezentraler Organisation eine Mehrheitsbeteiligung auch ohne Eingriff der Spitze eine Koordination zur Folge hat¹⁰⁷.

Mittelbare einheitliche Leitung oder mittelbare Beherrschung im Sinne des § 15 AktG bzw. § 115 GmbHG liegt dann vor, wenn die mittelbare Trägergesellschaft ebenfalls einheitlich geleitet oder beherrscht wird.

1.2. Der Konzern im Unternehmensgesetzbuch

Konsolidierungsbestimmungen zur Erfüllung des Informationsbedürfnisses der Stakeholder und der Unterstützung der Insolvenzprophylaxe normieren die §§ 244-267 UGB¹⁰⁸, wobei Konsolidierung in der Rechnungslegung den Begriff der Erstellung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichtes auf Basis der Jahresabschlüsse qualifizierter Tochterunternehmungen zur Darstellung des Konzerns als Einheit umfasst. Zweck ist es, die Vermögens- und Ertragslage des Konzerns als jene einer speziellen Einheit darzustellen¹⁰⁹. Demnach tritt das herrschende Unternehmen hinter der Einheit „Konzern“ zurück. Die Konzernbilanzierung soll aufgrund der homogenen Interessenslage wie in einem einheitlichen Unternehmen nicht von der Gesellschafterkonstellation abhängen.¹¹⁰ Ausgangspunkt hierfür ist die Lehre von *Isay*, dem die unternehmensrechtliche Einheitsbetrachtung umso elementarer erschien, je straffer ein Konzernunternehmen durchorganisiert war. Diesfalls würde die Verbandsautonomie aufgrund der gegenseitigen Verflechtungen und Abhängigkeiten ihren Wirklichkeitswert verlieren¹¹¹.

Die Aufstellungspflicht ist gemäß dem Grundtatbestand des § 244 Abs. 1 UGB dann gegeben, wenn Unternehmen unter einheitlicher Leitung einer Kapitalgesellschaft (Mutterunternehmen) mit Sitz im Inland stehen und dem Mutterunternehmen eine Beteiligung gemäß § 228 UGB an dem oder an den anderen unter der einheitlichen Leitung stehenden Unternehmen gehört.

Die „Definition des Konzerns“¹¹² im UGB auf Basis der Konsolidierungsbestimmungen ist restriktiver als der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff des § 15 AktG bzw. § 115 GmbHG, da zusätzlich zur einheitlichen Leitung eine Beteiligung gemäß § 228 UGB vorliegen muss, deren Legaldefinition sich im dritten Buch UGB findet. Weiteres Abgrenzungskriterium zum gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff ist, dass dieser Gleichordnungskonzerne mitumfasst, während dies für den Konzern des UGB nicht der

¹⁰⁵ vgl. *Nowotny* in *Straube, Manfred*: Kommentar zum Rechnungslegungsgesetz (Hrsg.). (HGB-Kommentar, Band II), 2. Auflage Wien 1999/2000, § 244 Rn 13; genauer auch mit einzelnen Unterschieden *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 115 Rn 15 ff.

¹⁰⁶ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 115 Rz 13

¹⁰⁷ vgl. *Nowotny* am Symposium zum 70. Geburtstag von *Koppensteiner* – Universität Salzburg 23. Juni 2006

¹⁰⁸ angepasst aufgrund der siebenten Richtlinie Nr. 83/49/EWG des Rates vom 1. Juni 1983 (Konzernrichtlinie)

¹⁰⁹ so spricht auch § 250 Abs. 3 UGB davon, dass im Konzernabschluss die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der einbezogenen Unternehmen so darzustellen ist, als ob diese Unternehmen insgesamt ein einziges Unternehmen wären.

¹¹⁰ Einheitstheorie („entity“ point of view): vgl. *Baetge, Jörg/Kirsch, Hans-Jürgen/Thiele, Stefan*: Konzernbilanzen, 6. aktualisierte Auflage, Düsseldorf 2002, 9

¹¹¹ vgl. *Isay*, Das Recht am Unternehmen (1910) zitiert in *Kandut, Elisabeth*: Gläubigerschutz und Konzerninsolvenz, Dissertation, Graz 1990, 10

¹¹² bzw. die Tatbestände, welche die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichtes auslösen.

Fall ist¹¹³. Ferner sieht das UGB als Mutterunternehmen nur eine Kapitalgesellschaft und verdeckte Kapitalgesellschaften¹¹⁴ als maßgeblich an, während § 15 AktG bzw. § 115 GmbHG Unternehmen aller Rechtsformen¹¹⁵ als Konzerngesellschaften ansieht¹¹⁶.

Eine Beteiligung gemäß § 228 UGB liegt dann vor, wenn die (verbriefen oder unverbiefen) Anteile an anderen Unternehmen bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu dienen. Im Zweifelsfalle gelten als Beteiligungen Anteile an einer Kapitalgesellschaft oder an einer Genossenschaft, welche den fünften Teil des Nennkapitals dieser Gesellschaft erreichen (**Beteiligungsvermutung**)¹¹⁷. Gesellschaftsähnliche Anteilsrechte, die auf Basis von schuldrechtlichen Verträgen konstruiert werden, können zwar in der Tat durch Ausgestaltungen hinsichtlich Mitgestaltung, Entscheidung und Kontrolle der Stellung eines am Kapital Beteiligten stark angenähert werden, doch wird eine Beteiligungsvermutung von der überwiegenden Lehre aufgrund des Verweises auf § 224 Abs. 3 A. I. UGB (Nennkapital als Grund- oder Stammkapital) verneint. Eine Beteiligung liegt bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien ebenfalls vor, jedoch kann die Vermutung einer Beteiligung, demnach ab einer Beteiligung von 20 % am Nennkapital, widerlegt werden, da stimmrechtlose Vorzugsaktien einerseits verstärkt dem Veranlagungsgedanken Rechnung tragen wollen und andererseits durch die mangelnden Mitsprachemöglichkeiten¹¹⁸ das Tatbestandsmerkmal der dauernden Verbindung zum Unternehmen abschwächen können¹¹⁹.

Liegen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften vor müssen diese den fünften Teil des Nennkapitals gemäß § 244 Abs. 6 UGB erreichen um die Pflicht zur Erstellung eines Konzernabschlusses und Konzernlageberichtes auszulösen.

In Ergänzung zu § 244 Abs. 1 UGB enthalten § 244 Abs. 2 und Abs. 3 UGB sogenannte *control*-Tatbestände, welche erstens stets die Pflicht zur Erstellung eines Konzernabschlusses und des Konzernlageberichtes Konzernrechnungslegungspflicht zur Folge haben und zweitens eine Beteiligung nicht zwingend voraussetzen. Diese Tatbestände sind erfüllt, wenn dem Unternehmen 1. die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht, 2. das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen und sie gleichzeitig Gesellschafter ist, 3. das Recht zusteht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben oder 4. sie aufgrund eines Vertrages mit einem oder mehreren Gesellschaftern das Recht zur Entscheidung hat, wie Stimmrechte der Gesellschafter zur Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder eines Aufsichtsorgans auszuüben sind (Syndikatsverträge). Im Unterschied zum gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff begründet die Erfüllung der *control*-Tatbestände eine unwiderlegliche Vermutung.

¹¹³ denn obwohl die 7. EG-Richtlinie zusätzlich zur Konzernrechnungslegungspflicht von Unterordnungskonzernen ein Wahlrecht zur Verpflichtung zur Aufstellung eines Konzernabschlusses von Gleichordnungskonzernen vorsah, verzichtete der österreichische Gesetzgeber auf die diesbezügliche Aufstellungspflicht

¹¹⁴ Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis ist

¹¹⁵ außer Einzelunternehmen und Privatstiftungen; vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006) § 15 Rz 11; gleicher Meinung auch *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 115 Rn 7

¹¹⁶ die Privatstiftung ist kein Unternehmen iSd §§ 15 AktG bzw 115 GmbHG und entspricht auch nicht den im § 244 Abs. 1 und 3 UGB für Muttergesellschaften von Konzernen vorgesehenen Rechtsformen, sodass von der Privatstiftung abhängige Unternehmen mit dieser keinen Konzern iSd angeführten Bestimmungen bilden. Jedoch normiert § 18 PSG einen eigenen Tatbestand zur (Konzern-)Rechnungslegung.

¹¹⁷ eine definierte Prozentschwelle zur Vermutung eines Konzerns lässt sich aus dem Aktiengesetz bzw. GmbHG nicht entnehmen.

¹¹⁸ außer im Falle des Auflebens des Stimmrechtes gemäß § 116 Abs. 2 AktG

¹¹⁹ bei Anteilsinhabern, welche einerseits stimmrechtslose Vorzugsaktien und andererseits stimmrechtstragendes Kapital halten kann eine Beteiligung durch die Kombination vorliegen.

Werden die Tatbestände zur Erstellung eines Konzernabschlusses und des Konzernlageberichtes erfüllt (Vollkonsolidierung gemäß § 244 UGB), dann spricht man von **verbundenen Unternehmen**¹²⁰. Die Definition eines verbundenen Unternehmens ist aufgrund des Informations- und Transparenzgedankens der Rechnungslegungsvorschriften notwendig¹²¹.

§ 244 Abs. 1 UGB	§ 244 Abs. 2 UGB	Beteiligung § 228 UGB	Vollkonsolidierungspflicht
JA	JA	JA	JA
JA	NEIN	JA	JA
NEIN	JA	JA	JA
NEIN	JA	NEIN	JA
NEIN	NEIN	JA	NEIN
NEIN	NEIN	NEIN	NEIN

Abbildung 3 Konzerntatbildliche Zusammenhänge UGB¹²², Quelle: Eigene Darstellung

1.3. Der Konzern im Steuerrecht

Das österreichische Steuerrecht – gegenständlich auf das Einkommensteuergesetz (EStG), des Körperschaftsteuergesetz (KStG), das Umsatzsteuergesetz (UStG) sowie die Bundesabgabenordnung (BAO) beschränkt – verfügt über keinen steuerrechtlichen Konzernbegriff. Dennoch finden sich Bestimmungen, welche sich der Terminologie eines Konzerns, eines verbundenen Unternehmens oder des beherrschenden Unternehmens bedienen, um steuerrechtliche Konsequenzen auszulösen. Daher stellt sich die Frage der Auslegung der positivierten Begriffe.

Das **Einkommensteuergesetz** sieht betragsmäßig beschränkte Steuerbefreiungen aus der „*unentgeltlichen oder verbilligten Abgabe von Kapitalanteilen (Beteiligungen) am Unternehmen des Arbeitgebers oder an mit diesem verbundenen Konzernunternehmen*“¹²³ vor¹²⁴. Der Terminus des verbundenen Konzernunternehmens findet sich auch in § 4 Abs. 11 EStG, nach dem Zuwendungen an Privatstiftungen unter anderem dann als Betriebsausgabe dienen, wenn die Privatstiftung nach der Stiftungsurkunde und der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar dem Betriebszweck des stiftenden Unternehmens oder auch mit diesem verbundener Konzernunternehmen dient. Ob ein Konzernunternehmen vorliegt, ist nach dem gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff des § 15 AktG bzw. § 115 GmbHG zu beurteilen und nicht nach dem im § 224 UGB für den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht maßgeblichen Konzernbegriff¹²⁵. Jedoch bezieht sich der diesbezügliche Terminus des verbundenen [Konzern-]unternehmens auf § 228 Abs. 3 UGB („verbundene Unternehmen“) und somit auf eine Bestimmung des dritten Buches des UGB. Weiters findet sich im Einkommensteuergesetz die Konzernfacette des beherrschenden Einflusses. So normiert § 4 Abs. 4 Z 4b EStG, dass der Forschungsfreibetrag nicht zusteht, wenn der Auftragnehmer unter beherrschendem Einfluss des Auftraggebers steht oder Mitglied einer Unternehmensgruppe gemäß § 9 KStG

¹²⁰ auch dann wenn die Aufstellung aufgrund anderer Bestimmungen unterbleiben kann (z.B. § 249 UGB). vgl. § 228 Abs. 3 UGB

¹²¹ z.B. § 224 Abs. 2 A. III 1 oder § 231 Abs. 2 Z. 14 UGB

¹²² laut *Kreji* bedeutet beherrschender Einfluss nicht unmittelbar einheitliche Leitung. vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 21

¹²³ „[...] oder an Unternehmen, die im Rahmen eines Sektors gesellschaftsrechtlich mit dem Unternehmen des Arbeitgebers verbunden sind oder sich mit dem Unternehmen des Arbeitgebers in einem Haftungsverbund gemäß § 30 Abs. 2a Bankwesengesetz befinden“. Zum Begriff der Kreditinstitutgruppe bzw. des Haftungsverbundes siehe Punkt 1.4. der Konzern im Bankwesengesetz

¹²⁴ § 3 Abs. 1 Z 15 lit. b; auch lit. c. EStG

¹²⁵ *Doralt, Werner*: Einkommensteuergesetz Kommentar; eindeutig z.B. § 4 Abs. 4 Z. 10 EStG

ist, der auch der Auftraggeber angehört. Ferner ist eine vorzeitige Absetzung für Abnutzung¹²⁶ oder ein Gewinnfreibetrag¹²⁷ bei Wirtschaftsgütern, die von einem Unternehmen erworben werden, dass unter einem beherrschendem Einfluss des Steuerpflichtigen steht, nicht möglich. Die Einkommensteuerrichtlinien setzen für einen diesbezüglichen beherrschenden Einfluss eine Beteiligung des Steuerpflichtigen oder Mitunternehmers an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft von mindestens 20 % sowie die tatsächliche Ausübung des beherrschenden Einflusses voraus¹²⁸. Diesbezüglich geht die Definition des beherrschenden Einflusses über jene des Gesellschaftsrechts hinaus, da letztere erstens eine Mindestbeteiligungsquote nicht als notwendige Bedingung sieht und die tatsächliche Ausübung nicht verlangt ist.

Im **Körperschaftsteuergesetz** finden sich ebenfalls Bestimmungen mit Konzernkonnex. So sieht das KStG hinsichtlich der Mittelstandsfinanzierungsgesellschaften vor, dass eine Beteiligung an einem Konzernunternehmen eines Gesellschafters der Mittelstandsfinanzierungsgesellschaft ausgeschlossen ist¹²⁹. § 9 Abs. 7 KStG normiert im Regelungskomplex der Unternehmensgruppe das Verbot der Firmenwertabschreibung bei Beteiligungen, die mittelbar oder unmittelbar von einem konzernzugehörigen Unternehmen beziehungsweise mittelbar oder unmittelbar von einem Gesellschafter, welcher beherrschenden Einfluss ausübt, angeschafft worden ist. Um in eine Unternehmensgruppe eingegliedert zu werden, müssen die Kriterien (finanzielle Eingliederung), dass erstens mehr als 50 % des Grund-, Stamm- oder Genossenschaftskapitals und zweitens mehr als 50 % der Stimmrechte der Beteiligungskörperschaft gehalten werden, vorliegen. Die Gruppenbesteuerung lässt auch mittelbare Beteiligungen über eine Personengesellschaft oder über eine Kapitalgesellschaft zu. Die finanzielle Eingliederung ist gegeben, wenn entweder ausschließlich über eine Personengesellschaft oder zusammen mit einer Personengesellschaft und durch eine unmittelbar gehaltene Beteiligung eine Beteiligung vorliegt, die mehr als 50 % des Grund-, Stamm- oder Genossenschaftskapitals und der Stimmrechte beträgt. Selbiges gilt für die Kapitalgesellschaft, d.h. es wird auf die durchgerechnete Quote abgestellt¹³⁰. § 10 Abs. 3 Z. 4 KStG sieht vor, dass die Option auf Steuerwirksamkeit der internationalen Schachtelbeteiligung auch bei Umgründungen im Sinne des Umgründungssteuergesetzes (UmgrStG) an unmittelbar oder mittelbar konzernzugehörigen Körperschaften Bindungswirkung entfaltet.

Hinsichtlich der Auslegung des Konzernbegriffes im KStG verbleibt eine abschließende favorisierende Wertung in Richtung gesellschaftsrechtlicher Konzernbegriff oder in Richtung Konzernbegriff der Rechnungslegung verborgen. Die Körperschaftsteuerrichtlinien sehen im Rahmen der Gruppenbesteuerung sowie im Rahmen der Option auf Steuerwirksamkeit der internationalen Schachtelbeteiligung jeweils die Konzernbegriffe des § 15 AktG 1965 als maßgeblich an¹³¹. Selbiges ist für den Konzernterminus im Regelungskomplex der Mittelstandsfinanzierungsgesellschaft anzunehmen, da der legislativ zu verhindern intendierte Interessenkonflikt, wie auch bei zuvor genannten Bestimmungen, einen abstrakteren bzw.

¹²⁶ § 7a EStG

¹²⁷ § 10 Abs. 4 EStG

¹²⁸ EStR 2000 Rz 3705

¹²⁹ § 6b Abs. 2 Z. 2 lit. d EStG

¹³⁰ vgl. *Doralt, Werner/Ruppe, Hans-Georg*: Grundriss des österreichischen Steuerrechts, 9. Auflage, Wien 2007, 306 sowie auch *Wieser, Werner/Kirchmayr, Sabine/Mayr, Gunter*: Gruppenbesteuerung, Praxiskommentar, 2. Auflage, Wien 2008; vgl. ferner *Stefaner, Markus/Weninger, Patrick*: Die Gruppenbesteuerung im österreichischen Konzernsteuerrecht, *ecolex* 2004, 508ff.

¹³¹ KSTR 2001 RZ 463, 565b

umfassenderen Konzernbegriff legitimieren. Hinsichtlich des beherrschenden Einflusses gemäß § 9 Abs. 7 KStG geht der Personenkreis über jenen des aktienrechtlichen Konzernbegriffes jedoch hinaus, da dieser alle Gesellschafter (natürliche Personen, Personengesellschaften, Körperschaften wie zB Privatstiftungen oder Körperschaften des öffentlichen Rechts) meint, die an einer Körperschaft konzernartig beteiligt sind – im Sinne des § 228 UGB mit mindestens 20 % am Nennkapital – und den beherrschenden Einfluss tatsächlich ausüben. Wie auch im Einkommensteuergesetz geht daher die Definition des beherrschenden Einflusses über jene des Gesellschaftsrechts hinaus.

Gemäß § 2 Abs. 2 Z. 2 **Umsatzsteuergesetz** wird eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit nicht selbstständig ausgeübt, „*wenn eine juristische Person dem Willen eines Unternehmers derart untergeordnet ist, dass sie keinen eigenen Willen hat. Eine juristische Person ist dem Willen eines Unternehmers dann derart untergeordnet, dass sie keinen eigenen Willen hat (Organschaft), wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen eingegliedert ist*“. Es ist nicht erforderlich, dass die drei Elemente der **finanziellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung** gleich stark ausgeprägt sind. Maßgeblich ist vielmehr das Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse¹³². Die in der Bestimmung verlangte Willenlosigkeit wird auf Basis starker gesellschaftsrechtlicher Bedenken im Sinne der UStR 2000 restriktiv ausgelegt¹³³.

Gemäß einem Erkenntnis des VwGH im Jahre 1959 bedeutet **finanzielle Eingliederung** zwar kapitalmäßige Beherrschung, doch ist nicht die Beteiligungshöhe ausschlaggebend, sondern die damit verbundenen Stimmrechte. Demnach liegt eine finanzielle Beherrschung bei einer Beteiligung von 75 Prozent jedenfalls vor. Bei einer stimmrechtlichen Beteiligung von mehr als 50 Prozent und weniger als 75 Prozent kann bei besonders stark ausgeprägter wirtschaftlicher und organisatorischer Unterordnung ebenfalls eine finanzielle Unterordnung vorliegen, wobei auch gesellschaftsvertragliche Stimmrechtsbindungen unter Umständen zu einer finanziellen Unterordnung führen können. Finanzielle Beherrschung durch Darlehensgewährung ist aber keinesfalls ausreichend¹³⁴. Somit können partiarische Darlehen mit Stimmbindungsvereinbarungen oder Konstruktionen einer (a-typisch) stillen Gesellschaft eine finanzielle Beherrschung zur Folge haben. Einflussfaktoren, die die Beherrschung zwar möglich machen, jedoch ein weiteres zufälliges bzw. nicht beeinflussbares Element enthalten (z.B. Stimmrechtsausübung über ein Schiedsgericht), schließen die finanzielle Eingliederung aus¹³⁵. Ein weiteres VwGH-Erkenntnis verlangt zur Erfüllung des Elements der **wirtschaftlichen Eingliederung**, dass die Konzernunternehmen in engem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, beispielsweise durch vernünftige betriebswirtschaftliche Verflechtung bzw. Ergänzung der Tätigkeiten (z.B. wechselseitige Lieferbeziehungen)¹³⁶. Die UStR sprechen von der **organisatorischen Eingliederung**, wenn die tatsächliche Durchsetzung des Willens des beherrschenden Unternehmens bei der

¹³² VwGH 9. September 1980, 2595/80. „Organschaft liegt nicht vor, wenn auch nur eines der Eingliederungskriterien fehlt“ siehe VwGH 15. April 1983, 82/17/0026

¹³³ Vanis, Wolfgang: Beherrschung von Kapitalgesellschaften, Wien 1991, Novacek (1998), 126f.

¹³⁴ VwGH 23. November 1959, 3069/55 bzw. UStR 2000, Rz 236

¹³⁵ vgl. Novacek (2008), 126f.

¹³⁶ VwGH 7. Mai 1979, 2319/78 und VwGH 10. September 1975, 0640/73 bzw. UStR 2000, Rz 237

beherrschten Gesellschaft durch organisatorische Maßnahmen gesichert ist (z.B. Personalunion, Koordinierung der Konzernunternehmen im finanziellen Bereich)¹³⁷.

Die **Bundesabgabenordnung** sieht für juristische Personen, die dem Willen eines anderen Unternehmens untergeordnet sind und daher keinen eigenen Willen haben (Organgesellschaft), vor, dass diese beherrschten Unternehmen nach § 13 BAO für diejenigen Abgaben des beherrschenden Unternehmens haften, bei denen die Abgabepflicht sich auf den Betrieb des beherrschten Unternehmens gründet. Durch Verwendung des Terminus Organgesellschaft ist die inhaltliche Verbindung zu § 2 Abs. 2 Z 2 UStG, sowie deren inhaltliche Auslegung, sichergestellt. De facto ist die Organschaft eine Beherrschungssituation, bei der die Beteiligungsquoten zumindest 50 % mit einer stark ausgeprägten wirtschaftlichen und organisatorischen Unterordnung erreichen bzw. eine qualifizierte Beteiligung von 75 % vorliegt.

1.4. Der Konzern im Bankwesengesetz

Das Bankwesengesetz umfasst die Bestimmungen zum Betrieb von Kreditinstituten sowie Bestimmungen aufsichtsrechtlicher Art. Das Bankwesengesetz verfügt über keine eigene Konzerndefinition. Vielmehr knüpft sie an „konzernnahe“ Tatbestände wie beispielsweise die **Beteiligung**, die **qualifizierte Beteiligung** und **Kreditinstitutsgruppen** unterschiedliche Rechtsfolgen¹³⁸. Darunter fallen beispielsweise Anzeigepflichten, wie im § 20 BWG (Eigentümerbestimmungen), oder Bewilligungspflichten im § 21 BWG sowie Publizitäts¹³⁹-/Bilanzierungs¹⁴⁰- und Steuerungspflichten¹⁴¹. Die Terminologie der Mutter- oder Tochterunternehmung ist im Bankwesengesetz ohne Bedeutung. Gesprochen wird im BWG vom über- und untergeordneten Institut¹⁴².

Der bankenrechtliche Beteiligungsbegriff findet sich in § 2 Z 2 BWG. Als **Beteiligung** wird das direkte oder indirekte Halten von mindestens 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals¹⁴³ an einem anderen Unternehmen, unabhängig ob die Anteile in Wertpapieren verbrieft sind oder nicht, verstanden¹⁴⁴. Es handelt sich diesfalls um eine unwiderlegbare Wertung der Existenz einer Beteiligung. Da eine Verbriefung nicht notwendig ist, kommen diesbezüglich beispielsweise auch Optionsverträge und Stimmrechtsverträge in Frage. Ferner steht die mangelnde Verbriefung für einen Vertragskonzern. Werden weniger als 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals an einem anderen Unternehmen gehalten, liegt eine Beteiligung nur dann vor, wenn die Anteile dazu bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesem Unternehmen zu dienen¹⁴⁵ - d.h. erst wenn die Anteilsgrenze von 20 % unterschritten wird, ist das Vorliegen einer dauernden Verbindung zum Unternehmen zu prüfen. Keine Beteiligung liegt vor wenn das Kreditinstitut

¹³⁷ UStR 2000, Rz 239

¹³⁸ Eine enge Verbindungen im Sinne des Bankwesengesetzes ist eine Situation, in der zwei oder mehrere natürliche oder juristische Personen verbunden durch a) das unmittelbare Halten einer Beteiligung, b) das Vorliegen eines Verhältnisses zwischen Mutter- und Tochterunternehmen; hierbei gilt jedes Tochterunternehmen eines Tochterunternehmens als Tochterunternehmen auch des Mutterunternehmens, das an der Spitze dieser Unternehmen steht, oder c) ein Verhältnis zwischen natürlichen oder juristischen Personen, das darin besteht, daß jede von ihnen mit ein und derselben Person in einer Beteiligungsverbindung steht.

¹³⁹ § 26 und 26a BWG

¹⁴⁰ § 59 und 59a BWG

¹⁴¹ § 30 Abs. 6 BWG „Das übergeordnete Kreditinstitut ist für die Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, die für die Kreditinstitutsgruppe gelten, verantwortlich“.

¹⁴² vgl. Grünberger, David: Die Konzernrechnungslegungspflicht von Kreditinstituten, RWZ 3/2009, 80ff

¹⁴³ Kapital ist das rechtsformabhängige Gesellschaftskapital gemäß § 23 Abs. 3 Z 2 – 6; Demnach ist dieser Kapitalbegriff nicht mit dem eingezahlten Kapital gleichzusetzen, welches auch Partizipationskapital umfassen würde.

¹⁴⁴ § 2 Z. 2 BWG

¹⁴⁵ persönliche haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft des Handelsrechts sind stets an der Personengesellschaft beteiligt.

börsennotierte Aktien hält, die 5 % des Kapitals der Gesellschaft nicht überschreiten, als Handelsbestand in den Büchern führt und auch als solchen bewertet hält und ein tatsächlicher Handel in diesen Papieren stattfindet¹⁴⁶. Im Unterschied zum § 244 Abs. 1 UGB wird nicht nur auf den Anteil am Kapital abgestellt, sondern der bankrechtliche Beteiligungsbegriff spricht von Anteilen am „Kapital oder der Stimmrechte“.

Qualifizierte Beteiligungen liegen vor, wenn mindestens 10 % des Kapitals oder der Stimmrechte an einem Unternehmen direkt oder indirekt gehalten werden oder die Möglichkeit der Wahrnehmung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung gegeben ist¹⁴⁷. Bei der Eruiierung der Stimmrechte für die Konzessionserteilung¹⁴⁸ sowie hinsichtlich der qualifizierten Beteiligung an Kreditinstituten (§ 20 bis 20b sowie § 21 BWG) sind folgende Stimmrechte zu berücksichtigen: Stimmrechte, die von einem Treuhänder gehalten werden, von einem kontrollierten Unternehmen gehalten werden, von Partnern eines Syndikatsvertrages oder auf Basis ähnlicher Vereinbarungen gehalten werden, vorübergehend gegen Entgelt abtretungsweise von Dritten gehalten werden, als Sicherheit verwahrt sind¹⁴⁹, mit einem Fruchtgenussrecht zugunsten des Beteiligten ausgestattet sind, durch eine einseitige Willenserklärung des Beteiligten (Optionsberechtigten) ausgeübt werden können bzw. beim Beteiligten verwahrt sind und er diese Stimmrechte nach seinem Ermessen ausüben kann¹⁵⁰.

Kapitalanteil und Stimmanteil fallen beispielsweise bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien oder bei Bestehen eines Höchststimmrechts in der Gesellschaft auseinander. Ferner bei Ausgabe von Genusskapital oder Parizipationskapital, da diese Eigenkapitaltitel keine Mitgliedschaftsrechte und damit auch kein Stimmrecht vermitteln.¹⁵¹

Der Konzern im Bankwesengesetz ist die **Kreditinstitutsgruppe** gemäß § 30 BWG. An das Vorliegen einer Kreditinstitutsgruppe sind Bestimmungen hinsichtlich der Aufsicht (§ 69f BWG), des Konzernabschlusses (§§ 43ff, 59f), der Konsolidierung der Eigenmittel (§ 24 BWG) sowie der Großveranlagungen (§ 27) und der Beteiligungen (§ 29 BWG) gebunden. Hinsichtlich der Eigenmittel soll einerseits die Mehrfachbelegung des Eigenkapitals verhindert werden, womit die Solvabilitätsanforderungen des § 22 BWG derart zu erfüllen sind, als ob es sich um ein einziges Kreditinstitut handelt, und andererseits die „Wachstumsbremse“ hinsichtlich Großkredite und Grenzen der Beteiligungsnahme gezogen werden¹⁵².

¹⁴⁶ Erläuternde Bemerkungen 1996, 94 BlgNr 20. GP, 27

¹⁴⁷ § 2 Z 3 BWG

¹⁴⁸ § 4 Abs. 3 Z. 5 und § 5 Abs. 1 Z. 3 BWG

¹⁴⁹ außer im Fall, dass der Verwahrer die Absicht bekundet die Stimmrechte auszuüben.

¹⁵⁰ § 2 Z. 3 BWG iVm 92 BörseG: § 92. Die Mitteilungspflicht nach § 91 Abs. 1 und 1a gilt auch für jene Person, die zur Ausübung von Stimmrechten in einem oder mehreren der folgenden Fälle berechtigt ist: 1. Stimmrechte aus Aktien eines Dritten, mit dem diese Person eine Vereinbarung getroffen hat, die beide verpflichtet, langfristig eine gemeinsame Politik bezüglich der Geschäftsführung des betreffenden Emittenten zu verfolgen, indem sie die Stimmrechte einvernehmlich ausüben; 2. Stimmrechte aus Aktien, die diese Person einem Dritten als Sicherheit übertragen hat, wenn sie die Stimmrechte ohne ausdrückliche Weisung des Sicherungsnehmers ausüben oder die Ausübung der Stimmrechte durch den Sicherungsnehmer beeinflussen kann; 3. Stimmrechte aus Aktien, an denen dieser Person ein Fruchtgenussrecht eingeräumt wird, wenn sie die Stimmrechte ohne ausdrückliche Weisung des Sicherungsnehmers ausüben oder die Ausübung der Stimmrechte durch den Sicherungsnehmer beeinflussen kann; 4. Stimmrechte aus Aktien, die einem Unternehmen gehören oder nach den Z 1 bis 3 zugerechnet werden, an dem diese Person eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung (§ 22 Abs. 2 und 3 ÜbG) hält; 5. Stimmrechte, die diese Person ausüben kann, ohne Eigentümer zu sein; 6. Stimmrechte, die diese Person als Bevollmächtigter nach eigenem Ermessen ausüben darf, wenn keine besonderen Weisungen der Aktionäre vorliegen; 7. Stimmrechte, die der Person gemäß § 23 Abs. 1 oder 2 ÜbG zuzurechnen sind.

¹⁵¹ vgl. *Kalss, Susanne*: Indirekte Beteiligungen gem. §§ 20 ff BWG in *Jablonek, Clemens/Lucius, Otto/Schramm, Alfred*: Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts – Festschrift für H. René Laurer, Wien 2009, 403

¹⁵² vgl. *Koppensteiner* (2005), Verbundtatbestände, 623ff.

Eine **Kreditinstitutsgruppe** gemäß § 30 BWG liegt vor, wenn ein übergeordnetes Institut an einem oder mehreren Kreditinstituten¹⁵³, Finanzinstituten¹⁵⁴, Wertpapierfirmen oder Anbietern von Nebendienstleistungen 1. mehrheitlich mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist (Kapitalmehrheit), 2. über die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschaft verfügt, 3. das Recht besitzt, die Mehrheit der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane zu bestellen oder abzuberufen, 4. das Recht besitzt, einen beherrschenden Einfluss auszuüben, 5. tatsächlich beherrschenden Einfluss ausübt, 6. auf Grund eines Vertrages mit einem oder mehreren Gesellschaftern des Unternehmens das Recht zur Entscheidung besitzt, 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 eines Aufsichtsorgans auszuüben sind, oder 7. mindestens 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals des nachgeordneten Instituts direkt oder indirekt hält, und diese Beteiligung von einem gruppenangehörigen Unternehmen gemeinsam mit einem oder mehreren Unternehmen geleitet wird, die nicht der Kreditinstitutsgruppe angehören. Das übergeordnete Kreditinstitut ist für die Einhaltung der Bestimmungen des Bankwesengesetzes, die für die Kreditinstitutsgruppe gelten, verantwortlich¹⁵⁵. Im Gegensatz zum § 244 Abs. 1 UGB, welcher direkt am Mutterunternehmen ansetzt, definiert § 30 BWG im ersten Schritt nur die Kreditinstitutsgruppe und geht erst in einem nächsten Schritt darauf ein, wer übergeordnetes und wer untergeordnetes Kreditinstitut ist. Das hat zur Folge, dass ein Kreditinstitut gleichzeitig das übergeordnete Kreditinstitut mehrere überlappender Kreditinstitutsgruppen sein kann.

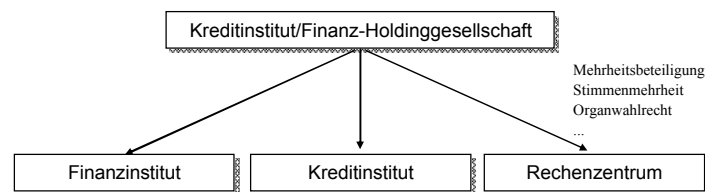


Abbildung 4, Musterhafte Darstellung einer Kreditinstitut/Finanz-Holdinggesellschaft, Quelle: Borns (2006)

Die Ziffern 2 – 4 und 6 entsprechen den *control*-Tatbeständen des § 244 Abs. 2 UGB, wobei es ebenfalls nicht auf den tatsächlich ausgeübten Einfluss sondern lediglich auf die Möglichkeit ankommt. Von der reinen Möglichkeit abgehend sieht Z 5, welche laut *Koppensteiner* wohl inhaltlich § 244 Abs. 1 UGB (einheitliche Leitung und Beteiligung gemäß § 228 UGB) entsprechen soll¹⁵⁶, jedoch die tatsächliche Ausübung beherrschenden Einflusses als tatbestandserfüllend an. Der Tatbestand der tatsächlichen Ausübung beherrschenden Einflusses umfasst auch Herrschaftsausübung ohne selbst Anteile zu besitzen; beispielsweise über eine Stiftung¹⁵⁷.

Auf **dezentrale Sektoren** wird durch § 30 Abs. 2a BWG Bedacht genommen, der eine Kreditinstitutsgruppe dann erfüllt sieht, wenn sich ein Zentralinstitut und Institute, die dem Zentralinstitut¹⁵⁸ angeschlossen sind, vertraglich verpflichtet haben, 1. ein Früherkennungssystem für wirtschaftliche Fehlentwicklung

¹⁵³ Alle Rechtsträger, die ein Bankgeschäft aufgrund einer Konzession der Finanzmarktaufsicht betreiben werden gemäß § 1 Abs. 1 als Kreditinstitute bezeichnet.

¹⁵⁴ Institute, die keine Kreditinstitute sind, aber berechtigt sind, einzelne im BWG genannte Tätigkeiten gewerbsmäßig als Haupttätigkeit (>50 % Leistung des Unternehmens) zu erbringen. z.B. Leasinggeschäft, Unternehmensberatung, Erteilung von Handelsauskünften etc.

¹⁵⁵ § 30 Abs. 6 BWG

¹⁵⁶ vgl. *Koppensteiner in Koppensteiner, Hans Georg: Verbundtatbestände im Finanzbereich*, ÖBA 2005, 623

¹⁵⁷ *Laurer, Rene/Borns, Rainer/Strobl, Johann/Schütz Melitta/Schütz Oliver: Kommentar zum Bankwesengesetz*, Wien 2008, § 29

¹⁵⁸ im Sinne § 23 Abs. 13 Z. 6

einzurichten, 2. einander bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten durch finanzielle oder sonstige Maßnahmen zu unterstützen, 3. ihre Geschäfts- und Marktpolitik zu vereinheitlichen und 4. eine Mindestkündigungsfrist von zwei Jahren einzuhalten. Das Früherkennungssystem und die Unterstützung bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten erfolgt über eine (Haftungs-)Gesellschaft in Form einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft. An dieser Haftungsgesellschaft ist das Zentralinstitut mehrheitlich¹⁵⁹ und die angeschlossenen Institute sowie bei Genossenschaften die Organmitglieder der Haftungsgenossenschaft beteiligt¹⁶⁰.

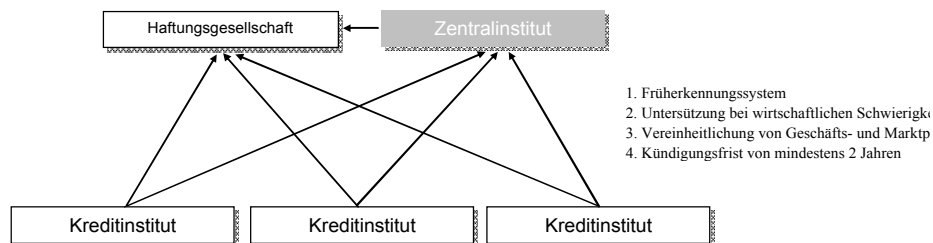


Abbildung 5, Musterhafte Darstellung einer Gruppe im dezentralen Sektor, Quelle: Borns (2006)

§ 30 Abs. 3 BWG normiert, dass mittelbar gehaltene Beteiligungen nur dann einzubeziehen sind, wenn sie über ein (oder mehrere vermittelte) Unternehmen (müssen keine Kreditinstitute, Finanzinstitute etc. sein) gehalten werden, an dem das übergeordnete Institut zu mindestens 20 % beteiligt ist. Fraglich ist diesbezüglich wie diese Bestimmung bei Beteiligungen über mehrere zwischengeschaltete Unternehmen auszulegen ist. Dem Wortlaut entsprechend hat bei mittelbar gehaltenen Beteiligungen die Beteiligung am vermittelnden Unternehmen jeweils zumindest 20 % zu betragen. Das mittelbare Halten von 20 % der Stimmrechte setzt die Abhängigkeit des vermittelnden Rechtsträgers voraus, während das mittelbare Halten von 20 % des Kapitals der Durchrechnung bedarf¹⁶¹.

1.4.1. Der Konzern im Genossenschaftsgesetz

Regelmäßig halten Genossenschaften Beteiligungen an anderen Rechtsträgern. Diese beziehen sich unter anderem auf die Beteiligung an gemeinsam mit anderen Genossenschaften gebildeten Verbundeinrichtungen, wie beispielsweise die als Genossenschaften organisierten Revisionsverbände, die Sekundär-genossenschaften im Waren- oder Geldbereich¹⁶² oder die als Aktiengesellschaften ausgestalteten Spitzeninstituten Österreichische Volksbanken AG (ÖVAG) und Raiffeisen Zentralbank Österreich AG (RZB)¹⁶³.

Das Genossenschaftsgesetz gilt für „Personenvereinigungen mit Rechtspersönlichkeit“ von nicht geschlossener Mitgliederzahl, die im wesentlichen der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder dienen“¹⁶⁴. Das Genossenschaftsgesetz verfügt über keinen eigenen Konzernbegriff und lässt Konzerne nur unter bestimmten Bedingungen zu¹⁶⁵. Beteiligungen¹⁶⁶ als Mittel zur Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder dürfen durch die Genossenschaft lediglich an juristischen Personen des

¹⁵⁹ erheblicher Einfluss wird vorausgesetzt

¹⁶⁰ vgl. Borns (2006), 20

¹⁶¹ vgl. Koppensteiner, Verbundtatbestände (2005), 623ff.

¹⁶² diverse Raiffeisenlandesbanken

¹⁶³ Dellinger (2001), 5ff.

¹⁶⁴ § 1 Abs. 1 GenG

¹⁶⁵ § 1 Abs. 2 GenG

¹⁶⁶ § 228 UGB

Unternehmens-, Genossenschafts- und Vereinsrechts sowie an unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaften eingegangen werden, wenn diese Beteiligung der Erfüllung des satzungsmäßigen Zweckes der Genossenschaft und nicht überwiegend der Erzielung von Erträgen der Einlage dient. Beteiligungen an juristischen Personen des Handels-, des Genossenschafts- oder des Vereinsrechts oder an Personengesellschaften des Handelsrechts sind unabhängig des Zwecks – d.h. im Gegensatz zu § 1 Abs. 2 GenG – gemäß § 5a Z. 2 GenG möglich. Diesfalls dürfen sie, wenn sie nicht mit dem Unternehmensgegenstand zusammenhängen oder nicht unmittelbar dem satzungsmäßigen Förderzweck dienen, nur nach entsprechenden Satzungsbestimmungen, welche nicht die konkrete Beteiligung, sondern der abstrakte Hinweis, dass Beteiligungen zulässig sein sollen, meint, eingegangen werden. Wie noch gezeigt wird, verlangt der einfache Anteilserwerb im Sinne des § 228 UGB¹⁶⁷ keine Satzungsermächtigung. Zu betonen ist jedoch, dass die gesamte Tätigkeit der Genossenschaft am grundsätzlichen Förderauftrag orientiert sein soll.

Der genossenschaftliche Förderzweck lässt die Genossenschaft nur als herrschendes Unternehmen zu, da eine untergeordnete Stellung oder jedwede Art der Fremdbestimmung die Orientierung am Förderauftrag der Mitglieder gefährden würde¹⁶⁸. Die Ablehnung einer Fremdbestimmung bzw. die Orientierung am Förderauftrag verhindert zwar die Beherrschung durch einen Genossenschafter mit einem den Förderzweck der Mitglieder übergelenden gesellschaftsfremden Interesse, heißt jedoch nicht, dass ein Genossenschafter nicht mehrere Geschäftsanteile übernehmen kann und faktische Macht (Präsenzquoten bei Generalversammlung; Anteilsstimmrecht) begründet¹⁶⁹. Zuzustimmen ist jedoch der in Deutschland vereinzelt vertretenen Meinung, dass die Genossenschaft ein abhängiges Unternehmen durch Einräumung statutarischer Rechte (Vorstandsbestellung, Zustimmungsrecht zu Satzungsänderungen, Weisungs- und Zustimmungsrechte) sowie durch Abschluss von Beherrschungsverträgen oder anderen Unternehmensverträgen werden kann, und dies erlaubt ist, wenn die Genossenschaft weiterhin noch ihrem genossenschaftlichen Förderzweck nachkommt¹⁷⁰.

Für das österreichische Genossenschaftsrecht muss jedoch konstatiert werden, dass aufgrund der rechtsformimmanenten Ausrichtung auf die Förderung der Mitglieder Beherrschungsmöglichkeiten und Weisungsrechte nicht vereinbar sind, was eine Unterordnung gerade nicht zulässt. Die bloße Existenz von Beherrschungsverträgen, welche tatsächlich aufgrund der genossenschaftlichen Bestimmungen keinen Anwendungsbereich finden und daher nicht in Kraft sind, kann keinen Konzern begründen.

Dem Konzernsachverhalt wird mit § 22 Abs. 5 GenG Rechnung getragen, der die Pflicht zur Offenlegung und Prüfung des Konzernabschlusses vorsieht, der die Genossenschaft ebenfalls lediglich als Muttergesellschaft sieht indem er sagt: *„Stehen Unternehmen unter der einheitlichen Leitung einer Genossenschaft (Mutterunternehmen) mit Sitz im Inland und gehört dem Mutterunternehmen eine Beteiligung gemäß § 228 UGB an dem oder den anderen unter der einheitlichen Leitung stehenden*

¹⁶⁷ d.h. < 20 % des Nennkapitals oder keine Dauerhaftigkeit

¹⁶⁸ vgl. Krejci, Heinz: Zur Konzernfähigkeit von Genossenschaften, ÖZW 1992, 97 sowie vgl. Keinert, Heinz: Primär-genossenschaft als beherrschtes (abhängiges) Konzernunternehmen?, eolx 1992, 331

¹⁶⁹ wenn in der Satzung nichts anderes normiert ist, gilt das Kopfstimmrecht, wonach jedes Mitglied unabhängig von der Anzahl der Geschäftsanteile nur eine Stimme gemäß § 27 Abs. 2 GenG hat. Jedoch kann die Satzung auch das Stimmrecht von der Anzahl der Geschäftsanteile abhängig machen. vgl. Dellinger, Thomas: Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen, Kommentar, Wien 2005, § 5 Rz 76

¹⁷⁰ vgl. Reul, Adolf: Das Konzernrecht der Genossenschaften, Baden Baden 1997, 181

Unternehmen (Tochterunternehmen) oder stehen ihr bei diesen Unternehmen die Rechte nach § 224 Abs. 2 UGB zu, so gelten die Bestimmungen des Dritten Abschnittes des Dritten Buches des UGB und die Bestimmungen über die Offenlegung und die Prüfung des Konzernabschlusses [...]“.

1.4.2. Der Konzern im Sparkassengesetz

Sparkassen sind von Gemeinden oder Sparkassenvereinen gegründete juristische Personen des privaten Rechts und sind nach Maßgabe ihrer Konzession Kreditinstitute, auf die die Regelungen des Bankwesengesetzes grundsätzlich Anwendung finden. Die österreichische Sparkassengruppe besteht neben der Erste Group Bank AG als sektorales Spitzeninstitut, der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, der Zweiten Wiener Vereins-Sparcasse aus 52 Bundesländersparkassen und ihren Tochterunternehmen (Verbundpartnern)¹⁷¹. Die Sparkasse ist in ihren Beteiligungen nicht beschränkt, was vor allem in den Satzungen durch die Formulierung normiert wird, dass die Sparkassen unter Bedachtnahme auf die diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften alle Geschäfte betreiben darf, die geeignet sind dem Geschäftszweck der Sparkasse unmittelbar oder mittelbar zu fördern und dass sie sich an Unternehmen aller Art beteiligen darf. Gemäß § 92 Abs. 2 BWG können durch Einbringung des Unternehmens oder des bankgeschäftlichen Teilbetriebes die Konzessionen und Bewilligungen auf eine Aktiengesellschaft eingebracht werden. Die Sparkasse wird daraufhin zu einer Anteilsverwaltungssparkasse, wodurch sich die Tätigkeit der einbringenden Sparkasse auf die Vermögensverwaltung beschränkt. Jedoch kann die Anteilsverwaltungssparkasse neben dieser Vermögensverwaltung weitere Geschäfte betreiben. Wird die Anteilsverwaltungssparkasse in eine Privatstiftung gemäß § 27a SpG umgewandelt, dann hat diese bei weiteren Beteiligungsintentionen auf die Beschränkungen des § 1 PSG Bedacht zu nehmen.

Die gesetzliche Normierung eines Förderzweckes, wie es das Genossenschaftsgesetz in § 1 GenG für seine Mitglieder vorsieht, gibt es nunmehr ausdrücklich im Sparkassengesetz nicht. § 27a SpG normiert, dass die Sparkassenprivatstiftung, mit ihren in eine Aktiengesellschaft ausgelagerten Bankbetrieb, in der Stiftungserklärung die Verfolgung gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke zum Gegenstand haben darf. Zur Begriffsbestimmung ist diesbezüglich auf §§ 34 bis 40 BAO abzustellen. § 22 Abs. 2 SpG normiert weiters, dass die Sparkasse eine Rücklage für Zwecke der Allgemeinheit (Widmungsrücklage) bilden kann. Aus beiden Ansätzen kann die Orientierung an Zwecken der Allgemeinheit abgeleitet werden.

Die Verbundenheit der Sparkassen basiert im Grunde nicht auf einer kapitalmäßigen (mittelbaren) Verflechtung über das Spitzeninstitut (Erste Group Bank AG). Die Verbundheit besteht aufgrund der einerseits kapitalmäßigen Beteiligung an der Haftungsverbund GmbH sowie über den Abschluss einer Haftungsverbundsvereinbarung, welche die Rechtsgrundlage für die Kreditinstitutsgruppe gemäß § 30 Abs. 2a BWG bildet. Während die Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, deren Muttergesellschaft zu 100 % die Erste Group Bank AG, an der neben den regionalen Sparkassen mit 6,8 % und die erste österreichische Spar-casse Privatstiftung mit 26 % neben institutionellen und privaten Investoren als Eigentümer auftreten, mit 51,02 % an der Haftungsverbund GmbH beteiligt sind, verfügen die regionalen Sparkassen über die restlichen Geschäftsanteile. D.h. eine einheitliche Leitung oder eine Beherrschung (Unterordnungsverhältnis) zwischen den rechtlich selbstständigen Unternehmen auf Basis einer Beteiligung

¹⁷¹ www.sparkasse.at (26. Februar 2010)

oder sonst (Vertrag) liegt nicht vor, doch ist eine enge Verbundenheit aufgrund einer schuldrechtlichen Vereinbarung (Haftungsverbandsvereinbarung) konstruiert.

Dem rechnungslegerischen Konzernsachverhalt wird über § 23 Abs. 3 SpG Rechnung getragen, der die Pflicht zur Weiterleitung des Konzernabschlusses samt Lagebericht (Konzernlagebericht) an den Sparkassen-Prüfungsverband und die Vorlegung an den Sparkassenrat normiert. Durch den Verweis an das BWG (§ 43f. iVm § 59 iVm § 30 Abs. 2a BWG) ist die Kreditinstitutsgruppe Gegenstand der Konzernrechnungslegung.

1.5. der Konzern im Versicherungsaufsichtsgesetz

Auch das Versicherungsaufsichtsgesetz verfügt über keine eigene Konzerndefinition. Vielmehr wird ein Definitionskatalog wie im Bankwesengesetz vermisst, doch entsprechen sich Bankwesengesetz und Versicherungsaufsichtsgesetz in wesentlichen Regelungsbereichen. Den Beteiligungsnormen des Versicherungsaufsichtsgesetzes ist ebenfalls der Anteil am Grundkapital oder an den Stimmrechten inhärent. Ferner ist hinsichtlich Zurechnung der Stimmrechte ebenfalls § 92 BörseG anwendbar¹⁷². Bei Personen, die unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung von 10 % des Grundkapitals oder der Stimmrechte halten oder auf sonstige Weise maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen können, ist die persönliche Eignung¹⁷³ zu prüfen¹⁷⁴. Die Konzession ist diesfalls zu versagen, wenn den Ansprüchen an einer soliden und umsichtigen Führung des Versicherungsunternehmens nicht genüge getan würde. Versagt werden muss eine Konzession ferner, wenn durch eine enge Verbindung mit anderen natürlichen oder juristischen Personen aufgrund der **mangelnden Transparenz der Gruppenstruktur** die Interessen der Versicherten beeinträchtigt werden oder die FMA an der ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Überwachungspflicht gehindert wird¹⁷⁵. Die **enge Verbindung** als konzernnaher Tatbestand liegt vor, wenn unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung in Höhe von 20 % des Kapitals oder der Stimmrechte gehalten wird, oder wenn ein Tatbestand des § 244 UGB gegeben ist¹⁷⁶. Die enge Verbindung des VAG unterscheidet sich tatbestandsmäßig¹⁷⁷ von jener des BWG, obwohl rechtspolitisch eine Differenzierung nicht begründbar scheint; zielen doch beide auf Konzessionsversagungsgründe ab. Der speziellen Interessenslage bei Versicherungsgruppen durch gruppeninterne Geschäfte oder Mehrfachverwendung von Eigenmittelbestandteilen sowie die Ansteckungsgefahr bei beeinträchtigter finanzieller Lage verlangt nach einer zusätzlichen Beaufsichtigung solcher Versicherungsunternehmen, die der finanziellen Sicherheit und Stabilität eines gruppenzugehörigen Versicherungsunternehmens Rechnung tragen soll.

Bei Vorliegen einer **Versicherungsgruppe** sind bestimmte Aufsichtsnormen hinsichtlich der Informationsbeschaffung und des Austausches sowie hinsichtlich der Überwachung gruppeninterner Transaktionen und der Ermittlung einer bereinigten Eigenmittelausstattung maßgeblich. Eine Definition der Versicherungsgruppe gibt es expressis verbis im VAG nicht. Tatbestandsmäßig erfasst wird jedoch die Institutsgruppe durch § 86a VAG, demnach inländische Versicherungsunternehmen, die

¹⁷² § 4 Abs. 6 Z. 5 VAG

¹⁷³ die persönliche Eignung gilt unabhängig davon ob es sich um eine natürliche oder juristische Person handelt

¹⁷⁴ selbiges gilt für Kreditinstitute vgl. § 5 Abs. 1 Z. 3 BWG

¹⁷⁵ selbiges gilt für Kreditinstitute über § 5 Abs. 1 Z. 4 BWG

¹⁷⁶ § 4 Abs. 6 Z. 6 und Z. 7 iVm § 4 Abs. 7 VAG

¹⁷⁷ § 2 Z. 28 lit. a BWG das unmittelbare Halten einer Beteiligung, während § 4 Abs. 7 Z. 1 VAG, das unmittelbare oder mittelbare Halten einer Beteiligung meint. Ferner § 4 Abs. 7 Z. 3 VAG und § 2 Z. 28 lit. c BWG

Beteiligungsunternehmen eines Versicherungsunternehmens sind, und inländische Versicherungsunternehmen als untergeordnete Unternehmen einer Versicherungsholdinggesellschaft oder eines übergeordneten Versicherungsunternehmens mit Sitz in einem Drittstaat sowie Versicherungsunternehmen, die untergeordnete Unternehmen einer gemischten Versicherungsholdinggesellschaft sind, einer zusätzlichen Beaufsichtigung unterliegen. Lediglich im Zusammenhang mit der Versicherungsgruppe wird die Beteiligung als das direkte oder indirekte Halten von mindestens 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals eines anderen Unternehmens oder eine Beteiligung im Sinn des § 228 Abs. 1 und 2 HGB an einem anderen Unternehmen verstanden. Für die notwendige Über- und Unterordnung wird auf die Definition des § 244 UGB und notwendigerweise auf die tatsächliche Ausübung des beherrschenden Einflusses abgestellt.

Die Konzernierung wird für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (VvAG), eine an die Genossenschaft angelehnte, spezielle Rechtsform der Vertragsversicherung, durch die § 62ff. VAG ermöglicht. Gemäß § 61a ff. VAG kann ein VvAG seinen Versicherungsbetrieb in eine oder mehrere Aktiengesellschaften einbringen, ohne dass der Verein selbst zu bestehen aufhört. Der VvAG beschränkt sich daraufhin auf die Verwaltung der Anteile an der Versicherungsaktiengesellschaft.

1.6. der Konzern im Finanzkonglomeratgesetz

Das Finanzkonglomeratgesetz¹⁷⁸ (FKG) trägt der steigenden Vernetzung und Verflechtung im Finanzsektor Rechnung. Ein Finanzkonglomerat ist ein Verbund aus Unternehmen der Finanzbranche¹⁷⁹. Der Gruppenbegriff geht über den unternehmensrechtlichen Konzernbegriff hinaus und unterscheidet sich bereits aufgrund der mangelnden Einschränkung auf eine bestimmte Branche beispielsweise vom Gruppenbegriff des Bankwesengesetzes¹⁸⁰. Liegt eine Gruppe gemäß dem im BGBl I 2004/70 veröffentlichten Finanzkonglomeratgesetz vor, dann wird eine zusätzliche Aufsicht notwendig vor allem hinsichtlich einer verstärkten Beachtung der Eigenmittelunterlegung und hinsichtlich der Beaufsichtigung durch die österreichische Finanzmarktaufsicht.

Der Zweck des FKG ist die angemessene Eigenmittelausstattung des Finanzkonglomerats sicherzustellen, welche sich aus § 6 (angemessene Eigenmittelausstattung) bzw. § 8 FKG (zusätzliche Eigenmittelanforderung) ergibt. Es soll im Grunde verhindert werden, dass eine Mehrfachbelegung der Eigenmittel stattfindet. Flankierende Maßnahmen zur angemessenen Eigenmittelausstattung sind Maßnahmen zur Steuerung der Risikokonzentration¹⁸¹, gruppeninterner Transaktionen¹⁸² sowie ein angemessenes Risikomanagement und interne Kontrollmechanismen¹⁸³.

Gemäß § 2 Z. 12 FKG besteht ein Finanzkonglomerat aus 1. Mutterunternehmen (oder jedes andere Unternehmen, dass tatsächlich einen beherrschbaren Einfluss¹⁸⁴ ausübt) und seinen Tochterunternehmen

¹⁷⁸ auf Basis EU RL 2002/87/EG (Finanzkonglomeratsrichtlinie) vom 16. Dezember 2002 sowie zuvor das EU-Kommissions-parpiers „towards an EU Directive on the Prudential Supervision of Financial Conglomerates“, www.europa.eu.int/comm/internal_market/regcapital (4. April 2010)

¹⁷⁹ Unternehmen der Banken- und Wertpapierbranche sowie Versicherungsbranche

¹⁸⁰ vgl. Grünberger, David: Die Bestimmung eines Finanzkonglomerats, ÖBA 2006, 124

¹⁸¹ § 9 FKG

¹⁸² § 10 FKG

¹⁸³ vgl. Koppensteiner, Verbundtatbestände (2005), 623ff. mit Verweis auf Schabus, ÖBA 2004, 825f.

¹⁸⁴ Kontrolle liegt immer dann vor, wenn ein Unternehmen einen beherrschenden Einfluß „ausüben kann oder tatsächlich ausübt“ laut Richtlinie 83/39/EWG (Konzernbilanzrichtlinie)

(oder jedes Unternehmen auf das tatsächlich ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird) im Sinne des § 244 UGB¹⁸⁵, 2. andere Unternehmen, an denen das Mutterunternehmen oder seine Tochterunternehmung eine Beteiligung (Beteiligungsunternehmen) im Sinne des § 228 Abs. 1 und 2 UGB oder indirekt oder direkt 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals halten sowie 3.¹⁸⁶ Unternehmen die aufgrund eines Vertrages oder ihrer Satzungen einer einheitlichen Leitung unterstehen oder die Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane sich mehrheitlich aus denselben Personen zusammensetzen, die während des Geschäftsjahres und bis zur Aufstellung des konsolidierten Abschlusses im Amt sind (Gleichordnungskonzerne). Der Gruppenbegriff des FKG erweitert jenen des § 244 UGB um tatsächlich beherrschte Unternehmen.

Das Unternehmen an der Spitze muss ein beaufsichtigtes EWR-Unternehmens sein oder mindestens ein Tochterunternehmen muss ein beaufsichtigtes EWR-Unternehmen sein. Unter beaufsichtigte EWR Unternehmen versteht das FKG behördliche zugelassene direkte Nicht-Lebensversicherer, behördlich zugelassene direkte Lebensversicherer, behördlich zugelassene Wertpapierfirmen, zugelassene Kreditinstitute sowie inländische Rückversicherungsunternehmen¹⁸⁷. Nicht umfasst sind beispielsweise Rückversicherungsunternehmen mit Sitz außerhalb von Österreich, Versicherungs-Holdinggesellschaften, Finanzinstitute oder Unternehmen mit bankbezogenen Hilfsdiensten. Um als Finanzkonglomerat eingestuft zu sein, müssen drei Schwellenwerttests durchgeführt werden: a) 40 % Test gemäß § 3 Abs. 1 FKG, b) § 10 % Test gemäß § 3 Abs. 2 FKG und c) EUR 6,0 Mrd. Test gemäß § 3 Abs. 3 FKG, wobei lediglich der 40 % Test jedenfalls erfüllt sein muss. Der 40 % Test findet statt, wenn kein beaufsichtigtes Unternehmen an der Spitze der Gruppe steht und sieht eine Gruppe als Finanzkonglomerat im Sinne des § 2 Z. 14 sublit. bb FKG an, wenn der Anteil der Bilanzsumme der Finanzunternehmen¹⁸⁸ und gemischten Finanzholdinggesellschaften¹⁸⁹ dieser Gruppe an der Bilanzsumme der Gruppe mehr als 40 % beträgt. Wenn jedoch ein beaufsichtigtes Unternehmen an der Spitze steht, dann werden die Tests auf Branchendiversifikation gemäß § 3 Abs. 2 und 3 FKG durchgeführt, wobei für den EUR 6,0 Mrd. Test gilt, dass die Bilanzsumme der mit dem geringeren Anteil vertretenen Finanzbranche EUR 6 Mrd. übersteigt und für den 10 % Test gilt, dass der Anteil jeder Finanzbranche mehr als 10 % des arithmetischen Mittels des Verhältnisses der Bilanzsummen und der Solvabilitätsanforderungen betragen muss.

1.7. der Konzern im Übernahmegesetz

Das Übernahmegesetz (ÜbG), welche am 20. Mai 2006 die Richtlinie 2004/25/EG umsetzte, verfügt über die konzernnahen Termini der unmittelbaren kontrollierenden Beteiligung und der mittelbaren kontrollierenden Beteiligung. Die daran anknüpfende Rechtsfolge ist die Pflicht zur Anbotslegung für alle Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft. Eine unmittelbare kontrollierende Beteiligung ist eine unmittelbare

¹⁸⁵ § 2 Z 9 und Z 10 FKG

¹⁸⁶ vgl. Richtlinie 83/39/EWG (Konzernbilanzrichtlinie)

¹⁸⁷ § 2 Z. 4 und 5 lit. b FKG

¹⁸⁸ Finanzunternehmen sind Unternehmer einer Finanzbranche, wobei eine Finanzbranche eine Branche ist, die u.a. Kreditinstitute, Finanzinstitute, Unternehmen mit bankbezogenen Hilfsdiensten, Wertpapierfirmen, oder Versicherungsunternehmen, Rückversicherungsunternehmen, oder Versicherungs-Holdinggesellschaften umfassen. vgl. § 2 Z. 7 und 8 FKG

¹⁸⁹ Eine gemischte Finanzholdinggesellschaft ist ein nicht der Aufsicht unterliegendes Mutterunternehmen, das zusammen mit seinen Tochterunternehmen, von denen mindestens eines ein beaufsichtigtes Unternehmen mit Sitz in den Vertragsstaaten ist, und anderen Unternehmen ein Finanzkonglomerat bildet. vgl. § 2 Z. 15 FKG

Beteiligung an einer Zielgesellschaft, die mehr als 30 % der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte vermittelt. Eine mittelbare kontrollierende Beteiligung liegt vor, wenn eine diesbezügliche Beteiligung an der Zielgesellschaft durch eine börsennotierte Aktiengesellschaft, an der 30 % der ständig stimmberechtigten Aktien gehalten werden, vermittelt wird¹⁹⁰. Die vermittelnde Gesellschaft muss nicht eine börsennotierte Aktiengesellschaft sondern kann auch ein Rechtsträger anderer Rechtsform sein, wenn Anteilsrechte oder sonstige Rechte ermöglichen, einen beherrschenden Einfluss auf diesen (vermittelnden) Rechtsträger auszuüben¹⁹¹. Im Gegensatz zum gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff ist im Übernahmegesetz lediglich das stimmberechtigte Kapital entscheidungsrelevant. Die *control*-Tatbestände des § 244 UGB sind für die Bewertung des beherrschenden Einflusses maßgeblich¹⁹².

1.8. der Konzern im Eigenkapitalersatzgesetz

Das Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) bestimmt unter welchen Bedingungen ein Gesellschafterkredit eigenkapitalersetzend wirkt. Das EKEG verfügt in § 9 EKEG über einen eigenen Konzernbegriff. Demnach liegt ein Konzernverhältnis vor, wenn der Kreditgeber mit anderen rechtlich selbständigen Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung oder durch kontrollierende Beteiligung zusammengefasst ist. Die Abgrenzung zum gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff ist durch die ausdrückliche Normierung der „kontrollierenden Beteiligung“ gegeben¹⁹³. Diese kontrollierende Beteiligung liegt vor wenn 1. dem Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte zusteht oder 2. dem Gesellschafter das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen oder 3. er das Sonderrecht hat, selbst Mitglied des Leitungsorgans zu sein, oder 4. dem Gesellschafter auf Grund eines Vertrags 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, oder sie 5. dem Gesellschafter ermöglicht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben; dies wird vermutet, wenn ein Gesellschafter zumindest 25 Prozent der Stimmrechte innehat und kein anderer eine zumindest gleichwertige Stimmrechtsmacht hat. Beherrschender Einfluss kann u.a. durch ein umfassendes Widerspruchsrecht oder eine wesentliche Einwirkung auf alle wichtigen Geschäftsführungssahngelegenheiten oder auf Bestellung und Abberufung des Vorstandes vorliegen, wobei irrelevant ist, ob der beherrschende Einfluss tatsächlich ausgeübt wird¹⁹⁴. Im Unterschied zu dem gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff müssen die Einflussrechte nicht tatsächlich ausgeübt werden, sondern es reicht die Möglichkeit.

Einen Schutzmechanismus für den Fall, dass keine Beteiligung an der kreditnehmenden Gesellschaft besteht, normiert § 8 EKEG dadurch, dass Fälle in denen eine mittelbare Einflussnahme (verbundene Unternehmen) gegeben ist Berücksichtigung finden. Als Gesellschafter erfasst gilt, wenn der Kreditgeber 1. Anteilsrechte

¹⁹⁰ § 22 Abs. 3 Z. 1 ÜbG

¹⁹¹ § 22 Abs. 3 Z. 2 ÜbG

¹⁹² der terminologische Zirkelverweis zum „beherrschenden Einfluss“ zwischen § 22 Abs. 3 Z. 2 ÜbG und § 244 Abs. 2 Z. 3 UGB lässt sich dadurch lösen, dass § 244 Abs. 2 Z. 3. UGB den Abschluss eines Beherrschungsvertrages im Sinne hat.

¹⁹³ vgl. Zehetner, Jörg/Bauer, David Christian: Mittelbare Beteiligungen und Konzern im EKEG, 2004, ÖJZ, 46

¹⁹⁴ vgl. Artmann in Jabornegg/Strasser, Kommentar (2006), § 52 Rz 56

oder sonstige Rechte (Privatstiftungen¹⁹⁵) an einem anderen Rechtsträger als der kreditnehmenden Gesellschaft, die mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf diese ermöglichen (mittelbar kontrollierende Beteiligung) besitzt oder 2. der Kreditgeber an der kreditnehmenden Gesellschaft mittelbar mit einem Anteil von zumindest 33 % beteiligt ist oder er 3. unmittelbar oder mittelbar an einer¹⁹⁶ Gesellschaft kontrollierend beteiligt ist, die zumindest 25 % der Anteile an der kreditnehmenden Gesellschaft hält.

1.9. der Konzern im Börsegesetz

Das Börsegesetz 1989 umfasst Bestimmungen hinsichtlich der Tätigkeiten von Wertpapierbörsen und allgemeinen Warenbörsen und Bestimmungen über Meldepflichten der am geregelten Markt tätigen Akteure. Einerseits unterliegt das Börseunternehmen als Aktiengesellschaft selbst der aufsichtsrechtlichen Genehmigung¹⁹⁷ und im Prozess der Konzernierung Anzeigepflichten¹⁹⁸ und Bewilligungspflichten¹⁹⁹ seitens der Finanzmarktaufsicht. Andererseits umfasst das Börsegesetz in § 91 BörseG Mitteilungspflichten ihrer Emittenten bei Änderungen bedeutender Beteiligungen. So müssen mittelbare oder mittelbare Erwerber und Veräußerer von Aktien eines Emittenten, unverzüglich, die FMA und das Börseunternehmen über den Anteil an Stimmrechten unterrichten, den sie nach diesem Erwerb oder nach dieser Veräußerung halten, wenn definierte Stimmrechtsschwellen²⁰⁰ überschritten bzw. unterschritten werden. Die Mitteilungspflicht wird ebenfalls über derivative Instrumente ausgelöst, wenn sie dem Inhaber das Recht verleihen, von sich aus im Rahmen einer förmlichen Vereinbarung mit Stimmrechten verbundene und bereits ausgegebene Aktien eines Emittenten zu erwerben. Im Unterschied beispielsweise zum UGB wird der Anteil der Stimmrechte jedoch von der Gesamtzahl der mit Stimmrechten versehenen Aktien berechnet, auch wenn die Ausübung dieser Stimmrechte ausgesetzt ist²⁰¹. Zur Zurechnung von Stimmrechten ergänzt § 92 BörseG, dass Stimmrechte 1. aus Aktien eines Dritten, mit dem diese Person eine Vereinbarung getroffen hat, die beide verpflichtet, langfristig eine gemeinsame Politik bezüglich der Geschäftsführung des betreffenden Emittenten zu verfolgen, indem sie die Stimmrechte einvernehmlich ausüben, 2. aus Aktien, die diese Person einem Dritten als Sicherheit übertragen hat, wenn sie die Stimmrechte ohne ausdrückliche Weisung des Sicherungsnehmers ausüben oder die Ausübung der Stimmrechte durch den Sicherungsnehmer beeinflussen kann, 3. aus Aktien, an denen dieser Person ein Fruchtgenussrecht eingeräumt wird, wenn sie die Stimmrechte ohne ausdrückliche Weisung des Sicherungsnehmers ausüben oder die Ausübung der Stimmrechte durch den Sicherungsnehmer beeinflussen kann, 4. aus Aktien, die einem Unternehmen gehören oder nach den Z 1 bis 3 zugerechnet werden, an dem diese Person eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung (§ 22 Abs. 2 und 3 ÜbG) hält, 5. die diese Person ausüben kann, ohne Eigentümer zu sein, 6. die diese Person als Bevollmächtigte nach eigenem Ermessen ausüben darf, wenn keine besonderen Weisungen der Aktionäre vorliegen und 7. die der Person gemäß § 23 Abs. 1 oder 2 ÜbG zuzurechnen sind, zu berücksichtigen sind.

¹⁹⁵ EBRV 124 BlgNr 22. GP 17

¹⁹⁶ wohl auch mehrere Gesellschaften nach *Schmidsberger, Gerald*: Eigenkapitalersatz im Konzern – Derzeitige Rechtslage und künftiges EKEG, GeS 2002, 9 (10f.)

¹⁹⁷ Konzession vgl. §§ 2 bis 5 BörseG

¹⁹⁸ § 6 BörseG

¹⁹⁹ § 7 BörseG

²⁰⁰ in 5 %i Schritten von 5 vH bis 50 vH, dann 75 vH und 90 vH

²⁰¹ vgl. z.B. § 224 Abs. 5, oder auch § 130 Abs. 1 AktG, § 34 ÜbG, § 20 BWG; stimmrechtslose Vorzugsaktien fallen jedoch nicht unter diese Bestimmungen; daher sind diese nicht dazuzuzählen.

Der Regelungskreis des § 92 BörseG berücksichtigt die Fälle in denen keine kapitalmäßige Beteiligung vorliegt.

2. Der Konzern im deutschen Rechtsrahmen

Im Gegensatz zu Österreich verfügt Deutschland über ein kodifiziertes Konzernrecht. Das deutsche Aktiengesetz normiert in § 18 den Konzern wie folgt: „*Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen*“.

Das deutsche Aktiengesetz normiert in seinem dritten Buch die verbundenen Unternehmen. Der erste Teil (§ 291 bis 307 dAktG) setzt sich mit Unternehmensverträgen, ihrem Abschluss und ihrer Beendigung und dem Schutz der Aktionäre (z.B. Dividendengarantien, Austrittsrechte) auseinander. Der zweite Teil (§ 308 bis § 318 dAktG) umfasst Normen zur Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen. Das Konzerninteresse ist im deutschen Konzernrecht anerkannt und die damit verbundenen Einflussnahmen sind gerechtfertigt, wobei jedoch hinsichtlich ihrer Tiefenwirkung zu unterscheiden ist²⁰². Die Leitungseffizienz ist bei Abschluss von Beherrschungsverträgen²⁰³ stärker, da diesfalls der Vorstand der herrschenden Gesellschaft Weisungen (auch nachteilige Geschäfte) - soweit angemessener Ausgleich vorliegt - erteilen kann. Bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages ist auf den innerhalb des Geschäftsjahres tatsächlich zu erfolgenden Nachteilsausgleich Bedacht zu nehmen²⁰⁴. Der dritte Teil (§ 319 bis 327 dAktG) enthält Bestimmungen zur Eingliederung. Eine Eingliederung kann bei einer 100-%igen Beteiligung der übernehmenden an der übertragenden Gesellschaft durch Beschlüsse der übertragenden und übernehmenden Gesellschaften getragen werden. Liegt eine Beteiligung von zumindest 95 % hat die Übernehmende eine angemessene Abfindung (Aktien der Übernehmenden oder Barabfindung) zu leisten. Diese Eingliederung kommt de facto der Verschmelzung sehr nahe, unterscheidet sich von dieser jedoch dahingehend, dass die rechtliche Selbstständigkeit des eingegliederten Unternehmens beibehalten wird, wohingegen bei der Verschmelzung die verschmolzene Gesellschaft aufhört zu existieren; die eingegliederte Gesellschaft wird daher als rechtlich selbstständige Betriebsabteilung gesehen²⁰⁵. Der vierte Teil (§ 327a bis 327f dAktG) normiert die Vorgehensweisen beim Ausschluss von Minderheitsaktionären, wenn der Hauptgesellschafter über Aktien in Höhe von 95 % des Grundkapitals hält, und der fünfte Teil (§ 328 dAktG) normiert wechselseitige Beteiligungen. Der sechste Teil enthält Rechnungslegungsbestimmungen für den Konzern.

Der wesentliche Unterschied zum deutschen Recht ist neben der ausdrücklichen Kodifikation das Instrument des Nachteilsausgleichs, womit auch die Anerkennung des Konzerninteresses impliziert wird. Das Konzerninteresse ist in Österreich jedoch bereits an den gesellschaftsrechtlichen Grenzen gegebelt (Wohl des Unternehmens) und der Nachteilsausgleich wird bereits durch die Tatbestandsmäßigkeit bei nachteiligen Maßnahmen (z.B. Einlagenrückgewähr) im Zeitpunkt des Verstoßes relevant, wodurch der Ausgleich eines realisierten Nachteils den Verstoß nicht legitimiert.

²⁰² vgl. Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Auflage, München 2008, 500ff.

²⁰³ „die Unterstellung der Gesellschaft unter die Leitung eines anderen Unternehmens im Wege der Begründung eines Weisungsrechts für das Letztere“ Emmerich/Habersack (2008), Konzernrecht, 187

²⁰⁴ vgl. Emmerich/Habersack (2008), A/G Konzernrecht, 504

²⁰⁵ vgl. Emmerich/Habersack (2008), Konzernrecht, 148

3. Der Konzern im europäischen Rechtsrahmen

Das Ziel einer europäischen Regelung ist es, ein gemeinsames *playing-field* für europäische Unternehmen zu schaffen. Die unterschiedlichen nationalen Regelungen geben Anlass eine gemeinschaftsweite Vereinheitlichung anzustreben.

Dem Prozess der Rechtsangleichung durch Richtlinienerlass folgt auch das Forum Europaeum für ein Europäisches Konzernrecht, das 1998 seinen Schlussbericht mit Vorschlägen zur „Kernbereichsharmonisierung“, dort wo „Konzerne und fehlendes oder dysfunktionales Konzernrecht von Mitgliedsstaaten Grenzen im Binnenmarkt, zumal Marktzutrittsschranken, errichten bzw. aufrechterhalten“, vorlegte²⁰⁶. Fokus wurde auf Aspekte der Gruppenpublizität, ordnungsgemäßen Geschäftsführung, Sonderprüfung, Pflichtangebote, Ausschluss- und Austrittsrechte bei kleinen Restminderheiten und Haftung bei Krisen- und Insolvenzverschleppung gelegt²⁰⁷.

In Ergänzung zu den Thesen und Vorschlägen, die bereits ins nationale Recht übernommen wurden, schlägt das Forum vor, dass es Geschäftsleitern im Sinne einer ordnungsgemäßen Konzerngeschäftsführung erlaubt sein soll, ihre nachgeordneten Gruppengesellschaften dem Gruppeninteresse zu unterstellen. Die Unterstellung unter ein **Gruppeninteresse** ist demzufolge **nicht pflichtwidrig**, wenn die **Gruppe ausgewogen und verfestigt** strukturiert ist und die Gruppengesellschaft in eine **kohärente** und **auf Dauer angelegte Gruppenpolitik** eingefügt ist und die **Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen** dürfen, dass die daraus folgenden **Nachteile durch Vorteile in überschaubarer Zeit ausgeglichen** werden. Zu den ausgleichsfähigen Nachteilen zählt nicht, wenn die Existenz der Gruppengesellschaft, beispielsweise durch Entzug überlebensnotwendiger Liquidität, gefährdet wird. Diese sogenannte **Rozenblum-Formel** stieß aufgrund der Vielzahl unbestimmter Begriffe auf Skepsis²⁰⁸.

Abgerundet wird die Überlegung durch die Ausrichtung an ein Konzerninteresse mittels Konzern-Erklärung. Demnach kann die Mutter durch einseitige Erklärung gegenüber der Tochter, wenn sie mittelbar oder unmittelbar die satzungsändernde Mehrheit an der Tochter hält, ihrer Leitung unterstellen. Die Konzern-Erklärung wird im zuständigen Handelsregister eingetragen und die Rechtsfolgen wären neben der Leitungsmacht der Mutter über die Tochter und ihrer Haftung für die Verluste der Tochter im Konkurs (Gläubigerschutz) sowie die Pflicht zur Abfindung der Minderheitsgesellschafter der Tochter (Minderheitenschutz). Diese Überlegung ist mittlerweile aus der Konzerndiskussion wieder fast vollständig verschwunden.

2003 legte die Europäische Kommission einen Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts als Antwort der Kommission auf den Winter-Bericht und zur Verbesserung der Corporate Governance in der

²⁰⁶ Forum, Konzernrecht, 672ff.; *Von Büren, Roland*: Der Konzern – Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Basel 2005, 323

²⁰⁷ Forum, Konzernrecht, 686, 990f.; *Von Büren* (2005), 323

²⁰⁸ vgl. *Haberer* (2003), 211

Europäischen Union vor, welcher sich unter anderem mit Unternehmensgruppen beschäftigte²⁰⁹. Im Sinne des Winter-Berichts sollten die Mitgliedsstaaten einen Rahmen für Gruppen schaffen, wonach die Leitung eines Konzernunternehmens eine abgestimmte Konzernpolitik festlegen und umsetzen darf, sofern die Interessen seiner Gläubiger wirkungsvoll geschützt werden und die Vor- und Nachteile im Lauf der Zeit gerecht auf die Aktionäre des Unternehmens verteilt werden.

Kritisch wird von der Kommission die Existenz von Unternehmenspyramiden als Kette von Holdinggesellschaften betrachtet, bei denen die eigentliche Kontrolle dank übermäßig vieler Minderheitsaktionäre auf einer insgesamt niedrigen Investition beruht. Vor allem jene, bei denen börsennotierte Unternehmen vertreten sind. In diesem Kontext wurde empfohlen, dass derartigen missbräuchlichen Pyramiden die Börsennotierung zu versagen ist. Was jedoch missbräuchlich ist, blieb mit der Erkenntnis weiteren Forschungsbedarf zu bedürfen unbeantwortet. Die letzten Jahre des europäischen Gesellschaftsrechts waren in der Richtliniengesetzgebung vor allem von der Thematik Verschmelzungen und Spaltungen von Aktiengesellschaften²¹⁰ sowie von der Thematik der Aktionärsrechte²¹¹ geprägt.

4. Ergebnis

Österreich verfügt über kein eigenes Konzernrecht. Definitionen zu Konzernsachverhalten finden sich in einer Vielzahl von Materiengesetzen, welche die Konzernbildung einerseits uneingeschränkt zulassen oder andererseits auch beschränken oder verbieten sowie deren Begründung unter Umständen mit Auflagen verknüpfen.

Eine einheitliche Definition des Konzerns existiert wie gezeigt wurde nicht, denn die Vielzahl an Konzerndefinitionen und die unterschiedliche Zielgerichtetheit des jeweiligen Materiengesetzes lassen eine Pauschalierung nicht zu. So sind die unterschiedlichen Konzernbegriffe, die die Rechtsordnung kennt, immer nach dem jeweiligen Zweck der Bestimmung auszulegen; die reine Wortinterpretation reicht nicht aus²¹².

Auch die rechtsübergreifenden Querverweise rufen Systematisierungs- und Auslegungsprobleme hervor, obwohl die Grundfacetten immer wieder die Gleichen zu sein scheinen: Einheitliche Leitung, Beherrschung, Einflussmöglichkeiten unterschiedlichen Grades, beispielsweise durch Rechte Leitungs- oder Aufsichtsgremien zu bestellen oder abzurufen sowie Einflussmöglichkeiten aufgrund personeller Verflechtung oder aufgrund dominierender Liefer- oder Finanzierungsbeziehungen. Ferner fallen darunter syndikatsrechtliche Vereinbarungen über die gemeinsame Vorgehensweise, wie beispielsweise die Akkordierung der Stimmrechtsausübung. Dabei fällt auf, dass einheitliche Leitung eine Beteiligung

²⁰⁹ (2004/C 80/05) Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union - Aktionsplan

²¹⁰ Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf die Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals (Text von Bedeutung für den EWR)

Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten

Richtlinie 2009/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG, 78/855/EWG und 82/891/EWG des Rates sowie der Richtlinie 2005/56/EG hinsichtlich der Berichts- und Dokumentationspflicht bei Verschmelzungen und Spaltungen

Directive 2007/63/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 zur Änderung der Richtlinien 78/855/EWG und 82/891/EWG des Rates hinsichtlich des Erfordernisses der Erstellung eines Berichts durch einen unabhängigen Sachverständigen anlässlich der Verschmelzung oder der Spaltung von Aktiengesellschaften

²¹¹ Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften

²¹² OGH 6 Ob 217/05p vom 1. Dezember 2005, GesRZ 2006, 82, ecolex 2006/363, wbl 2006/84, GeS 2006, 121

voraussetzt (z.B. UGB) oder eben nicht (AktG, GmbHG). Ferner liegen materienspezifische Anforderungen an den Beteiligungsbegriff vor, da neben dem unternehmensrechtlichen Unternehmensbegriff auch Qualifikationen (z.B. BWG, VAG) oder weitere näher definierte Kontrolle (z.B. ÜbG, EKEG) verlangt werden. Ferner kann eine Beteiligung bei definierten Beteiligungsquoten widerlegbar (z.B. UGB) oder unwiderlegbar angenommen werden (z.B. BWG, VAG). Auch an die Beherrschung werden unterschiedliche Anforderungen gestellt. So reicht im aktienrechtlichen und im GmbH-rechtlichen Konzernbegriff (auch EKEG) die mögliche Ausübung, während im UGB die Beherrschung den Abschluss eines Beherrschungsvertrages voraussetzt und das Finanzkonglomeratengesetz die tatsächliche Beherrschung positiviert.

Systematische Unterschiede im Aufbau der Konzerndefinitionen sind aus der Analyse ersichtlich. Während nach dem gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff einheitliche Leitung und Beherrschung entweder jeweils auf einer Beteiligung (faktisch) oder einem Vertrag fassen können (AG, GmbHG), sieht das UGB in § 244 Abs. 1 zuerst eine Beteiligung und erst im nächsten Schritt (§ 244 Abs. 2 UGB) die Möglichkeit, ohne Beteiligung den unternehmensrechtlichen Konzerntatbestand auszulösen, vor.

Rechtsstellungen, die Konzerntatbestände oder konzernnahe Tatbestände auslösen können, knüpfen einerseits an Stimmenmacht oder an Kapitalmacht an; dies abhängig vom gesetzgeberischen Zweck der Norm. So orientiert sich das BörseG eindeutig an den Stimmrechten um Rechtsfolgen auszulösen, wohingegen das UGB in seinem Grundtatbestand des § 244 Abs. 1 UGB eine Beteiligung im Sinne einer Kapitalbeteiligung verlangt. Die aufsichtsrechtlichen Materien BWG und VAG beschränken sich hingegen nicht und knüpfen Rechtsfolgen an Stimmmacht und Kapitalmacht. Weiter geht das Körperschaftssteuerrecht, welches für eine finanzielle Verbundenheit die Mehrheit der Stimmen und des Kapitals voraussetzt.

Das BörseG leistet ausdrücklich Hilfestellung, wann Stimmrechte zurechenbar sind und charakterisiert im wesentlichen Syndikatsverträge (Stimmbindungsverträge), Rechtszuordnung (Fruchtgenussrecht, Stimmrecht für Dritte, Rechte ohne Eigentümer zu sein oder obwohl Eigentum verpfändet ist) und die kontrollierende Beteiligung als wesentliche Zurechnungshebel.

Vor allem bei mittelbaren Beteiligungsstrukturen stellt sich die Frage der Zurechnung. Muss die beteiligungsvermittelnde Gesellschaft beherrscht somit 100 % zurechenbar sein, um Rechte zu vermitteln oder reicht es, der multiplikativen Methode entsprechend, aus durchzurechnen? Auch diesfalls gibt es keine einheitliche Lösung, da der Gesetzgeber auf den Endzweck bzw. auf die zu realisierende Qualifizierung abstellt. Dazu materienspezifisch im Ergebnis zu Kapitel IV.

Was ist nun dadurch für den Strategen zu gewinnen? Die grundlegend zu beantwortende Frage ist, worin der Fokus der individuellen Konzernstrukturierungsmaßnahme liegt. Steht die effektive Führung eines Tochterunternehmens im Vordergrund oder soll eine lose Verbindung angestrebt werden, die eine Konsolidierungspflicht nicht auslöst? Soll vermieden werden, dass im Konzern gewährte Darlehen als nicht eigenkapitalersetzend wirken oder will man gerade einen Konzern hervorrufen, um gesellschaftsrechtliche Begünstigungen zu erfahren. Aus der kautelarjuristischen Praxis hat sich gezeigt, dass die alleinige

Strukturierung von Konzernen nach rechtlichen Parametern über betriebswirtschaftliche Motive hinweg suboptimal ist. Ersichtlich war, dass im Grunde ein Anteilsbesitz von weniger als 10 % der Stimmen oder des Kapitals bei Versicherungen und Banken sowie von weniger als 20 % bei Private Equity Gesellschaften gerade Akteuren zugeordnet werden konnten, welche auf Basis des Veranlagungsgedankens agieren oder durch geringe Beteiligungsquoten ein Signal des Interesses (geringe wechselseitige Beteiligungen) setzen wollen, wohingegen gesteigerte Beteiligungsquoten von strategischen Überlegungen getragen sind, die einerseits die aktive Gestaltung in der Gesellschaft oder auch andererseits Inhibitionspotential meinen können.

Das deutsche Gesellschaftsrecht verfügt über ein eigenes Konzernrecht. Integraler Bestandteil ist das Instrument des Nachteilsausgleichs, womit auch die Anerkennung des Konzerninteresses impliziert wird. Das Konzerninteresse ist in Österreich jedoch bereits an den gesellschaftsrechtlichen Grenzen gezeißelt (Wohl des Unternehmens) und der „Nachteilsausgleich“ wird bereits durch die Tatbestandsmäßigkeit bei nachteiligen Maßnahmen (z.B. Einlagenrückgewähr) im Zeitpunkt des Verstoßes relevant, wodurch der Ausgleich eines Nachteils den Verstoß nicht legitimiert. Vielmehr hat in einer Gesamtschau der Transaktion diese bereits auf Grundlage gesetzlicher Beschränkungen fremdüblich ansonsten betrieblich gerechtfertigt zu sein.

Auf europäischer Ebene wurde zum Zwecke der Rechtskohärenz diskutiert, unter welchen Bedingungen Konzerninteressen Rechnung getragen werden könnten. Vorgeschlagen wurde, dass es Geschäftsleitern im Sinne einer ordnungsgemäßen Konzerngeschäftsführung erlaubt sein soll, ihre nachgeordneten Gruppengesellschaften dem Gruppeninteresse zu unterstellen. Die Unterstellung unter ein Gruppeninteresse ist demzufolge nicht pflichtwidrig, wenn die Gruppe ausgewogen und verfestigt strukturiert ist und die Gruppengesellschaft in eine kohärente und auf Dauer angelegte Gruppenpolitik eingefügt und die Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen dürfen, dass die daraus folgenden Nachteile durch Vorteile in überschaubarer Zeit ausgeglichen werden. Eine weitere Diskussion mit mittelfristiger Umsetzung dieser Überlegungen ist nicht zu erwarten.

KAPITEL III

1. Konzernformen

1.1. Rechtliche Konzernformen

Grundsätzlich können die zu einem Konzern zusammengefassten, rechtlich selbstständigen Unternehmen innerhalb des Konzerns nach ihrer hierarchischen Positionierung beurteilt werden. Demzufolge lassen sich Unterordnungskonzerne und Gleichordnungskonzerne unterscheiden. Die Unterordnungskonzerne umfassen den faktischen Konzern, den Vertragskonzern und den Eingliederungskonzern, wobei die Praxis jedoch von hybriden Formen zeugt²¹³. Gleichordnungskonzerne sind durch den Mangel eines Unterordnungsverhältnisses charakterisiert.

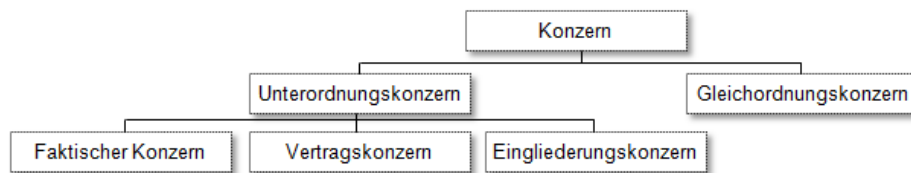


Abbildung 6 Konzernformen, Quelle: Baetge/Kirsch/Thiele (2002), 3

Unterordnungskonzerne sind durch ein Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung charakterisiert und sind in Realität die dominierende Konzernform. Diese Ordnung resultiert aus der möglichen Ausübung einer Beherrschung und fällt somit unter § 15 Abs. 2 AktG bzw. § 115 Abs. 2 GmbHG („...mittelbar oder unmittelbar unter dem beherrschenden Einfluss“).

Herrschaft kann durch die Mehrheit an Kapital bzw. Stimmen (**faktischer Konzern**) oder durch Verträge („oder sonst“), die zwischen den Konzernpartnern abgeschlossen wurden (**Vertragskonzern**), ausgeübt werden. Werden Enkelgesellschaften in die Konzernbeziehung miteinbezogen, wird von einem mehrstufigen Konzern gesprochen. Wenn über ein abhängiges Unternehmen einheitliche Leitung tatsächlich ausgeübt wird, allerdings eine vertragliche Sicherung der Beziehung unterblieben ist, dann wird vom erwähnten **faktischen Konzern** gesprochen. In einem faktischen Konzern übt die Kapitalmehrheit mittels Stimmrecht ihren Einfluss unter anderem über die Verwaltungsorgane aus. Durch Personalunion zwischen den Organen²¹⁴ der herrschenden und der abhängigen Gesellschaft sowie durch Abschluss von Stimmverbindungsverträgen wird die Gleichschaltung der Interessen erreicht²¹⁵. Eine Unterscheidung zwischen faktischem und qualifiziert faktischem Konzern²¹⁶ wie im deutschen Recht kann nach österreichischem Recht unterbleiben, weil daran keine unterschiedlichen Rechtsfolgen geknüpft sind. Aufgrund der Tatsache, dass

²¹³ vgl. Baetge/Kirsch/Thiele (2002), 2; vgl. Koppensteiner, Kommentar (1999), § 115 Rz 5 und 16

²¹⁴ § 30a. GmbHG bzw. 86 AktG: „(1) Die Mitglieder des Aufsichtsrats müssen natürliche Personen sein. (2) Mitglied des Aufsichtsrats kann nicht sein, 1. wer bereits in zehn Kapitalgesellschaften Aufsichtsratsmitglied ist, wobei die Tätigkeit als Vorsitzender doppelt auf diese Höchstzahl anzurechnen ist, 2. gesetzlicher Vertreter eines Tochterunternehmens (§ 228 Abs. 3 UGB) der Gesellschaft ist oder 3. gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Geschäftsführer der Gesellschaft angehört, es sei denn, eine der Gesellschaften ist mit der anderen konzernmäßig verbunden oder an ihr unternehmerisch beteiligt (§ 228 Abs. 1 UGB).“

²¹⁵ vgl. Reich-Rohrwig, Johannes: Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft weisungsgebunden?, ecolex 1990, 285f.

²¹⁶ „Es lassen sich beim qualifiziert faktischen Konzern die Grenzen eines erlaubten und ausgleichfähigen Einflusses des herrschenden Unternehmens nicht mehr eindeutig ziehen“ Henze, Hartwig: Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern (Teil I und II), ecolex 1994, 392ff. und 466ff., vgl. Emmerich/Habersack (2008), Konzernrecht, 454ff.; „Qualifiziert faktische Konzernierung erfordert eine Steigerung der Konzernherrschaft durch das herrschende Unternehmen auf breiter Ebene, so dass die abhängige Gesellschaft nur noch als unselbständige Betriebsabteilung erscheint. Die Interessen der herrschenden Gesellschaft haben absolute Priorität. Die Verhältnisse werden immer undurchsichtiger und unkontrollierbarer“ Jahraus, Gerd: Ordnung und Haftung im faktischen GmbH-Konzern, Mannheim, 1988, 41

ohne unternehmensinterne Informationen nicht festgestellt werden kann, ob tatsächlich einheitliche Leitung bei einem Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, wird dieser Status widerlegbar vermutet (Konzernvermutung)²¹⁷. Die faktische Konzernierung kann aber auch durch eine geringere als die mehrheitliche Beteiligungsquote erworben werden. Diesfalls muss lediglich an börsennotierte Aktiengesellschaften gedacht werden, die sich durch einen *free float* charakterisieren. In diesen Fällen können bei hoher Zersplitterung des Aktienbesitzes und bei geringer Anwesenheitsquote²¹⁸ in der Hauptversammlung auch durch deutlich geringere Beteiligungsquoten eine beherrschende Stellung erreicht werden²¹⁹. Basiert das Konzernverhältnis auf einer vertraglichen Vereinbarung (Beherrschungsvertrag, Ergebnisabführungsvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag), dann liegt ein **Vertragskonzern** vor, wobei bedeutsam ist, dass die einheitliche Leitung planvoll über eine gewisse Dauer hinweg praktiziert wird. **Eingliederungskonzerne**, die in Deutschland aber nicht in Österreich einer rechtlichen Grundlage zugeführt wurden, stellen die intensivste Konzernbeziehungsform (Mehrheitsbesitz mindestens 95 %) dar, denn obgleich die rechtliche Selbstständigkeit der verbundenen Unternehmung nach außen beibehalten wird, sie dessen ungeachtet nach innen als gewöhnliche Abteilung/Division fungiert. Von einem wirtschaftlichen Gesichtspunkt kommt dieser Konzerntyp einer Verschmelzung bzw. Fusion sehr nahe²²⁰. Außer des 100 %igen Anteilsbesitzes ist in Österreich auch eine Beteiligung in Höhe von 90 % des Nennkapitals wirtschaftlich der erwähnten Eingliederung nahe, da der Hauptgesellschafter, dem zum Zeitpunkt der Beschlussfassung Anteile in Höhe von mindestens neun Zehnteln des Nennkapitals gehören, die Übertragung der Anteile der übrigen Gesellschafter gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung beschließen kann²²¹.

Einheitliche Leitung liegt vor, wenn erstens eine **Koordinierung** der Konzernunternehmen im **finanziellen Bereich** vorliegt, zweitens wenn einheitliche Leitung auch **tatsächlich forciert** wird und wenn drittens eine **gewisse Dauer** des Verbindungsbestandes evident ist. **Indizien** im faktischen Konzern für eine einheitliche Leitung sind interne **personelle Verflechtungen** oder **nachhaltige Hauptversammlungsmehrheiten**. Beim **Vertragskonzern** ist die einheitliche Leitung bereits **vertraglich** üblicherweise **vereinbart** und stellt somit die stabilere Konzernform dar, denn der faktische Konzern ohne Mehrheitsrechte kann durch Zufälligkeiten des Erscheinens bei notwendigen Beschlussfassungen oder durch Zufälligkeiten der Stimmrechtsausübung Elemente aufweisen, die eine einheitliche Leitung widerlegen können²²².

Gleichordnungskonzerne sind dann gegeben, wenn Unternehmen **einheitlich geleitet** werden, jedoch **keine Abhängigkeit** bzw. **Beherrschung** im Sinne des § 15 Abs. 1 AktG bzw. § 115 Abs. 1 GmbHG besteht.

²¹⁷ Diesfalls wird vermutet, dass das abhängige Unternehmen mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet, somit einheitliche Leitung durch die Einflussmöglichkeiten der Mutter hergestellt wurde; In Anlehnung an § 18 Abs. 1 S 3 dAktG, *Baetge/Kirsch/Thiele* (2002), 4

²¹⁸ § 108 Abs. 4 AktG: Die Hauptversammlung ist, wenn Gesetz oder Satzung nichts anderes bestimmt, ohne Rücksicht auf die Zahl der erschienenen oder vertretenen Aktionäre und die Zahl der von ihnen erlegten Aktien und vertretenen Stimmen beschlussfähig. § 35 Abs. 5 und 6 GmbHG für nicht börsennotierte Gesellschaften: Zur Beschlussfähigkeit der Versammlung ist, insofern das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, erforderlich, dass wenigstens der zehnte Teil des Stammkapitals vertreten ist. Im Falle der Beschlussunfähigkeit einer Versammlung ist unter Hinweis auf deren Beschlussunfähigkeit eine zweite Versammlung zu berufen, die auf die Verhandlung der Gegenstände der früheren Versammlung beschränkt und, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, ohne Rücksicht auf die Höhe des vertretenen Stammkapitals beschlussfähig ist. § 31 GenG: Zur Beschlussfähigkeit der Generalversammlung ist, sofern der Genossenschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, erforderlich, dass in derselben wenigstens der zehnte Teil der Mitglieder anwesend oder vertreten ist.

²¹⁹ vgl. *Jud* (1968), 52; vgl. *Steiner, Gerhard*: Der Schutz außenstehender Gesellschafter einer abhängigen GmbH im faktischen Konzern, Graz 1995, 32

²²⁰ vgl. *Baetge/Kirsch/Thiele* (2002), 4f.

²²¹ § 1 GesAusG

²²² vgl. *Novacek* (2008), 126f. sowie vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 18 und *Nowotny in Straube, Manfred*: Kommentar zum Rechnungslegungsgesetz (Hrsg.), 2. Auflage, Wien 1999/2000, Kommentar (2000), § 244 Rz 23

Gleichordnungskonzerne gehen auf die alte „Interessensgemeinschaft“ zurück²²³. Mit anderen Worten liegt bei Gleichordnungskonzernen ein Konzern vor, obwohl kein Mutterunternehmen besteht, von dem die einheitliche Leitung ausgeht. Demzufolge kann die einheitliche Leitung von mehreren gleichgeordneten Unternehmen gemeinsam ausgeübt werden, welche entweder durch Vertrag (Bindung eines Gesamtwillens hinsichtlich des Tätigkeitsbereichs, der Finanzplanung; Verpflichtung zur inhaltlich identischen Stimmabgabe, Einsetzung eines Schiedsgerichts bei einer Pattsituation) oder personelle Verflechtung der Leitungsorgane bzw. Koordinationsgremien etabliert werden kann²²⁴. Ferner kann die einheitliche Leitung von einer anderen Stelle als Konzernspitze ausgeübt werden, wodurch keines der Konzernunternehmen von einem anderen Konzernunternehmen abhängig ist²²⁵. Die Leitungsfunktionen müssen bei Gleichordnungskonzernen tatsächlich wahrgenommen werden, denn die bloße Möglichkeit genügt für die Annahme eines Gleichordnungskonzerns nicht²²⁶. Strittig in der Literatur ist die erforderliche Intensität der einheitlichen Leitung²²⁷. An dieser Stelle soll abermals betont werden, dass der Gleichordnungskonzern, der terminologisch seine Deckung in § 15 AktG bzw. § 115 GmbHG findet, in seinen materiellen Konsequenzen vom Gleichordnungskonzern, der unter § 244 UGB durch erwähntes gemeinsames Handeln subsumiert werden kann, divergiert. Denn obwohl die 7. EG-Richtlinie zusätzlich zur Konzernrechnungslegungspflicht²²⁸ von Unterordnungskonzernen ein Wahlrecht²²⁹ zur Verpflichtung zur Aufstellung eines Konzernabschlusses von Gleichordnungskonzernen vorsah verzichtete der österreichische Gesetzgeber auf die diesbezügliche Aufstellungspflicht. Der Gleichordnungskonzern wurde auch im Finanzkonglomeratgesetz, welches die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats normiert, ausdrücklich durch Verweis auf die Konzernbilanzrichtlinie 83/39/EWG berücksichtigt.

1.2. Wirtschaftliche Konzernformen

Die Betriebswirtschaft unterscheidet nach der Richtung der Wertschöpfung, wodurch eine Differenzierung zwischen vertikalen und horizontalen Konzernen möglich wird: **Vertikale Konzerne** charakterisieren sich dadurch, dass sich die Konzernunternehmungen auf vor- und nachgelagerten Stufen der Wertschöpfung befinden. Sie decken demzufolge ein breites Feld der betrieblichen Leistungserstellung ab. **Horizontale Konzerne** streben ein breites Angebotsspektrum an, befinden sich jedoch auf derselben Wertschöpfungsebene²³⁰, da schon per definitionem die Produktionstiefe konstant ist. Ein dritter, nicht durch die Richtung der Wertschöpfung beschränkter, Typus sind die **Mischkonzerne**, welche selbstständige, in unterschiedlichen Branchen tätige, Unternehmen bezeichnen und demzufolge weder in marktlicher noch technologischer Hinsicht verwandte Produkte erzeugen. Mischkonzerne²³¹ sind aufgrund

²²³ vgl. Harrer (1999), 19; Jabornegg in Jabornegg/Strasser, Kommentar (2006), § 15 Rz 8

²²⁴ Mader, Peter: Kapitalgesellschaften, 4. Auflage 2002, 6; Baetge/Kirsch/Thiele (2002), 7

²²⁵ Begriff des Konzerns in VwGH 18. Dezember 1996, 94/15/0162. SWK 1997, 314

²²⁶ vgl. Novacek, RdW 1998, 104f.

²²⁷ Jabornegg in Jabornegg/Strasser, Kommentar (2006), § 15 Rz 4, 8 und 14; gleiche Ansicht Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz Kommentar (2007), § 115 Rn 5 und 15.

²²⁸ Artikel 1 der 7. EG-Richtlinie über den konsolidierten Abschluss

²²⁹ Artikel 12 der 7. EG-Richtlinie über den konsolidierten Abschluss

²³⁰ Unternehmen von Kreditinstituten: Bausparen, Wohnungsfinanzierung, Wohnungsvermittlung

²³¹ Tata Group, General Electric, Siemens AG, Hyundai, Hanjin etc.

finanzwirtschaftlicher Aspekte umstritten (*conglomerate discount*²³²) und verlieren aufgrund des nachhaltigen Trends der Kernkompetenzfokussierung an praktischer Relevanz²³³. Eine weitere Möglichkeit der Differenzierung ist jene zwischen anteilseignerdefinierten Konzernunternehmungen (Familienkonzerne, mittelständische Konzerne, Publikumskonzerne, öffentliche Konzerne) und regional differenzierten Konzernunternehmungen (Transnationale-, Supranationale, virtuelle Konzernunternehmungen)²³⁴.

Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen sind hinsichtlich der Wertschöpfungskette horizontal orientiert. Gemäß § 1 BWG ist ein Kreditinstitut wer berechtigt ist Bankgeschäfte, welche taxativ in § 1 Abs. 1 BWG aufgezählt sind, zu betreiben. Versicherungsunternehmen sind gemäß § 1 VAG Unternehmen, die den Betrieb der Vertragsversicherung zum Gegenstand haben. Beiden genannten Gesetzen ist immanent, dass Beteiligungen an anderen Unternehmen nur eingeschränkt möglich sind. So spricht § 29 BWG größenmäßige Beschränkungen aus. Das Versicherungsaufsichtsgesetz sieht in § 76 umfassende Anzeige- und Mitteilungspflichten bzw. über § 4a Abs. 1 VAG Möglichkeiten der Beschränkung bzw. Untersagung vor.

Eine weitere Unterscheidung kann hinsichtlich der internen und externen Konzernierung getroffen werden. **Interne Konzernierung** umfasst Sachverhalte, bei denen Teilbetriebe ausgelagert werden oder Konzernstrukturen neu gestaltet werden (z.B. operative Holding zu einer Finanzholding; oder Gründung von Betriebsgesellschaften, welche Anlagetochtergesellschaften betreiben). Die **externe Konzernierung** umfassen Mergers and Acquisitions²³⁵ von im Grunde konzernfremden Gesellschaften, d.h. von Unternehmen, zu denen keine Beteiligungsbeziehung vorlag.

1.3. Holding

Unter einer **Holding** versteht man im Grunde Gesellschaften, deren Geschäftsgegenstand die Beteiligung an anderen Unternehmungen ist. Sie gilt dadurch als „**Strukturträgerin von Konzernen**“²³⁶. Der intendierte Vorteil liegt in der Flexibilitäts- und Effektivitätssteigerung der Gesamtorganisation, die in dem Ausmaß bei Fusionen auf der einen Seite oder Kooperationen und Kartellen auf der anderen Seite nicht möglich wäre²³⁷. Teleologisch zielt die Holding nicht auf die Konzentration, sondern auf die Überwindung von

²³² vgl. Kaserer, Christoph/Bühner, Thomas; Unternehmensabsplattungen als Wertsteigerungsinstrument, Lehrstuhl für Internationales Management/Internationale Kapitalmärkte, München/Fribourg 2002, 15; vgl. Kenney, Chris: Do most Acquirers leave too much to chance?, In The dealmaker's Journal, 002060010, 2004, n.p. aber signifikant negativer Einfluss auf den Unternehmenswert bei Zielsetzung des Aufbau eines zusätzlichen Geschäftsfeldes durch Zukäufe; folglich Bestätigung des *Conglomerate discount*. vgl. Jansen 2000, 336; „[...] eine von Porter (1987) durchgeführte Untersuchung, in der er nur 35 % von 2600 mittels Akquisitionen angestrebter Diversifikationsstrategien als erfolgreich einstufte“ Hardtmann, Guido: Wertsteigerung im Managementprozess, Deutscher Universitätsverlag, Wiesbaden 1996, 198“; siehe auch Coenenberg, Adolf G./Salfeld, Reiner: Wertorientierte Unternehmensführung. 1. Auflage, Stuttgart 2003, 205f.; Im Gegensatz dazu Anlinger/Copeland, über nachhaltige Wertschaffung bei „nonsynergistic acquisitions“ vgl. Anslinger, P.L./Copeland, Th.E.: Growth Through Acquisitions: A Fresh Look, in: The McKinsey Quarterly, 1996, 126ff.; Lamont (1997) and Shin/Schulz (1998) have shown that resource allocation in diversified firms does appear different from that in focused firms and seems to ignore traditional market indicators of the value of investment such as Tobin's Q. vgl. Rajan/Servaes/Zingales 2000, 36; „Die Konzentration auf das Kerngeschäft erhöht somit nicht nur die interne Effizienz, sondern auch die externe Bewertung. Denn wenn bei einem Mischkonzern das Geschäftsmodell nur schwer zu verstehen ist, steigt das Risiko für den Investor, da er die zukünftigen Gewinnaussichten und die Quersubventionen unrentabler Bereiche nicht beurteilen kann. Auch die bilanzpolitischen Gestaltungsmöglichkeiten sind oft nur schwer einzuschätzen“

²³³ vgl. Jansen, Stephan A.: Mergers & Acquisitions, 4. Auflage, Wiesbaden 2001, 26 oder Weinländer, Lukas: Gestaltung und Finanzierung des Wachstums von Konzernen, Dissertation 1995, 20

²³⁴ vgl. Theisen (2000), 2ff.

²³⁵ Gründe für externes Wachstum lt. Jansen (2001), 106: a) Schnellere Erreichung strategischer Ziele durch Unternehmensakquisitionen (Zeitfaktoren, F&E Kosten, Produktlebenszyklen), b) Synergiepotentiale schneller nutzbar, c) Überwindung von Markteintrittsbarrieren, d) Verminderung des Innovationsrisikos bei „First Mover Strategie“ durch Kauf vorhandener Erfolge, Märkte, Anteile etc., e) Technologievorsprünge des Akquisitionsobjektes, f) Übernahme der vorhandenen Kapazitäten, g) Wettbewerbsberuhigung durch Kauf von Konkurrenten, h) keine Rekrutierung von entsprechend qualifiziertem Personal für Eigenentwicklung

²³⁶ vgl. Harter (1999), 11 mit Verweis auf Zweifel, Holdinggesellschaft und Konzern, Dissertation, 1973

²³⁷ vgl. Windbichler in Albach, Horst (Hrsg.): Konzernmanagement. Corporate Governance und Kapitalmarkt, Berlin 2000, 63

Finanzengpässen ab²³⁸. Ein Konzernverhältnis ist u.a. dann möglich, wenn entweder Anteilsquoten vorliegen, welche Einflussmöglichkeit zur Folge haben, oder wenn einheitliche Leitung ausgeübt wird²³⁹. Die einzelnen Konzernunternehmen sind durch eine gemeinsame Führung verbunden, die von der Konzernspitze bzw. Konzernleitung durch einheitliche Leitung wahrgenommen wird. Charakteristisch für Holdingkonzerne ist, dass sie überwiegend auf Konzernverträge zurückgreifen²⁴⁰.

Die grundsätzliche Struktur besteht aus einer **Konzernzentrale (Dachgesellschaft)**, die an den Tochterunternehmen beteiligt ist. Ratio hinter der Holdingsstruktur ist die Abschöpfung von Synergien zwischen den Tochterunternehmen und die **bessere Koordination der Wertschöpfungsprozesse**. Das Bankwesengesetz erwähnt in § 30 Abs. 1 ausdrücklich die **Finanz-Holdinggesellschaft** als mögliches übergeordnetes Institut und betont in § 30 Abs. 7a hinsichtlich des Führungsgremiums einer Finanz-Holdinggesellschaft die Notwendigkeit einer ausreichend **guten Beleumundung** und ausreichender **fachlicher Erfahrung**²⁴¹. Eine Finanz-Holdinggesellschaft gemäß dem Bankwesengesetz ist eine juristische Person oder ein Unternehmen²⁴², die bzw. das selbst kein Kreditinstitut ist, bei welcher/m die Haupttätigkeit im Erwerben oder Halten von Beteiligungen oder in der Tätigkeit eines Finanzinstitutes liegt, bei der/m die nachgeordneten Institute ausschließlich oder überwiegend Kredit-, Finanzinstitute oder Wertpapierfirmen sind und von den nachgeordneten Instituten mindestens eines ein Kreditinstitut oder eine Wertpapierfirma ist. Das BWG und das VAG überlagernd enthält auch das Finanzkonglomeratengesetz Bestimmungen zur gemischten Finanzholdinggesellschaft. Gemäß § 2 Z. 15 ist eine gemischte Finanzholdinggesellschaft ein nicht der Aufsicht unterliegendes Mutterunternehmen, das zusammen mit seinen Tochterunternehmen, von denen mindestens eines ein beaufsichtigtes Unternehmen mit Sitz in den Vertragsstaaten²⁴³ ist, und anderen Unternehmen ein Finanzkonglomerat bildet. Auch in diesem Fall weist das Gesetz auf die besonderen Voraussetzungen der Leitungsorgane (persönliche Zuverlässigkeit und fachliche Eignung) durch ausdrückliche Normierung in § 13 FKG hin.

Unterschieden wird hinsichtlich der Art und des Ausmaßes der Einflussnahme zwischen der operativen **Holding** (auch Stammhausholding oder Stammhauskonzern genannt²⁴⁴), der **Managementholding** (auch Führungsholding genannt) und der **Finanzholding**. Während bei der operativen Holding die Muttergesellschaft die Wertschöpfung leistet und Tochterunternehmungen üblicherweise Leistungen erbringen, welche der Mutter dienlich sind und als Folge strategisch, strukturell und personell von der Mutter stark abhängen, charakterisiert sich eine Managementholding dadurch, dass kein eigenes operatives Geschäft existiert und der Fokus auf der Leitung der Tochtergesellschaften in strategischer Hinsicht und auf die Mittelallokation innerhalb des Konzerns liegt. Die Abgrenzung der Managementholding zur Finanzholding folgt daraus, dass letztere überwiegend vermögensverwaltende Aufgaben übernimmt und nur mittelbar

²³⁸ vgl. *Harrer* (1999), 11

²³⁹ *Mader* (2002), 6 und wohl laut *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 115 Rz 5 und 16

²⁴⁰ vgl. *Koppensteiner* in KK, § 15 Rz 6ff.

²⁴¹ verwiesen wird diesfalls auf § 5 Abs. 1 Z. 6, 7, 8 und 9 BWG

²⁴² darunter sind auch Privatstiftungen subsummierbar

²⁴³ Europäischer Wirtschaftsraum gem. § 2 Z. 20 FKG

²⁴⁴ *Lutter, Marcus* (Hrsg): Holdinghandbuch, 4. Auflage, 1995, 10f.

Einfluss durch Zielvorgaben und Ressourcenverteilung genommen wird, nachdem Rendite- und Wertüberlegungen im Vordergrund stehen²⁴⁵.

Mellewigt/Matiaske erkannten in ihren Untersuchungen, dass die operative Holding mit über 50 % der untersuchten Konzerne in unterschiedlichsten Branchen dominierend ist, doch lassen die Untersuchungen auch einen aufsteigenden Trend zu Holdingstrukturen mit höheren Freiheitsgraden (strategische oder Finanzholding) erkennen²⁴⁶. Differenzierungen können auch nach den Gliederungskriterien vorgenommen werden, womit eine Unterteilung in eine **Funktionsholding** (Bildung nach dem Verrichtungsprinzip, z.B. Forschungs-, Beschaffungs-, Absatzgesellschaften), **Spartenholding** (Sparte Vermögen, Versicherung), **Landesholding** und **Mischholding** möglich wird²⁴⁷. Während bei österreichischen Kreditinstitutsgruppen (systemrelevante Kreditinstitute) und bei österreichischen Versicherungsgruppen die operative Holding ebenfalls die dominierende Erscheinungsform ist, stehen bei Investmentgesellschaften die Managementholding bzw. die Finanzholding im Vordergrund²⁴⁸.

Von der ob definierten Holding ist das in der österreichischen Finanzwirtschaft charakteristische **Spitzeninstitut** zu unterscheiden. Dieses ist in keinem Gesetz definiert – der Gesetzgeber setzt es jedoch voraus²⁴⁹. Darunter fallen in Österreich, die Erste Bank als Spitzeninstitut der österreichischen Sparkassen, die RZB als Spitzeninstitut der österreichischen Raiffeisenbanken und die V BAG als Spitzeninstitut der österreichischen Volksbanken. Das Spitzeninstitut befindet sich üblicherweise im Eigentum jener Kreditinstitute, welche auch in den Genuss der vom Spitzeninstitut angebotenen Dienstleistungen gelangen. Dazu gehören neben Agenden der Refinanzierung/Liquiditätssicherung durch Liquiditätsausgleich und des Treasury auch die Produktentwicklung, die Bereitstellung von IT-Lösungen und Back-Office-Agenden (Zahlungsverkehr, Clearing). Im Gegenzug haben Kreditinstitute, die einem Zentralinstitut angeschlossen sind, zur Sicherung der Finanzmarktstabilität an einem System des gemeinsamen Liquiditätsausgleichs, teilzunehmen. Dazu haben sie bei ihrem Zentralinstitut oder bei einem anderen vertraglich oder statutarisch festgelegten Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedsstaat eine Liquiditätsreserve im Ausmaß von 10 % der Spareinlagen und 20 % der sonstigen Euro-Einlagen, höchstens jedoch 14 % der gesamten Euro-Einlagen zu halten. Die vertraglichen oder statutarischen Regelungen haben die Voraussetzungen für die Versorgung der angeschlossenen Kreditinstitute mit Liquidität im Bedarfsfall, für die nähere Ausgestaltung der Leistungsverpflichtung des Zentralinstitutes im Bedarfsfall, sowie für die Willensbildung (Beschlusserfordernisse) bei entsprechenden Entscheidungen zu enthalten und eine Kündigungsfrist von mindestens einem Jahr festzulegen²⁵⁰. Ferner liegt in Ableitung von § 30 Abs. 2a BWG eine Kreditinstitutsgruppe u.a. vor, wenn sich ein Zentralinstitut und Kreditinstitute vertraglich verpflichten ein

²⁴⁵ vgl. *Hoffmann, F.*: Konzernhandbuch (Hrsg), 1993, 14 und *Theisen* (2000), 169

²⁴⁶ vgl. *Mellewigt/Matiaske* in *Albach* (2000), 115

²⁴⁷ *Weinländer, Lukas*: Gestaltung und Finanzierung des Wachstums von Konzernen, Dissertation, Wien 1995, 22, vgl. *Von Büren* (2005), 17ff.; Ein bedeutender Sonderfall ist das japanische Keiretsu, welches jedoch nicht in das westliche Schema der rechtlichen, leistungs-, rechnungs- und führungsmässigen Verbundenheit der Glieder eines Konzern einordenbar ist. Beispielsweise ist die Kapitalbeteiligung für eine enge Zusammenarbeit keine Voraussetzung. Zwischen Mutter und Tochtergesellschaften verlaufen eine vollständige kapitalmässige und organisatorische Kontrolle einerseits und eine vollständige Unabhängigkeit andererseits fließend und werden demgemäß für effiziente Zusammenarbeit nicht vorausgesetzt, *Weinländer* (1995), 22

²⁴⁸ diverse Firmenbuch Abfragen u.a. Global Equity Partners Beteiligungs Holding GmbH, Athena Burgenland Beteiligungen AG, Lead Equities Beteiligungsverwaltungs AG

²⁴⁹ vgl. *Winkler, Günter*: Rechtsfragen der Haltung von Liquiditätsreserven und Mindestreserven im sektoralen Verbund der Raiffeisenbanken, JBl 1993, 137

²⁵⁰ § 25 Abs. 13 BWG

Früherkennungssystem für wirtschaftliche Fehlentwicklungen einzurichten, sich bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten durch finanzielle oder sonstige Maßnahmen zu unterstützen und ihre Geschäfts- und Marktpolitik zu vereinheitlichen.

Welche Gesellschaftsform sich als **Holding eignet** ist aufgrund der Faktoren **Stabilität** (Selbstständigkeit der Organe), **Flexibilität** (Anpassungsfähigkeit bei Veränderungen), **Neutralität** (Unabhängigkeit von externen Zielvorgaben) und der **Zentralität** (Interessensbündelung gegenüber den operativen Unternehmen) zu messen. In der Praxis haben sich diesbezüglich Kapitalgesellschaften und, je nach dem Bedarf einer unmittelbaren Steuerungsmöglichkeit, was gerade bei Private Equity Unternehmungen bedeutsam ist, die GmbH als Holdinggesellschaften etabliert. Privatstiftungen, trotz ihrer wachstumsbegünstigten steuerlichen Behandlung, sind aufgrund ihrer Inflexibilität ihre Struktur anzupassen üblicherweise nicht geeignet²⁵¹. Diese erweisen sich in Angelegenheiten, welche ihre Konzeption betreffen als unantastbar und in den Stiftungsurkunden bzw. Stiftungszusatzurkunden ist der Stiftungswille oft nicht adaptierbar, was eine Anpassung an wirtschaftliche Herausforderungen nicht erleichtert.

1.4. Konzernstrukturen bei Finanzintermediären

Nachfolgend soll im ersten Schritt eine Übersicht über die Konzernstrukturen ausgewählter österreichischer Finanzintermediäre gegeben werden, wobei diese verkürzt und zum Teil, zum Zwecke der Illustration, adaptiert und weitergehende Fiktionen unterstellt wurden. Bevor auf die Spannungsfelder, Problemzonen und Optimierungspotentiale eingegangen wird, sollen Tatsachen festgestellt werden, welche in den folgenden Kapiteln auf ihre wirtschaftliche Begründetheit und rechtliche Zulässigkeit hin untersucht werden.

1.4.1. Konzernstrukturen bei Kreditinstituten

1.4.1.1 Konzernstruktur eines mehrstufigen Kreditinstitutes

Von mehrstufigen Kreditinstituten spricht man bei Sparkassen, Volksbanken und Raiffeisenbanken. Im folgenden wird der Volksbanken Sektor verkürzt und fiktiv adaptiert dargestellt. Die regionalen Genossenschaftsbanken sind Genossenschafter an der Volksbanken Holding eingetragene Genossenschaft, welche mehrheitlich an der Österreichische Volksbanken Aktiengesellschaft (dem Spitzeninstitut) beteiligt ist. Das Spitzeninstitut ist unter anderem für das Liquiditätsmanagement, die Konsortialfinanzierungsstrukturierung und die Emission von Wertpapieren zuständig. Die DZ Gruppe als eine ausländische Aktionärin des Spitzeninstitutes ist ferner über die DZ BeteiligungsgmbH Nr. 11 an der Volksbank International beteiligt, wobei die Stimmenmacht an der Volksbank International AG von der Kapitalmacht abweicht, somit sich die VBI Beteiligungs GmbH auf eine Substanzbeteiligung beschränkt. Die Österreichische Volksbanken Aktiengesellschaft ist wechselseitig mit der Raiffeisen Zentralbank Österreich AG verbunden, da beide Gesellschaften ein Signal für die genossenschaftliche Verbundenheit beider Sektoren setzen wollten. Die wechselseitige Beteiligung erfolgt jedoch nicht direkt, sondern die Rückbeteiligung der Österreichische Volksbanken Aktiengesellschaft wurde über die Urenkeltochter, nämlich die UBG Bankenbeteiligungs GesellschaftmbH, strukturiert. Weiters ist bei der indirekten

²⁵¹ für eine detailliertere Betrachtung der Privatstiftung als Konzernspitze

Rückbeteiligung durch die Österreichische Volksbanken Aktiengesellschaft ein Auseinanderfallen der Stimmrechtsbeteiligung und der Substanz- bzw. Kapitalbeteiligung evident. Diese (Rück)beteiligung erreicht die qualifizierte bankwesenrechtliche Beteiligungsgrenze nicht. Die Investkredit Bank AG hält für internationale Transaktionen einen Anteil an der Investkredit International Bank p.l.c. Malta, deren Involvierung hinsichtlich Leasingtransaktionen umsatzsteuerliche Vorteile bietet. Ferner ist die Investkredit Bank Alleinakionär an der IKIB Mittelstandsfinanzierungsaktiengesellschaft, welche eine Mittelstandsfinanzierungsgesellschaft gemäß § 6b KStG darstellt und hinsichtlich des dem Finanzierungsbereich zuzurechnenden Teil des Einkommens begünstigt ist. Ferner gibt es konzerninterne und konzernfremde Joint Venture Gesellschaften mit 50%-igem Beteiligungsansatz.

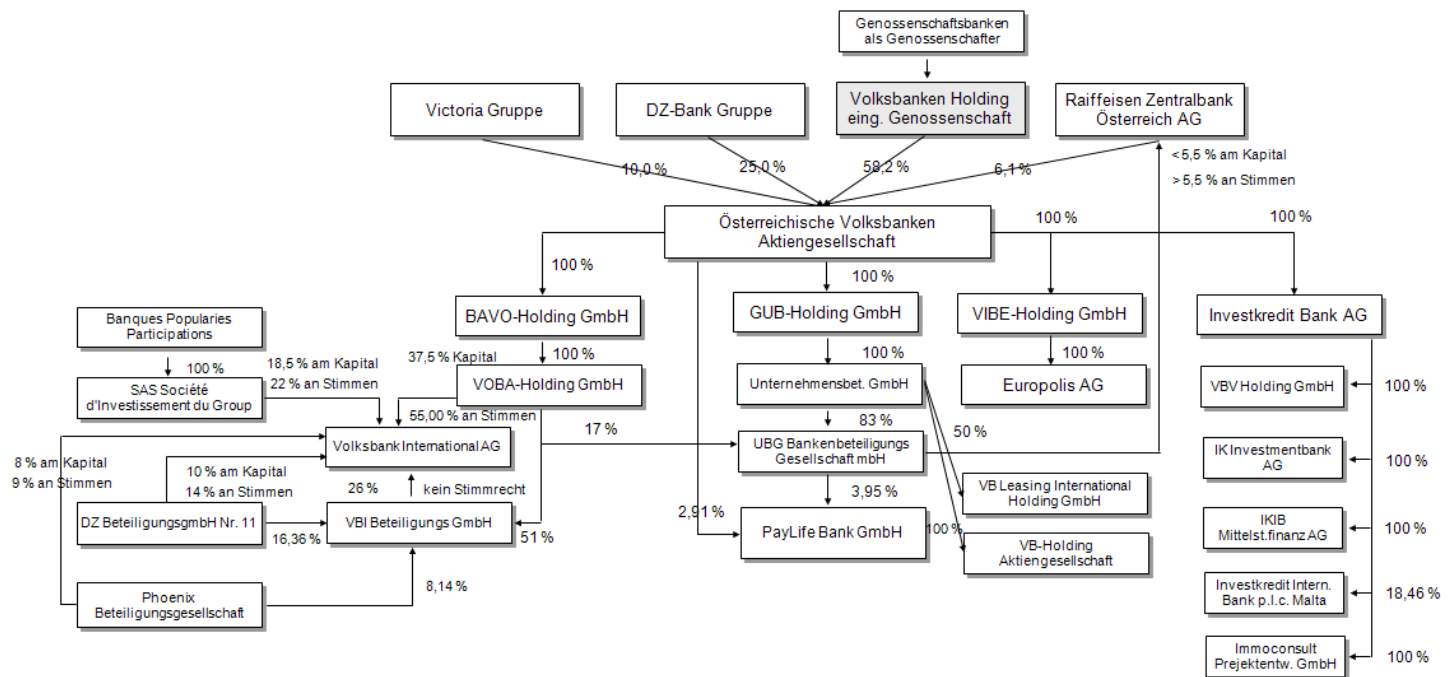


Abbildung 7 Verkürzte Darstellung Österreichische Volksbanken Aktiengesellschaft, Quelle: Firmenbuch und fiktive Adaptionen

1.4.1.2. Konzernstruktur einer Aktienbank

Eigentümer der BAWAG P.S.K Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG (BAWAG) sind neben der Zwergbeteiligung durch die Pa-zweiundsechzigste WT Beteiligungsverwaltungs GmbH, zum Zwecke der Verhinderung der Realisierung verkehrssteuerlicher Tatbestände, die BAWAG Holding GmbH, welche im Eigentum der niederländischen Promontoria Sacher Holding N.V. steht. Für Private Equity Beteiligungen oder Veranlagungen in Wertpapieren oder strukturierten Produkten ist der Beteiligungsarm der P.S.K. Beteiligungsverwaltung GmbH verantwortlich. Die Konzernstruktur der BAWAG verfügt konzernintern über mehrere treuhändische Beteiligungsstrukturen sowie über Projektgesellschaften, welche als Kommanditgesellschaften konzipiert sind. Die Kapitalisierung der Konzernmitglieder erfolgt nicht nur durch Eigenkapital, sondern neben Konzerndarlehen werden auch Genussscheine gezeichnet oder atypisch stille Beteiligungen eingegangen. Ferner sind auch Joint Venture Strukturen mit Konzernfremden ersichtlich. Zur Vermeidung von Verkehrssteuern bei Immobiliengesellschaften wird 100%iges Anteilseigentum durch Beteiligung von Konzerngesellschaften mit einer Zwergbeteiligung vermieden.

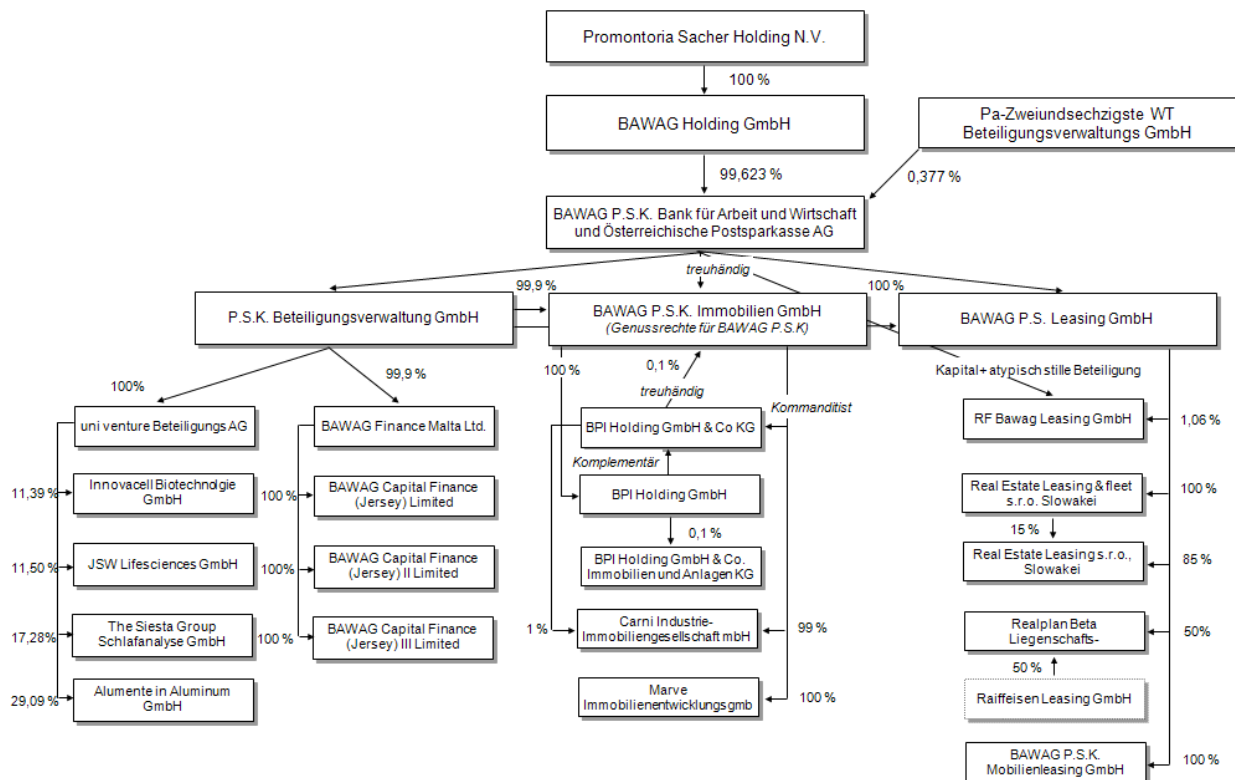


Abbildung 8 Verkürzte Darstellung BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG, Quelle: Firmenbuch und fiktive Adaptionen

1.4.2. Konzernstrukturen bei Versicherungsunternehmen

Beispielhaft werden die Konzernstrukturen der Vienna Insurance Group Wiener Städtischen Versicherung AG²⁵² und der Grazer Wechselseitigen Versicherungen AG²⁵³ dargestellt. Die Darstellung basiert auf den Gesellschaftsverhältnissen zum 31. Dezember 2009 und beschränkt die Darstellung auf jene Beteiligungen, die aufgrund ihrer konzernrechtlichen Gestaltung für diese Untersuchung von Interesse sind.

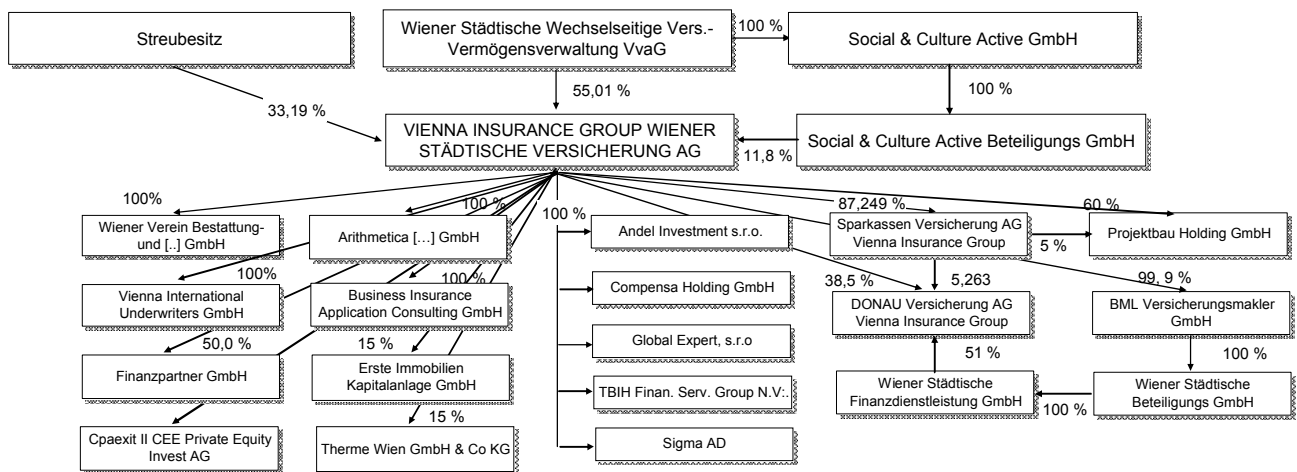


Abbildung 9 Verkürzte Darstellung Wiener Städtische Wechselseitige Versicherung und Vermögensverwaltung VVaG, Quelle: Firmenbuch

Die dargestellten Konzernstrukturen von Versicherungskonzernen zeigen zunächst, dass die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit ihren Versicherungsbetrieb in eine Aktiengesellschaft gemäß § 61

²⁵² in weiterer Folge kurz Wiener Städtische

²⁵³ in weiterer Folge kurz Grazer Wechselseitige

lit. a ff VAG eingebracht haben. Gerade dadurch wurde beispielsweise bei der Wiener Städtischen der Zugang zum Kapitalmarkt ermöglicht. Der Verein hört daraufhin nicht auf zu bestehen, sondern besitzt und verwaltet die Anteile, bei denen Versicherungsverträge seiner Mitglieder bestehen. Eine Auflösung des Vereines findet dann statt, wenn der Anteil aller an der Aktiengesellschaft beteiligten Vereine unter 26 % fällt²⁵⁴.

Charakteristisch ist in der Analyse der Konzernstrukturen sind die personellen Verflechtungen der Konzernunternehmen sowie generell die Maßnahmen zur Absicherung von Leitungsmacht. So zeigt sich bei der Wiener Städtischen, dass die Leitungsorgane der Vienna Insurance Group Wiener Städtische Versicherung AG in dominierendem Maße in den Tochtergesellschaften engagiert sind.

Ferner zeichnen sich gerade bei Immobilienbeteiligungsunternehmen als Tochtergesellschaften der Konzerne, dass, um die Rechtsfolgen einer Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs. 3 GrESTG bei weiteren Dispositionen zu verhindern, sogenannte Zwerganteile von anderen Konzerngesellschaften gehalten werden.

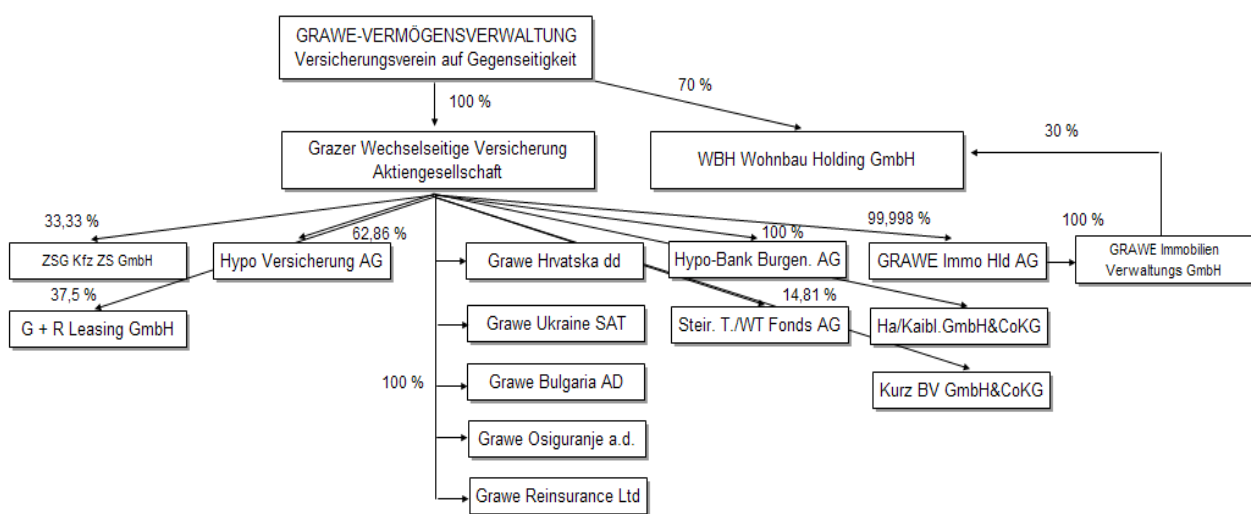


Abbildung 10 Verkürzte Darstellung Grawe-Vermögensverwaltung VVaG, Quelle: Firmenbuch

Augenscheinlich ist bei beiden dargestellten Konzernstrukturen der Einsatz von unmittelbaren und mittelbaren Rück- und Ringbeteiligungen. So hält die Wiener Städtische Wechselseitige Versicherung und Vermögensverwaltung VVaG zwar rund 55 % an der Vienna Insurance Group Wiener Städtische Versicherung AG direkt, zusätzlich jedoch über die Social & Culture Active GmbH sowie die Social & Culture Active Beteiligungs GmbH mittelbar weitere 11,8 %. Grund hierfür ist die Zeichnung von Aktien bei Kapitalerhöhung der Wiener Städtischen, welche zum Zwecke der Transparenz und Dokumentation nicht direkt erworben sondern über eine Zweckgesellschaft erworben wurden. Abhängig von der gesellschaftsvertraglichen Konzeption ist die Veräußerung von Anteilen an der Wiener Städtischen durch diese Zweckgesellschaft oder durch die Veräußerung ihrer Geschäftsanteile erleichtert. Weitere mittelbare Beteiligungen liegen bei der Donau Versicherung AG Vienna Insurance Group und bei der Projektbau Holding GmbH vor.

²⁵⁴ § 61 b Abs. 5 und 6 VAG

1.4.3. Konzernstrukturen eines Private Equity Unternehmens

Stellvertretend für die Konzernstruktur eines Private Equity Unternehmens sei die Global Equity Partners Gruppe dargestellt.

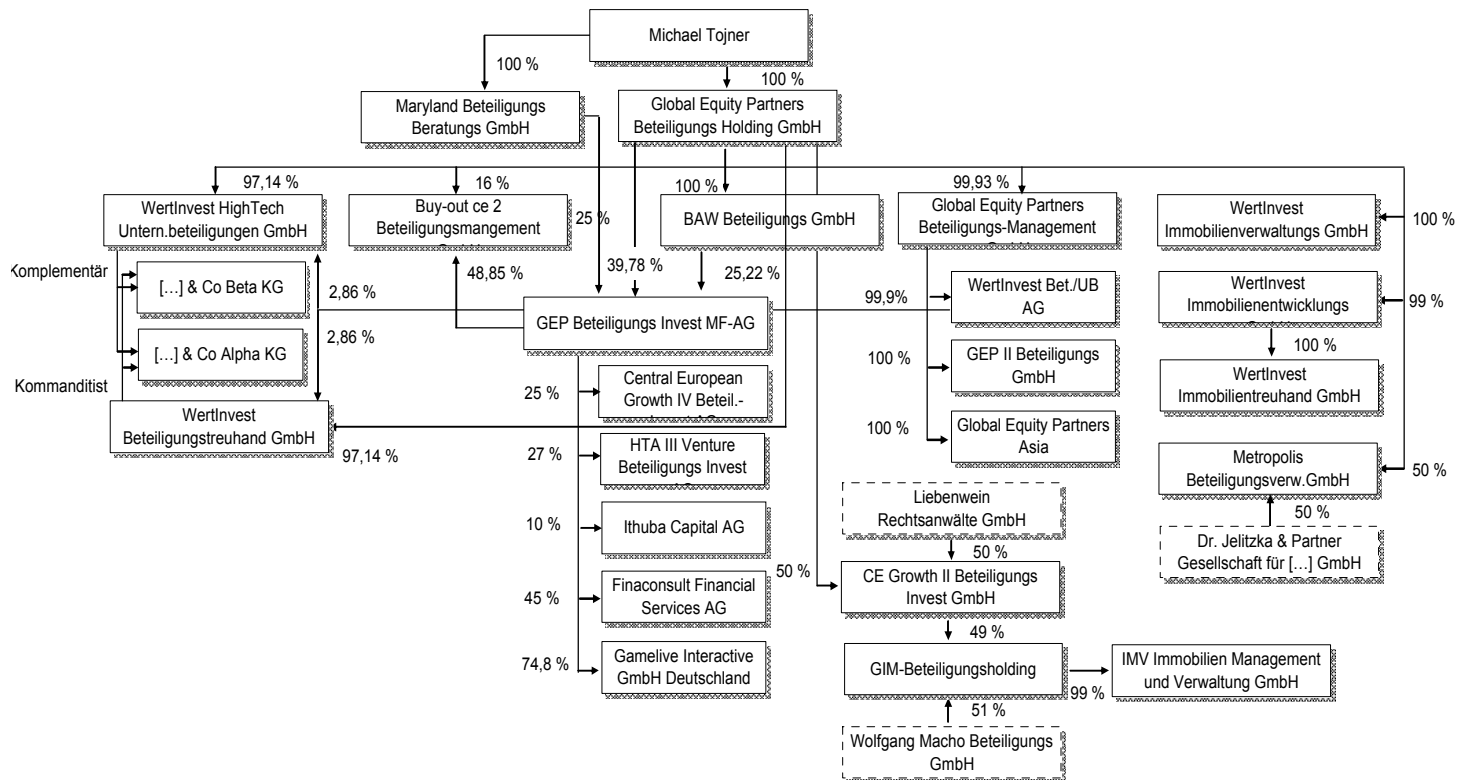


Abbildung 11 Verkürzte Darstellung der Global Equity Gruppe, Quelle: Firmenbuch

Charakteristisch in diesem Konzern sind ist Vielzahl von mittelbaren Beteiligungen. Obwohl Beteiligung einem wirtschaftlichen Eigentümer zuordenbar sind, werden Beteiligungen über Konzerngesellschaften gehalten, was einerseits im Rahmen von Kapitalerhöhungen die Transparenz erhöht und im Falle eines Deinvestments die vereinfachte Geschäftsanteilsübertragung ermöglicht. Im Fall von Kommanditstrukturen für Investmentclubs für High-Tech Unternehmen (Steuermodelle) wurde auch die Kommanditbeteiligung über eine treuhändische Beteiligungsgesellschaft strukturiert. Für Buy-Out Transaktionen, beispielsweise hinsichtlich des Erwerbes der IMV Immobilien Management und Verwaltung GmbH, werden Investmentgemeinschaften geschlossen, wobei sich die Private Equity Gesellschaft bzw. ein Teil der Investmentgemeinschaft auf eine Minderheitenbeteiligung von 49 % beschränkt. Für Immobilientransaktionen werden mehrere Gesellschaften gegründet (Immobilienverwaltung, -entwicklung, -treuhand), um zusätzliche Erträge bei Immobilienentwicklungen zu lukrieren. Bei Gesellschaften mit Immobilienvermögen werden zwecks Vermeidung von Verkehrssteuern Minderheitenanteile von Konzerngesellschaften oder von angestellten Konzernbeschäftigten gehalten. Die GEP Beteiligungs Invest MF AG ist eine Mittelstandsfinanzierungsgesellschaft im Sinne des § 6b KStG.

Auch aus dargestellter Abbildung ist ersichtlich, dass Beteiligungsgesellschaften sich hinsichtlich ihrer Investmentvehikel mehrheitlich der Kapitalgesellschaft bedienen. Die Mittelstandsfinanzierungsgesellschaft, als Vehikel zur Unterstützung der österreichischen PE/VC Industrie, setzt ebenfalls eine Kapitalgesellschaft

voraus. Davon sind jedoch einzelne Investmentprojekte bzw. einzelne Investmentgemeinschaften zu unterscheiden. Einzelne Investmentprojekte, gerade im kleinvolumigen Segment, werden über Kommanditstrukturen abgewickelt. Auch das noch im Diskussionsstadium befindliche Investmentgesellschaftengesetz anerkennt als Investmentgesellschaften, jene in der Rechtsform einer inländischen Kommanditgesellschaft oder einer Aktiengesellschaft²⁵⁵.

In den sogenannten Kommanditgesellschafts-Strukturen sind üblicherweise Kapitalgesellschaften eingebettet²⁵⁶. Die Zulässigkeit der Beteiligung einer GmbH an einer Personengesellschaft ist bereits seit der Inkraftsetzung des Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Jahr 1906 anerkannt²⁵⁷. Die Kommanditgesellschaft wird überwiegend aus steuerlichen Motiven gegründet, da den Kommanditisten Verluste zugerechnet werden können²⁵⁸ (Ergebnisausgleich), welche diese steuerlich²⁵⁹ verwerten können²⁶⁰.

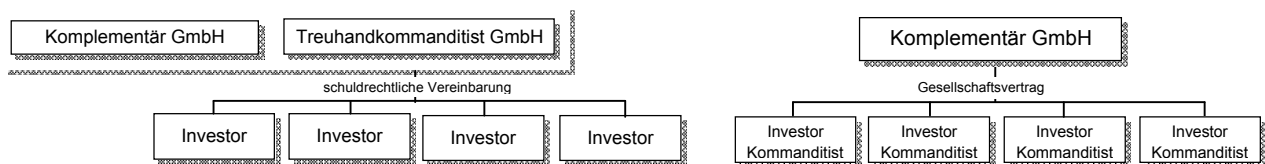


Abbildung 12 Typische Treuhandkonstruktion, Quelle: Eigene Darstellung

Zu bedenken ist jedoch die Einbettung der Kommanditstrukturen im Gesellschaftsrecht. Die Regelungen über die Kommanditgesellschaften finden sich im UGB²⁶¹. Doch darf daraus nicht geschlossen werden, dass andere gesellschaftsrechtliche Materiengesetze unberücksichtigt bleiben dürfen. Bei Kommanditgesellschaften, bei denen der unbeschränkt Haftende eine juristische Person ist, spricht man von „verdeckten“ Kapitalgesellschaften²⁶², bei denen die Judikatur²⁶³ und die Lehre umfassende Angleichungen zur „echten“ Kapitalgesellschaft vorgenommen hat. So bestimmte das IRÄG 1982 den Konkursgrund des § 67 KO (Überschuldung) für die Kapitalgesellschaft & Co KG als maßgeblich²⁶⁴. Bereits in der Konkursordnung 1914 wurde die Sonderinteressenslage der Kapitalgesellschaft & Co KG erkannt, denn der Gesetzgeber etablierte den Konkursgrund der Überschuldung für haftungsbeschränkende Rechtsformen – die Personengesellschaften und natürliche Personen nicht erwähnend – in dem er erklärte, dass „dort, wo die Persönlichkeit des Schuldners, seine Arbeitskraft, seine Fähigkeiten, sein Kredit, überhaupt die in Geld nicht schätzbaren Äußerungen der Persönlichkeit für die Gestaltung seiner wirtschaftlichen Lage in Betracht

²⁵⁵ § 1 Abs. 1 Investmentgesellschaftengesetz

²⁵⁶ eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung als unbeschränkt haftende Gesellschaft und die Kommanditgesellschaft als beschränkt haftende Gesellschaft

²⁵⁷ RGBl 1906/58; OGH 8 Ob 255/62 vom 11. September 1962, SZ 35/88; OGH 7 Ob 244/63 vom 25. September 1963, SZ 36/120; OGH Ob 106/74 vom 31. Juli 1974, SZ 47/90 vgl. Reich-Rohrwig: Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, Wien 2004, 381. Für die Beteiligung einer ausländischen Gesellschaft an einer KG als Komplementär wurde in der Judikatur die Errichtung einer inländischen Zweigniederlassung verlangt: OGH 17. Juli 1906, AC 2589; 25. September 1963, 7 Ob 244/63. In OGH 23. Juni 1988, 8 Ob 565/87, SZ 61/153, anerkannte der OGH eine Einpersonen-GmbH & Co KG, bei der der einzige Gesellschafter der Komplementärgesellschaft gleichzeitig einziger Kommanditist der KG ist.

²⁵⁸ § 167 UGB iVm § 121 UGB

²⁵⁹ bei natürlichen Personen in der „50%igen Progression“

²⁶⁰ häufig bei Immobilieninvestments oder Investments in High-Tech.

²⁶¹ Zweites Buch Zweiter Abschnitt des Unternehmensgesetzbuches § 161 – § 177 UGB

²⁶² vgl. Moser, Gerald: Weitere Annäherung der kapitalistischen KG an echte Kapitalgesellschaften, SWK 2008 W 187

²⁶³ OGH 2 Ob 225/07p vom 29. Mai 2008, zur Einlagenrückgewähr siehe Kapitel VI

²⁶⁴ § 67 Konkursordnung: (1) Die Eröffnung des Konkurses über eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, über das Vermögen juristischer Personen und über Verlassenschaften findet, soweit besondere Gesetze nichts anderes bestimmen, auch bei Überschuldung statt. (2) Die auf die Zahlungsunfähigkeit sich beziehenden Vorschriften der Konkursordnung gelten in diesen Fällen sinngemäß auch für die Überschuldung. (3) Bei der Prüfung, ob rechnerische Überschuldung vorliegt, sind Verbindlichkeiten – auch solche aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen – dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger erklärt, dass er Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs. 1 HGB) oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht.

kommen, eine Überschuldung an sich noch keine Gefährdung oder Verletzung der Rechte der Gläubiger; die Gläubiger würden nur verlieren, wollte das Gesetz über das Vermögen zahlungsfähiger, wenngleich überschuldeter Personen den Konkurs eröffnen lassen. Nur dort wo diese persönlichen Momente fehlen und die Deckung für die vorhandenen Schulden lediglich in dem Aktivvermögen ruht, ist es gerechtfertigt, neben der Zahlungsunfähigkeit auch die Überschuldung als Konkurseröffnungsgrund aufzustellen“²⁶⁵.

Das Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) umfasst ebenfalls Kapitalgesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist²⁶⁶. Das Unternehmensreorganisationsgesetz (URG) weitete durch das HarÄG²⁶⁷ die Haftungsbestimmungen des § 22 URG auch auf unternehmerisch tätige eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist, aus²⁶⁸. Die Rechnungslegungsvorschriften des UGB²⁶⁹ und die allgemeinen Vorschriften über den Jahresabschluss, den Lagebericht sowie den Corporate Governance-Bericht²⁷⁰ sowie die Konzernabschlussbestimmungen²⁷¹ sind ebenfalls für unternehmerisch tätige Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, maßgeblich. In mehreren Entscheidungen betonte der OGH, dass die Bestimmungen zur Kommanditgesellschaft im UGB auf die Kapitalgesellschaft & Co KG nicht unreduziert anwendbar sein sollen. So sprach er am 9. Februar 1995²⁷², dass bei Abfindung eines Kommanditisten die Zusicherung eines unabhängig von den Vermögensverhältnissen der Gesellschaft über dem Betrag der Einlage liegenden Abfindungsguthabens sittenwidrig ist, wenn die Zusage über einen langen Zeitraum gegeben wird, denn diese widerspricht dem Gleichbehandlungsgrundsatz sowie den Gläubigerschutzinteressen. Am 21. Dezember 1995²⁷³ hielt der OGH fest, dass das UGB im Liquidationsverfahren für OG und KG im Grunde keine besonderen Maßnahmen zum Schutz der Gläubiger vorsieht. Doch betonte er, dass § 145 Abs. 1 UGB²⁷⁴ für die GmbH & Co KG teleologisch zu reduzieren ist, denn die Dispositivität des Liquidationsrechts geht nicht über den Vorrang der Gläubigerbefriedigung hinaus. Denn wenn lediglich die juristische Person unbeschränkt weiter haftet und § 67 KO indirekt das Gesellschaftsvermögen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger schützt, dann fallen die Argumente für die Dispositionsfreiheit (d.h. die Vereinbarung über eine andere Auseinandersetzung anstatt der Liquidation), nämlich unbeschränkte Weiterhaftung

²⁶⁵ Kalss, Susanne/Eckert, Georg/Schörghofer, Paul: Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG, GesRZ 2009, 65

²⁶⁶ § 4 EKEG: Gesellschaften im Sinne des § 1 sind Kapitalgesellschaften, Genossenschaften mit beschränkter Haftung sowie Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

§ 11 EKEG: Ein Kredit, den ein Kommanditist einer Personengesellschaft, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, der Komplementärgesellschaft gewährt, steht einem der Personengesellschaft gewährten Kredit gleich.

²⁶⁷ BGBl I 2005/120

²⁶⁸ § 22. (1) Wird über das Vermögen einer prüfpflichtigen juristischen Person, die ein Unternehmen betreibt, der Konkurs oder der Anschlußkonkurs eröffnet, so haften die Mitglieder des vertretungsbefugten Organs gegenüber der juristischen Person zur ungeteilten Hand, jedoch je Person nur bis zu 100 000 Euro, für die durch die Konkursmasse nicht gedeckten Verbindlichkeiten, wenn sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Konkurs- oder Ausgleichsantrag einen Bericht des Abschlußprüfers erhalten haben, wonach die Eigenmittelquote (§ 23) weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24) mehr als 15 Jahre beträgt (Vermutung des Reorganisationsbedarfs), und nicht unverzüglich ein Reorganisationsverfahren beantragt oder nicht gehörig fortgesetzt haben oder einen Jahresabschluß nicht oder nicht rechtzeitig aufgestellt oder nicht unverzüglich den Abschlußprüfer mit dessen Prüfung beauftragt haben. (2) Abs. 1 gilt auch für unternehmerisch tätige eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist. Es haften die Mitglieder des vertretungsbefugten Organs des persönlich haftenden Gesellschafters mit Vertretungsbefugnis. (3) Die Haftung besteht bei einem Gesamtvertretungsorgan nur für jene Mitglieder, die die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens abgelehnt haben. (4) Sonstige Schadenersatzansprüche nach anderen Gesetzen bleiben unberührt

²⁶⁹ §§ 189 bis 283 UGB

²⁷⁰ 221 Abs. 5 UGB, §§ 222 bis 243 und §§ 268 bis 283 UGB

²⁷¹ 244 Abs. 3 UGB iVm §§ 244 bis 267 UGB

²⁷² 8 Ob 16/94

²⁷³ 2 Ob 594/95

²⁷⁴ „Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.“

mindestens eines Gesellschafters und das Fehlen von Kapitalerhaltungsvorschriften der Gesellschafter in Liquidationsangelegenheiten, weg. Unstrittig sind vor allem das Befriedigungs- und Zurückbehaltungsrecht der § 149, 155 UGB bei der GmbH & Co KG über § 161 Abs. 2 UGB als zwingendes Recht²⁷⁵.

Zu berücksichtigen ist weiters bei Kommanditvehikeln, deren Kommanditist ein Treuhänder ist, dass dem Treugeber eingeschränkte Rechte aus seiner lediglich mediatisierten gesellschafterähnlichen zukommen. So wurde beispielsweise am 10. April 2008 in 6 Ob 37/08x festgehalten, dass der Treugeber aufgrund seiner mediatisierten Beteiligung keine Möglichkeit zur Beschlussanfechtung nach § 41 GmbHG hat. Gesellschafter ist lediglich der Treuhänder und dieser ist Träger der gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten. Es gibt keine Rechtsbeziehung zwischen dem Treugeber und der Gesellschafter, wodurch der Treugeber nur über den Treuhänder Einfluss üben kann. Daher wird auch nur der Treuhänder in das Firmenbuch eingetragen und ein Treuhandzusatz ist nicht eintragungsfähig.

2. Konzernverträge

“[...] most organizations are simply legal fictions which serve as a nexus for a set of contracting relationships among individuals.”²⁷⁶

Ziel von Konzernverträgen ist die Konsolidierung der Einflussmacht gegenüber anderen Gesellschaften²⁷⁷. Sie können einerseits einen Konzern zur Folge haben oder andererseits bereits auf einer Konzernierung beruhen²⁷⁸. Eingesetzt werden Miet- und Pachtverträge, Finanzierungsverträge, Liefer- und Abnahmeverträge, Know-how-, Patent- und Lizenzverträge²⁷⁹ und auch Verträge gemäß § 238 AktG. Die fundamentale Überlegung ist, ob gewünschte Sachverhalte (Zurechnung von regulatorischem Kapital, Zusammenlegung bestimmter Aktivitäten, wie beispielsweise Risikomanagement, oder grenzüberschreitendes Treasury), zwangsläufig eine Kapitalbeteiligung voraussetzen oder auch durch konzernvertragliche Vereinbarungen erreicht werden können. Dies vielmehr, als Kapitaleinsatz (Anteilskaufpreis, u.a. Abfindungen) vermieden wird und vertragliche Befristungen vorgesehen werden können, wodurch Flexibilität bei sich ändernden Umständen behalten wird. Gesellschaftsrechtlich sind der **Beherrschungsvertrag**, der **Ergebnisabführungsvertrag** sowie **Stimmbindungsverträge** und steuerrechtlich der **Gruppenvertrag** dominierend. Bei genossenschaftlich organisierten Kreditinstituten ist ferner die **Haftungsvereinbarung** gemäß § 30 Abs. 2a BWG relevant, welche eine Kreditinstitutsgruppe auf Basis lediglich schuldrechtlicher Vereinbarung begründet. Abhängig von der Rechtsform der beteiligten Unternehmen bedarf außer dem Stimmbindungsvertrag jeder dieser Verträge zu ihrer Errichtung folgender Überlegungen. Die Privatautonomie erlaubt, dass juristische Personen, vertreten durch ihre Organe, Verträge, die Konzerne begründen, abschließen. Jedoch ist dies nur bis zu jenem Punkt unproblematisch, als dadurch der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand bzw. der Unternehmenszweck gedeckt ist²⁸⁰. Wird der Unternehmensgegenstand bzw. der Unternehmenszweck geändert, sei dies nun durch Vertragsabschluss

²⁷⁵ vgl. Kalss/Eckert/Schörghofer (2009), 65ff

²⁷⁶ Michael C. Jensen & William H. Meckling: The Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure, 3 J. Fin. Econ. 1976, 305.

²⁷⁷ Der Property Rights Ansatz bezeichnet Konzerne als Beziehungsgeflecht mehrerer Unternehmen, die sich als Nexus von Verträgen konstituieren. vgl. Rau-Bredow (1999), 1

²⁷⁸ vgl. Novacek (2000), 23 oder vgl. Koppensteiner, Kommentar (1999), § 49 Rn 19ff.

²⁷⁹ Jabornegg in Jabornegg/Strasser, Kommentar (2006), § 15 Rz 35ff., vgl. Krejci (1988), 368

²⁸⁰ vgl. Krejci (1988), 270; vgl. Harrer (1999), 41

oder faktische Konzernierung, liegt in der Regel eine Änderung wesentlicher Zielsetzungen vor, die eine Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsänderung bedingt²⁸¹.

§ 116 Abs. 2 UGB normiert, dass in Fällen von **Personengesellschaften** der Beschluss sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist, wenn Handlungen über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens hinaus notwendig werden.

Bei **Aktiengesellschaften** wird § 238 AktG²⁸² (Gewinngemeinschaft) schlagend, der für den Fall, dass sich eine Aktiengesellschaft verpflichtet (Vertragskonzern) an eine andere Person ihren Gewinn ganz oder teilweise abzuführen ($\frac{3}{4}$ ihres Gewinnes), eine Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals als Bedingung vorsieht, wobei Satzungsbestimmungen restriktiver sein können (relativ dispositiv). Im Falle der faktischen Konzernierung hat im Gegensatz zum Abschluss von Unternehmensverträgen der Vorstand solange sich die Konzernierung mit dem Gesellschaftszweck bzw. Unternehmensgegenstand vereinbaren lässt keine Pflicht seine Entscheidung an die Zustimmung der Hauptversammlung zu binden und muss sich nur an § 70 AktG - die zwingend normierte Selbstständigkeit in der Führung der AG durch den Vorstand – orientieren²⁸³.

Bei der **GmbH** gilt für außerordentliche Geschäfte grundsätzlich eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit. Bei mangelnder Alternativregelung im Gesellschaftsvertrag, ist jedoch Einstimmigkeit anzunehmen, wenn die Konzernierung eine Änderung des Unternehmensgegenstandes bzw. des Gesellschaftszwecks zur Folge hat²⁸⁴. Entgegen der überwiegenden Lehre²⁸⁵, die einen Bedarf an der einstimmigen Änderung des Gesellschaftsvertrages sieht, verneint dies in der Literaturdiskussion *Koppensteiner*, weil seines Erachtens jeder Gesellschafter mangels Vinkulierung der Anteile damit rechnen muss, dass die Gesellschaft Objekt einer einheitlichen Leitung wird und weil *stricto sensu* von einer Änderung des Unternehmensgegenstandes nicht die Rede sein kann, da die Ausrichtung an der Gewinnerzielung auch nach Konzernierung weiter besteht²⁸⁶. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise von *Koppensteiner* darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Normfall des § 50 Abs. 3 GmbHG eine Beschlussfassung mit Einstimmigkeit vorsieht. Anderenfalls würde die durch ihre dispositiven Charakterzüge des GmbH-Rechts eingeräumte Möglichkeit der alternativen Satzungsregelung obsolet werden. Die obgenannte Alternativregelung im Gesellschaftsvertrag, welche das Einstimmigkeitserfordernis bei Änderungen des Unternehmensgegenstandes gemäß § 50 Abs. 3 GmbHG vorsieht, darf jedoch eine geringere als $\frac{3}{4}$ -Mehrheit nicht vorsehen²⁸⁷.

Dem deutschen Recht entsprechend dürfen Beherrschungs- und Gewinn- bzw. Ergebnisabführungsverträge nicht alleine mit der Zustimmung der untergeordneten Gesellschaft abgeschlossen werden, sondern bedürfen vielmehr auch eines zustimmenden Beschlusses der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung der übergeordneten Konzerngesellschaft, wenn diese über keine Konzern-

²⁸¹ kritisch dazu *Koppensteiner*, der eine Satzungsänderung für ineffizient hält, weil jegliche Änderung des Konzernvertrages eine Satzungsänderung zur Folge hätte; vgl. *Harrer* (1999), 42

²⁸² umfassen auch Betriebspachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag, Betriebsführungsvertrag

²⁸³ vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 43

²⁸⁴ § 50 Abs. 3 GmbHG

²⁸⁵ vgl. *Umfahrer, Michael*: Formfragen bei Änderung des GmbH-Vertrages, *ecolex* 1996, 99

²⁸⁶ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 50 Rz 10

²⁸⁷ vgl. *Jud, Waldemar/Zierler, Joachim*: Zur Reichweite mehrheitsregelnder Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften, *NZ* 2003/39; ebenfalls *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 50 Rz 3; *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 415

/Beteiligungsklausel²⁸⁸ in ihrer Satzung bzw. ihrem Gesellschaftsvertrag verfügt und sich das Betätigungsfeld der Tochter nicht mit jenem der Mutter deckt²⁸⁹. Die Übernahme ins österreichische Recht resultiert aus der Analogie zu § 293 Abs. 2 dAktG²⁹⁰, wobei die Beschlussquoten in der Literatur strittig sind. In Anlehnung an § 238 AktG kann aufgrund der evidenten Interessensgleichheit von einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit des vertretenen Grundkapitals ausgegangen werden²⁹¹. Zugrunde liegendes Kernargument ist, dass der Konzernobergesellschaft durch die Beherrschung nicht nur Rechte sondern auch Pflichten entstehen, beispielsweise das Risiko, einen Verlust zu tragen. Daher müssen die Gesellschafter und Aktionäre der Obergesellschaft ebenfalls zustimmen. Festzuhalten gilt, dass die Obergesellschaft dann keine Satzungsänderung durch Beschluss durchführen muss, wenn der Vertrag nicht in die Struktur der Gesellschaft eingreift, somit diese nicht die Gewinnverteilungsregeln bei der herrschenden AG bzw. GmbH derogiert oder in die eigenverantwortlichen Leitungsbefugnisse der Organe gegenüber der eigenen Gesellschaft eingreift²⁹².

Hinsichtlich der praktischen Bedeutung von Unternehmensverträgen gibt eine empirische Untersuchung des Lehrstuhls für Unternehmensführung und Organisation der Universität Augsburg Aufschluss. Demnach bezeichneten über die Hälfte der 75 befragten großen und mittelständischen Konzerne Unternehmensverträge als Instrument der Konzernführung als wichtig. 12 % der Befragten hatten keine Unternehmensverträge abgeschlossen. Von jenen, die Verträge abgeschlossen hatten, wurden bei 63 % Gewinnabführungsverträge geschlossen und 38 % schlossen einen Beherrschungsvertrag ab²⁹³. Die dahinterliegenden Motive waren jedoch nicht gesellschaftsrechtlicher oder betriebswirtschaftlicher Natur (Koordinationseffizienz, Führungseffizienz), sondern rein steuerlicher Natur²⁹⁴.

²⁸⁸ „Konzernklauseln sind die statutarische Ermächtigung zur Konzernbildung, sofern ein gewisser Bestandschutz der Gesellschaft gesichert ist, zwecks Generierung höher Flexibilität in der Konzernierung. Jedoch kann eine derartige Konzernklausel bei der abhängigen AG bzw. GmbH nicht den Zustimmungsbeschluss der HV oder der GV ersetzen. Bei der herrschenden GmbH ist die Vorwegnahme der Gesellschafterzustimmung (umstritten) statthaft; bei der herrschenden AG ist auf die Schwere des Eingriffes in die innere Ordnung der Gesellschaft und auf die unternehmerische Eigenständigkeit bedacht zu nehmen“. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 238; Rz 5, vgl. *Harrer* (1999), 45ff.; Beispiel für Konzernklausel in *Von Büren* (2005), 431: „Die Generalklausel bewirkt, dass die verbundenen Unternehmen in den Vertrag einbezogen werden, wie wenn sie auch Vertragspartei wären. Die Vertragspflichten erstrecken sich auf die an den Vertragsverhandlungen nicht beteiligt gewesen Konzernunternehmen. Die Konzernverrechnungsklausel legt fest, dass die wechselseitigen Forderungen der konzernverbundenen Partei(en) durch Verrechnung getilgt werden können. [...] wäre dies ohne entsprechende Klausel wegen der juristischen Selbständigkeit der einzelnen Konzernunternehmen nicht möglich“.

²⁸⁹ vgl. *Koppensteiner in Kalss/Rüffler* (2003), 13

²⁹⁰ § 293 deutsches Aktiengesetz: Zustimmung der Hauptversammlung: (1) Ein Unternehmensvertrag wird nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Die Satzung kann eine größere Kapitalmehrheit und weitere Erfordernisse bestimmen. Auf den Beschluß sind die Bestimmungen des Gesetzes und der Satzung über Satzungsänderungen nicht anzuwenden. (2) Ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag wird, wenn der andere Vertragsteil eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ist, nur wirksam, wenn auch die Hauptversammlung dieser Gesellschaft zustimmt. Für den Beschluß gilt Absatz 1 Satz 2 bis 4 sinngemäß. (3) Der Vertrag bedarf der schriftlichen Form.

²⁹¹ § 238. (1) Ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft verpflichtet, an eine andere Person ihren Gewinn ganz oder teilweise abzuführen, bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung, wenn die Gesellschaft nach diesem Vertrag allein oder in Zusammenhang mit anderen Verträgen mehr als drei Viertel ihres gesamten Gewinns abzuführen hat. (2) Der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf auch ein Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft einem anderen den Betrieb ihres Unternehmens verpachtet oder sonst überläßt oder in dem sie ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen zu führen übernimmt. (3) Die Beschlüsse bedürfen einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Die Satzung kann diese Mehrheit durch eine größere Kapitalmehrheit ersetzen und noch andere Erfordernisse aufstellen.

²⁹² Abhängig ob ungewöhnliches Geschäft oder nicht, vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 49 Rz 21; vgl. *Harrer* (199), 44

²⁹³ *Süss, Christa*: Größe und Konzernführung, in: Konzernhandbuch, 1993, 440ff. zitiert in *Koblin, Carsten*: Wertsteigernde Konzernstrukturen, Dissertation, Freiburg 2002, 160ff.; weitere Studien über die Bedeutung von Unternehmensverträgen *Holtmann* (1989), *Bühner* (1991, 1993), *Hoffmann* (1993), *Binder* (1994), *Mellewig* (1995), *Hamprecht* (1996), *Bassen* (1998) in *Mellewig/Matiaske in Albach* (2000), 107ff.; *Binder, Christoph U.*: Beteiligungsführung in der Konzernunternehmung. Betriebswirtschaftliche Elemente und Gestaltungsmöglichkeiten von Mutter-Tochterbeziehungen, Köln 1994, 105

²⁹⁴ ebd.

2.1. Beherrschungsvertrag und Haftungsvereinbarung

Beherrschungsverträge, als gesellschaftsrechtliche Verträge, werden zwischen Unternehmensrechtsträgern mit dem Ziel abgeschlossen, die einheitliche Leitung des einen Vertragspartners über einen anderen inhaltlich festzulegen. Beherrschungsverträge ermöglichen unter Vermeidung einer Kapitalbeteiligung, wesentliche gesellschaftsübergreifende Agenden (Back-office, Rückversicherungsgeschäft, Syndizierungsabteilung) bei einer Stelle zu strukturieren. Weil das österreichische Recht keinerlei Hinweise über den Vertragsinhalt enthält und derartige Verträge im Prinzip nicht unumstritten sind, misst die herrschende Lehre die Zulässigkeit des Beherrschungsvertrages am Maßstab der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit²⁹⁵. Beherrschungsverträge sind demnach dann ungültig, wenn sie den Verlust jedweden Eigenbestandsinteresses zur Folge haben, weil beispielsweise eine verbliebene Restkompetenz zur Wahrnehmung des Eigeninteresses insuffizient ist²⁹⁶. Dies wird beispielsweise deshalb relevant, weil dem herrschenden Unternehmen ein Weisungsrecht eingeräumt wird und somit eine gespaltene Leitungsmacht vorliegt. Probleme ergeben sich unter anderem dadurch, dass ein Weisungsrecht einer übergeordneten Unternehmung mit dem Grundprinzip der Ausrichtung an das eigene Unternehmensinteresse einer (nunmehr untergeordneten) Aktiengesellschaft kollidieren könnte. Während § 308 dAktG das herrschende Unternehmen berechtigt, dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft hinsichtlich deren Leitung Weisungen, auch nachteilige (Konzerninteresse), zu erteilen, die diese zu befolgen hat, wobei als Schutz erstens die Verlustübernahme durch das herrschende Unternehmen und zweitens ein laufender „angemessener“ Ausgleich sowie ein Abfindungsangebot für außenstehende Aktionäre gewährt wird, fehlt es an einer derartigen Regelung im österreichischen Aktienrecht. Vielmehr hat der Vorstand der Aktiengesellschaft im Konfliktfall sich gemäß § 70 AktG am Wohl des Unternehmens zu orientieren²⁹⁷. Demnach spielt die Weisung zur Konzernsteuerung eher bei der GmbH eine Rolle²⁹⁸. Doch auch hier betont u.a. *Jud*, dass eine Gesellschaft (mbH) zum Schutz von Gesellschaft und Gesellschaftern nicht einer Fremdsteuerung ausgeliefert werden darf und dass die Befugnisse nicht über § 20 GmbHG hinausgehen dürfen²⁹⁹.

Festzuhalten gilt, dass im Gegensatz zum deutschen Recht in Österreich enge Grenzen hinsichtlich der Zulässigkeit von Beherrschungsverträgen zu ziehen sind, jedoch ihnen dann nichts im Wege steht, wenn gewisse Mindestbedingungen, wie beispielsweise das Verbot der nachteiligen Weisung, berücksichtigt werden, um der effizienten Konzernführung dienlich zu sein³⁰⁰.

Die **Haftungsvereinbarung** ist ein Instrument des Bankwesengesetzes, wodurch eine Kreditinstitutsgruppe geschaffen wird. Nach § 30 Abs. 2a BWG liegt eine Kreditinstitutsgruppe auch dann vor, wenn sich ein Zentralinstitut und Institute, die dem Zentralinstitut im Sinne des § 23 Abs. 13 Z. 6 BWG angeschlossen sind, über einen schuldrechtlichen Vertrag verpflichtet haben ein Früherkennungssystem einzurichten, einander bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten durch finanzielle oder sonstige Maßnahmen zu unterstützen, ihre Geschäfts- und Marktpolitik zu vereinheitlichen. Die Kündigungsfrist für eine derartige Verpflichtung

²⁹⁵ vgl. *Vanis, Wolfgang*: Beherrschung von Kapitalgesellschaften, Wien 1991, 112

²⁹⁶ vgl. *Krejci* (1988), 67, vgl. *Vanis* (1991), 115

²⁹⁷ vgl. *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 39

²⁹⁸ § 20 GmbHG

²⁹⁹ vgl. *Jud, Waldemar*: Die Stille Beteiligung an einer GmbH, Eine Alternative zur GmbH & Co KG, Habil. (1978), zitiert in *Vanis* (1991), 116

³⁰⁰ vgl. *Harrer* (1999), 55

muss mindestens 2 Jahre betragen. Das Früherkennungssystem und die Verpflichtung einander bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten durch finanzielle oder sonstige Maßnahmen zu unterstützen, erfolgt über eine, zu diesem Zweck in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft (auch Verein) oder Genossenschaft, zu errichtete Haftungsgesellschaft, an der nur das Zentralinstitut mehrheitlich und die ihm angeschlossenen Institute, bei Genossenschaften zusätzlich auch die Organmitglieder der Haftungsgenossenschaft, beteiligt sind. Das mehrheitlich beteiligte Zentralinstitut muss die Möglichkeit haben beherrschenden Einfluss auszuüben und gilt als übergeordnetes Kreditinstitut einer Kreditinstitutsgruppe³⁰¹. Zusätzlich zum so genannten Haftungsvertrag ist daher ein kapitalmäßiger Anteil tatbestandsmäßig. Demnach sind das Spitzeninstitut und die teilnehmenden Kreditinstitute an der Haftungsgesellschaft kapitalmäßig beteiligt und schließen ferner unter Beitritt der Haftungsgesellschaft eine Haftungsvereinbarung in dargelegter Form ab³⁰².

Beispielhaft basiert der sparkassenrechtliche Haftungsverbund einerseits auf einer Grundsatzvereinbarung zwischen dem Spitzeninstitut und den Sparkassen sowie auf dem Gesellschaftsvertrag der Haftungsgesellschaft (Sparkassen-Haftungs-Aktiengesellschaft) andererseits. Die Grundsatzvereinbarung umfasst einerseits die sparkassenspezifische Geschäfts- und Marktpolitik (darunter vertiefende Kooperation durch effektiven Produktsverbund, Vereinheitlichung des Marktauftrittes, Harmonisierung der Risikoklassifizierung und -qualifizierung, Installierung leistungsfähiger einheitlicher Kontrollsysteme, Bündelung wesentlicher Abwicklungsfunktionen, Zusammenarbeit in diversen Know-How Bereichen, wie beispielsweise Asset/Liability-Management) sowie die Haftung über die gesetzliche Einlagensicherung zur Sicherung der Kunden gegen das Insolvenzrisiko einzelner Sparkassen hinaus³⁰³, andererseits³⁰⁴.

2.2. Ergebnisabführungsvertrag

Der Ergebnisabführungsvertrag (EAV), laut der österreichischen Rechtsprechung und Lehre als Unternehmensvertrag gemäß § 238 AktG („*Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft verpflichtet, an eine andere Person ihren Gewinn ganz oder teilweise abzuführen*“) qualifiziert³⁰⁵, ist eine Vereinbarung, die eine Gewinnabführungspflicht und³⁰⁶ eine Verlustübernahmepflicht vorsieht (steuerliche Motive). Ein reiner Gewinnabführungsvertrag ist nach hA nicht erlaubt, während ein reiner Verlustabführungsvertrag zulässig ist³⁰⁷. Der Ergebnisabführungsvertrag als Unternehmensvertrag ist im österreichischen Recht nicht ausdrücklich zivilrechtlich geregelt, sondern hat seinen Ursprung im Steuerrecht³⁰⁸. Der Vertrag bezieht sich nur auf die Ergebnisse der involvierten Unternehmungen und hat grundsätzlich nicht die Leitungsbefugnis durch Gewinnabführungsvertrag zur Folge. Unproblematisch sind EAV bei 100 %-Beteiligungen, ansonsten steht den Minderheitsgesellschaftern ein Ausgleich, beispielsweise durch Dividendengarantie in Höhe der

³⁰¹ vgl. Borns (2006), 20

³⁰² aufgrund existenter Vorbehalte der Europäischen Kommission wird zur Begründung der Kreditinstitutsgruppe vorwiegend § 30 Abs. 1 Z. 5 BWG und nicht § 30 Abs. 2a BWG angewandt.

³⁰³ geschützt sind die Einlagen gemäß § 93 Abs. 2 BWG; Entsprechend den Raiffeisen-Kundengarantie Gemeinschaften (Vereine auf freiwilliger Basis), sind Forderungen an die (sektorale) Kreditinstitutsgruppe nicht erfasst sowie Forderungen an Sektorbanken, welche zugunsten sektorfremder Banken bestehen. Weiters fallen neben den Eigenmittelbestandteilen nach § 23 BWG auch verschiedene Forderungen aus geldwäscherelevanten Sachverhalten und sonstige in Schädigungsabsicht zustande gekommene Forderungen aus dem Schutz heraus. vgl. Gapp, Walter: Deposit Insurance Design. Einlagensicherung in Österreich und internationale „best practice“, ÖBA 2003, 707ff.

³⁰⁴ OGH 16 Ok9/08 vom 8. Oktober 2008 („Sparkassenmodell“)

³⁰⁵ OGH 6 Ob 86/99m vom 20. Mai 1999, *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 238

³⁰⁶ Verlustübernahme als Korrelat der Gewinnabführung – inhaltlich aus § 82 Abs. 5 GmbHG, vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 49 Rz 25, *Haberl, Andrea*: Grenzüberschreitende Ergebnisabführungsverträge und Gruppenbildungen aus kollisionsrechtlicher Sicht, wbl 2005, 546

³⁰⁷ vgl. *Koppensteiner* (1999), § 25 Rn 36

³⁰⁸ vgl. *Novacek* (2000), 23

hypothetischen Gewinne, zu³⁰⁹. Der Terminus der Dividendengarantie findet sich im österreichischen Gesellschaftsrecht nicht, dennoch ist er als Ausgleichsanspruch des nicht vertragsbeteiligten Gesellschafters unbestritten und fällt nicht unter das Verbot der Einlagenrückgewähr. Ferner sind sie dem Wesen nach keine Dividenden, welche aus dem Jahresgewinn resultieren, sondern vielmehr eine Gegenleistung dafür, dass der Vertragspartner des Ergebnisabführungsvertrages die Gewinnanteile rechtmäßig zugesprochen erhält.

Der Ergebnisabführungsvertrag überlagert den Gesellschaftsvertrag einerseits wo der Gesellschaftsvertrag keine Regelungen vorsieht und andererseits über eine zeitliche Komponente, nämlich die Dauer des Ergebnisabführungsvertrages. Beispielsweise kann demnach im Ergebnisabführungsvertrag die im Grunde gleiche Gewinnberechtigung aller Gesellschafter temporär durch eine andere Verteilungsregel ersetzt werden. Es handelt sich daher um unterschiedliche Qualitäten von Unternehmensverträgen mit unterschiedlichen Schutzzwecken. Während der Gesellschaftsvertrag die dauernden Prozesse der Gesellschaft an sich festhält, sind Ergebnisabführungsverträge zeitabhängige und oft schuldrechtliche Bestimmungen enthaltende Vereinbarungen. Die Notwendigkeit der Eintragung des Ergebnisabführungsvertrages in das Firmenbuch wird vom OGH verneint³¹⁰.

Bei **Aktiengesellschaften** ist zum Abschluss eines EAV das zur Vertretung nach außen berechnigte Organ der **abführungsverpflichteten** Gesellschaft, der Vorstand, zuständig³¹¹. Betrifft die EAV-Verpflichtung jedoch mehr als $\frac{3}{4}$ des Bilanzgewinnes, normiert § 238 Abs. 3 AktG ein Zustimmungserfordernis der Gesellschafter ($\frac{3}{4}$ des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals), welches überdies gemäß § 120 AktG der notariellen Beurkundung bedarf und ins Firmenbuch eingetragen werden muss³¹². Bei der **abführungsberechnigten** Aktiengesellschaft wird ein Zustimmungserfordernis der Gesellschafter nur dann anzunehmen sein, wenn der Vertragsabschluss dem Unternehmensgegenstand widerspricht, ansonsten fällt der Vertragsabschluss in die Kompetenz des Vertretungsorgans.

Bei der **GmbH** wird davon ausgegangen, dass der Abschluss eines EAV durch die **abführungsverpflichtete** Gesellschaft nicht in die Zuständigkeitskompetenz des Geschäftsführers fällt, sondern einer Zustimmung der Gesellschafter bedarf, wobei die Mehrheitserfordernisse umstritten sind³¹³, ein Beschluss aber notariell beurkundet und eingetragen werden muss. Meines Erachtens ist aufgrund der Tiefe des Eingriffes in die Finanzorganisation Einstimmigkeit des vertretenen Grundkapitals notwendig. Die **abführungsberechnigte** Gesellschaft(mbh) hat einen zustimmenden Beschluss (einfache Mehrheit) der Gesellschafter einzuziehen, wenn es sich um ein ungewöhnliches Geschäft handelt³¹⁴.

Der **Geschäftsführungsvertrag** ist ein Unterfall des Ergebnisabführungsvertrages, in welchem eine Gesellschaft sich verpflichtet ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen zu führen, verfolgt aber das

³⁰⁹ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 49 Rz 25 und 26: „Die demnach zwingende Dividendengarantie trägt dem Gleichbehandlungsgebot grundsätzlich Rechnung, weshalb für ein zusätzliches Abfindungsangebot keine Rechtsgrundlage ersichtlich ist“ ebd. Ein Austrittsrecht ist obwohl es wünschenswert wäre derzeit nicht gesetzlich verankert.

³¹⁰ vgl. *Novacek* (2000), 24

³¹¹ „[...]“, vermag das Risiko der Verlustübernahme eine Zustimmungskompetenz der Hauptversammlung des Organträgers nicht zu rechtfertigen. Dieses Risiko bewirkt weder eine Strukturänderung bei der Obergesellschaft noch einen Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte ihrer Gesellschafter.“ *Jud, Waldemar/Schummer, Gerhard*: Zur Abschlusskompetenz für Ergebnisabführungsverträge beim Organträger, WBI 1994, 84

³¹² vgl. *Jud/Schummer* (1994), 81 mit Verweis auf § 111 AktG alte Rechtslage

³¹³ vgl. *Jud/Schummer* (1994), 81; $\frac{3}{4}$ Mehrheit z.B. *Koppensteiner* (1985), 176f.; Einstimmigkeit z.B. *Reich-Rohrwig*, Johannes: Das Österreichische GmbH-Recht, 1. Auflage, 1983 sowie 2. Auflage, 1997

³¹⁴ *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 49 Rz 21

gleiche Ziel. Der einzige Unterschied besteht darin, dass beim Ergebnisabführungsvertrag die Gesellschaft zuerst das Ergebnis durch ihre Wertschöpfung erzielt und dann abführt, wohingegen beim Geschäftsführungsvertrag der Gewinn oder Verlust bereits bei dem führenden Unternehmen eintritt. Weitere Unterfälle sind der **Betriebspachtvertrag**, bei dem ein Betrieb für eine gewisse Zeit gegen Entgelt gepachtet wird, der **Betriebsüberlassungsvertrag**, bei dem ein Unternehmen auf fremde Rechnung, aber im Namen des Übernehmers geführt wird und der **Betriebsführungsvertrag**, bei dem „ein Unternehmen einen anderen beauftragt, das Unternehmen für Rechnung des Auftraggebers und auf dessen Namen zu führen“ (Managementverträge)³¹⁵.

Die Besteuerung über die Gruppe verlangt es nun nicht mehr, dass ein Ergebnisabführungsvertrag abgeschlossen werden muss, wodurch dem Ergebnisabführungsvertrag die vormals dominante praktische Relevanz entzogen wurde.

2.3. Managementvertrag (Betriebsführungsvertrag)

Managementverträge sind vor allem in der Private Equity Branche üblich, da sich eine Investorengemeinschaft der Expertise der Betriebsführungsgesellschaft bedient. Demnach übernimmt bei einem Betriebsführungsvertrag der Betriebsführer die Führung des Unternehmens für Rechnung und Risiko des Unternehmensinhabers gegen Entgelt (management fee)³¹⁶. Hinsichtlich der Beschlusserfordernisse ist bei der Betriebsführungsgesellschaft – üblicherweise als GmbH strukturiert – die einfache Mehrheit der Stimmen der Gesellschafter notwendig, falls es sich um ein ungewöhnliches Geschäft handelt. Handelt es sich um ein gewöhnliches Geschäft, ist der Geschäftsführer in seiner Vertretungshandlung, außer es ist gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich anderes normiert, frei. Bei der betriebsinhabenden Gesellschaft ist im Falle einer Aktiengesellschaft § 238 Abs. 3 AktG analog anzuwenden bzw. im Falle einer GmbH Einstimmigkeit maßgeblich.

Zivilrechtlich ist der Betriebsführungsvertrag nach den Regeln über Auftrag und Vollmacht (§ 1002 ABGB) zu beurteilen. Aus der intensiven Einwirkungsmöglichkeit kommt dem Betriebsführer eine besondere Treupflicht zu, denn der Betriebsinhaber lässt den Betriebsführer auf seine Rechnung und Risiko agieren. Dies stellt mit den Problemkreisen des *moral hazard* und der *adverse selection*³¹⁷ aufgrund asymmetrischer Information den Paradefall der Prinzipal-Agenten-Theorie dar. Eine lange Vertragsdauer des Betriebsführungsvertrages birgt ein hohes Risiko für den Betriebsinhaber, was in der Praxis zum Abschluss von vertraglich vereinbarten Erfolgsgarantien/Verlustrpönnen und Exit-Strukturen führt. Der BGH hat in seiner **Holiday-Inn**-Entscheidung beispielsweise die Bindungsvereinbarung für einen mehr als 50 Jahre unkündbaren Managementvertrag als sittenwidrig angesehen, jedoch eine 20-jährige Mindervertragsdauer nach den besonderen Umständen des Einzelfalls als zulässig erachtet³¹⁸. Das OLG München³¹⁹ sah einen Betriebsführungsvertrag als nichtig an, bei dem der Betriebsinhaber für einen Vertrag mit langer

³¹⁵ Krejci (1988), 330ff., vgl. Harrer (1999), 63ff.

³¹⁶ vgl. Reich-Rohrwig, Johannes: Wirtschaft im Wandel – Zusammenarbeit ist gefragt, ecolex-skript 2002, 23ff., mit weiterem Verweis auf Reich-Rohrwig, Der Betriebsführungsvertrag, Eine moderne Form der Kooperation, in Vwt (Vereinigung Österreichischer Wirtschaftstreuhänder), Der Wirtschaftstreuhänder 1986, Heft 6, 5ff.; Krejci (1988), 330f.; vgl. Koppensteiner, Kommentar (1999), § 49 Rz 18;

³¹⁷ vgl. Wagenhofer, Alfred/Ewert, Ralf: Interne Unternehmensrechnung, Wien Frankfurt am Main 2002

³¹⁸ BGH 5. Oktober 1981, ZIP 1982, 578

³¹⁹ OLG München 7. März 1986, ZIP 1987, 849

Vertragsbindung dem Betriebsführer eine gewinnunabhängige, umsatzbezogene Vergütung zu leisten hatte und der Betriebsführer laufend Verluste erwirtschaftete³²⁰. Zuletzt sah in Österreich der OGH³²¹ die Kündigung eines Treuhandvertrages im Rahmen einer Investmentgemeinschaft in Form einer Kommanditgesellschaft erst nach einer Dauer von 10 Jahren als zulässig an, da diese Beschränkung im berechtigten Interesse der Initiatoren, langfristige Investitions- und Finanzierungspläne zu erstellen und abzuwickeln, gerechtfertigt ist.

2.4. Gruppenvereinbarung – Organschaftsvertrag

Der Begriff Organschaft hatte vor der Einführung der Gruppenbesteuerung durch BGBl. I Nr. 180/2004 seinen Ursprung im Steuerrecht - § 9 KStG. Der Organschaftsvertrag grenzt sich vom Ergebnisabführungsvertrag dadurch ab, dass über die Verpflichtung der Abführung des Ergebnisses hinaus auch eine Beherrschungsbefugnis eingeräumt wird. Die Beherrschungsbefugnis umfasst die Möglichkeit in finanzieller, wirtschaftlicher und organisatorischer Sicht die Organgesellschaft einheitlich zu leiten. Im Gegensatz zum Steuerrecht, bei dem eine Kapitalbeteiligung in Höhe von mehr als 50 % vorliegen muss, kann eine Organschaft im gesellschaftsrechtlichen Sinn auch beispielsweise durch personelle Verflechtungen gebildet werden. Die Organschaft stellte die intensivste Form einer Zusammenfassung rechtlich selbstständiger Unternehmensträger unter einheitlicher Leitung dar, die, obwohl im Steuerrecht geregelt, zu rechtlichen Beurteilungsproblemen im Gesellschaftsrecht führten.

Seit 2005 wird zur Steueroptimierung im Konzern nunmehr auf die Gruppenbesteuerung gemäß § 9 KStG zugegriffen, welche an Stelle der Organschaft getreten ist³²². Diese wird durch Zurechnung des steuerlichen Ergebnisses der Gruppenmitglieder zum Gruppenträger in dem Wirtschaftsjahr, in dem der Bilanzstichtag des Gruppenmitgliedes liegt, erreicht. Diese „Konzernbesteuerung“ soll den Steuerpflichtigen bei der Organisation seiner wirtschaftlichen Tätigkeiten in mehreren Gesellschaften so stellen, als ob er die gesamte Tätigkeit in einer organisatorischen Einheit durchführt³²³. Im Gegensatz zur Organschaft wird bei der Gruppenbesteuerung nur eine rein steuerliche Ergebniszurechnung vorgenommen und eine handelsrechtliche Gewinnabfuhr oder Verlustabdeckung, wie dies im EAV vorgesehen ist, findet nicht statt³²⁴. D.h. die Gesellschaften bzw. Gruppenmitglieder sind zwar körperschaftsteuerpflichtig, wodurch auch das gesellschaftsindividuelle steuerliche Ergebnis ermittelt wird. Eine objektive Steuerpflicht besteht für die Gruppenmitglieder jedoch nicht, da die steuerlichen Ergebnisse dem Gruppenträger zugerechnet werden³²⁵. Eine Unternehmensgruppe setzt eine (auch mittelbare) finanzielle Verbindung zwischen dem Gruppenträger³²⁶ und dem Gruppenmitglied voraus. Dies wird dadurch erreicht, dass der Gruppenträger über mehr als 50 % der Stimmrechte und des Kapitals des Gruppenmitgliedes verfügen muss. Die mittelbare

³²⁰ in kartellrechtlicher Hinsicht stellen Betriebsführungsverträge einen "Zusammenschluss" dar (§ 41 Abs. 1 Z 2 KartG). Werden die gesetzlichen Umsatzgrenzen der beteiligten Unternehmen überschritten werden (§§ 42a und 42c KartG) ist dieser „Zusammenschluss“ beim Kartellgericht anzumelden ist und darf vor der kartellgerichtlichen Freigabe nicht durchgeführt werden (§ 42a Abs. 4 KartG).

³²¹ OGH 9Ob68/08b vom 29. Juni 2009

³²² vgl. *Doralt/Ruppe (2007)*, 306 und *Wieser/Kirchmayr/Mayr (2008)*, 1ff.

³²³ *Gassner/Lang/Wiesner: Besteuerung von Unternehmensgruppen - Bestandaufnahme und Vorschläge zur Reform der Organschaft im Körperschaftsteuerrecht*, 1998, 16

³²⁴ vgl. *Mayr, Gunter: Die neue Gruppenbesteuerung nach dem ABGÄG 2005, UFSaktuell 2005*, 6

³²⁵ *Doralt/Ruppe (2007)*, 304

³²⁶ unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und - wenn auch mit Einschränkungen - ausländische Gesellschaften sein sowie Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes und Kreditinstitute (Körperschaften) im Sinne des Bankwesengesetzes und auch Beteiligungsgemeinschaften; nicht als Organmutter können Privatstiftungen fungieren.

Beteiligung kann sowohl über eine Personen- als auch über eine Kapitalgesellschaft hergestellt werden. Zur Bildung einer Unternehmensgruppe gemäß § 9 KStG ist eine Gruppenvereinbarung bzw. eine Steuerausgleichsvereinbarung notwendig, deren inhaltliche Ausgestaltung mit einer Ausnahme der Privatautonomie belassen wurde, nämlich dass durch die Vereinbarung ein Steuerausgleich zur Gänze entfallen solle. Der grundlegende Inhalt einer Gruppenvereinbarung ist die Anführung der an der Gruppe beteiligten Körperschaften, der Vertragsdauer, der Vertragsbeendigung sowie der Vereinbarung einer Steuerumlage für die Aufbringung der in der Gruppe anfallenden Körperschaftssteuer³²⁷. Der Antrag auf Gruppenbesteuerung (Gruppenantrag) ist vom Gruppenträger und allen inländischen Gruppenmitgliedern zu unterfertigen und ist innerhalb eines Monats ab Unterfertigung beim zuständigen (Gruppen-)Finanzamt anzuzeigen, welches die Vorlage der Voraussetzungen bescheidmäßig feststellt. Hinsichtlich der Abschlusskompetenz des Gruppenvertrages gilt das beim Ergebnisabführungsvertrag Erwähnte.

2.5. Interessensgemeinschaft bzw. Konsortium

Unternehmen, die sich zusammenschließen um koordiniert gemeinsame Projekte abzuwickeln, werden als Konsortien oder Interessensgemeinschaften bezeichnet³²⁸. Sie unterscheiden sich von Konzernen dadurch, dass es an einer einheitlichen Leitung fehlt. Untergruppen der Interessensgemeinschaft sind die Gewinn- und Verlustgemeinschaft, bei der gleichberechtigte Unternehmensträger ihre Ergebnisse zusammenlegen und nach einem zuvor ausverhandelten Schlüssel aufteilen, und die Verwaltungsgemeinschaft, die ähnlich einem gemeinschaftlichen Geschäftsführungsorgan agiert³²⁹.

2.6. Syndikatsverträge

Stimmbindungs- oder Syndikatsverträge (*shareholders' agreement*) sind Vereinbarungen, wodurch sich die Gesellschafter hinsichtlich eines bestimmten Abstimmungsverhaltens innerhalb der Gesellschaft absprechen³³⁰. Diese sind in der heutigen Rechtspraxis anerkannt³³¹. Der Abschluss von Syndikatsverträgen (z.B. Stimmbindungsverträgen) kann in der Satzung verboten werden³³². Sie sind üblicherweise als (Innen-) Gesellschaften bürgerlichen Rechts organisiert. Dementsprechend wird gemäß § 1175 ABGB ein Vertrag geschlossen in dem zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen und so eine Gesellschaft zum gemeinschaftlichen Erwerb errichten. Daraus lassen sich die drei Wesenselemente, nämlich Abschluss eines (Gesellschafts-)Vertrages, Vergemeinschaftung von Beiträgen der Vertragsparteien und die Ausrichtung auf die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes ableiten³³³.

Syndikatsverträge werden im Gegensatz zum Gesellschaftsvertrag nicht veröffentlicht. Sie bestehen neben der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag und sind lediglich dann nichtig, wenn sie gegen ein gesetzliches

³²⁷ vgl. Wieser/Kichmayr/Mayr (2008), 507ff. und Haberl (2005), 548

³²⁸ z.B. Arge - Arbeitsgemeinschaft für Immobiliendevelopments

³²⁹ vgl. Krejci (1988), 325ff.

³³⁰ Jud. Waldemar: Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderen Organfunktionen im Konzern, GesRZ 1982, 111, 115; Koppensteiner, Kommentar (1999), § 39 Rz 18

³³¹ vgl. Kastner/Doralt/Nowotny (1990), 273 mwN; Schiemer in Schiemer, Karl/Jabornegg, Peter/Strasser, Rudolf: Kommentar zum Aktiengesetz, 1998, 3. Auflage, Wien 1998, Rz 4

zu § 114 mwN; Reich-Rohrwig (1983), mwN; Koppensteiner, Kommentar (1999), Rz 18 ff zu § 39 mwN; Kastner, Walther: Syndikatsverträge in der österreichischen Praxis, ÖZW 1980, 1ff.; Thiery, Gottfried: Höchststimmrecht für Aktionäre, NZ 1989, 81ff.

³³² vgl. Koppensteiner, Kommentar (1999), § 39 Rz 20, dagegen jedoch u.a. Reich-Rohrwig (1983), 366

³³³ vgl. Tichy, Maximilian G.: Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften, Wien 2000, 36

Verbot oder gegen die guten Sitten oder gegen zwingende Grundsätze des Gesellschaftsrechts verstoßen oder die Gesellschaft zu schädigen streben³³⁴. Während die Satzung in der Form eines Notariatsaktes zu beurkunden ist³³⁵ und auch satzungsändernde Beschlüsse der notariellen Beurkundung³³⁶ bedürfen, unterliegt der Abschluss eines Syndikatsvertrages keiner Formpflicht, obwohl Schriftlichkeit und auch Notariatsform³³⁷ in der Praxis häufig vorkommen. Im Gegensatz zur Satzungsänderung, die gesellschaftsrechtliche Beschlussquoten³³⁸ voraussetzt, gilt für den Syndikatsvertrag, dass dieser gemäß den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts zu beurteilen ist, demnach alle Vertragspartner, sofern diese für Vertragsänderungen nichts anderes vereinbart haben, zustimmen müssen. Übereinstimmung besteht im Grunde darin, dass Syndikatsverträge nur die Beteiligten, nicht hingegen die Gesellschaft binden (Trennungsprinzip), wodurch bindungswidrige Beschlüsse gegenüber der Gesellschaft wirksam bleiben und sich der Geschädigte auf schuldrechtlicher Grundlage schadlos halten muss³³⁹. Daher seien einstweilige Verfügungen auf Basis eines Verstoßes gegen den Syndikatsvertrag nicht möglich³⁴⁰. Eine Einschränkung von diesem Trennungsprinzip nahm jedoch der OGH vor, als dieser betonte, dass die Anfechtbarkeit eines Beschlusses aufgrund eines Widerspruchs zum Syndikatsvertrag ausnahmsweise dann in Frage kommt, wenn sich - im gegenständlichen Falle - die Stimmbindung darauf beschränkt, auch ohne Syndikatsvertrag gegebene Treuepflichten zu konkretisieren³⁴¹, womit eine Drittwirkung bejaht wurde³⁴².

Unstrittig ist, dass der Syndikatsvertrag Vereinbarungen auf schuldrechtlicher Basis treffen kann, die derart in der Satzung nicht vereinbart werden können³⁴³. Jedoch ist es nicht möglich Bestimmungen die bereits aufgrund der Satzung zwingend sind durch einen Syndikatsvertrag zu konterkarieren³⁴⁴. Der Satzung widersprechende Syndikatsverträge sind (auch im Innenverhältnis) nichtig. Die Beweislast, dass sich Syndikatspartner trotz Nichtigkeit des Syndikatsvertrages, beispielsweise bei Umgehung von Höchststimmrechten oder Vinkulierungsklauseln, daran halten, gestaltet sich als schwierig.

Unabhängig von einem schadenersatzrechtlichen Anspruch aufgrund einer stimmbindungswidrigen Abstimmung kann auf prozessualer Ebene, beispielsweise bei einem Aktionär mit Wiederholungsgefahr zur Stimmbindungsverletzung, mit Unterlassungsklage und für den Fall einer konkret drohenden Verletzung mit vorbeugender Unterlassungsklage vorgegangen werden³⁴⁵. Ob ein Erfüllungsanspruch aus einem Stimmbindungsvertrag besteht, ist strittig, wird aber mehrheitlich in der Literatur abgelehnt³⁴⁶. Strittig ist weiters die Exekution solcher Entscheidungen nach §§ 354 und 367 EO³⁴⁷. Gegenstände dieser Absprachen

³³⁴ vgl. Reich-Rohrwig (1983), 366f.

³³⁵ § 16 Abs. 1 AktG sowie § 4 Abs. 3 GmbHG

³³⁶ § 120 AktG sowie § 49 Abs. 1 GmbHG

³³⁷ zwingend wenn gesetzlich Formvorschriften normiert sind z.B. § 76 Abs. 2 GmbHG sowie § 52 Abs. 4 GmbHG und diese Inhalte auch Gegenstand eines Syndikatsvertrages werden sollen.

³³⁸ § 146 Abs. 1 AktG sowie § 50 Abs. 1 GmbHG

³³⁹ OGH 28. April 1993, OGH 20. Dezember 1983, Koppensteiner, Kommentar (1999), § 39 Rz 21

³⁴⁰ Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar (1998) Rz 4 zu § 114; ablehnend Kastner, ÖZW 1980, 7; SZ 49/51; diversifizierend Koppensteiner, Kommentar (1999), Rz 22 zu § 39

³⁴¹ vgl. OGH 2 Ob 46/97 vom 26. August 1999

³⁴² vgl. Kapitel VI Punkt 4

³⁴³ beispielsweise Nebenverpflichtungen des Aktionärs ohne Bindung an die Zustimmung der Gesellschaft gemäß § 50 Abs. 1 AktG

³⁴⁴ So betont Schiemer, dass Personen, die nach gesellschaftsrechtlichen Normen vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, dies nicht durch Abschluss von Syndikatsverträgen (Stimmbindungsverträgen) umgehen dürfen. Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar (1998), § 114

³⁴⁵ Kastner/Doralt/Nowotny (1990), 274 mwN; Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar (1998) Rz 4 zu § 114; Reich-Rohrwig (1983), 368; OGH 4 Ob 588/95, ÖJZ-LSK 1996/158 in eolex 1996, 271

³⁴⁶ nunmehr bejahend Koppensteiner, Kommentar (1999), Rz 22 zu § 39; früher ablehnend Reich-Rohrwig (1983), 372f.

³⁴⁷ Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar (1998) Rz 4 zu § 114; Reich-Rohrwig (1983), 373f; Koppensteiner, Kommentar (1999), Rz 22 zu § 39 mwN

sind beispielsweise die Gewinn- und Dividendenpolitik, die Rücklagenbildung, die Abstimmung bei Kapitalerhöhungen, Kreditgewährung, Gesellschaftsfinanzierungen, Umstrukturierungen, Unterstützungsmaßnahmen für die Tochtergesellschaften und Exit Szenarien (IPOs, etc.)³⁴⁸. Daraus ist deren Bedeutung vor allem in Konzernsteuerungssachverhalten offensichtlich³⁴⁹. Unterschieden werden kann zwischen einem **Unterordnungssyndikat** und einem **Gleichordnungssyndikat**. Bei einem Unterordnungssyndikat hat ein Syndikatsleiter eine Leitungs- oder Weisungsbefugnis, während im Gleichordnungssyndikat entweder Mehrheitsentscheidungen oder Einstimmigkeit maßgeblich ist³⁵⁰.

Syndikatsverträge sind von materienübergreifender Bedeutung, da eine Vielzahl von Bestimmungen durch den Tatbestand des konzertierten Handelns ausgelöst werden. Beispielsweise normiert das **Übernahmegesetz** in seinem § 22a, dass die Angebotspflicht auch dann besteht, wenn eine Gruppe **gemeinsam vorgehender Rechtsträger**³⁵¹ begründet wird, die zusammen eine kontrollierende Beteiligung erlangt³⁵². Gemäß § 244 Abs. 2 Z 4 UGB muss ein Konzernabschluss und ein Konzernlagebericht erstellt werden, wenn ihr bei einem Tochterunternehmen auf Grund eines Vertrages mit einem oder mehreren Gesellschaftern des Tochterunternehmens das Recht zur Entscheidung zusteht, wie Stimmrechte der Gesellschafter, soweit sie mit ihren eigenen Stimmrechten zur Erreichung der Mehrheit aller Stimmen erforderlich sind, bei Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder eines Aufsichtsorgans auszuüben sind. Das **Bankwesengesetz** sieht z.B. in seinem § 20 Abs. 1 vor, dass der Erwerb einer qualifizierten Beteiligung³⁵³ anzeigespflichtig ist, wenn **gemeinsam handelnde Personen** zusammengenommen eine qualifizierte Beteiligung erwerben oder erreichen würden. Ebenfalls wird § 30 BWG (Erfüllung einer Kreditinstitutgruppe) mit seinen Rechtsfolgen³⁵⁴ schlagend, wenn aufgrund eines Vertrages mit einem oder mehreren Gesellschaftern des Unternehmens diese Gesellschafter durch konzertiertes Handeln in der Stimmrechtsausübung das Recht haben die Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder eines Aufsichtsgremiums zu gestalten³⁵⁵. Auch das VAG sieht in § 11b vor, dass der interessierte Erwerber der FMA Anzeige erstatten muss, wenn er gemeinsam mit anderen Personen eine Beteiligung eingehen will. Andere Verweise auf den Syndikatsvertrag ergeben sich beispielsweise aus § 15 Abs. 3 und § 18 PSG sowie § 16 Abs. 5 ÜbG.

³⁴⁸ Schirmer, Thomas/Uitz, Markus: Syndikatsvertrag, eolex 2007, 609

³⁴⁹ siehe beispielsweise http://www.oberbank.at/OBK_webp/OBK/Informationsobjekte/Grafiken/AT/3Banken_Aktionaersstruktur.pdf (3. Februar 2010)

³⁵⁰ vgl. Spatz, Philipp/Gurmann, Stefan: Stimmverbote im Syndikat, GesRZ 2008, 274ff.

³⁵¹ § 1 ÜbG: „natürliche oder juristische Personen, die mit dem Bieter auf der Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben, insbesondere durch Koordination der Stimmrechte, oder die aufgrund einer Absprache mit der Zielgesellschaft zusammenarbeiten, um den Erfolg des Übernahmeangebots zu verhindern. Hält ein Rechtsträger eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung (§ 22 Abs. 2 und 3) an einem oder mehreren anderen Rechtsträgern, so wird vermutet, dass alle diese Rechtsträger gemeinsam vorgehen; [...]“

³⁵² daran knüpft auch § 92 Z. 7 BörseG

³⁵³ § 2 Z.3 BWG

³⁵⁴ Aufsicht (§ 69f BWG), Konzernabschl. (§§ 43ff, 59f), Eigenmittelkonsol. (§ 24 BWG), Großveranlagungen (§ 27), Beteiligungen (§ 29 BWG)

³⁵⁵ § 30 Abs. 1 Z. 6 BWG

3. Ergebnis sowie Übersicht der Beteiligungsbeziehungen im Gesellschaftsrecht

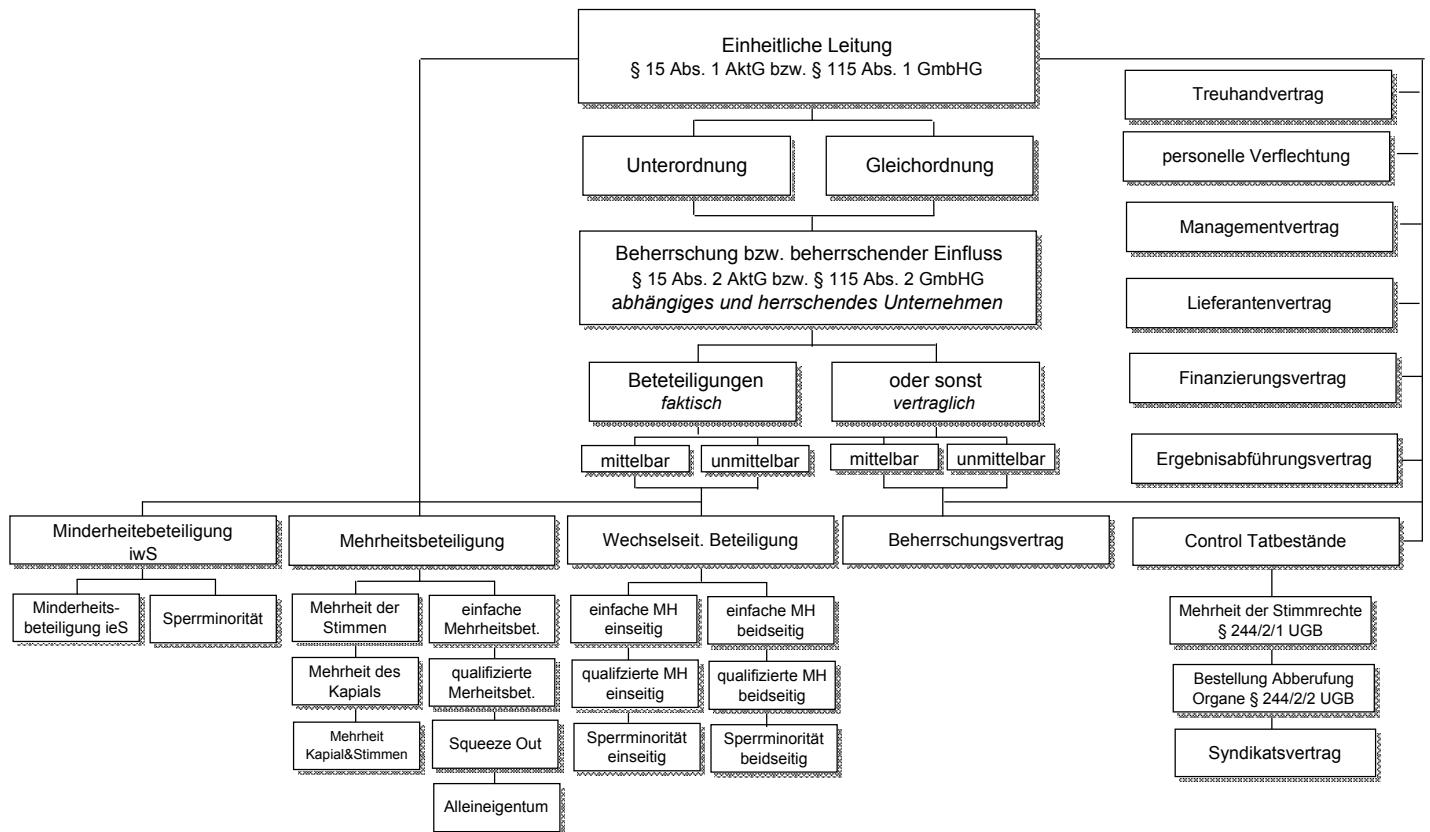


Abbildung 13 Konzernsystem im österreichischen Gesellschaftsrecht, Quelle: Eigene Darstellung

Konzerne können auf Basis betriebswirtschaftlicher oder rechtlicher Überlegungen charakterisiert werden. Von einem rechtlichen Blickwinkel ist die Untergliederung zwischen Gleichordnungskonzern und Unterordnungskonzern sowie zwischen faktischem Konzern und Vertragskonzern möglich. Aus einem betriebswirtschaftlichen Blickwinkel steht der Wertschöpfungsprozess im Vordergrund, wodurch zwischen vertikalen und horizontalen sowie Mischkonzernen unterschieden wird.

Strukturiert werden Konzerne üblicherweise über die Holdinggesellschaft, als Strukturträgerin der Konzerne, die als konzerninterner Finanz- und Strategieintermediär fungiert. Bei der diesbezüglichen Rechtsformwahl ist auf den Bedarf an Stabilität, Flexibilität, Neutralität und Zentralität abzustellen.

In der Untersuchung der Konzernstrukturen österreichischer Finanzintermediäre zeigte sich die umfassende Nutzung des österreichischen gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsinstrumentariums. So sind neben unterschiedlicher quotaler Beteiligungen am Aktien- oder Stammkapital auch Kommanditbeteiligungen und (a)typisch stille Beteiligungen charakteristisch.

Während im organischen Wachstum außer im Fall eines Gemeinschaftsunternehmens üblicherweise 100 %ige Tochtergesellschaften gegründet werden, sind bei externer Konzernierung *earn-out* Modelle sowie abgestufte Erwerbsprozedere, maßgeblich. So expandieren österreichische Versicherungen im Ausland durch Erwerb eines Minderheitsanteiles oder von zumindest 51 % der Anteile, wobei der restliche Anteilserwerb

oder Rückverkauf über schuldrechtliche Vereinbarungen (*call, put*) in zumindest jährlichen Schritten konzipiert ist.

Konzerne mit Immobilienvermögen halten dieses üblicherweise über Gesellschaften (*special purpose vehicle*), was einerseits Risikoüberlegungen, aber andererseits auch kostenschonender Fungibilität Rechnung trägt. Zur Vermeidung des Tatbestandes der Anteilsvereinigung, welche Grunderwerbssteuer auslöst, werden häufig Zwerganteile über einen Treuhänder oder über eine Konzerngesellschaft gehalten.

Während wechselseitige Beteiligungen bei den größten österreichischen Finanzintermediären im Grunde die Ausnahme bilden, zeigen sich doch vielfach konzerninterne Beteiligungsbeziehungen sowie Ringbeteiligungen und Beteiligungen über zwei bis drei Trägerunternehmen.

Konzernverträge sind gängige Praxis und Gegenstand vielfältiger Vereinbarungen zur Rechtsfolgenerzeugung und werden zur Absicherung der Leitungsmacht im Konzern herangezogen. Ihre Bedeutung manifestiert sich in der Tatsache, dass mehr als 70 % der Konzernunternehmungen meist zusätzlich Konzernverträge zur faktischen Leitungsmacht abschließen³⁵⁶.

Konzernverträge bedürfen bei Personengesellschaften eines Beschlusses sämtlicher Gesellschafter, falls sich im Gesellschaftsvertrag keine diesbezüglichen Vereinbarungen finden. Dies ist auf den Stimmbindungsvertrag als Gesellschaft bürgerlichen Rechts anwendbar. Bei **Vertragskonzernen** (Beherrschungsvertrag, Ergebnisabführungsvertrag) sind qualifizierte Mehrheiten des Kapitals für die Beschlussfassung notwendig. Bei **faktischer Konzernierung** von Kapitalgesellschaften ist die Frage zu stellen, ob es sich um eine reine Geschäftsführungsmaßnahme handelt, ob der Aufsichtsrat zuzustimmen hat oder ob ein derart struktureller Eingriff vorliegt, dass die Gesellschafter beschließen müssen. Neben der Beschlussfassung zur konkreten Transaktion, ist auch die Anpassung der Unternehmensverfassung bzw. der Satzung notwendig. Der Bedarf an qualifizierten Beschlussmehrheiten oder Einstimmigkeit ist grundsätzlich bei personalistisch ausgestalteten Gesellschaften höher.

Die Frage hinsichtlich der Hierarchie der Konzernverträge ist differenziert zu beantworten. Abzustellen ist auf die unterschiedlichen Rechtssphären. Eine Rechtssphäre besteht zwischen der Gesellschaft und deren Gesellschafter (Satzung), eine weitere zwischen den Gesellschaftern untereinander (Syndikatsvertrag) und eine andere zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertragspartner (u.a. Betriebsführungsvertrag). Beide letztgenannten Verträge können lediglich dann volle bzw. dingliche Wirkung entfalten, wenn die Satzung ihre Existenz berechtigt, andernfalls unterliegen diesbezüglich Beschlüsse der Anfechtung. Während die Satzung Formvorschriften einhalten muss und der firmenbuchrechtlichen Eintragung (Publizität) bedarf, ist dies bei den konzernrechtlichen Verträgen wie dem Syndikatsvertrag oder dem Betriebsführungsvertrag für deren Gültigkeit nicht Voraussetzung.

In der Praxis der Finanzintermediarisierung sind Nebenabreden wie Kooperationsvereinbarungen, Syndikatsverträge, Poolverträge sowie auch Managementverträge, bedeutsam. Sie können auch ein solches

³⁵⁶ vgl. Mellewig/Matiaske in Albach (2000), 115f.

Ausmaß erreichen, dass die Struktur der Gesellschaften beeinflusst wird und sich die typischen Konzerngefahren für Minderheiten, Gläubiger und die abhängige Gesellschaft materialisieren.

Während Adaptionen der Satzungsverträge gerade bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen im grundlegenden Fall zumindest den nationalen Aufsichtsbehörden angezeigt werden müssen ist dies bei Managementverträgen und Kooperationsverträgen und ähnlich konzipierten Verträgen nicht der Fall, außer diese Vereinbarungen behindern die Aufsichtsbehörden bei der ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer gesetzlich bestimmen Aufsichtsaufgaben.

KAPITEL IV

KONZERNSTRUKTUREN

1. Konzernstrukturanalyse

1.1. Entstehung von Konzernen

Betriebswirtschaftliche Gründe sind die elementaren Treiber für die Konzernierung. Finanzintermediäre suchen in Zeiten der Globalisierung nach neuen Märkten und treten in diese durch Gründung von abhängigen Unternehmungen oder durch Akquirierung bestehender Unternehmen ein. Einen betriebswirtschaftlichen Blickwinkel einnehmend spielen Synergie- bzw. Gewinnabschöpfungsüberlegungen eine Rolle, da bei Existenz vertikaler Strukturen Zwischengewinne eliminiert würden und auf horizontaler Ebene Skalenerträge und Effizienzerträge erzielt werden könnten³⁵⁷. Bei Kreditinstituten sind die Kertreiber der Wertschaffung Kreditvolumen, Margenausweitung sowie Kosteneffizienz (*cost-income-ratio*), was bei den österreichischen Banken im starken Exposure in Süd- und Osteuropa resultierte³⁵⁸. Bei Versicherungsunternehmen sind Prämienvolumen, Profitabilität im Versicherungsgeschäft und Kosteneffizienz Kertreiber der Wertschaffung. Motive für die Gründung von Tochtergesellschaften sind auch in koordinationspolitischen und rechtlichen Argumenten zu finden. Rechtlich gesehen liegt das Hauptargument darin, dass selbstständige Unternehmungen (theoretisch) nur mit ihrem eigenen Substrat als Haftungsfond verpflichtet sind³⁵⁹. Die Schaffung dieser eigenen Verantwortungskreise und Haftungsfonds findet sich beispielsweise bei Beratungstöchtern für das Wertpapiergeschäft oder bei eigenen Managementgesellschaften für Investmentvehikel.

Die (theoretische) Rechtfertigung für die Entstehung von Konzernen erfolgt unter anderem über die **Transaktionskostentheorie**, die eine Theorie der Institutionenökonomik darstellt und deren Kernaussage es ist, dass jegliches Handeln in einer Marktwirtschaft mit verschiedensten Kosten verbunden ist und daher die Wahl der Organisationsform in den Mittelpunkt der Untersuchung rückt, bei der die Transaktionskosten minimal sind und die bestmögliche Effizienz des Austausches und die Absicherung der Investitionen

³⁵⁷ in der Praxis angestrebte Synergievorteile die als Motiv für Konzernierung angeführt werden lassen sich „sowohl aus theoretischer als auch empirischer Sicht kaum nachweisen“ *Rau-Bredow* (1999), 5; „As these strategic buyers take advantage of their ability to maneuver in the face of a challenging deal environment, PwC predicts they will pursue deals with a focus on synergies - including enhancing productivity, providing cost-savings and adding revenue volume to their businesses; Companies have taken aggressive actions on costs; the low hanging fruit is gone, and to drive further efficiency they will look to combine with similar players to drive scale and enhance productivity. The ‘merger of productivity’ will be a driving force in 2010 as companies look to drive revenue growth and enhance margins” PWC www.pwc.com/us/en/press-resleases/2009 (16. Dezember 2009)

³⁵⁸ *Rinker, Andreas/Böschnerbröcker, Helge/Bauer, Ekkehardt*: Central and Eastern European Banking Study 2008: Potentiale, Strategien und Erfolgsfaktoren nationaler und internationaler Kreditinstitute, Bank Archiv, Wien 2008, 827-838; „[...] the “concentration-stability view” suggest[s] that larger (monopolistic) banks in concentrated banking systems may enhance profits and thus reduce financial fragility by providing higher “capital buffers” that protect them against external macroeconomic and liquidity shocks [...] (“charter value hypothesis”). As higher franchise values result in higher opportunity costs when going bankrupt, bank managers or, even more, the bank’s shareholders may not accept risky investments that could jeopardize their future profits [...] larger banks tend to engage in “credit rationing” since fewer credit investments of a higher quality will increase the return of the singular investment and hence foster financial soundness [...] larger banks may be able to diversify loan portfolio risks more efficiently due to higher economies of scale and scope [...] larger banks engaging in crossborder activities may additionally obtain economies of scale and scope by geographical risk diversification.1 [The] “concentration-fragility view” argue[s] that larger banks are often more likely to receive public guarantees or subsidies, which is discussed as the “too big to fail”-doctrine (Mishkin, 1999). [...] moral hazard problem becomes more severe for larger bank’s managers who may take on risky investments under a government’s safety net. [...] that higher loan interest rates granted by monopolistic banks may induce borrowers to take on risky investments to compensate higher loan repayments [...] a higher degree of risk diversification effects may result in reduced managerial efficiency, less effective internal corporate control and increased operational risk that may be prone to supervisory failures.” *Uhde, Andre/Heimeshoff, Ulrich*: consolidation in banking and financial stability in Europe: Empirical evidence, Diskussionspapier Institut für Wirtschaftspolitik und Quantitative Wirtschaftsforschung, No. 2 / 2009, ISSN 1869-6707

³⁵⁹ OGH 16. Juni 1983, SZ 56 in GesRZ 1983, 156

gewährleistet wird. Unter die Transaktionskosten fallen unter anderem Kosten für Information und Kommunikation, Vereinbarung, Abwicklung und Kontrolle³⁶⁰. Somit ist die Möglichkeit, die Transaktionskosten, beispielsweise durch Konzernierung (M&A) oder durch andere Formen der Zusammenarbeit/Koordination zu senken, ein ausreichender Rechtfertigungsgrund, um Konzernierungstransaktionen ins Auge zu fassen.

Doch die Literatur verschließt sich nicht vor potenziellen Gefahren durch Konzerne. Es werden ihnen demokratiepolitische Bedenken entgegengebracht, weil konzentrierte Netzwerke wirtschaftlicher Macht entstehen, deren Einflusspotential sogar auf Staaten nicht mehr bestritten werden kann³⁶¹. Dies bestätigen die untersuchten Zahlen, denn die unkonsolidierten Bilanzsummen der in Österreich meldepflichtigen Kreditinstitute beliefen sich zum 31.12.2008 auf 1.039,36 Mrd. EUR³⁶². Die österreichischen Versicherungen versicherten bei einem verrechneten Prämienvolumen von rund 16,2 Mrd. EUR ein Risiko von rund 45.726 Mrd. EUR im Jahr 2008³⁶³. Die Private Equity Branche hat im Jahr 2008 rund 230 Mio. EUR an Mitteln aufgebracht, welche in Investmentprojekte der frühen Entwicklungsphase fließen³⁶⁴. Durch die Existenz multinationaler Konzerne kann konzerninterne Steueroptimierung zu Einnahmenverlust des Ansässigkeitsstaates führen und auch das inhärente Unternehmensziel den Wettbewerb zu beschränken, führt zu volkswirtschaftlichen Bedenken.³⁶⁵ In dieser Arbeit werden die Beeinträchtigung von Minderheitsaktionären oder Gesellschaftsgläubigern berücksichtigt, die sich, wie die Judikatur zeigt, durch die Ausrichtung der Unternehmenspolitik auf ein „Konzerninteresse“ nicht unbedeutenden Gefahren ausgesetzt sehen³⁶⁶ sowie mit Aspekten der betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Fundierung und des Prozesses der Konzernierung bei Finanzintermediären.

Die zwei fundamentalen Entstehungsarten sind jene endogener und exogener Natur. Von einem **endogenen** Konzernaufbau, dem vor allem in der Anfangsphase der Konzernierung hohe Relevanz zukommt, wird dann gesprochen, wenn ein Unternehmen organisch wächst. Beispielhaft für organisches Wachstum sei die Gründung einer 100 %-Tochter oder die Ausgliederung bzw. Abspaltung zur Neugründung³⁶⁷ zu nennen. **Exogener** Konzernaufbau liegt dann vor, wenn unabhängige Unternehmungen akquiriert bzw. übernommen

³⁶⁰ vgl. Jansen 2001, 75f.; Weitere Transaktionskosten sind Such-, Anbahnungs-, Informations-, Zurechnungs-, Verhandlungs-, Entscheidungs-, Absicherungs-, Durchsetzungs-, Anpassungs- und Beendigungskosten

³⁶¹ “Using aggregate balance sheet data from banks across the EU-25 over the period from 1997 to 2005 [...] empirical evidence that national banking market concentration has a negative impact on European banks’ financial soundness [...] while controlling for macroeconomic, bank-specific, regulatory, and institutional factors. Furthermore, we find that Eastern European banking markets exhibiting a lower level of competitive pressure, fewer diversification opportunities and a higher fraction of government-owned banks are more prone to financial fragility whereas capital regulations have supported financial stability across the entire European Union.” Uhde/Heimeshoff (2009), 1

³⁶² Eder, Nina/Böck, Nikolaus/Fleischhacker, Wolfgang: Österreichs Kreditinstitute im 1. Quartal 2009, ÖBA 7/2009, 488

³⁶³ vgl. Verband der österreichischen Versicherungsunternehmen, Geschäftsbericht 2008, 84, 85

³⁶⁴ vgl. Austrian Private Equity and Venture Capital Organisation unter www.avco.at (13. Februar 2010)

³⁶⁵ “[...] De Nicoló et al. (2004) provide empirical evidence of increased risk profiles for the five largest conglomerate financial firms and of a higher level of systemic risk potential for more concentrated banking systems. Similarly, Schaeck and Čihák (2007) and Schaeck et al. (2006) examine the impact of market competition and concentration on systemic stability for more than 2,600 banks in the EU-10 plus Switzerland for the period from 1999 to 2004. They find no evidence for a trade-off between market competition and the banks’ risk-taking. Rather, they find that banks tend to hold higher capital buffers when operating in a more competitive environment. These results prove to be robust when controlling for banking market concentration and for a multitude of further sensitivity analyses. Finally, Beck et al. (2006a, 2006b) examine the effect of banking market concentration on the likelihood of suffering a systemic banking crisis using data on 69 countries over the period from 1980 to 1997. In contrast to De Nicoló et al. (2004) they provide empirical evidence that an increase in banking concentration does not result in higher banking system fragility. Their result is robust when controlling for differences in bank regulatory policies and national institutions affecting market structures and financial stability” vgl. Uhde/Heimeshoff (2009)

³⁶⁶ vgl. u.a. Emmerich/Habersack (2008), Konzernrecht, 10

³⁶⁷ bei der Ausgliederung sind die Gesellschafter der ausgliedernden Gesellschaft mittelbar am ausgegliederten Vermögen beteiligt. Die Gesellschafter der abspaltenden Gesellschaft sind direkt am abgespaltenen Vermögen beteiligt.

werden (Mergers & Acquisitions³⁶⁸). Aufgrund der Tatsache, dass die vollständige Integration des erworbenen Unternehmens bzw. deren einzelnen Geschäftsbetriebe erstens Singularsukzession und zweitens strukturell keine Konzernierung sondern nur die Vergrößerung des Unternehmens zur Folge hätte, werden in der Praxis an Unternehmen Beteiligungen akquiriert und durch Beibehaltung der rechtlichen Selbstständigkeit konzerniert³⁶⁹. Jedoch ist eine zeitliche Differenzierung vorzunehmen. Denn während in der Konzernentstehungsphase die Neugründung (46 %) bzw. die Ausgründung (28 %) dominieren, wird, wie dargelegt, in der Phase des Konzernwachstums vor allem die Konzernierung durch Beteiligungserwerb (94,9 %) betrieben³⁷⁰.

Die Analyse der Konzernstrukturen von Finanzintermediären ist vom Gesichtspunkt der Stabilität des Finanzsystems zu betrachten, da eine internationale Konzernierung erhebliche Gefahren für die Teilnehmer (Sparer, Kreditnehmer, Investoren) am Finanzsystem darstellen können. Die Verantwortung auf institutsspezifischer Ebene liegt beim jeweiligen Finanzintermediär bzw. dessen Verwaltungsorgane³⁷¹, wobei der Anspruch auf Sicherung der Stabilität des Finanzsystems Handlungsmaxime der nationalen Aufsichtsorgane ist³⁷².

Unabhängig von der betriebswirtschaftlichen Rationalisierung ist der Prozess der Konzernierung, sei dieser nun endogener oder exogener Natur, in der Verantwortung des Verwaltungsorgans nur dann legitimierbar, wenn dieser der Gesellschaft zuträglich ist. Über eigenes Vermögen in der persönlich gewünschten Art und Weise zu verfügen ist der rechtspolitische Ausfluss der Privatautonomie, jedoch darf ein Verwaltungsorgan einer Kapitalgesellschaft, das systemimmanent nicht eigenes Vermögen sondern fremdes Vermögen verwaltet, dieses nur sorgsam und widmungsgemäß gestionieren. Daher ist beispielsweise der Vorstand einer Aktiengesellschaft gehalten, die Interessen der Gesellschaft zu wahren³⁷³ und darf daher über das Gesellschaftsvermögen nur so verfügen, wie dies der Gesellschaftszweck und der Unternehmensgegenstand unter Wahrung des Unternehmenswohl geboten sieht. Wächst das Unternehmen endogen oder exogen, ist der „Geschäftsleiter“ angehalten, seine Beschlüsse an Zuvorgenannten zu messen. Gesagtes muss auch für die GmbH gelten, obwohl eine ausdrückliche Normierung der Zielvorgabe wie sie in § 70 AktG zu finden ist, nicht existiert³⁷⁴.

³⁶⁸ im deutschen Sprachraum wird M&A mit dem Begriff Unternehmenszusammenschlüsse (Mergers/Fusionen) und Unternehmensübernahmen (Acquisitions) übersetzt, vgl. Picot, Gerhard (Hrsg): *Handbuch Mergers & Acquisitions - Planung, Durchführung, Integration*, 2. Auflage, Stuttgart 2002, 19. Grundsätzlich wird das Unterscheidungskriterium der rechtlichen Selbstständigkeit herangezogen, welches bei Fortbestand der rechtlichen Selbstständigkeit den Begriff der Akquisition nennt und bei Untergang der Rechtspersönlichkeit von einer Übernahme, einem Merger spricht. Weitere Unterscheidungen könnten im Bereich der Finanzierung gesucht werden, wie beispielsweise die unbare (Aktienausgabe) bei Mergers beziehungsweise die bare bei Akquisitionen. Doch spielt diese Unterscheidung in der Praxis keine Rolle, vgl. Jansen 2001, 44

³⁶⁹ Von Büren (2005), 38ff.

³⁷⁰ 39 untersuchte Konzerne, jedoch nicht auf den Sektor Kreditinstitute, Versicherungen, Venture Capital und Investmentgesellschaften beschränkt; vgl. Eitzbach (2006), 69

³⁷¹ § 39 Abs. 1 BWG: „Die Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 84 Abs. 1 AktG anzuwenden. Dabei haben sie sich insbesondere über die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zu informieren, diese durch angemessene Strategien und Verfahren zu steuern, zu überwachen und zu begrenzen sowie über Pläne und Verfahren gemäß § 39a zu verfügen. Weiters haben sie auf die Gesamtertragslage des Kreditinstitutes Bedacht zu nehmen.“

³⁷² siehe u.a. § 69 BWG: § 69 Abs. 1 BWG „die FMA hat [...] Kreditinstitute [...] zu überwachen und dabei auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Bankwesen und an der Finanzmarktstabilität Bedacht zu nehmen.“ Ferner hat „[d]ie FMA hat unter Bedachtnahme auf die Art, den Umfang und die Komplexität der betriebenen Bankgeschäfte der Kreditinstitute und Kreditinstitutgruppen die Angemessenheit des Kapitals, welches zur quantitativen und qualitativen Absicherung aller wesentlichen bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zur Verfügung steht, sowie die Angemessenheit der Verfahren gemäß § 39 Abs. 1 und 2 und § 39a, insbesondere unter Berücksichtigung der in § 39 Abs. 2b angeführten Risiken, zu beaufsichtigen.“

³⁷³ § 70 AktG

³⁷⁴ So rechtfertigen auch die Unterschiede zwischen der Stellung des Vorstandes zum Geschäftsführer (z.B. 20 Abs. 1 GmbHG und § 74 AktG) und die Vorlagepflicht bei außergewöhnlichen Maßnahmen nicht den an die Verantwortung des Verwaltungsorgans erhobenen Anspruch auf sorgfältige

Die Bedeutung des Bedarfs an der Analyse von Konzernstrukturen kann plakativ an den wesentlichen Fragen während der Prozessschritte bei der Konzernierung dargestellt werden. Generell sollen im M&A Prozess rechtliche, steuerliche und finanzielle Due Diligence-Untersuchungen vorgenommen werden und neben der fundamentalen Begründbarkeit einer Transaktion (Marktanalyse, Wettbewerbanalyse, Unternehmensbewertung) auf Fragen nach der Erwerbsstruktur und Verlustverwertungsmöglichkeiten zur Kaufpreisanpassung eingegangen werden. Die Controlling Abteilung analysiert das zu konzernierende Unternehmen hinsichtlich der Vorgabe und Implementierung des Planungs- und Berichtswesen sowie der Möglichkeiten eines adequaten Anreiz und Vergütungssystems für das Management und ferner hinsichtlich der notwendigen Werthaltigkeitstest (*impairment*). Das Rechnungswesen benötigt Informationen über die Anschaffungs(neben)kosten, Konsolidierungsmethoden, Ansätze zur Firmenwertermittlung, Fremdwährungsthemen und die Steuerabteilung basiert ihre Analysen auf die Akquisitionsstruktur, welche maßgebliche Auswirkungen auf Firmenwertabschreibung, Gruppenbesteuerung, Nutzung von Verlustvorträgen hat und beschäftigt sich mit Themen der Kapitalversorgung der Konzerngesellschaften (Cash-Pooling), der Verrechnungspreise, der Ermittlung latenter Steuern und bei internationalem Bezug mit Steueroptimierungsmöglichkeiten (Steuerfreiheit für *capital gains*). Die Rechtsabteilungen legen Hauptaugenmerk auf gegebenenfalls notwendige behördliche Genehmigungen sowie auf die laufende Wahrnehmung von gesellschaftsrechtlichen Herrschafts- und Vermögensinteressen und die rechtliche Dokumentation (Vertragsarchiv, Vertragsabwicklung). Die Finanzabteilungen der prüfen Konzernfinanzierungen, eruieren den konkreten Mehrwert aus Cash-Pooling Konstrukten oder konzerninternen Darlehen und definieren risiko- und laufzeitadäquate interne Zinssätze³⁷⁵. Gerade diese unternehmensspezifischen Interdependenzen verlangen eine erhöhte Sensibilität für Möglichkeiten zur Konzernstrukturoptimierung aus einer strategischen Perspektive heraus.

1.2. Konzernstrukturen

„Die Unternehmung [muss] eine Struktur aufweisen, die ihr eine zielgerichtete Aktivität unter zahlreich wechselnden Bedingungen ermöglicht“

Hans Ulrich³⁷⁶

Als wesentlichstes Instrument der Konzernierung gilt der Beteiligungserwerb. Die Praxis zeigt, dass sich Beteiligungsstrukturen jedoch sehr komplex gestalten können und von dem dahinterliegenden Motiv zur Konzernstrukturgestaltung abhängen. Die unternehmensrechtliche Definition der Beteiligung oder des verbundenen Unternehmens findet sich im § 228 UGB, wobei **Beteiligungen** Anteile sind, die dazu bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine **dauernde Verbindung** zu diesem zu dienen. Des Weiteren existiert eine **Beteiligungsvermutung**, wenn der Kapitalanteil den **fünften Teil** des **Nennkapitals** übersteigt. Aus der Summe der Beteiligungen resultiert die Beteiligungsstruktur, wobei die **Beteiligungsstruktur** die **Ausgestaltung der eigenkapitalmäßigen Beziehungen** ist, durch welche die

Leitung, sondern spielt eher bei den Grenzen des geschäftspolitischen Ermessens eine Rolle. vgl. Torggler, Ulrich: Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen. Zugleich eine Besprechung von Grass, Business Judgment Rule, ZfRV 2002/9 (2002), 9ff.

³⁷⁵ vgl. Moser, Gerald: Beteiligungsmanagement in Konzernen unter besonderer Berücksichtigung der Integration in die Unternehmensstruktur, Aufsichtsratsratuell 2009 H3, 23 (23ff.)

³⁷⁶ Ulrich, H.: Die Unternehmung als produktives soziales System - Grundlagen der allgemeinen Unternehmungslehre, Stuttgart 1970, 212

Konzernobergesellschaft mit den anderen Konzerngesellschaften und diese untereinander in der Konzernunternehmung verbunden sind³⁷⁷. **Eigenkapital**, als bilanztechnischer Begriff, zeichnet sich dadurch aus, dass es während der **Unternehmensdauer** nur **gewinnabhängig rentiert** und dem Unternehmen **langfristig zur Verfügung** gestellt wird und im Gegensatz zum Fremdkapital an **Unternehmensverlusten teilnimmt** bzw. daher in der Insolvenz nicht zu bedienen ist³⁷⁸. Eingangs wurde bereits dargelegt, dass die Materiengesetze oftmals spezielle Rechtsfolgen an bestimmte Beteiligungsverhältnisse knüpfen.

Die dieser Arbeit zugrunde liegende Frage ist jene, wie Beteiligungsstrukturen bzw. Konzernstrukturen gestaltet werden können, um ein intendiertes Ziel bestmöglich zu erreichen. Die Realität der Konzernunternehmungen ist gekennzeichnet durch direkte (mittelbare), indirekte (unmittelbare) und wechselseitige Beteiligungen, die zu komplexen Verflechtungen führen. Auf den rationellen, wirtschaftlichen Hintergrund und den rechtlichen Rahmen soll hiermit fokussiert werden, denn schon *Ulrich* erkennt, dass Strukturen keinen Wert an sich haben, sondern Mittel zum Zweck sind. *Langenegger* sieht, dass ein Konzern, unabhängig von den Gründen einer beteiligungspolitischen Maßnahme, darauf bedacht sein muss, „*sich in jener Höhe und in jener Weise zu beteiligen, dass die beabsichtigten Effekte führungs- und organisationspolitischer, forschungs-, entwicklungs- und sortimentspolitischer, produktions- und absatzpolitischer sowie finanz- und personalpolitischer Art im gewünschten Ausmaß tatsächlich gewährleistet werden*“³⁷⁹, wobei für Finanzintermediäre die Elemente regulativer/aufsichtspolitischer bzw. institutsspezifischer Art zu ergänzen bzw. hervorzuheben sind. Der Konzeption der Beteiligungsstruktur eines Konzerns muss folgendes zu optimierendes Zielsystem unterliegen:

- Leitungseffizienz der finanzintermediarisierenden Konzernmutter,
- Schaffung von Strukturen für eine optimale Kapitalbeschaffung innerhalb des Konzerns, im Sinne geringer Kapitalkosten und effektiver Verteilung von Finanzmitteln,
- Minimierung der Besteuerung innerhalb des Konzerns,
- Minimierung des Haftungsrisikos, (gegebenenfalls) unter
- Einhaltung aufsichtsrechtlicher sowie institutsspezifischer Bestimmungen³⁸⁰

zwecks Maximierung des Konzernunternehmenswertes.

Gerade in der betriebswirtschaftlichen Literatur wird Leitungseffizienz thematisiert, wenn davon gesprochen wird, dass mit geringstmöglichem Kapitaleinsatz Herrschaft über die Liquiditätsflüsse des Unternehmens erstrebt wird. Gerade für diese Überlegungen sind alle gesellschaftsrechtlichen, gesellschaftsvertraglichen und schuldrechtlichen Gestaltungspotentiale auszuloten³⁸¹.

³⁷⁷ vgl. *Koblin* 2002, 93

³⁷⁸ vgl. *Lindinger, Christoph*: Über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte, JBL 2003, 724 mit Verweisen auf *Dusemond/Heusinger/Knop* in *Küting/Weber*: Handbuch der Rechnungslegung: Einzelabschluss (2003) § 266 HGB Rz 170; Stellungnahme des Fachsenats für Handelsrecht und Revision der Kammer der Wirtschaftstreuhänder zur Bilanzierung von Genussrechten, RWZ 1999, 307; *Küting/Kessler/Harth*: Genussrechtskapital in der Bilanzierungspraxis, Beilage 4 zu BB 8/1996

³⁷⁹ *Langenegger, E.*: Konzernunternehmungspolitik: Grundlagen, Grundfragen und Zielsetzungen, Habilitation Bern 1967, 87 zitiert in *Koblin* (2002), 97

³⁸⁰ z.B. Beschränkungen aus genossenschaftsrechtlichen, sparkassenrechtlichen Aspekten; oder auch Sonderfall Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.

³⁸¹ Stock pyramids, cross-ownership structures, and dual class equity structures may produce a separation of control from cash-flow rights, vgl. *Bebchuk, Lucian Aye/Kraakman, Reinier/Triantis, George*: Stock Pyramids, Cross-Ownership and Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control From Cash-Flow Rights, Harvard Law School Online Discussion Paper No. 249 (1999)

1.3. Wertgeneratoren einer Beteiligung

1.3.1. Rechte und Pflichten aus der Beteiligung

Beteiligungen, als Anteil am Grundkapital/Stammkapital³⁸², enthalten Vermögensrechte und Vermögenspflichten. Zu den **Vermögensrechten** zählt man a) den Anteil am Bilanzgewinn der Gesellschaft³⁸³, b) die Bezugsrechte an einer Kapitalerhöhung³⁸⁴ und c) den Anteil am Liquidationserlös als direkte Rechte und das Recht der Veräußerung als indirektes Vermögensrecht.

Für die Rechtsausübung ist im jeweiligen Fall auf die Norm abzustellen, welche einen Anteil am Kapital³⁸⁵, an den Stimmen³⁸⁶ oder an beiden³⁸⁷ voraussetzen kann. Während beispielsweise § 228 UGB für die Definition einer Beteiligung lediglich die Kapitalbeteiligungsquote als maßgeblich erachtet gilt für § 244 Abs. 2 UGB die Stimmrechtsmehrheit als ausschlaggebend. Das Bankwesengesetz sieht nach § 2 Z. 2 neben der Kapitalbeteiligungsquote zusätzlich den Stimmrechtsanteil als beteiligungsbegründend an. Die Vermögensrechtsnormen des **Aktienrechts**, außer jener zum Bezugsrecht, sind im österreichischen Recht nicht dispositiv. Während demnach das Bezugsrecht auf Basis einer sachlichen Rechtfertigung („im überwiegenden Interesse der Gesellschaft“³⁸⁸) abdingbar ist, ist ein Verzicht auf die Vermögensrechte unter zuvor a) und c) auf Basis des § 47a AktG unabdingbar³⁸⁹. Bei der **GmbH**, welche im Gegensatz zur kapitalmarktnahen Aktiengesellschaft, personalistische Elemente enthält, fällt eine entsprechende Regelung unter die Privatautonomie³⁹⁰ bzw. verlangt eine differenzierte Betrachtung. Unstrittig ist, dass das Recht auf Gewinnbeteiligung im österreichischen GmbH-Recht abdingbar ist³⁹¹. Der BGH argumentiert, dass ein Rechtsverzicht auf den Jahresüberschuss unterbleiben kann, wenn andere geldwerte Vorteile, wie jenem, der aus dem Anteil am Liquidationserlös erwartet würde, verbleiben und vice versa³⁹². Während die Abdingbarkeit des Gewinnrechtes bzw. des Rechtes am Liquidationserlös mit privatautonomen Argumenten zu lösen ist, sieht die herrschende Lehre den Verzicht auf den gesetzlich vorgesehenen Abfindungsanspruch bei Ausscheiden eines Gesellschafters als unzulässig an³⁹³. Dies ist für Fälle in denen der Gesellschafter aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Bestimmung jederzeit ausgeschlossen werden dürfte, sowie in Fällen in denen das Gesetz ein Kündigungsrecht einräumt zu rechtfertigen. Warum jedoch ein Verzicht auf den Abfindungsanspruch nicht möglich sein soll, obwohl der Gesellschafterausschluss auf Basis eines im

³⁸² Geschäftsanteile bei Genossenschaften, Gründungskapital bei Sparkassen, eingezahltes Kapital bei Landes-Hypothekenbanken und der Pfandbriefstelle der österreichischen Landes-Hypothekenbanken, Dotationskapital bei Zweigstellen ausländischer Kreditinstitute (§ 23 (3) BWG; siehe ferner § 73b BAG

³⁸³ § 52 AktG, § 82 GmbHG

³⁸⁴ § 153 AktG, § 52 Abs. 3 GmbHG

³⁸⁵ u.a. § 146 AktG, § 221 AktG etc.

³⁸⁶ Generalklausel § 113 AktG, 244 Abs. 2 UGB, § 22 Abs. 4 ÜbG

³⁸⁷ § 9 Abs. 4 KStG; davon zu unterscheiden die doppelte Mehrheit des § 110 Abs. 3 ArbVG

³⁸⁸ SZ 53/172, GmbHR 1984, 235 auch OGH GesRZ 1986, 36, vgl. auch BGHZ 71, 40 - *Kali und Salz*; für einen Rechtsvergleich (D, F, GB) siehe *Kreß*, Gerichtliche Beschlußkontrolle im Kapitalgesellschaftsrecht (1996) 144ff., vgl. *Torggler, Ulrich*: Zur sog. materiellen Beschlusskontrolle, insbesondere bei der Umwandlung (Teil II), GeS 2006, 58

³⁸⁹ vgl. *Koppensteiner, Hans-Georg*: Über Grenzen der Vertragsfreiheit im Innenverhältnis von GmbH und O(H)G, GesRZ 2009, 197ff.

³⁹⁰ zu Privatautonomie als Grundprinzip, dem gegenüber sich jede Abweichung rechtfertigen muss, siehe für die OG zB. *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Wien 2008, Rz 2/224, für die GmbH *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Gesetz Kommentar (2007), Einleitung Rz 6, § 4 Rz 19

³⁹¹ vgl. *Koppensteiner* (2009), 197ff; siehe für die OG *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer* (2008) Rz 2/383; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer* (2008) Rz 4/393

³⁹² *Torggler in Straube*, Kommentar (2000), § 145 Rz 5 sowie § 155 Rz 1

³⁹³ vgl. auch *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer* (2008), Rz 2/587; kritisch dazu *Zöllner*, Inhaltsfreiheit, 123f.

Gesellschaftsvertrag festgelegten wichtigen Grund erfolgt, erscheint mir nicht sachgerecht³⁹⁴. Unstrittig soll vermieden werden, dass Willkür individuelle Vermögensrechte konterkariert, doch ist ein sachlich gerechtfertigter Vermögensverzicht möglich. Eine Generalklausel muss dennoch auch hier unterbleiben und es ist bei der Beurteilung auf eine Gesamtbetrachtung der dem Gesellschafter zukommenden Vermögensrechte abzustellen, wodurch ein gänzlicher Verzicht der Sittenwidrigkeit unterliegen würde, jedoch Verzicht, Kompensation und Verteilung auf Basis betriebswirtschaftlicher Rationalisierung rechtlich gerechtfertigt sein können.

Unter aktienrechtlichen Vermögenspflichten lassen sich als **explizite Vermögenspflichten** die Pflicht zur Haftung für den Bilanzverlust bis zur Höhe des nominellen Kapitalanteils und als **implizite Vermögenspflichten** Pflichten, die aus Satzung resultieren, verstehen³⁹⁵. Bei der GmbH kommen die Verpflichtungen aus gesellschaftsvertraglich vereinbarten Nachschüssen hinzu. Bei der Genossenschaft besteht die Deckungspflicht der Genossenschafter³⁹⁶. Bei börsennotierten Gesellschaften resultieren aus der Beteiligung Verpflichtungen hinsichtlich der Publizität³⁹⁷. Weitere Vermögenspflichten ergeben sich aufgrund aufsichtsrechtlicher Natur bei Banken und Versicherungen. Diese beziehen sich im Grunde auf Mitteilungspflichten, beispielsweise hinsichtlich der Eigentümerbestimmen des § 20 BWG³⁹⁸, und Leistungspflichten, beispielsweise hinsichtlich der Erfüllung der Eigenmittelerfordernisse³⁹⁹. Während die expliziten Pflichten von der Beteiligungsquote abhängen, hat der Gesellschafter/Aktionär bei implizierten Vermögenspflichten eine vollständige Verpflichtung. **Stimmrechtslose Eigenkapitalinstrumente** haben nicht zwingend zur Folge, dass sie nicht zu berücksichtigen sind. Beispielsweise ist im § 20 Abs. 2 BWG und § 21 Abs. 1 Z. 2 BWG ein ausreichender Kapitalanteil ohne Stimmrechtsquote tatbestandsmäßig, wodurch der FMA Untersagungsmöglichkeiten oder Bewilligungsprüfungen zustehen können. Die qualitative Frage, ob durch eine bloße Kapitalbeteiligung überhaupt Einfluss vermittelt wird, der im Sinne der Schutzbedürftigen überprüft werden sollte, braucht daher gar nicht gestellt werden, obwohl gerade im Beispiel stimmrechtsloser Vorzugsaktien es wohl nicht adäquat erscheint Rechtsfolgen auslösen zu lassen, obwohl ein Einfluss aufgrund Stimmrechtslosigkeit nicht ausgeübt werden kann.

1.3.2. Leitungsmacht

Des Weiteren kommen dem Aktionär bzw. dem Gesellschafter⁴⁰⁰ auch Herrschaftsrechte, wie Stimmrechte, Auskunftsrechte⁴⁰¹ oder Minderheitenrechte als Ausfluss der Mitgliedschaft zugute. Gerade das Stimmrecht bietet die Möglichkeit, die andere Unternehmung zu beeinflussen. Es verbleibt auch bei Belastungen des Anteilsrechtes (z.B. Pfand- oder Nutzungsübertragung, jedoch nicht bei der Sicherungsübereignung) beim

³⁹⁴ vgl. auch *Koppensteiner* (2009), 197 sowie *Rüffler*, Ausschluss von Gesellschaftern und Übertragungsverpflichtungen, in *Kalss, Susanne/Rüffler, Friedrich*: Satzungsgestaltung in der GmbH, 2005, 71 (81ff).

³⁹⁵ § 50 AktG

³⁹⁶ § 53ff für GenmuH und § 76ff für GenmbH

³⁹⁷ u.a. § 91 BörseG

³⁹⁸ (1) Jeder, der beschlossen hat, eine qualifizierte Beteiligung an einem Kreditinstitut direkt oder indirekt zu erwerben oder eine derartige qualifizierte Beteiligung direkt oder indirekt zu erhöhen (interessierter Erwerber), mit der Folge, dass sein Anteil an den Stimmrechten oder am Kapital die Grenzen von 20 vH, 30 vH oder 50 vH erreichen oder überschreiten würde oder das Kreditinstitut sein Tochterunternehmen würde, hat dies der FMA zuvor schriftlich unter Angabe des Umfangs der geplanten Beteiligung zusammen mit den Informationen gemäß § 20b Abs. 3 anzuzeigen. Die Anzeigepflicht gilt auch für gemeinsam handelnde Personen, die zusammengekommen eine qualifizierte Beteiligung erwerben oder erreichen würden. Die Anzeige kann durch alle gemeinsam, mehrere oder jeden der gemeinsam handelnden Personen einzeln vorgenommen werden.

³⁹⁹ vgl. § 22ff. BWG oder § 73bff. BWG

⁴⁰⁰ Genossenschafter (GenG), Mitglieder (SpG)

⁴⁰¹ Die Partizipationskapital- und Ergänzungskapitalgeber bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen haben keine Stimmrechte, jedoch können sie an der Hauptversammlung teilnehmen und Auskünfte iS des § 118 AktG gem. § 23 Abs. 5 BWG und § 73c Abs. 8 VAG verlangen.

Anteilseigner⁴⁰². Bei Analyse des Begriffs Leitungsmacht kann eine Differenzierung zwischen der **rechtlichen Leitungsmacht**, als Macht welche aus der Beteiligung resultiert, und der **faktischen Leitungsmacht**, welche der Durchsetzung der rechtlichen Leitungsmacht dient, vorgenommen werden. Die rechtliche und die faktische Leitungsmacht sind die Facetten der **prozessualen** und der **materiellen Leitungsmacht**, wobei die prozessuale Leitungsmacht aus Rechten des Beteiligungspapiers resultiert und die materielle Leitungsmacht den gesellschaftspolitischen Aspekt umfasst. Rechte zur Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, die wiederum Auswirkungen auf die Bestellung des Vorstandes haben, wären unter die rechtliche und prozessuale Leitungsmacht zusammenzufassen. Weil Vorstandsverträge lt. § 75 AktG grundsätzlich mit maximal fünf Jahren befristet sind, sind Vorstände, in letzter Instanz, vom Wohlwollen der Aktionäre abhängig und werden auf deren Interessen Rücksicht nehmen, wobei man dann von einer faktischen und prozessualen Leitungsmacht spricht. Die materielle Leitungsmacht, in rechtlicher und faktischer Hinsicht, umfasst Aspekte, wie beispielsweise die Berücksichtigung des Konzerninteresses⁴⁰³.

Die Beteiligungs- bzw. Konzernstruktur hat nun wesentliche Auswirkungen auf die prozessuale Leitungsmacht, denn je intransparenter oder verschachtelter die Strukturen sind, desto eher muss die rechtliche Möglichkeit durch die faktische Leitungsmacht abgesichert werden. Den dargestellten Herrschaftsrechten ist gemein, dass diese auf Basis einer Beteiligung ausgeübt werden. Jedoch wird Beherrschung bzw. Leitungsmacht auch durch sonstige Konstruktionen erwirkt, wie beispielsweise Finanzierungs- und Lieferverträge. D.h., dass beispielsweise Mezzaninkapitalgeber sehr wohl das Kapital unter restriktiven Auflagen zur Verfügung gestellt haben können, wodurch sich die Aktionäre oder Gesellschafter an den Beschlusswünschen des Kapitalgebers orientieren müssen und daher die „Leitungsmacht“ (eingeschränkt) von den Eigentümern zum Mezzaningeber bis zum Exit wandert.

Die Stimmrechte können bei der **Aktiengesellschaft**, außer im Fall der statuarischen Beschränkung des Stimmrechts auf einen **Höchstbetrag**, nicht beschränkt werden⁴⁰⁴. Auch das aktienrechtlich zugestandene Instrument der **stimmrechtslosen Vorzugsaktien** sieht als Kompensation für das mangelnde Stimmrecht eine Vorzugsdividende vor, was mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des § 47a AktG korrespondiert.

Die Gestaltung der Stimmrechte bei **Gesellschaften mit beschränkter Haftung** ist diesbezüglich freier. So sieht § 39 Abs. 2 GmbHG vor, dass **abweichende Regelungen zur Stimmgewichtung im Gesellschaftsvertrag** getroffen werden können, jedoch mit der Einschränkung, dass jedem Gesellschafter mindestens eine Stimme zukommen muss. Hinsichtlich der Grenzen der Abweichung besteht in der Lehre Streit. *Kastner* sieht als Begrenzung der Abweichung lediglich das Verbot des Stimmrechtsausschlusses und rechtfertigt diese Dispositivklausel dadurch, dass der personalistischen Struktur einer GmbH Freiheit bei der Wahl eines adäquaten Schlüssels inhärent ist⁴⁰⁵. Einschränkung argumentieren *Kastner/Umfahrer*, die der Meinung sind, dass ein abweichendes Stimmenverhältnis nur auf Basis der Stammeinlagen bestimmt werden kann⁴⁰⁶. Dagegen argumentiert *Reich-Rohrwig*, der Stimmrechte unabhängig von der Höhe der

⁴⁰² vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 114

⁴⁰³ vgl. *Koblin* 2002, 100-106

⁴⁰⁴ § 12 AktG

⁴⁰⁵ *Kastner, Walther*: Zur Auslegung des GmbH-Gesetzes, JBl 1978, 407f.

⁴⁰⁶ d.h. dass nicht nur je zehn Euro einer übernommenen Stammeinlage eine Stimme gewährt sondern beispielsweise je hundert Euro. vgl. *Kastner, Alfred/Umfahrer, Michael*: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Auflage, Rz 513

Stammeinlage der Gesellschaft als möglich anerkennt, jedoch einschränkt, dass es sich um fixe Stimmrechte – d.h. nicht variable oder von anderen Faktoren abhängige Stimmrechte – handeln muss⁴⁰⁷. *Koppensteiner* sieht wie auch *Kastner* mehr Abweichungsspielraum als gegeben, wenn er sagt, dass beispielsweise die Abstimmung nach Köpfen und die Vereinbarung eines Vetorechts möglich ist, und rechtfertigt diese Abweichung mit dem Schutzmechanismus des § 41 GmbHG⁴⁰⁸ durch Anfechtungsklage⁴⁰⁹, wenn ein Missbrauch der Stimmabgabe vorläge. *Gellis* und *Feil* folgen der freien Dispositionsargumentation von *Koppensteiner* und *Kastner*, schränken jedoch ein, dass mittels Gesellschaftsvertrag die Stimmgewichtung nicht von der Dauer der Mitgliedschaft oder von bestimmten Leistungen (z.B. Liefer- und/oder Abnahmebeziehungen) abhängig gemacht werden darf⁴¹⁰. Ob ein variables Stimmrecht, beispielsweise vom vermittelten Umsatz abhängig, ebenfalls von der Dispositionsklausel des § 39 Abs. 2 GmbHG umfasst ist, ist in der Rechtssprechung noch nicht entschieden worden.

Aus der Wortinterpretation des § 39 Abs. 2 GmbH ist ein variables Stimmrecht möglich und auch betriebswirtschaftlich ist die Bindung der Leitungsmacht an wirtschaftlichem Engagement vertretbar. Dem Argument der potentiellen Unsicherheit, dass für einen gewissen Zeitraum die Stimmrechtsverteilung nicht feststellbar ist kann entgegengehalten werden, dass es gesellschaftsvertraglich durchaus möglich ist eindeutig festzulegen, wie sich die Stimmrechte zu verteilen haben, um die Gefahr der unsicheren Stimmrechtsverteilungsfeststellung hintanzuhalten. Wünschen die Gesellschafter beispielsweise keine Bindung an Planwerte (Umsatzzahlen), dann kann der erwirtschaftete Deckungsbeitrag als Durchschnittswert der letzten drei Jahre herangezogen werden, was aus jeder ordnungsgemäßen Buchführung⁴¹¹ zu eruieren möglich ist. Dem Argument der Ungleichbehandlung ist entgegenzuhalten, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht als Gebot der schematischen Gleichbehandlung der Gesellschafter, vielmehr als Verbot der willkürlichen Ungleichbehandlung gilt, der gewahrt wird, wenn die Regelung auf die Gesellschafter zwar nicht die gleiche Auswirkung hat, jedoch sie gleich behandelt⁴¹². Wird die Basis zur **Feststellung der Stimmverteilung nach objektiven Kriterien** vollzogen, steht der **variablen Stimmverteilung** nichts entgegen⁴¹³.

Stimmrechtslose Vorzugsaktien sind gemäß § 12a AktG Aktien, die mit einem nachzahlungsbedürftigen Vorzug bei der Verteilung des Gewinnes ausgestattet sind, jedoch dafür eines Stimmrechtes entbehren⁴¹⁴. Außer dem Stimmrecht vermitteln sie jedoch alle aus der Aktie zustehenden Rechte, wodurch **Stimmrechts- und Substanzbeteiligung auseinanderfallen**⁴¹⁵. Das Stimmrecht lebt wieder auf, wenn der Vorzugsbetrag bei der Verteilung des Gewinns in zwei folgenden Jahren nicht vollständig gezahlt wird⁴¹⁶. Vorzugsaktien

⁴⁰⁷ vgl. *Reich-Rohrwig* (1983), 341

⁴⁰⁸ § 41. GmbHG (1) Die Nichtigkeitserklärung eines Beschlusses der Gesellschafter kann mittels Klage verlangt werden: 1. wenn der Beschluß nach diesem Gesetze oder dem Gesellschaftsvertrage als nicht zu stande gekommen anzusehen ist; 2. wenn der Beschluß durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt oder, ohne daß bei der Beschlußfassung die Vorschriften über die Abänderung des Gesellschaftsvertrages eingehalten worden wären, mit letzterem in Widerspruch steht

⁴⁰⁹ *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz Kommentar (1999), § 39 Rz 13

⁴¹⁰ *Gellis, Max/Feil, Erich*: GmbH Gesetz Kommentar, 2009, § 39

⁴¹¹ § 190 UGB

⁴¹² vgl. *Reich-Rohrwig* (1983), 430f

⁴¹³ vgl. *Schaschl, Tatjana*: Gestaltung des Stimmrechts im GmbH-Gesellschaftsvertrag, NZ 1998, 65ff.

⁴¹⁴ vgl. § 115 Abs. 1 AktG. vgl. dazu *Schiemer* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 115

⁴¹⁵ „Die Vorzugsaktien ohne Stimmrecht gewähren mit Ausnahme des Stimmrechts die dem Aktionär aus der Aktie zustehenden Rechte.“ § 116 Abs. 1 AktG

⁴¹⁶ § 116 Abs. 2 AktG

ohne Stimmrecht dürfen nur bis zu einem Drittel des Grundkapitals ausgegeben werden⁴¹⁷. Sie tragen dem Interesse jener Aktionäre Rechnung, welche eine Präferenz an einer Vorzugsdividende haben und dafür auf das Stimmrecht als mitgliedschaftliches Aktionärsrecht verzichten. Von diesem Gesichtspunkt des einflusslosen Risikokapitals sind auch aktionärsähnliche bzw. gesellschafterähnliche Genussrechte den stimmrechtslosen Vorzugsaktien nahe, da diese eine Beteiligung am Gewinn- und Verlust vermitteln, den Gläubigern nachrangig sind und ebenfalls auf Unternehmensdauer zur Verfügung gestellt werden. Jedoch sind diese nicht mit einem Drittel des Grundkapitals beschränkt. Eine Umgehungsmöglichkeit der Drittelbeschränkung darin zu erblicken ist jedoch nicht schlüssig, da es sich bei Genussrechten gerade nicht um mitgliedschaftliche Rechte wie bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien handelt, sondern lediglich um vertragliche Rechtsbeziehungen, die in ihrer verpflichtenden Tiefe (Aufleben des Stimmrechts bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien) beschränkt sind⁴¹⁸.

Höchststimmrechtsbeschränkungen, welche bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung möglich sind⁴¹⁹, sind Instrumente zur Beschränkung von Stimmkraft und führen somit zu einem **Auseinanderfallen** von **Kapitalbeteiligung** und **Stimmrechtsanteilen** bzw. zu einer Durchbrechung des Kapitalprinzips bzw. des Prinzips „one share – one vote“. Somit kann trotz hoher Kapitalbeteiligung das Mitbestimmungspotential des Gesellschafters gering⁴²⁰ sein wodurch sich eine Begünstigung des Streubesitzes gegenüber dem Mehrheitsaktionär ergibt⁴²¹. Höchststimmrechte können einerseits über einen starren Höchstbetrag oder mit Abstufungen⁴²² konstruiert werden. Beschränkt wird durch Höchststimmrechtsgrenzen jene Stimmkraft über dem Höchstbetrag. Die Macht aus dem Kapital bleibt erhalten⁴²³. **Mehrstimmrechtsaktien** sind gemäß § 12 Abs. 3 AktG unzulässig. Der Gesellschaftsvertrag der GmbH kann eine Erhöhung der Stimmkraft gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG vorsehen.

Ferner dürfen die aufsichtsrechtlichen Beschränkungen hinsichtlich der Leitungsmacht nicht unberücksichtigt bleiben, denn beispielsweise normieren das BWG und das VAG die aufsichtsrechtliche Zustimmung bei wesentlichen Entscheidungen⁴²⁴. Bei Private Equity Unternehmen ist hinsichtlich der Leitungsmacht ebenfalls auf das genutzte Vehikel Bedacht zu nehmen. Die österreichische Mittelstandsfinanzierungsgesellschaft beispielsweise unterliegt restriktiven Vorgaben des Gesetzes hinsichtlich der Veranlagung sowie der Entscheidungsfindung generell, wodurch die Leitungsmacht eingeschränkt wird⁴²⁵. Bei Investmentgesellschaften, welche sich auf privatrechtlicher Basis organisieren, sind der gesellschaftsvertragliche Investmentzweck für die Handlungen der Verwaltungsorgane bzw. die im

⁴¹⁷ § 12a AktG

⁴¹⁸ *Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 115 Rz 6

⁴¹⁹ § 12 Abs. 2 AktG bzw. 39 Abs. 2 GmbHG

⁴²⁰ eine (nicht abschließende) Berechnungsvariante zur Berechnung der effektiven Stimmkraft (S) vgl. die Formel bei *Cahn*, Probleme der Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach dem WpHG bei der Veränderung des Stimmrechtsanteils an börsennotierten Gesellschaften, in *Die AG* 1997, 502, 505 f, demnach gilt $S = (x/(Z+y \text{ mal } H)) \text{ mal } 100$; x gibt die Höhe des Stimmrechts an, das der jeweilige Aktionär unter Berücksichtigung des Höchststimmrechts ausüben kann, Z den Prozentsatz der Anteile, die nicht von der Stimmrechtsbeschränkung betroffen sind, y die Zahl der von der Stimmrechtsbeschränkung betroffenen Aktionäre und H die Höchststimmrechtsquote.

⁴²¹ *Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998) § 114 Rz 7; *Reich-Rohrwig, Johannes/Thiery, Gottfried*: Zur geplanten Einführung von Mehrstimmrechtsaktien, *ecolx* 1990, 26 (26); *Thiery* (1989), 84f.

⁴²² z.B. je zehn Aktien über 25 % am Grundkapital haben lediglich eine Stimmkraft von 5 Stimmen.

⁴²³ *Jud, Waldemar/Zollner, Johannes/Terlitz, Bernd*: Höchststimmrechte bei der Ermittlung übernahmerechtlicher Schwellenwerte, *NZ* 2002/23

⁴²⁴ z.B. Bewilligungen gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1. BWG bei Verschmelzungen oder Vereinigung von Kreditinstituten, oder 2. bei Erreichen, Überschreiten bzw. Unterschreiten der Grenzen von 10 vH (qualifizierte Beteiligung), 20 vH, 33 vH und 50 vH der Stimmrechte oder des Kapitals eines Kreditinstitutes mit Sitz in einem Drittland, sofern ein anderes Kreditinstitut diese Stimmrechte oder das Kapital direkt oder indirekt hält, erwirbt oder abgibt.

⁴²⁵ siehe u.a. § 6b KStG

Managementvertrag umschriebenen Beschränkungen bzw. Berichtspflichten maßgeblich. Die **Grenze** der **Leitungsmacht** im gesellschaftlichen Organgefälle bildet das **Gesellschaftsinteresse**. Sie ist kein Selbstzweck, sondern bestimmt zwei Funktionen, nämlich die **Gewährleistung** der **gesellschaftlichen Zweckerfüllung** - „*der Zweck des Verbandes ist dasjenige Element, das den Sonderinteressen der einzelnen Mitglieder die gemeinsame Richtung gibt*“⁴²⁶ - sowie den **Erhalt** des **Gesellschaftsvermögens als Haftungsmasse** der Gesellschaftsgläubiger⁴²⁷.

Die Aktiengesellschaft darf **eigene Aktien** nur unter bestimmten Bedingungen erwerben⁴²⁸. Aus ihnen stehen ferner der Gesellschaft gemäß § 65 Abs. 5 AktG keine Rechte zu, d.h., dass alle Aktionärsrechte (Vermögens/Substanz-, Herrschafts- oder Einflussrechte) ruhen. Das Ruhen der Stimmrechte wurde expressis verbis festgehalten, denn es entspricht dem Normzweck, die Gefährdung der Corporate Governance durch den Erwerb eigener Aktien zur Einflussnahme bei Entscheidungen, Änderungen der Kompetenzverteilung, etc. zu verhindern⁴²⁹. Jedoch ist hinsichtlich der verschiedenen Materiengesetze zu unterscheiden. Gemäß § 244 Abs. 5 UGB sind bei der Ermittlung der Mehrheit der Stimmrechte von der Zahl aller Stimmrechte die Stimmrechte aus eigenen Anteilen abzuziehen, die dem Tochterunternehmen selbst, einem seiner Tochterunternehmen oder einer anderen Person für Rechnung dieser Unternehmen gehören. Selbiges gilt gemäß § 22 Abs. 6 ÜbG für das Übernahmerecht. Strittig ist die Außerachtlassung eigener Anteile im BörseG⁴³⁰.

1.3.3. Besteuerung

Steuern sind liquiditätswirksamer Aufwand, den es zu minimieren gilt. Die Konzernsteuern sind abhängig vom Ausmaß des Eigen- bzw. Fremdkapitals, von der Ertragslenkung zwischen den Gesellschaften (innerkonzernliche Verrechnungspreise) und von der jeweiligen Verwendungsform (Ausschüttung oder Thesaurierung). Die Beteiligungsstruktur greift beispielsweise dadurch ein, dass die österreichische Gruppenbesteuerung einen Kapitalanteil und Stimmenanteil von mehr als 50 % gemäß § 9 KStG verlangt. Die faktische oder rechtlich prozessuale Leitungsmacht erstrebt die Gewinne im legalen Rahmen⁴³¹ zu jenem Konzernunternehmen zu verschieben, in dem die geringste Steuerbelastung eintritt. Aufgrund der Tatsache, dass die Minimierung der Steuerbelastung im Gesamtsystem ein wesentlicher Pfeiler der Konzernstrukturoptimierung ist, müssen steuerliche Aspekte ebenfalls bei der Erstellung der optimalen Konzernstruktur berücksichtigt werden. Dies jedoch vor dem offensichtlichen Hintergrund, dass eine

⁴²⁶ vgl. Zöllner, Wolfgang: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München, Berlin 1963

⁴²⁷ vgl. Reiner, Günter: Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung, München 1995, 8

⁴²⁸ § 65. (1) Die Gesellschaft darf eigene Aktien nur erwerben, 1. wenn es zur Abwendung eines schweren, unmittelbar bevorstehenden Schadens notwendig ist; 2. wenn der Erwerb unentgeltlich oder in Ausführung einer Einkaufskommission durch ein Kreditinstitut erfolgt; 3. durch Gesamtrechtsnachfolge; 4. auf Grund einer höchstens 30 Monate geltenden Ermächtigung der Hauptversammlung, wenn die Aktien Arbeitnehmern, leitenden Angestellten und Mitgliedern des Vorstands oder Aufsichtsrats der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens zum Erwerb angeboten werden sollen; 5. zur Entschädigung von Minderheitsaktionären, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist; 6. auf Grund eines Beschlusses der Hauptversammlung zur Einziehung nach den Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals; 7. wenn sie ein Kreditinstitut ist, auf Grund einer Genehmigung der Hauptversammlung zum Zweck des Wertpapierhandels; der Beschluß über die Genehmigung muß bestimmen, daß der Handelsbestand der zu diesem Zweck zu erwerbenden Aktien fünf von Hundert des Grundkapitals am Ende jeden Tages nicht übersteigen darf und muß den niedrigsten und den höchsten Gegenwert festlegen; die Ermächtigung darf höchstens 30 Monate gelten; 8. auf Grund einer höchstens 30 Monate geltenden Ermächtigung der Hauptversammlung, wenn die betreffenden Aktien börsennotiert im Sinn des § 3 sind. Der Handel in eigenen Aktien ist als Zweck des Erwerbs ausgeschlossen.

⁴²⁹ vgl. etwa Koppensteiner, Kommentar (1999), § 81 Rz 13 mwN

⁴³⁰ vgl. Kalss, ÖBA 2000, 281, 285f.; dies in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar (2003), § 65 Rn 139f. dafür; dagegen Koppensteiner (2005), Zurechnung, 296

⁴³¹ § 867 ABGB, § 12 Abs. 4 KStG, etc.

steueroptimale Konzernstruktur in Konkurrenz zu der organisatorisch optimalen, absatzpolitisch optimalen und finanzpolitisch optimalen Struktur steht⁴³². Private Equity Unternehmen nutzen üblicherweise Gesellschaften mit Verlustvorträgen um die Bemessungsgrundlage für Gewinne bei Ausschüttungen oder bei einem Exit zu minimieren. Bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen stehen einerseits die steueroptimale Gestaltung auf Körperschaftssteuersubjektsebene, die dem Zielsystem entsprechen muss, dass einerseits die Körperschaftssteuerbelastung niedrig gehalten wird und andererseits, dass den Investoren eine entsprechende Dividendenrendite ermöglicht wird, im Mittelpunkt. Ferner ist das erwähnte Instrument der Gruppenbesteuerung bei dezentralen Banksektoren aufgrund der restriktiven Bestimmungen des Körperschaftssteuergesetzes nicht anwendbar⁴³³.

Das Umgründungssteuergesetz strebt im Konzernierungsprozess Umstrukturierungen ohne Änderung der wirtschaftlichen Beteiligung von steuerlichen Hindernissen zu befreien an, da andernfalls Umstrukturierungen wie der Unternehmenskauf zur Aufdeckung stiller Reserven und Firmenwertaktivierung sowie Gebühren und Verkehrssteuertatbestände zur Folge hätten. Daher ermöglicht das Umgründungssteuergesetz die Buchwertfortführung zur Vermeidung von Ertragssteuern und befreit die umfassten Transaktionen, wie beispielsweise die Verschmelzung, Umwandlung, Einbringung, Zusammenschluss, Realteilung und Spaltungen weitestgehend von Gebühren und Verkehrssteuern⁴³⁴.

Aufgrund selbiger Überlegung ist auch die gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Art und Weise der Konzernierung relevant; beispielsweise ob eine Transaktion auf Basis eines asset deals oder eines share deals durchgeführt wird. Beim asset deal ist das Unternehmen selbst der Kaufgegenstand, während beim share deal mit dem share purchase agreement die gesellschaftsrechtlichen Anteile an einem Unternehmen und nicht das von der jeweiligen Gesellschaft betriebene Unternehmen übertragen werden⁴³⁵. Die gesellschaftsrechtliche und steuerliche Besonderheit ist, dass es bei einem asset deal zu einer Einzelrechtsnachfolge kommt und bei einem share deal zu einer Gesamtrechtsnachfolge. Letztere ist in der Praxis präferiert, da beispielsweise ein Beteiligungserwerb im Rahmen der Einzelrechtsnachfolge mühsam wäre, wenn man bedenkt, dass Vertragspositionen im Wege der Vertragsübernahme überzuleiten, einzelne Verbindlichkeiten im Rahmen der Schuldübernahme oder des Schuldbeitritts zu überbinden, Forderungen zu zedieren und Immaterialgüterrechte entsprechend zu übertragen wären⁴³⁶.

Als Schnittmenge zwischen Leitungsmacht und Besteuerung steht unter anderem die **Gruppenbesteuerung**sthematik zur Analyse. Diese „Konzernbesteuerung“ soll den Steuerpflichtigen bei der Organisation seiner wirtschaftlichen Tätigkeiten in mehreren Gesellschaften so stellen, als ob er die gesamte Tätigkeit in einer organisatorischen Einheit durchführe⁴³⁷. Eine Unternehmensgruppe setzt eine (auch mittelbare) **finanzielle Verbindung** zwischen dem Gruppenträger⁴³⁸ und Gruppenmitglied voraus. Dies wird dadurch erreicht, dass der Gruppenträger über mehr als **50 % der Stimmrechte und des Kapitals** des

⁴³² Koblin (2002), 100-106

⁴³³ zur Notwendigkeit einer finanziellen Verbindung gemäß § 9 KStG vgl. Stefaner/Weninger (2006), 744

⁴³⁴ vgl. u.a. § 6, 11, 22, 26 UmgrStG

⁴³⁵ u.a. Röper, Lukas: Rügeobliegenheit beim Share Deal? ecolex 2009, 935

⁴³⁶ vgl. Krejci, Heinz: § 38 UGB: Zurück ins Trockendock? ÖJZ 2007/73

⁴³⁷ Gassner, Ansätze zur Reform der Besteuerung von Unternehmensgruppen, in Gassner/Lang/Wiesner, Unternehmensgruppen, 16

⁴³⁸ unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften, Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften und - wenn auch mit Einschränkungen - ausländische Gesellschaften sein sowie Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes und Kreditinstitute (Körperschaften) im Sinne des Bankwesengesetzes und auch Beteiligungsgemeinschaften; nicht als Organmutter können Privatstiftungen fungieren.

Gruppenmitgliedes verfügen muss⁴³⁹. Die ausdrückliche Normierung, dass eine Kapitalmehrheit und eine Stimmrechtsmehrheit vorliegen müssen, verlangt im Zuge der Konzernplanung eine bewusste Steuerung der eigenen Anteile im Konzern, welche als Werttreiber fungieren können. Gemäß § 65 Abs. 5 AktG stehen aus eigenen Aktien der Gesellschaft keine Rechte zu. D.h. für den Fall, dass A mit 49 % an B beteiligt ist und B über eigene Anteile in Höhe von 10 % verfügt, liegt eine Kapital- und Stimmmehrheit vor. Hätte jedoch die C eine 10-%ige Beteiligung an der sie beherrschenden B, dann muss folgende Überlegung angestellt werden. Gemäß § 65 Abs. 5 Satz 2 AktG kann das Stimmrecht nicht für jene Aktien ausgeübt werden, welche die Tochterunternehmung an der beherrschenden Gesellschaft hält. Dadurch wäre zwar im ersten Schritt die Stimmenmehrheit gesichert, jedoch kann aufgrund der Regelung des § 66 AktG, wodurch Aktien der Tochterunternehmung an der beherrschenden Gesellschaft der beherrschenden Gesellschaft (demnach B) zugerechnet werden müssen, eine Kapitalmehrheit nicht hergestellt werden⁴⁴⁰.

1.3.4. Minderheitengesellschafter

Ein nicht zu vernachlässigender Aspekt resultiert aus der Gestaltung der Minderheitenbeziehung. Minderheitenrechte unterscheiden sich von Individualrechten dadurch, dass sie nur von Inhabern der Mindestbeteiligungsquote geltend gemacht werden können⁴⁴¹. Während sich das Gesellschaftsrecht seit jeher eher mit der Frage des Minderheitenschutzes befasst, wird eine ausführliche rechtliche Auseinandersetzung über die Gestaltung von Minderheitenanteilen (bis zu 49,9 %) zur Wertmaximierung vermisst. Wertmaximierung dahingehend, dass neue interne und externe Kapitalquellen erschlossen werden können, dass wechselseitige Beteiligungen die gemeinsame Zielausrichtung forcieren und dass koordinierte Minderheitsbeteiligungen, unter zu analysierenden Aspekten, nicht den Konzerntatbestand erfüllen lassen. Bedeutend sind des Weiteren sogenannte Finanzierungseffekte, wobei besonders der Pyramiden-Effekt hervorgehoben werden muss, der auf seine betriebswirtschaftliche Rationalität und auf seine rechtliche Durchsetzbarkeit hin analysiert werden soll⁴⁴². Minderheitengesellschafter spielen auch bei Konstruktionen zur legalen Vermeidung von Verkehrssteuern eine Rolle⁴⁴³.

Bei allen finanzwirtschaftlichen und strategischen Vorteilen aus der Miteinbeziehung von Minderheitengesellschaftern soll jedoch das formelle Behinderungspotential durch Minderheitengesellschafter⁴⁴⁴ nicht außer Acht gelassen. Zu denken ist beispielsweise an Stimmverbote. § 39 Abs. 4 GmbHG normiert, dass die Gesellschafter bei einer Beschlussfassung einem Stimmverbot unterliegen, wenn sie von einer Verpflichtung befreit werden sollen, wenn ihnen ein Vorteil zugewendet werden soll, wenn es um die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit ihnen geht sowie wenn ein Rechtsstreit gegen sie eingeleitet oder erledigt werden soll. Auch das Aktiengesetz sieht vor, dass der Aktionär sein Stimmrecht nicht ausüben kann, wenn er durch die Beschlussfassung entlastet, von einer Verpflichtung befreit oder wenn ein Beschluss gefasst werden soll, ob die Gesellschaft gegen den Aktionär einen Anspruch

⁴³⁹ bei der Organschaft war zusätzlich zu einer finanziellen Verbindung eine wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung und ein Ergebnisabführungsvertrag vorausgesetzt worden.

⁴⁴⁰ zum Problemfeld mit anderer Lösung zum gleichen Ergebnis vgl. *Karollus, Martin/Kofler, Georg*: Eigene Anteile im Rahmen der finanziellen Verbindung nach § 9 (4) KStG, *taxlex* 2005, 179

⁴⁴¹ z.B. § 37, 38 Abs. 3 GmbHG, siehe auch § 45 GmbHG bzw. 48 Abs. 1 GmbHG

⁴⁴² vgl. *Karollus/Kofler* (2005), 179

⁴⁴³ Beispielhaft sei der Fall von Immobilienakquisitionen genannt, bei dem der Tatbestand der Anteilvereinigung verhindert werden sollte um nicht Gefahr zu laufen Grunderwerbssteuer zu bezahlen. vgl. Darstellungen von Immobilienbeteiligungen unter Konzernstrukturen Kapitel II, Punkt 4.4.2.

⁴⁴⁴ vgl. Punkt 1.4.2.3. Minderheitenrechte bei Aktiengesellschaften und GmbH

geltend machen soll⁴⁴⁵. Handelt es sich um Konzernkonstellationen mit einem Mehrheitsgesellschafter und einem konzernfremden Minderheitsgesellschafter, dann kann jedes alltägliche, konzerninterne Geschäft mühevoll werden, denn der Minderheitsgesellschafter der den zehnten Teil der Stammeinlagen übernommen hat, kann gemäß § 37 Abs. 1 GmbH eine Generalversammlung einberufen und Tagesordnungspunkte einbringen, von deren Beschlussfassung der Mehrheitsgesellschafter ausgeschlossen ist. Dieser Fall soll betonen, welche Bedeutung die sorgsame Wahl des Minderheitsgesellschafters einnimmt, was auch im Rahmen der Konzernstrukturoptimierung und der weiteren Konzernplanung auf die gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen bedeutsam ist. Der Gesellschaftsvertrag kann erforderliche Beteiligungsquoten der Minderheit herabsetzen, nicht aber erhöhen⁴⁴⁶.

Eine weitere Grenze für die Miteinbeziehung der „Minderheitengesellschaft“ bietet das Übernahmegesetz. Zutreffenderweise ist im Anwendungsbereich des Übernahmegesetzes faktisch nicht von einer Minderheitenbeteiligung zu sprechen, denn die Anwesenheitsquoten österreichischer Aktionäre bei Hauptversammlungen haben die Annahme eines Kontrollwechsels beim Erwerb von Aktien, welche in Summe 30 % der ständig stimmberechtigten Aktien übersteigt, fundiert. Das Erlangen einer Beteiligung von weniger als 26 % der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte hat, keine Mitteilungspflichten gegenüber der Übernahmekommission und keine Pflicht zur Stellung eines Pflichtangebots zur Folge. Bei Erreichen einer Beteiligungsquote, die zwischen 26 % und 30 % der Stimmrechte liegt, sind Mitteilungspflichten an die Übernahmekommission zu erfüllen⁴⁴⁷, wobei die Stimmrechte, welche 26 % übersteigen, ruhen. Bei Erlangen einer Beteiligung von mehr als 30 % der ständig stimmberechtigten Aktien wird ein Pflichtangebot verlangt, außer es liegen Ausnahme- oder Anzeigetatbestände vor⁴⁴⁸.

1.3.5. Kapitalkosten

Die Kosten des Kapitals gelten als wesentlicher Treiber in der Berechnung des Unternehmenswertes (Shareholder Value). Die forcierbaren Elemente der Eigenkapitalkosten, welche minimiert werden müssen, um die Eigenkapitalrentabilität⁴⁴⁹ zu maximieren, sind das mit dem Unternehmen verbundene Risiko und die Höhe des Eigenkapitalanteils. Demnach kann mit juristischen Mitteln zumindest die Höhe des Eigenkapitalanteils durch Konzernstrukturoptimierung derart adaptiert werden, dass je niedriger die Konzernbeteiligungsquote an den Untergesellschaften ist, um einen bestimmten Cash Flow bei unveränderten Kapitalkosten zu erzielen, desto höher die relative Wertsteigerung des gebundenen Eigenkapitals und in Folge auch die Eigentümerrendite, ist. Aus der Perspektive der Unternehmensbewertung soll der Eigenkapitaleinsatz reduziert werden, denn je geringer der Anteil des Eigenkapitals im Konzern ist⁴⁵⁰, desto geringer ist der Anteil des Eigenkapitals bei der Kapitalkostenermittlung (*weighted average cost of capital*) und desto geringer ist der Diskontierungsfaktor,

⁴⁴⁵ § 125 AktG

⁴⁴⁶ *Koppensteiner, Hans Georg/Rüffler, Friedrich: GmbH Gesetz Kommentar*, Wien 2007, § 37 Rz 2, § 38 Rz 2, 8; zu den Konzernsteuerungsmechanismen siehe Kapitel VI Punkt 2.

⁴⁴⁷ § 26a ÜbG

⁴⁴⁸ § 24 ÜbG

⁴⁴⁹ sinngleich Return on Equity, Return on Investment

⁴⁵⁰ ein Unternehmen kann sich nur maximal bis zu jenem Ausmaß verschulden, als das Konkursrisiko, aufgrund mangelnden Eigenkapitals, den Fremdfinanzierungskostensatz derart anhebt, dass die Kosten des Fremdkapitals der Gesamtrendite des Unternehmens entsprechen.

der als Hebel der Unternehmenswertmaximierung fungiert. Bei Finanzintermediären zeigten die Entwicklungen seit September 2008 (u.a. Fall von Lehman Brothers), dass die unreflektierte Orientierung an niedrigen Kapitalkosten bzw. geringen Eigenkapital⁴⁵¹ die Stabilität der Unternehmen gefährden kann. Auch die Verstaatlichungen im österreichischen Bankensektor sind Beispiele dafür, dass aufsichtsrechtlich gebotene Eigenmittelbestimmungen durch volatile Geschäftsmodelle bzw. Mangel an ausreichenden Eigenmitteln, um Zunahmen im Marktrisiko oder Kreditrisiko entsprechend abzufangen, nicht eingehalten werden konnten. Auch die Wahl der Minderheitengesellschafter kann einen Einflussfaktor auf das Unternehmensrisiko und daher auf die Kosten für das Kapital begründen. Derartige Faktoren sind beispielsweise die strategische Ausrichtung, die Kompetenzen (Blockierungspotential) und die Kapitalisierungspotenz des Minderheitengesellschafters.

1.3.6. Fazit

Die folgende Abbildung zeigt die Werttreiber im Kontext der Shareholder Value Konzeption⁴⁵². Der Shareholder Value entspricht den mit dem Eigenkapitalkostensatz diskontierten zukünftigen freien Cash Flows⁴⁵³. Dieses Verständnis bildet die Grundlage für potenzielle Ansatzpunkte zur Konzernstrukturoptimierung. Vor diesem Hintergrund soll der Konzern als wirtschaftliche Einheit gesehen und Recht als Instrument des Risikomanagements verstanden werden. Leitungsmacht, Vermögensrechte und -pflichten, Besteuerung, Eigenkapitalbindung sowie die Auswahl der Minderheitsgesellschaften sind direkte Einflussgrößen des Free Cash Flows. Das Risiko wird durch die verlangte Eigentümerrendite ausgedrückt, welche durch konzerninterne Beteiligungsbeziehungen und die Strukturierung der Minderheitengesellschafterpositionen beeinflussbar ist. Sogenannten systematischen Risiken (Wirtschaftslage, Aufsichtspolitik) und unsystematischen Risiken (Managementfehler, Wettbewerbsnachteile) kann durch Konzernstrukturen begegnet werden, die sich flexibel und effektiv an geänderte Rahmenbedingungen anpassen. Zeitintensive Prozesse (Beschlussfassungen) gilt es zu minimieren, da formale Fehler in der rechtlichen Konzernführung einerseits Angriffsfläche für opportunistisch Handelnde im Konzern bietet und notwendige Geschwindigkeit im operativen Geschäft andererseits untergräbt.

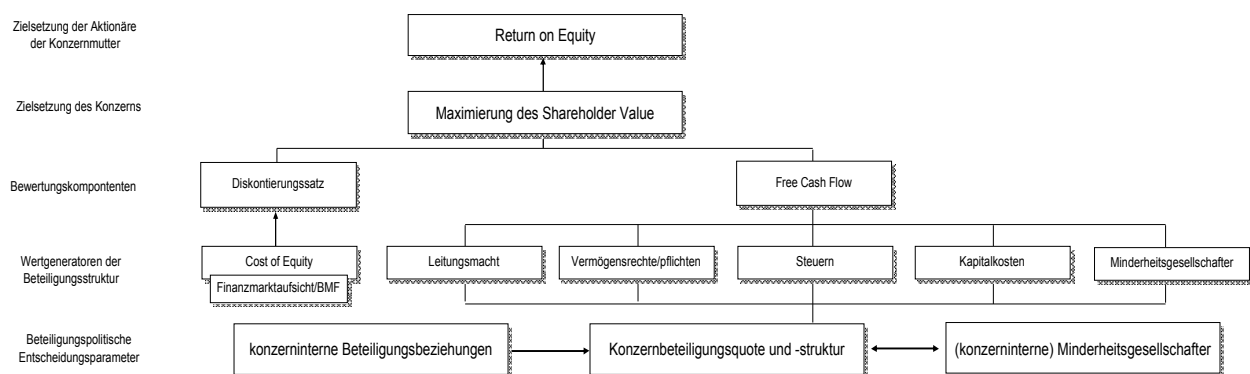


Abbildung 14 Konzernstrukturelle Werttreiber zur Shareholder Value Maximierung, Quelle: Adaption von Koblin (2002), 108

⁴⁵¹ Terminus der Eigenmittel im BWG im VAG.

⁴⁵² vgl. Rappaport, A: Shareholder Value – Ein Handbuch für Manager und Investoren, 2. Auflage, Stuttgart 1999

⁴⁵³ nach Bedienung der Fremdkapitaleigner

1.4. Konzernbeteiligungsquote

Die Konzernbeteiligungsquote bezeichnet die prozentuale Höhe der Beteiligung. Zur faktischen Leitungsmacht muss jedoch bedacht werden, dass das österreichische Gesellschaftsrecht nicht nur Kapitalmehrheiten, sondern auch Stimmmehrheiten kennt. Neben dem Pyramideneffekt⁴⁵⁴ kann vor allem der Einsatz von stimmrechtslosen Vorzugsaktien bzw. Stimmrechtsbeschränkungen bzw. Stimmbindungen im Konzern zu Konstruktionen führen, in denen das Stimmrecht im Wesentlichen bei der Mutter gehalten wird, jedoch das wirtschaftliche Risiko aufgrund der Beteiligungsquote bei außenstehenden Dritten liegt. Dieses Zielsystem ist verstärkt den Venture Capital Gesellschaften inhärent, welche ihren Mehrwert üblicherweise auf die Bereitstellung von Expertise beschränken, jedoch das wirtschaftliche Risiko von den „stillhaltenden“ Kapitalgebern getragen sehen wollen.

1.4.1. Zurechnung von Beteiligungen und Berechnung der (Konzern-)beteiligungsquote

Aufgrund der Tatsache, dass sich Konzerne nicht nur durch direkte Beteiligungen der Mutter an der Tochter charakterisieren, sondern auch indirekte (mittelbare) Beteiligungen gängige Praxis sind, sind derartige Konstruktionen bei der Berechnung der Konzernbeteiligungsquote zu berücksichtigen. Die zwei grundsätzlichen Berechnungsmethoden sind der multiplikative und der additive Ansatz.

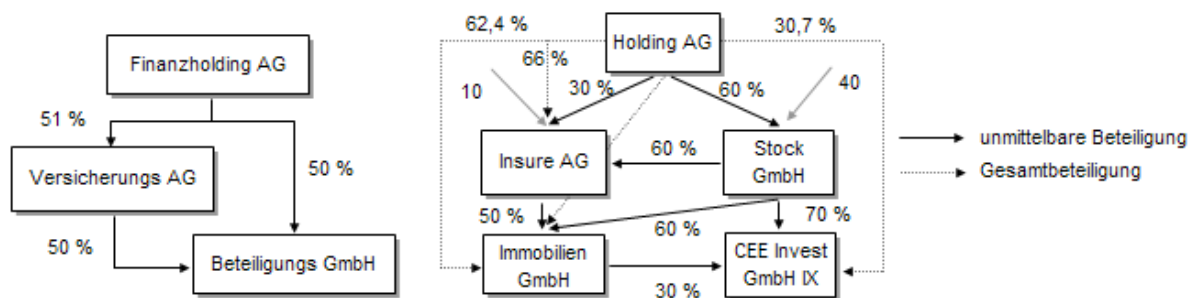


Abbildung 15 Berechnung der Beteiligungsquote; Quelle: in Anlehnung an Theisen (2000), 139

Auf Basis dargestellter Abbildung ist die Muttergesellschaft nach dem **multiplikativen** Ansatz zu 75,5 % ($50\% + 51\% \cdot 50\%$) an der CEE Tochter beteiligt und nach der additiven Methode im Ausmaß von 100 % ($50\% + 100\% \cdot 50\%$) beteiligt, weil die Europaholding mehrheitlich der Mutter gehört. Der multiplikative Ansatz wird vor allem für die Beurteilung der effektiven Eigenkapitalbeteiligung herangezogen. Der **additive** Ansatz ist relevant, wenn die „Konzernzugehörigkeit“ eines Unternehmens eruiert werden soll, wobei der Teufel im Detail steckt. Die Zurechnung von Beteiligungen, sei dies durch den multiplikativen oder den additiven Ansatz oder einer im Gesetz selbst definierten Zurechnungsnorm, ist im Finanzbereich bzw. im Wirtschaftsrecht gerade bei **mittelbaren Beteiligungen** nicht eindeutig.

Mittelbare einheitliche Leitung oder mittelbare Beherrschung im Sinne des § 15 AktG bzw. § 115 GmbHG liegt dann vor, wenn der mittelbare Träger ebenfalls einheitlich geleitet oder beherrscht wird. Dies folgt dem additiven Ansatz. § 244 UGB sieht vor, dass die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses bei einheitlicher Leitung und einer Beteiligung (Absatz 1), bzw. bei Beherrschung (Absatz 2) vorliegt. Dass

⁴⁵⁴ siehe dieses Kapitel Punkt 3.5.3.

Vermögensinteressen diesbezüglich tangiert sind⁴⁵⁵ und nicht bloß Herrschaftsmöglichkeiten ergibt sich daraus, dass bei § 244 Abs. 1 UGB auf eine Beteiligung – dauernde Verbindung gemäß § 228 UGB - abgestellt wird, die jedenfalls 20 % des Nennkapitals umfassen muss⁴⁵⁶ und dass die control-Tatbestände des § 244 Abs. 2 UGB zur einheitlichen Leitung des § 244 Abs. 1 UGB verdichtet werden⁴⁵⁷. Dementsprechend müsste gemäß der multiplikativen Methode durchgerechnet werden⁴⁵⁸. Die überwiegende Literatur argumentiert jedoch mit der entsprechenden Anwendung der § 244 Abs. 4 und 5 UGB⁴⁵⁹. Gemäß § 244 Abs. 4 UGB gelten im Grunde auch Rechte eines Tochterunternehmens als Rechte der Mutter. Dies spricht für eine Zurechnungsregel gemäß dem additiven Ansatz, da nunmehr bei einheitlicher Leitung und 20-%iger Beteiligung und/oder bei zu ihr verdichteter Maßgabe der control-Tatbestände alle Anteile der Tochter der Mutter zugerechnet werden⁴⁶⁰.

Der gewichtigste Unterschied zwischen den obgenannten Methoden ist, dass bei der multiplikativen Methode viel früher die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichtes eintritt als bei der additiven Methode, da letzere für das Mutter-Tochter-Enkelverhältnis einheitliche Leitung und Beteiligung bzw. die Erfüllung eines control-Tatbestandes verlangt. Der additive Ansatz ist auch für das Übernahmerecht maßgeblich. So liegt gemäß § 22 Abs. 3 ÜbG eine mittelbare kontrollierende Beteiligung vor, wenn an der Zielgesellschaft durch die vermittelnde Gesellschaft, welche eine börsennotierte Gesellschaft ist, eine Beteiligung von mehr als 30 % des ständig stimmberechtigten Kapitals besteht und eben diese Art von Beteiligung an der vermittelnden Gesellschaft ebenfalls besteht. Ist diesfalls die vermittelnde Gesellschaft nicht börsennotiert, dann müssen Anteilesrechte oder sonstige Rechte einen beherrschenden Einfluss ermöglichen. Wäre der multiplikative Ansatz zu wählen, dann müsste – wenn man sich nunmehr für die Darstellung auf zwei Extremfälle beschränkt – A an B zu 100 % und B an C zu „mehr als“ 30 % beteiligt sein bzw. A an B zu „mehr als“ 30 % und B an C zu 100 % beteiligt sein. Das BörseG nutzt in § 91 den multiplikativen Ansatz als Zurechnungsmethodik mit der Besonderheit, dass für die Berechnung der Stimmrechte die Gesamtzahl der mit Stimmrechten versehenen Aktien maßgeblich ist⁴⁶¹, auch wenn die Ausübung dieser Stimmrechte ausgesetzt ist. Eine Ausnahme stellen die eigenen Anteile dar. So sieht auch *Kalss*, dass Rechte aus eigenen Anteilen, seien diese nun in der Hand der Gesellschaft, ihrer Töchter oder Dritter, die für Rechnung eines dieser Rechtsträger agieren, nicht zu berücksichtigen sind. Argumentiert wird einerseits mit dem Wortlaut der Norm und andererseits, dass meldepflichtige Aktionäre sich keine Informationen über das Volumen eigener Aktien verschaffen können⁴⁶². Dem widerspricht *Koppensteiner*, der eine Ausnahme eigener Aktien im Sinne des Gleichklangs zwischen Börsegesetz und Übernahmegesetz sieht⁴⁶³. Das Körperschaftssteuergesetz sieht im Rahmen der Vermittlung einer finanziellen Verbindung den

⁴⁵⁵ der beherrschende Einfluss liegt gemäß UGB vor, wenn ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen wird. Andere Möglichkeiten, wie beispielsweise Finanzierungsverträge, Lieferverträge, sind für die Bestimmung des Termins des beherrschenden Einflusses gemäß UGB nicht maßgeblich.

⁴⁵⁶ § 244 Abs. 6 UGB

⁴⁵⁷ vgl. *Koppensteiner* (2005), Zurechnung, 294f mit dem Argument, dass bloße Abhängigkeit im Unterschied zur einheitlichen Leitung nicht das in § 250 Abs. 3 UGB gewünschte „einzige Unternehmen“ zur Folge hätte.

⁴⁵⁸ ebd.

⁴⁵⁹ vgl. *Nowotny* in *Straube*, Kommentar (2000), § 228 Rn 14 sowie *Koppensteiner* (2005), Zurechnung, 294f.

⁴⁶⁰ Hauptargument ist § 238 Z. 2 UGB, der § 244 Abs. 4 und 5 UGB für die Angabe von Daten im Anhang für Unternehmen, an denen zumindest 20 % der Anteile besessen wird, berücksichtigt.

⁴⁶¹ Zur Kritik u.a. *Koppensteiner* (2005), Zurechnung, 295

⁴⁶² vgl. *Kalss*, ÖBA 2000, 281, 285f; dies in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar (2003), § 65 Rn 139f.

⁴⁶³ vgl. *Koppensteiner* (2005), Zurechnung, 296

multiplikativen Ansatz vor, wodurch die durchgerechneten Quoten tatbestandserfüllend sein müssen. Das Bankwesengesetz normiert für den Beteiligungsbegriff sowie für den Begriff der qualifizierten Beteiligung den multiplikativen Ansatz hinsichtlich der Kapitalbeteiligungsquote und den additiven Ansatz hinsichtlich der Stimmbeteiligungsquote, wobei für die Stimmrechte die Anwendbarkeit des § 92 und 92 a Abs. 2 und 3 BörseG normiert wurde⁴⁶⁴.

1.4.2. Arten von Beteiligung

„From a decision making point of view, the financial literature provides little guidance to a financial manager in deciding when to acquire a firm wholly and when only a part of it”

„Companies should not confuse strategic control of a business with 100 % ownership”

Roy, A.

G. Bennett Stewart

Im Grunde gilt, dass je höher die Beteiligung ist, desto wahrscheinlicher wird es, die im Gesetz, in Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Quoren für Beschlüsse zu erreichen und somit „Einfluss“ auf die Leitung des untergeordneten Unternehmens auszuüben. Mehrheitsbeteiligungen sind dann zweckmäßig, wenn mit Restrukturierungen bzw. mit den Eigentümern akkordierten Optimierungen Synergien innerhalb des Konzerns abgeschöpft werden sollen und wenn Großaktionäre vorliegen. Es kann mit einer Mehrheit der Stimmrechte bestimmt werden, welche (zwischenunternehmerischen) Synergien zuerst und in welchem Ausmaß zu erwirtschaften sind, um den Konzernwert zu erhöhen. Gerade strategische Investoren streben im Falle mehrerer Großaktionäre oder bei Familienunternehmen Mehrheitsbeteiligungen bzw. im Falle eines hohen free floats danach strategische Pakete⁴⁶⁵ zu akquirieren. Demnach sind für strategische Investoren Pakete mit geringerer Beteiligungsquote uninteressanter, wobei vice versa jedoch nicht gesagt werden kann, dass sich die Veräußerungsmöglichkeit proportional zur Beteiligungshöhe verhält. Aufgrund dieser Tatsache sind Gegenstände der Transaktionsverhandlungen nicht nur der Anteil am Nennkapital und dessen Preis, sondern auch immer mehr Vereinbarungen über potentiell Abstimmungsverhalten zwecks strategischer Konformität, welche durch finanzielle Schranken wie beispielsweise put und call Optionen, tag-along und drag-along gesichert werden.⁴⁶⁶

Zu bedenken ist jedenfalls auch die Charakteristik des Streubesitzes. Gerade bei börsennotierten Unternehmungen mit hohem Streubesitz ist erstens eine Mehrheitsbeteiligung mit zu hohem finanziellem Aufwand verbunden und zweitens nicht notwendig um effektiv Einfluss zu nehmen. Nach einer empirischen Studie von Baums/Fraune 1995 liegen etwa 60 % aller Aktien in Depots, erteilen zwei Drittel aller Wertpapierkunden eine Dauervollmacht zur Stimmrechtsausübung, stellen sich Kreditinstitute eher auf die Seite des zu kontrollierenden Konzerns und erteilen nur 2-3 % der Depotkunden Weisungen, die von den Vorschlägen der Banken abweichen. Daraus ergibt sich, dass für strategisch agierende Mutterunternehmungen Leitung auch mit geringerer Beteiligungsquote im Falle eines hohen free floats möglich ist⁴⁶⁷. Dies wird auch durch die rationale Apathie der Aktionäre begründet, aufgrund welcher

⁴⁶⁴ vgl. Koppensteiner (2005), Verbundtatbestände, 623ff.

⁴⁶⁵ abhängig von der Streucharakteristik, jedoch Sperrminorität mit 25% plus einer Aktie.

⁴⁶⁶ zu den einzelnen Rechten siehe Kapitel VI Punkt 4

⁴⁶⁷ vgl. Baums, T./Fraune, C: Institutionelle Anleger und Publikumsgesellschaft: Eine empirische Untersuchung, AG, Bd 40, 1995, 103 und auch library.fes.de/fulltext/fo-wirtschaft/00358009.htm (10. Juli 2006); vgl. Stellungnahme Übernahmekommission zum Entwurf des ÜbRAG 2006 vom 16. Dezember 2005, 2 ff und insbesondere 9: "Bei den Gesellschaften des ATX konnte im Jahr 2004 eine Streubesitzpräsenz von 15 Prozent festgestellt werden, während beispielsweise die Streubesitzpräsenzen bei Gesellschaften des DAX 30 im Jahr 2004 nach Berechnung der Deutschen

Streubesitzaktionäre ihre Kontrollrechte aufgrund ihres verhältnismäßig geringen finanziellen Engagements und der mit der Überachtung verbundenen hohen Kosten nicht ausüben⁴⁶⁸. Diesem Gedanken trägt auch das Übernahmegesetz Rechnung, in dem eine kontrollierende Beteiligung im Sinne des § 22 Abs. 2 ÜbG vorliegt, wenn 30 % der ständig stimmberechtigten Aktien gehalten werden. Noch früher greifen die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen des BWG und des VAG⁴⁶⁹, wobei der jeweilige Normzweck neben der erwarteten Einflussmöglichkeit⁴⁷⁰ auch den volkswirtschaftlichen Bedarf an einem funktionsfähigen Banken- und Versicherungswesen bzw. an Finanzmarktstabilität anstrebt. Auch § 244 Abs. 2 Z. 4 UGB berücksichtigt Stimmbindungs- bzw. Syndikatsverträge, die auch bei einer geringeren als der absoluten Mehrheit, ja sogar bei einer Beteiligung unter 20 %⁴⁷¹ maßgeblich ist. Berücksichtigungswert sind der Anteil an eigenen Aktien, weil aufgrund der Bestimmung des § 65 Abs. 5 AktG aus ihnen kein Stimmrecht resultiert, woraus folgt, dass die restlichen Stimmrechtsaktien aufgewertet würden und Aktionäre, die gerade unter strategischen Stimmrechtsschwellen liegen, signifikant begünstigen könnten. Dieser *gap* zwischen nominellem und effektivem Stimmrecht kann in der folgenden Formel dargestellt werden⁴⁷².

$$K_{\text{eff}} = (K_{\text{nom}} + D_{\text{nom}}) \times (1/P_{\text{ges}}) \times (1/(1-A_{\text{eig}})) \text{ bzw. } K_{\text{eff}} = (K_{\text{nom}} + D_{\text{nom}}) \times (100/(K_{\text{nom}}+D_{\text{nom}}+(M_{\text{nom}} \times P_{\text{min}})))$$

wobei	K_{eff} :	Effektive Beteiligungsquote des Konzerns
	K_{nom} :	Nominelle Beteiligungsquote des Konzerns
	D_{nom} :	Nominelle Beteiligungsquote von Verbündeten inkl. Depotbanken
	P_{ges} :	Präsenz der stimmberechtigten Anteile an der Versammlung
	A_{eig} :	Anteile eigener Aktien
	M_{nom} :	Nom. Beteiligungsquote von nicht verbünd. Minderheiten und von Publikumsakt., die keine Depotvollmacht erteilt haben.
	P_{min} :	Versammlungspräsenz dieser Gesellschafter

Das österreichische Gesellschaftsrecht berücksichtigt die Systematik der effektiven Beteiligung nur teilweise. Meines Erachtens zurecht, da die effektive Beteiligungsquote aufgrund variierender Variablen, wie die Präsenz der Stimmberechtigten, zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde, weil man rückwirkende Präsenzen als Indikator für zukünftige Machtverhältnisse heranziehen müsste. Die alte Fassung des Übernahmegesetzes in Verbindung mit seiner ersten Übernahmeverordnung⁴⁷³ enthielt Facetten, welche einer effektiven Beteiligungsquote Rechnung trugen. Die effektive Beteiligungsquote wurde als tatbestandsmäßig erachtet, weil nur die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, die natürlich von Hauptversammlung zu Hauptversammlung variieren kann, maßgeblich ist. Im Aktienrecht geltender Fassung wurde an die effektive Beteiligungsquote keine Rechtsfolge geknüpft. Die Hauptversammlungsmehrheit lässt sich jedoch § 244 Abs. 1 UGB bei unwiderlegter Konzernvermutung zuordnen⁴⁷⁴.

Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz bei rund 26 Prozent lagen", sowie 10: "In einer durchschnittlichen ordentlichen Hauptversammlung im Vereinigten Königreich sind zwischen 40 und 50 Prozent des Streubesitzes vertreten. Einem Kernaktionär mit einer Beteiligung von 30 Prozent stehen daher typischerweise Streubesitzaktionäre mit 28 bis 30 Prozent der Stimmrechte gegenüber." Vgl. auch die zweite Stellungnahme der Vollversammlung der Übernahmekommission zum Entwurf des ÜBRÄG 2006 vom 1. Februar 2006, 1ff. Siehe weiters die Stellungnahme des OGH im Begutachtungsverfahren über den Entwurf eines ÜBRÄG 2006, 1, unter Verweis auf "empirische Studien".

⁴⁶⁸ Überblick bei *Dauner-Lieb, Barbara*: Aktuelle Vorschläge zur Präsenzsteigerung in der Hauptversammlung, WM 2007, 9ff. mwN

⁴⁶⁹ siehe § 2 Z. 2 iVm § 20 Abs. 1 BWG oder § 11b VAG

⁴⁷⁰ Hauptversammlungsmehrheit

⁴⁷¹ § 244 Abs. 6 für Abs. 1 UGB; darunter möglich, wenn § 244 Abs. 2 UGB Tatbestände erfüllt.

⁴⁷² vgl. *Koblin* (2002), 127, vgl. *Pausenberger* 1957, 55ff und *Baetge/Kirsch/Thiele* 2002, 248ff.

⁴⁷³ Verordnung der Übernahmekommission vom 9. März zum Übernahmegesetz BGBl. I Nr. 127/1998

⁴⁷⁴ vgl. *Koppensteiner* (2005), Zurechnung, 293; Interne personelle Verflechtungen, sind ebenso wie nachhaltige Hauptversammlungsmehrheit uU ein Indiz für die einheitliche Leitung, vgl. *Nowotny in Straube*, Kommentar (2000), § 244 Rz 21 und 23

1.4.2.1. Absolute Mehrheitsbeteiligung

Von einer Mehrheitsbeteiligung wird im Grunde gesprochen, wenn der Gesellschaft die Mehrheit bzw. mehr als 50 % am Grundkapital und der Stimmen zusteht⁴⁷⁵. Diese Mehrheit gilt als rechtstechnisches Instrument zur Sicherung der Handlungsfähigkeit des Verbandes und trägt damit zur Leistungsfähigkeit und Funktionstüchtigkeit der Gesellschaft bei⁴⁷⁶. Jedoch ist eine Mehrheitsbeteiligung bei börsennotierten Unternehmungen schon viel früher erreichbar. Vor allem bei Aktiengesellschaften mit hohem free float und geringer Anwesenheitsquote können etwa Beteiligungen in Höhe von 30 bis 40 % regelmäßig eine beherrschende Stellung bedeuten⁴⁷⁷. Dieser Überlegung trug wie zuvor erläutert auch das Übernahmegesetz Rechnung. Das Aktiengesetz bestimmt in § 121 Abs. 2 den Grundsatz der einfachen Stimmenmehrheit - „der abgegebenen Stimmen“ - wobei die Satzung oder das Gesetz größere Mehrheiten oder andere Erfordernisse vorschreiben kann. Mitwirkungsrechte der Muttergesellschaften gelten bei Aktiengesellschaften in der Hauptversammlung. Dort fasst sie Beschlüsse hinsichtlich der im Gesetz oder in der Satzung ausdrücklich bestimmten Fälle⁴⁷⁸. Obwohl unmittelbar in der Hauptversammlung nur ein Zugriff (Bestellung und Abberufung) auf den Aufsichtsrat möglich ist (§ 87 AktG, § 30b GmbHG) setzen sich die Mitwirkungsrechte bis zum Vorstand fort, der erstens als „Vertrauensmann/frau“ des Aufsichtsrates von diesem bestellt wird⁴⁷⁹ und zweitens aufgrund seines befristeten Dienstverhältnisses die Interessen der Aktionäre in seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen wird. Dies vor dem Hintergrund, dass es dem Vorstand obliegt, die Gesellschaft ohne jegliche Einflussnahme eigenverantwortlich zum Wohle des Unternehmens zu leiten - Weisungsunabhängigkeit⁴⁸⁰.

Dies im Unterschied zur GmbH bei der die Geschäftsführung sehr wohl Weisungen der Gesellschafterversammlung zu befolgen hat⁴⁸¹, da erstens der Aufsichtsrat nur bei Vorliegen der Tatbestände des § 29 GmbHG installiert werden muss und zweitens weil die Geschäftsführung mittelbar durch Beschluss der Gesellschafter bestellt bzw. abberufen wird⁴⁸². Hinsichtlich des materiellen Aspektes sei für die GmbH und die AG betont, dass ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluss nicht derart einsetzen darf, dass der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft dazu veranlasst wird ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen. Demzufolge hat der gesamte konzerninterne Güter- und Leistungsaustausch nach dem sog. *at-arms-length*-Prinzip vollzogen zu werden, außer eine sachliche/betriebliche Rechtfertigung liegt vor. Probleme ergeben sich vor allem mit der Bezifferung der Vor- und Nachteile aus dem Konzernverbund. Wenn die Beteiligungsbeziehung ein derart starkes Netz aufgebaut hat, dass Weisungen und deren Konsequenzen nicht mehr isoliert analysiert und bewertet werden können, dann spricht man von einem qualifiziert faktischen Konzern dessen Tatbestandsmäßigkeit vor allem bei Haftungsfragen im deutschen Recht von Bedeutung ist jedoch nach österreichischem Recht keine eigene

⁴⁷⁵ gemäß § 33 Abs. 1 iVm § 27 Abs. 2 GenG ist bei Mangel einer anderen Regelung im Genossenschaftsvertrag die Mehrheit nach Köpfen maßgeblich. vgl. auch § 10 Abs. 3 iVm 7 und 8 SpG

⁴⁷⁶ vgl. Thöni, Wilfried: Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1987, 82, 126 (127)

⁴⁷⁷ vgl. Jud (1968), 52, vgl. Koppensteiner, Kommentar (1999), § 115 Rz 9

⁴⁷⁸ § 103 AktG

⁴⁷⁹ § 75 AktG

⁴⁸⁰ § 70 AktG

⁴⁸¹ § 20 GmbHG

⁴⁸² § 15 GmbHG

Rolle spielt, weil im Gegensatz zum deutschen Recht keine Unterschiede in den Rechtsfolgen normiert sind⁴⁸³.

Für die AG muss konstatiert werden, dass ein mit Aktiengesellschaften strukturierter Konzern nur streng dezentral geführt werden kann, weil dem Vorstand ein weitgehend autonom wahrzunehmender Verantwortungsbereich zu verbleiben hat. Demnach kann die Leitungsmacht nur in der Form ausgeübt werden, dass eine Holding installiert wird, welche beispielsweise als strategische Führungsholding oder Finanzholding strukturiert ist⁴⁸⁴. Rechtlich gibt es mehr Möglichkeiten für die GmbH als beherrschtes Unternehmen, jedoch gilt seit dem sogenannten ITT-Urteil des BGH⁴⁸⁵ das umfassende Schädigungsverbot für das herrschende Unternehmen mit der Begründung der Treuepflicht. Die Treuepflichten lehnen sich am Prinzip von Treu und Glauben, des redlichen Verkehrs und der guten Sitten an⁴⁸⁶. Demgemäß tritt die Haftung für die (faktische) Geschäftsführung bei Verletzung der Treuepflicht ein⁴⁸⁷. Dies trägt den Gedanken *Lutters* Rechnung, der für den Mehrheitsaktionär Treue als das „*Korrelat zu den besonderen Möglichkeiten, die dem Mehrheitsaktionär von der Rechtsordnung*“ vorsieht und von einem „*gleitenden Hineinwachsen in gesteigerte Pflichten*“ ausgeht⁴⁸⁸.

1.4.2.2. Qualifizierte Mehrheitsbeteiligung

Qualifizierte Mehrheiten verlangen $\frac{3}{4}$ der Stimmen oder des Kapitals als Beschlussquorum in der Hauptversammlung oder der Generalversammlung. Während mangels gesetzlicher oder satzungsmäßiger Regeln die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreicht, verlangen die meisten Satzungsänderungen, wie beispielsweise der Abschluss von Konzernverträgen, eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit. Dennoch ist auch hier zu bedenken, dass einzelne Bestimmungen nicht auf die Stimmenmehrheit⁴⁸⁹ sondern auf die Kapitalmehrheit („...des vertretenen Grundkapitals“) abstellen⁴⁹⁰. In Fällen derart vorgeschriebener Kapitalmehrheiten spielen Stimmrechtsbeschränkungen keine Rolle⁴⁹¹. Qualifizierte Mehrheitsbeteiligungen ermöglichen somit die Durchsetzung unternehmensstrategischer Grundsatzentscheidungen, ohne Gefahr zu laufen, durch Sperrminoritäten blockiert zu werden. Faktisch sind qualifizierte Minderheiten (Sperrminoritäten) nur in den Fällen koordinierten Vorgehens gefährlich somit bei Mangel eines hohen *free float* Anteils. Konzernrelevante Bestimmungen, die bei Beschlussfassung einer Dreiviertelmehrheit ex lege bedürfen, sind die Folgenden: Drei Viertel des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals bedarf die Nachgründung⁴⁹², die Satzungsänderung⁴⁹³, die Kapitalmaßnahmen⁴⁹⁴, die Auflösung⁴⁹⁵, die

⁴⁸³ vgl. Henze (1994), 392ff. und 466ff.; Die Haftungsproblematik wird in Kapitel VII analysiert.

⁴⁸⁴ vgl. Koblin (2002), 132ff.

⁴⁸⁵ BGH, 5. Juni 1975, BGHZ 65, 15; „Die Bedeutung dieser Entscheidung liegt vor allem in der grundlegenden Anerkennung von Treuebindungen zwischen dem Mehr- und dem Minderheitsgesellschafter einer Zwei-Mann-GmbH mittels einer Begründung, die sich auch auf kapitalistische Gesellschaftsformen übertragen lässt [ITT-Fall behandelte eine GmbH&Co KG, Anm.], sowie in der Befürwortung der „*actio pro socio*“ im Recht der GmbH“ Schoberl, Marion: Der Einfluss der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht auf das Stimmrechtsverhalten in AG und GmbH, Dissertation, Graz 1996, 60; Linotype-Urteil war entscheidend für die Treuepflichtthematik bei Aktiengesellschaften, vgl. BGHZ 103, 184 - NJW 1988

⁴⁸⁶ vgl. Torggler, Ulrich: Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 30f.

⁴⁸⁷ z.B. Gewinnverlagerungen durch verdeckte Gewinnausschüttung, Übertragung von Gewinnchancen, überhöhte Verrechnungspreise und unrichtige Konzernumlagen. vgl. Koppensteiner, Kommentar (1999), § 61 Rz 8 und 18

⁴⁸⁸ vgl. Lutter, Marcus: Zur Treuepflicht des Großaktionärs, JZ 1976, 225, 231 zitiert in Schoberl (2006), 33

⁴⁸⁹ z.B. Abberufung des Aufsichtsrates § 87 Abs. 8 AktG

⁴⁹⁰ siehe beispielsweise §§ 146 Abs. 1, 149 Abs. 1, § 153 Abs. 3 AktG

⁴⁹¹ vgl. Mader 2002, 75; vgl. Jabornegg in Jabornegg/Strasser, Kommentar (2006), § 114 Rz 7

⁴⁹² § 45 Abs. 4 AktG

⁴⁹³ § 146 Abs. 1 AktG, § 33 Abs. 2 GenG

⁴⁹⁴ §§ 149, 160, 169 Abs. 2, 153 Abs. 2, 174 Abs. 1, 175 AktG

⁴⁹⁵ § 203 AktG

Vermögensübertragungen⁴⁹⁶ und die Umgründungsmaßnahmen⁴⁹⁷. Drei Viertel der abgegebenen Stimmen werden nur bei Wahl und Abberufung des Aufsichtsrats benötigt⁴⁹⁸, woraus ersichtlich wird, dass die Rechte zur umfassenden Restrukturierung bzw. Konzernstrukturgestaltung aus aktienrechtlichen Gesichtspunkten aus der Kapitalmacht resultieren.

Durch das Übernahmerechts-Änderungsgesetz 2006⁴⁹⁹ wurde das Gesellschafterausschlussgesetz erlassen (GesAusG) – Squeeze-Out. Der Gesellschafterausschluss dient primär der Vereinfachung der Unternehmensführung im Konzern, weil unter anderem die Minderheitsgesellschafter nur beschränkt Kapital aufbringen und die Interaktion mit ihnen kostenintensiv ist⁵⁰⁰. Ziel ist es, dass der Mehrheitsgesellschafter eine Restminderheit aus der Kapitalgesellschaft auszuschließen vermag, um die alleinige Kontrolle über die Gesellschaft zu erhalten. Dies hat erhebliche Erleichterung bei strategischen Entscheidungen, wie bei einem Börsengang oder bei einem Delisting zur Folge, die im Grunde der Mitwirkung aller Gesellschafter bedürfen⁵⁰¹. § 1 GesAusG normiert, dass die Hauptversammlung oder die Generalversammlung auf Verlangen des Hauptgesellschafters, der zum Zeitpunkt der Beschlussfassung zumindest 90 % des Grund- oder Stammkapitals hält⁵⁰², beschließen kann, die Anteile der übrigen Gesellschafter auf den Hauptgesellschafter gegen Gewährung einer angemessenen Abfindung in bar zu übertragen⁵⁰³. Wie noch im Rahmen der konzerninternen Beteiligungsstrukturen hingewiesen wird, kann der Erwerb eigener Aktien den effektiven Bedarf an Aktien im Sinne einer Konzernstrukturoptimierung verringern.

Die Höhe der Beteiligungsquote findet auch hinsichtlich der **Gewährleistungsansprüche** bei einem Unternehmenserwerb im Rahmen von **Share Deals**, bei dem nicht das Unternehmen als solches sondern über die Beteiligung an dieser gekauft wird, ihre Anwendung. Gewährleistung ist eine verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners für Mängel, die seine Leistung bei Erbringung aufweist⁵⁰⁴. Es kommt beim Share Deal darauf an wie die Leistung vertraglich bestimmt war, um einen Mangel festzustellen, um auf dieser Basis die Abweichung vom vertraglich Geschuldeten festzustellen und die primären (Verbesserung oder Austausch) oder sekundären (subsidiär Preisminderung oder Wandlung⁵⁰⁵) Gewährleistungsbehelfe in Anspruch zu nehmen. Der OGH⁵⁰⁶ bejahte die Anwendbarkeit der Regelungen für den Unternehmenskauf⁵⁰⁷, wenn sämtliche Anteile an einer Gesellschaft in einem einheitlichen Vorgang übernommen werden, wobei der Rückbehalt eines Zwerganteiles nicht schadet. Strittig ist jedoch, ob eine Mehrheitsbeteiligung (einfach oder qualifiziert) oder eine Minderheitsbeteiligung die Regelungen der Gewährleistungsbehelfe für den Unternehmenskauf anwendbar lassen können⁵⁰⁸.

⁴⁹⁶ §§ 237 Abs. 1, 238 Abs. 3 AktG

⁴⁹⁷ §§ 221 Abs. 2, 239 Abs. 2 AktG

⁴⁹⁸ § 87 Abs. 3 AktG

⁴⁹⁹ BGBl I 75/2006 mit Rückwirkung auf 20. Mai 2006

⁵⁰⁰ vgl. *Kalss, Susanne*: Das neue Recht des Gesellschafterausschlusses, RWZ 2006/50, 168

⁵⁰¹ vgl. *Terlitz, Bernd*: Neues vom Squeeze-Out: Die Vorgaben der Übernahmerrichtlinie und das Mindestbeteiligungserfordernis im spaltungsrechtlichen Überprüfungsverfahren, GeS 2005, 71f.

⁵⁰² Satzung kann höhere Quote vorsehen; Stammaktien werden gleich wie Vorzugsaktien ohne Stimmrecht gezählt

⁵⁰³ vgl. *Kalss* (2006), 169

⁵⁰⁴ vgl. *Koziol, Helmut/Welser, Rudolf*: Grundriss des bürgerlichen Rechts, 2007, 64

⁵⁰⁵ vgl. *Koziol/Welser* (2007), 72

⁵⁰⁶ OGH 6 Ob 564/90 vom 6. September 1990, RdW 1991, 12

⁵⁰⁷ Haftung gemäß § 923 ABGB für die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einer Sache, sowie für ausdrücklich zugesagte Eigenschaften, wie beispielsweise Ertragsfähigkeit; § 871f ABGB Irrtumsanfechtung; Haftung für die richtige Bilanz OGH 1 Ob 116/55 vom 4. März 1955, Gewährleistungsfrist 3 Jahre nach § 933 ABGB

⁵⁰⁸ vgl. *Hofmann, Bernd/Nowotny, Christian*: Die Bedeutung von Bilanzgarantien beim Unternehmenskauf, GesRZ 2009, 126 (131) sowie *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG (2007), § 76 Rz 13

Einigkeit herrscht darüber, dass es im Grunde darauf ankommt, ob beim Anteilskauf die Eigenschaften des Unternehmens mit den Eigenschaften der Beteiligung in Zusammenhang gesetzt wurden, wodurch Mängel des Unternehmens sich unmittelbar auf den Wert der Beteiligung durchschlagen würden. Wurden ausdrücklich Eigenschaften des Unternehmens beim Anteilskauf zugesichert oder wurde eine Garantie über die ausdrücklichen Eigenschaften ausbedungen, dann genügt ein Anteil⁵⁰⁹. Puck nimmt an, dass Minderheitenrechte, welche ab Beteiligungsquoten von 10 % am Kapital geltend gemacht werden können, ausreichen um ein Indiz für die Bezugnahme auf das Unternehmen darzustellen, da durch Minderheitenrechte, wie im Folgenden darzustellen sein wird, ausreichend Gehör bei der Geschäftsführung gefunden würde⁵¹⁰.

1.4.2.3. Minderheitsbeteiligung

Die Unterwerfung unter das Mehrheitsprinzip bedeutet nicht, dass die Gesellschafter sich der Gnade oder Ungnade des Mehrheitseigentümers ausliefern wollen⁵¹¹. Aufgrund der systemimmanenten Interessensdivergenzen zwischen den Mehrheits- und den Minderheitseigentümern wurden Minderheitsrechte rechtlich positiviert. Ferner steht, um eine Orientierung am gemeinsamen Interesse tatsächlich zu forcieren, das Instrumentarium der Treuepflichten zur Verfügung. Minderheitenrechte sind verstreut im Gesellschaftsrecht. Dies sind Rechte von Minderheiten, die trotz ihres geringen Kapitalanteils am Unternehmen, gegen die Interessen von Mehrheitsaktionären oder -gesellschaftern durchsetzbar sind. Sie sind einerseits gesetzlich verankert und somit nicht dispositiv und können in den Gesellschaftsverträgen entsprechend zu Gunsten der Minderheitsbeteiligten verschärft werden. Dennoch ist auch zwischen GmbH und AG hinsichtlich der Reichweite der Minderheitsinteressen zu unterscheiden. So spricht der BGH für das deutsche Recht, dass Kleinaktionäre üblicherweise keinen relevanten Einfluss nehmen können und der Aktienerwerb vorwiegend der Kapitalanlage dient⁵¹².

Das **Aktieneigentum** ermöglicht den Minderheitsaktionären durch die Kapitalanlage eine Sphäre individueller Freiheit in finanzieller Hinsicht und die Fungibilität bzw. Verkehrsfähigkeit der Aktie erlaubt es den Kleinaktionären, „*sich mit ihrem Kapital nicht auf längere Sicht zu binden und es gegebenenfalls nach freiem Belieben neu zu investieren*“⁵¹³. Bei der **Gesellschaft mit beschränkter Haftung** hingegen sind Minderheitenpositionen verfestigter, denn die Fungibilität ist gerade bei personalistischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht idealtypisch intendiert. Die wesentlichen Minderheitenrechte seien im Folgenden dargestellt:

⁵⁰⁹ OGH 1 Ob 608/88 vom 9. November 1988, WBl 1989, 127

⁵¹⁰ Puck, Birgit: Der Unternehmenskauf. Gewährleistung, Schadenersatz und Irrtum, Wien 1996; vgl. Nowotny (2009), Bilanzgarantien, 132 sowie auch OGH 3 Ob 520/94 vom 30. August 1995, SZ 68/152: Beim Kauf aller Anteile einer GmbH hat der OGH bestätigt, dass die Gewährleistungsfrist für Sachmängel drei Jahre beträgt. Diese kommt auch dann zur Anwendung, wenn es sich um eine bewegliche Sache handelt, die zum Unternehmen gehört.

⁵¹¹ vgl. Bydlinski, Franz: Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, Wien 1996, 47f.

⁵¹² BGHZ 120, 141, 151 in ZIP 1992, 1728

⁵¹³ vgl. BVerfGE 100, 289, 305 in ZIP 1999, 1436, 1440

<u>Aktiengesetz</u>	
1 % des Grundkapitals	Bei börsennotierten Gesellschaften können Aktionäre Beschlussvorschläge in Textform übermitteln und die Zugänglichmachung über Internet verlangen (§ 110 Abs. 1 AktG)
5 % des Grundkapitals	Einberufung einer Hauptversammlung bzw. die Aufnahme und Ankündigung eines Tagesordnungspunktes beantragen bzw. im Weigerungsfall mit Hilfe des Gerichts selbst einberufen bzw. ankündigen (§ 105 Abs. 3 und 4 AktG und § 109 Abs. 1 AktG) Bestellung oder Abbestellung von Liquidatoren aus wichtigem Grund bei Gericht beantragen (§ 206 Abs. 2 AktG) Mit anteiligem Betrag von € 350.000 können Aktionäre aus wichtigem Grund eine Prüfung des Jahresabschlusses im Rahmen der Liquidation verlangen (§ 211 Abs. 3 AktG) Geltendmachung von Ersatzansprüchen auf Basis von Tatsachen im Prüfbericht (§ 134 Abs. 1 AktG) Bei 5 % oder anteiligem Betrag von € 350.000 kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Bestellung eines anderen Abschlussprüfers beantragt werden (§ 270 Abs. 3 UGB)
10 % des Grundkapitals	Sonderprüfung oder Prüferbestellung durch das Gericht (§ 130 Abs. 3 AktG) Vertagung der ordentlichen Hauptversammlung bei Bemängelung bestimmter Posten des Jahresabschlusses (§ 104 Abs. 2 AktG) Verfolgung von Ansprüchen gegen Aktionäre aus Gründungshandlungen oder Geschäftsführungshandlungen, wenn Ansprüche nicht offensichtlich unbegründet sind (§ 134 Abs. 1 AktG) Abberufung eines Aufsichtsratsmitglied aus wichtigem Grund über das Gericht (§ 87 Abs. 10 AktG) Abberufung eines entsandten Aufsichtsratesmitglieds aus wichtigem Grund über das Gericht (§ 88 Abs. 4 AktG)
20 % des Grundkapitals	Verzicht auf Ersatzansprüche gegen Gründer oder Vorstand (§§ 43, 84 Abs. 4 AktG)
25 % + 1 Aktie	Sperrminorität (negative Minderheitenrechte) zur Verhinderung von Satzungsänderungen
<u>GmbH-Recht</u>	
10 % des Grundkapitals	Einberufung der Gesellschafterversammlung und Aufnahme von Tagesordnungspunkten (§§ 37 Abs. 1, 38 Abs. 3 GmbHG) Abberufung eines Aufsichtsratsmitgliedes bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch Gericht (§ 30b Abs. 5 GmbHG)
10 % des Grundkapitals oder € 700.000	Nach ablehnendem Gesellschafterbeschluss oder Nichtabstimmung, Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Gesellschafter, Geschäftsführer oder AR (§ 48 Abs. 1 GmbHG) Nach ablehnendem Gesellschafterbeschluss über Revisorenbestellung zur Prüfung des letzten Jahresabschlusses Bestellung durch das Gericht bei bestimmten Gründen (§ 45 GmbHG) Bestellung Liquidatoren aus wichtigem Grund (§ 89 Abs. 2 GmbHG)
10 % des Grundkapitals oder € 1,400.000	➤ Gesellschafter so genannter kleiner GmbHs (§ 221 Abs. 1 UGB) können die Erstellung eines vollständigen Anhangs zur Bilanz verlangen (§ 242 Abs. 2 UGB)
25 % + 1 Aktie	➤ Sperrminorität (negative Minderheitenrechte) zur Verhinderung von Satzungsänderungen
33 % des Grundkapitals	➤ Aufsichtsratsentsendung nach dem gesonderten Wahlmodus § 30b Abs. 1 GmbHG
<u>Genossenschaftsrecht</u>	
10 % der Mitglieder	➤ Einberufung der außerordentlichen Generalversammlung schriftlich unter Angabe von Zweck und Gründen § 29 Abs. 2 GenG
<u>Sparkassengesetz</u>	
20 % der Mitglieder	➤ Einberufung einer außerordentlichen Vereinsversammlung § 10 SpG

Vor allem strategische Überlegungen spielen für die Auswahl einer Minderheitsbeteiligung eine wesentliche Rolle. Sperrminoritäten werden auch als „negative Beherrschung“ bezeichnet, weil sie Grundlagenentscheidungen bei der Beteiligungsgesellschaft zu verhindern vermögen⁵¹⁴. Verstärkt werden diese Minderheitspositionen durch Syndikatsverträge und können Mehrheitsaktionäre bei aktiver Inanspruchnahme der Aktionärsrechte zur Berücksichtigung ihrer Interessen zwingen. Zur Sicherstellung, dass das herrschende Unternehmen, zumindest mittelbar, Zugang zu operativen Informationen zwecks Wissenstransfers hat, muss eine Sperrminoritätenposition gehalten werden, um eine Auseinandersetzung mit den anderen Mehrheitseigentümern zu erreichen. In der Venture Capital und Private Equity Branche ist es im Sinne einer effektiven Kapitalallokation für Investments natürlich nicht dienlich, sich der Gefahr eines blockierenden Gesellschafters auszusetzen. Daher werden oftmals Vehikel über die Kommanditgesellschaft strukturiert, wodurch sich die Rolle des Kapitalgebers auf diese tatsächlich beschränkt. Dies beschränkt ihr Einflusspotential auf das Widerspruchsrecht bei Handlungen der Geschäftsführung über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens hinaus⁵¹⁵ und auf Kontrollrechte gemäß § 166 UGB. Bei Investmentgemeinschaften, welche sich einer Managementgesellschaft zur operativen Führung der Geschäfte bedienen, werden Minderheiten- oder Vetorechte in den schuldrechtlichen Bereich des Managementvertrages verbannt, wodurch sich das Einflusspotential entweder auf eine drohende Schadenersatzklage bzw. Beendigung des Managementvertrages beschränkt.

Jedoch darf neben der oft antizipierten Opferrolle eines übermächtigen Gesellschafters nicht auf eine Verantwortung des Minderheitsgesellschafters vergessen werden, dem, nach der BGH Entscheidung *Girmes AG*, ebenfalls eine Treuepflicht trifft⁵¹⁶. Interessant ist die Minderheitenbeteiligungsquote von 20 % am Nennkapital auch hinsichtlich des Wettbewerbsverbotes des Vorstandes und der Aufsichtsratsmandate, weil das Wettbewerbsverbot gemäß § 79 AktG bei unternehmerischen Beteiligungen nicht gilt und die Zustimmung des Aufsichtsrates nicht notwendig ist⁵¹⁷.

1.4.2.4. Die Alleinbeteiligung

Alleinbeteiligungen liegen dann vor, wenn ein Anteilsbesitz von 100 % vorliegt. Diese Beteiligungsform hat in der Praxis große Bedeutung. Eine deutsche Studie zeigte, dass 53,8 % der deutschen Aktiengesellschaften und 81,6 % der deutschen GmbHs als Alleinbeteiligung gehalten werden⁵¹⁸. Gründe hierfür sind, beispielsweise, dass gerade in der Konzernaufbauphase organisch bzw. endogen gewachsen wird und erst in weiterer Folge bei hohem Kapitalbedarf Liquidität durch einen Börsengang oder Kapitalerhöhung der Tochter zugeführt wird. Des Weiteren werden 100 % Anteile an Gesellschaften dann gehalten, wenn dies einen wesentlichen Beitrag zur Kernkompetenzabsicherung leistet. In diesen Fällen (z.B. Forschungsgesellschaften) liegt es im strategischen Interesse, keinerlei potenzielle Eingriffe zu tolerieren und somit auf das Potential einer externen (Eigen-)Kapitalzufuhr zu verzichten. Demnach

⁵¹⁴ vgl. *Emmerich/Habersack* (2008), Konzernrecht, 43

⁵¹⁵ § 164 UGB

⁵¹⁶ *Effecten-Spiegel/Girmes AG*, BGH am 20. März 1995

⁵¹⁷ zur Strahlwirkung des Wettbewerbsverbots auf die Eigentümer vgl. Kapitel VI

⁵¹⁸ „67 % aller Beteiligungen sind Alleinbeteiligungen und bei mehr als 75 % liegt eine qualifizierte Mehrheit vor“ 3016 untersuchte Beteiligungsunternehmen vgl. *Binder* (1994) zitiert in *Mellewigt/Matiaske* in *Albach* (2000), 131; *Binder* (1994), 100

verfolgt die Alleinbeteiligung den Zweck a) der Maximierung der Einflussnahme der Konzernobergesellschaft direkt oder über die Gesellschaftsorgane der Tochter, b) der Ausrichtung der Untergesellschaft auf das Konzerninteresse (relevant bei der GmbH), c) der freien Abschöpfung der Erträge durch die Muttergesellschaft bzw. deren Verteilung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft⁵¹⁹ und d) des Verzichtes auf die Rücksichtnahme auf Minderheiten (Auskunftspflichten etc.)⁵²⁰. Wie bereits angedeutet, hängt die Einflussmöglichkeit auf die Untergesellschaft signifikant von der Beteiligungsquote ab, weil Blockierungen in der Hauptversammlung bzw. der Generalversammlungen vermieden werden sollen. Jedoch folgt aus einer Alleinbeteiligung nicht die vollständige Ausrichtung der beherrschten Tochter an den Interessen der Mutter bzw. des Konzerns, denn ein gesellschaftsrechtlich unbestrittener Grundsatz besagt, dass Rechtspersönlichkeit nur dem Personenverband, in diesem Fall der Tochter, zukommt, wenn eigene Interessen verfolgt werden⁵²¹. Natürlich ist im Fall einer 100-%igen Tochter-GmbH, wie es *Koppensteiner* zutreffend betont, die Treuepflicht irrelevant, weil die Gesellschaft kein vom einzigen Gesellschafter unterscheidbares Interesse hat⁵²², doch ist inhärenter Treuepflichtsbestandteil das Schädigungsverbot, wodurch die Ausschaltung eines Eigeninteresses (Existenzbedrohung) nicht nur der Gesellschaft undienlich ist sondern auch den Haftungsfonds der Gläubiger gefährdet⁵²³. In anderen Worten kommt eine Benachteiligung der Tochtergesellschaft nur soweit in Betracht, als für einen entsprechenden Ausgleich gesorgt wird, wobei sich dieser aber nicht auf allfällige Minderheitsaktionäre beschränken darf sondern sich auf das Gesellschaftsvermögen selbst beziehen muss⁵²⁴.

1.4.3. Andere Beteiligungsformen

Ein Subziel im Konzernierungsprozess ist die effektive Kapitalfundierung im Konzern. Üblicherweise an mitgliedschaftliche Rechtsstellungen gebunden entwickelten sich Beteiligungsformen, welche sich in ihrer grundlegenden Form auf die Bereitstellung von Kapital beschränken und eben nicht eine Beteiligung bzw. mitgliedschaftliche Rechte vermitteln. Das Austria Wirtschaftsservice (AWS) zeigt per 31. Dezember 2002 folgende Verteilung bei Beteiligungsformen, bei denen das AWS mittels Eigenkapitalgarantien an KMUs die privaten Kapitalgeber fördert⁵²⁵:

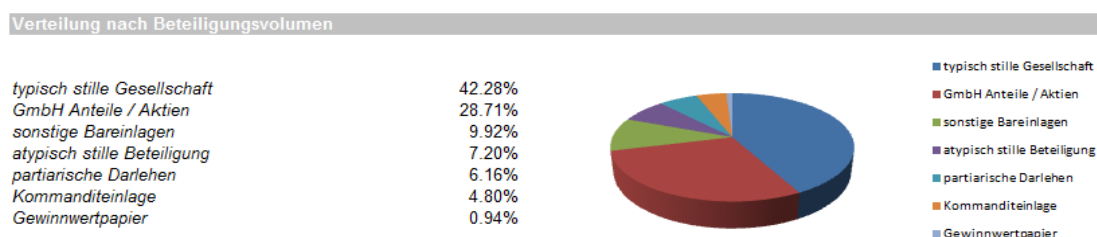


Abbildung 16 Beteiligungstypen, Quelle: AWS (Eigenkapitalgarantien)

⁵¹⁹ jedoch ist auf Gläubigerschutzbestimmungen Bedacht zu nehmen (Haftungsfonds)

⁵²⁰ *Koblin* (2002), 193ff.

⁵²¹ vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 33

⁵²² vgl. *Thöni, Wilfried*: Verantwortlichkeit der Aktionäre für die Stimmrechtsausübung, *ecolex* 1994, 749, vgl. *Vanis* (1991), 95ff., 106ff.

⁵²³ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 61 Rz 9 und 12; vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 33, vgl. *Vanis* (1991), 95ff., 106ff.

⁵²⁴ vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 15 Rz 40; vgl. *Vanis* (1991), 95ff., 106ff.

⁵²⁵ Eigenkapitalgarantien AWS – Statistik auf http://www.sfg.at/termine/docs/239_eigenkapitalgarantien.pdf (8. März 2010)

1.4.3.1. Genussrechte

Eine „Beteiligungs“form an einem Unternehmen bzw. ein Instrument der Bereitstellung von Kapital ist die Emission von Genussrechten. Eine Definition des Genussrechtes lässt das österreichische Gesellschaftsrecht vermissen. Zwar verweist beispielsweise das Aktiengesetz in § 174 Abs. 3 auf Genussrechte, definiert diese jedoch nicht⁵²⁶. Gemäß § 174 Abs. 1 und 3 AktG dürfen Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und die Gewährung von Genussrechten nur auf Grund eines Hauptversammlungsbeschlusses mit qualifizierter Kapitalmehrheit beschlossen werden, was dadurch gerechtfertigt wird, da Aktionärsrechte durch die (teilweise) Disposition des Unternehmensgewinns an Dritte, beschränkt werden.

Auch § 6b Abs. 1 Z. 2 KStG erwähnt Genussrechte im Sinne des § 174 AktG, wenn es der Mittelstandsfinanzierungsgesellschaft in der Satzung erlaubt, die Ausgabe von Genussrechten vorzusehen, wenn mit ihnen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der Gesellschaft verbunden und der Gesamtnennbetrag der Genussrechten mit der Höhe des aufgebracht Grundkapitals beschränkt ist. Das Anwendungsfeld ist jedoch vielfältig. So werden Genussrechte bei der GmbH⁵²⁷, bei Sparkassen, Genossenschaften und bei Personengesellschaften⁵²⁸ eingesetzt, um einerseits gesellschaftsrechtliche Zwecke und andererseits Kapitalisierungszwecke zu erfüllen.⁵²⁹

In der Praxis werden Genussrechte oft als Gegenleistung für eine zugesagte bzw. erbrachte sowie zeitlich befristete oder unbefristete Unternehmensfinanzierung erbracht. Beispielsweise bietet es sich in der Praxis an, Genussrechte parallel zu Aktienemissionen zu emittieren um zeitlich befristet die Attraktivität der Aktienemission zu erhöhen (Emissions-Genussrecht).⁵³⁰ Sie werden als Gläubigerrechte eingestuft⁵³¹, da sie üblicherweise einen Gewinnanteil und auch oft eine Beteiligung am Liquidationserlös und/oder Überschuss einräumen, jedoch keine Herrschafts- und keine Mitverwaltungsrechte einräumen^{532, 533}.

Gesellschafterähnliche Genussrechte charakterisieren sich dadurch, dass sie neben einer Beteiligung am laufenden Gewinn auch am Liquidationserlös beteiligt sind. Darunter fallen Vereinbarungen, dass ein

⁵²⁶ Im Verschmelzungsvertrag beziehungsweise im Spaltungsplan sind Rechte, welche die übernehmende Gesellschaft unter anderem den Inhabern von Genussrechten gewährt, festzulegen vgl. § 226 Abs. 3 AktG und § 2 Abs. 1 Z 8 SpaltG. Auch die diesbezüglichen Gläubigerschutzbestimmungen mit Genussrechten so findet sich in § 226 Abs. 3 AktG und § 15 Abs. 5 SpaltG, dass den Inhabern von Genussrechten der übertragenden Gesellschaft gleichwertige Rechte an der übernehmenden Gesellschaft zu gewähren oder ihnen ihre Rechte angemessen abzugelten sind

⁵²⁷ vgl. *Lindinger* (2003), 724 mit Verweis auf Schwaiger in Beck'sches Handbuch der GmbH, 3. Auflage, 2002 § 7 Rz 220

⁵²⁸ *Schummer*, Genussrechtsemission durch Personenhandelsgesellschaften (Teil I und II), GesRZ 1991, 201 und GesRZ 1992, 32

⁵²⁹ *Nagele in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 174; *Van Husen, Rainer*: Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital, 1998, 124f.

⁵³⁰ vgl. *Lindinger* (2003), 724

⁵³¹ VwGH 21. Mai 1995: 95/14/0151. In der Judikatur des OGH lässt sich im Zusammenhang mit dem vorliegenden Problem nur auf Entscheidungen verweisen, in denen Genussrechte im Sinne des § 174 AktG erwähnt werden. So etwa OGH SZ 70/99

⁵³² vgl. *Van Husen* (1998), 1 mwN vgl. *Wünsch*, Der Genußschein iSd § 174 AktG als Instrument der Verbriefung privatrechtlicher Ansprüche, in FS Strasser (1983) 872

⁵³³ *Van Husen* (1998) sowie weiterer Verweise zu *Renaud* und *Auerbach* wie folgt: So beschrieb *Renaud*, Das Recht der Actiengesellschaften (1863) 680 f, Genussscheine folgendermaßen: "Vielmehr werden nicht selten an die Stelle der heimbezahlten Aktien Genussscheine (actions de jouissance) ausgehändigt, welche, gewöhnlich auf den Überbringer lautend, einen Anspruch auf die Dividenden und auf einen verhältnismäßigen Teil des Vermögens des Vereins für den Fall der Auflösung desselben, sowie überhaupt alle Rechte eines Aktionärs, mit Ausnahme der auf die einbezahlten Aktiennennbeträge nach einem gewissen Prozentsatze der vor jeder anderen Gewinnverteilung auszubezahlenden s g Zinsen, gewähren." Nach damaliger Vorstellung traten Genussscheine somit neben die Aktien und erlaubten daher die Stellung des Aktionärs mit jener des Genußberechtigten zu verbinden, was die Möglichkeit bot, den Aktienbetrag nebst Zinsen zurückzuerhalten und bis zum Tage der Einlösung das Aktienrecht zu behalten."

Dritter einer Gesellschaft einen bestimmten Geldbetrag langfristig bzw. nicht vor Fristablauf ordentlich kündbar zur Verfügung stellt und als Gegenleistung jährlich ein Anteil am Bilanzgewinn zu leisten ist, ferner Bilanzverluste durch diesen Betrag gedeckt werden müssen und dieser im Liquidationsfalle den anderen Gläubigern nachrangig ist.

Demgegenüber haben **obligationenartige Genussrechte** keine Substanzrechte, sondern sind als Schuldverschreibungen anzusehen. Ferner können Genussrechte auch eine Verlustbeteiligung oder weitere Benützungsrechte (z.B. Mietrechte) vorsehen. Von der Finanzierungsfunktion können Klassifikationen hinsichtlich ihrer Nachrangigkeit vorgenommen werden, wodurch sie eher als Eigenkapital oder Fremdkapital gesehen werden können und entsprechend in der Bilanzierung berücksichtigt werden müssen. Auch bei einer umfassenden Annäherung der Genussscheinkonstruktion zu einer gesellschaftlerähnlichen Position durch Vertrag, ist ihnen die Vermittlung einer echten Gesellschafterstellung nicht möglich⁵³⁴. Somit ist Gesellschafter nur, wer Partner des Gesellschaftervertrages ist – Aktionär nur, wer eine Aktie hält. Außerdem ist der Emissionsfokus von Genussscheinen nicht die Vermittlung der Gesellschafterstellung bzw. die Vermittlung von Teilnahme-, Rede-, Stimm- oder Anfechtungsrechten, sondern lediglich die Kapitalaufbringung. Wenn im Letztzweck Gesellschafterstellung als Gegenleistung eingeräumt werden soll, können Umtausch- und Bezugsrechte vorgesehen werden⁵³⁵.

Genussscheine können abhängig von ihrer Konstruktion wie ein atypische⁵³⁶ oder typische stille Gesellschaft⁵³⁷ strukturiert werden. Gesellschafterähnliche Genussrechte haben ihr Bank- und Versicherungspendant im **Partizipationskapital**. Partizipationskapital wurde eingeführt, um den Kredit- und Versicherungsunternehmen die Aufbringung von Eigenkapital zu erleichtern. Gemäß § 23 Abs. 4 BWG und § 73c Abs. 1 VAG ist Partizipationskapital unter anderem die Bereitstellung von Kapital auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung sowie die Vermittlung einer nachrangigen Beteiligung an der Unternehmenssubstanz mit gewinnabhängiger Rentierung. Während bei Genussrechten die Kontrollrechte abhängig von der schuldrechtlichen Vereinbarung sind räumen das VAG und das BWG⁵³⁸ dem Zeichner von Partizipationskapital Teilnahmerechte an der Hauptversammlung sowie Auskunftsrechte im Sinne des § 118 AktG ein. Partizipationskapital kann gemäß § 102a BWG und § 73d Abs. 6 VAG in Grundkapital umgewandelt werden.

⁵³⁴ vgl. *Krejci, Heinz/van Husen, Rainer*: Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, *GesRZ* 2000, 10ff.

⁵³⁵ ebd.

⁵³⁶ im Fall von gesellschaftsähnlichen Genussrechten

⁵³⁷ im Fall von obligationenähnlichen Genussrechten; *Karollus* führt im Zusammenhang mit der Erörterung aktienähnlicher Genussrechte aus, dass diese Genussrechte als stille Gesellschaft zu qualifizieren seien und die entsprechenden Bestimmungen des HGB daher direkt zur Anwendung kommen und begründet dies damit, dass die stille Gesellschaft "die vom Gesetz vorgesehene Organisationsform für schuldrechtlich konzipierte Vermögensbeteiligungen ohne unmittelbare mitgliedschaftliche Integration in den Unternehmensträger (also 'externer Kapitalgeber')" ist und im Falle der Vereinbarung von Gewinn- und Verlustteilnahme alle notwendigen Tatbestandsmerkmale vorlägen. Gerade die Vereinbarung einer Verlustteilnahme wird als ein maßgebliches Indiz für eine stille Gesellschaft gewertet. *Karollus* sieht in der stillen Gesellschaft außerdem "einen unverzichtbaren Mindeststandard für den Schutz der 'externen' Kapitalgeber".

⁵³⁸ § 23 Abs. 5 BWG

1.4.3.2. Stille Beteiligung

Konstruktionen auf Rechtsbasis einer stillen Beteiligung gibt es vorwiegend bei Investmentgemeinschaften und Private Equity Gesellschaften. Die Transparenzvorschriften des BWG und VAG bzw. umfassende Publizitätspflichten bei börsennotierten Unternehmen schränken die Anwendung der stillen Gesellschaft bei ihren rechtsspezifischen Normadressaten ein.

Gemäß § 178 UGB handelt es sich bei einer stillen Gesellschaft um die Beteiligung an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt durch Leistung einer Vermögenseinlage in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts. Stille Gesellschafter können natürliche wie juristische Personen sein⁵³⁹. Aus dem Betrieb allein wird der Inhaber berechtigt und verpflichtet; der Stille kann jedoch gemäß § 182 Abs. 1 UGB am Gewinn und am Verlust beteiligt werden, wobei der Verlust ausgeschlossen werden kann.

Nach dem gesetzlichen Regelstatut des UGB ist somit der Stille weder am Vermögen noch an der Geschäftsführung, sondern lediglich am Gewinn und Verlust des Unternehmens beteiligt. Während diese Elemente maßgeblich für die typische oder echte stille Gesellschaft sind, hat sich in der Praxis, vor allem im Privat Equity Sektor, eine Form der stillen Gesellschaft entwickelt, die viel stärkeren sozietären Charakter aufweist (die atypische oder unechte stille Beteiligung). Letztere ist sowohl am Ergebnis (Gewinn und Verlust) sowie an den stillen Reserven und am Firmenwert beteiligt⁵⁴⁰. Generell sollen durch atypische Gestaltungen von Gesellschaftsformen Vorteile aus handels- und steuerrechtlichen Überlegungen und aus den inhärenten Eigenschaften von Kapitalgesellschaften genossen werden, beispielsweise durch Haftungsbegrenzung oder der Möglichkeit Gesellschaftsfremde mit der Geschäftsführung und Vertretung zu betrauen und die steuerliche Erfassung des Ertrages und des Vermögens direkt bei den Kapitalgebern sicherzustellen⁵⁴¹.

Die Art der Konstruktion einer (a-typisch) stillen Beteiligung ist vor allem hinsichtlich ihrer steuerlichen Wirkung zu bedenken. Das Steuerrecht orientiert sich an betriebswirtschaftlichen Leitlinien und unterscheidet zwischen der Beteiligung an der Chance und am Risiko eines Wirtschaftsbetriebes (Mitunternehmerschaft) oder einer bloßen Gläubigerstellung durch „gesicherte Kapitalanlage“⁵⁴². Während erstere Einkünfte aus Gewerbebetrieb darstellen, sind letztere Einkünfte aus Kapitalvermögen, was gerade dann von Relevanz ist, wenn Verluste zugerechnet werden sollen. Wesentlich für die Anerkennung einer Mitunternehmerschaft ist die Übernahme der Unternehmerinitiative und/oder des Unternehmenswagnisses⁵⁴³. Mitunternehmerschaft wird bei einer stillen Beteiligung unter anderem nicht

⁵³⁹ vgl. *Hochedlinger, Gerhard/Fuchs, Hubert*: Stille Gesellschaft. Praxishandbuch zu gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Fragen, Wien 2007, 21

⁵⁴⁰ VwGH 22. Dezember 1986, 86/13/0092, ÖStZB 1987, 277; VwGH 27. Februar 2008, 2005/13/0050; vgl. zB VwGH 11. Februar 1970 ÖStZB 1970, 174; 27. Jänner 1971 ÖStZB 1971, 180; 25. April 1972 ÖStZB 1972, 247

⁵⁴¹ vgl. *Torggler, Hellwig*: Atypische Beteiligungsverhältnisse im Handels und Steuerrecht, ÖJZ 1980, 505

⁵⁴² vgl. *Kohler, Gerhard*: Probleme bei atypisch stillen Beteiligungen. Fallstricke nach der jüngsten Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, SWK 1995, 423ff.

⁵⁴³ „Wird in einer Konstruktion die Beteiligung an der Geschäftsführung gänzlich ausgeschlossen, ist dies nur dann nicht schädlich, wenn der Gesellschafter dennoch Unternehmerrisiko trägt“, laut VwGH 23. Februar 1994, 93/15/0163; VwGH 27. Februar 2008, 2005/13/0050; kritisch zu

vorliegen, wenn es sich um eine Beteiligung an einer bloß vermögensverwaltenden GmbH handelt oder bei Wertung der Vermögenseinlage als verdecktes Eigenkapital handelt sowie bei bloßer Beteiligung an einzelnen Wirtschaftsgütern oder bei bloßer Umsatz- bzw. Gewinnbeteiligung⁵⁴⁴, aber auch bei fehlender Verlustbeteiligung oder wenn der Firmenwert nicht nach üblichen Berechnungsmethoden, sondern bloß global ermittelt wird⁵⁴⁵ und auch wenn keine Beteiligung an den Stillen Reserven für den Auflösungsfall vorgesehen ist, sowie bei Vorlage von Liebhaberei⁵⁴⁶ bzw. wenn Treuhandkonstruktionen, die bereits selber als echte stillen Gesellschaft charakterisiert werden könnten, vorliegen.⁵⁴⁷

1.4.3.3. Die Kommanditgesellschaft

Gerade im Private Equity Sektor bedient man sich der Kommanditgesellschaft als Vehikel. Doch zeugt die Praxis von umfassenden atypischen Merkmalen. Gemäß § 161 UGB haften Kommanditisten mit einem bestimmten Betrag (Haftsumme) beschränkt, während der Komplementär unbeschränkt den Gesellschaftsgläubigern haftet und sind am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt⁵⁴⁸.

Kommanditisten sind von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen und haben lediglich dann ein Widerspruchsrecht, wenn die Handlung des Komplementärs über jene des gewöhnlichen Betriebes hinausgeht⁵⁴⁹. Atypische Konstruktionen sehen die Annäherung der Kommanditgesellschaft als Personengesellschaft zur Kapitalgesellschaft vor, wodurch das Prinzip der Selbstorganschaft und auch die Optimierung der verbundenen Themenkomplexe der Haftung und der Herrschaft herbeigeführt werden sollen. Bei der kapitalistischen Kommanditgesellschaft konstruieren Kommanditisten bestimmten Einfluss auf die Geschäftsführer, während der Komplementär als Arbeitgesellschafter⁵⁵⁰ fungiert.

Bei der GmbH & Co KG⁵⁵¹ gilt die GmbH als unbeschränkt haftender Komplementär. Kapitalistischer Einfluss kann, falls intendiert, durch die Kommanditisten konstruiert werden, wenn diese neben ihrer Kommanditbeteiligung ebenfalls an der GmbH beteiligt sind. Soll der Kommanditist auf seine Kapitalgeberposition beschränkt sein werden die Organisatoren solcher Gesellschaften die Anteile an der KomplementärgmbH nicht aus der Hand geben wie dies vor allem bei Publikums-Kommanditgesellschaften der Fall ist⁵⁵². Hinsichtlich der steuerlichen Beurteilung kann auf die Ausführungen zur stillen Beteiligung verwiesen werden.

dieser Terminologie *Bergmann, Sebastian*: Neue ertragsteuerliche Beurteilung der atypisch stillen Gesellschaft seit dem UGB? Verlustbeteiligungsmodelle vor dem Aus? SWK 2009, 534 „Voraussetzung für die Annahme einer Mitunternehmerschaft [...], dass für die beteiligten Personen mit ihrer Position Unternehmerwagnis verbunden ist, was sich in der Unternehmerinitiative und dem Unternehmerrisiko ausdrückt. Unternehmerinitiative entfaltet, wer auf das betriebliche Geschehen Einfluss nehmen kann. Das Unternehmerrisiko besteht in der Teilnahme am Wagnis des Unternehmens und kommt u. a. in der Beteiligung am Gewinn und Verlust und an den stillen Reserven einschließlich des Firmenwertes zum Ausdruck“

⁵⁴⁴ die Beteiligung am Umsatz kann eine fehlende Beteiligung am Firmenwert nicht ersetzen; VwGH 27. Jänner 1971, 104/69, ÖStZB 180, VwSlg 4176 F

⁵⁴⁵ BFH 25. Juni 1981, BStBl 1982 II 59; aA wohl VwGH im *Bandbreiten-Erkenntnis* vom 23. Februar 1994, 93/15/0163, ÖStZB 581 Journal für Betriebswirtschaft (JfB) 1987, 135

⁵⁴⁶ BGBl. Nr. 33/1993 idF BGBl. II Nr. 358/1997

⁵⁴⁷ vgl. *Margreiter, Max*: GmbH & Atypisch Still. Einige Anmerkungen zum Einkommensteuerrecht, ecolex-script 1995/2

⁵⁴⁸ § 167 UGB

⁵⁴⁹ § 164 und § 170 UGB

⁵⁵⁰ § 109 Abs. 2 UGB

⁵⁵¹ zum Wesen der GmbH & Co KG vgl. OGH vom 22. Dezember 1976 EvBl 1977/161

⁵⁵² vgl. *Torggler* (1980), 507ff.

1.4.3.4. Beteiligungen zu treuen Händen

Der Treuhandbegriff wird auf Basis einer vom Reichsgericht in seiner Rechtssprechung entwickelten Formel umschrieben, wonach Treuhand dann gegeben ist, wenn jemand (der Treuhänder) Rechte übertragen erhält, die er im eigenen Namen, aber aufgrund einer besonderen obligatorischen Bindung zu einer anderen Person (dem Treugeber) nur in einer bestimmten Weise auszuüben berechtigt ist (Zweckbindung).⁵⁵³ Entscheidend für die Charakterisierung eines Treuhandverhältnisses ist die Rechtsübertragung zur Ausübung im eigenen Namen und die obligatorische Zweckbindung im Innenverhältnis. Für das österreichische Recht unterscheidet *Kastner* zwei Arten der Treuhand: die Vollrechtstreuhand (Fiduzia und Bedingungskonstruktion) und die Ermächtigungstreuhand (Übertragung eines Teilrechts).⁵⁵⁴ Bei erstgenannter Treuhandform ist der Treuhänder nach außen hin unbeschränkter Eigentümer, im Innenverhältnis hingegen dem Treugeber obligatorisch verpflichtet, das übertragene Recht im Interesse des Treugebers oder eines dritten Begünstigten auszuüben.⁵⁵⁵ Bei der Ermächtigungstreuhand verbleibt das Vollrecht beim Treugeber, doch der Treuhänder erhält eine abgeleitete Verfügungsmacht bezüglich des Treugutes übertragen und übt sie im eigenen Namen aus. Sie ist als treuhandähnliches Rechtsinstitut zu qualifizieren. In der Abgrenzung zur Stellvertretung übt der Ermächtigungstreuhand die Rechte in eigenem Namen aus, wohingegen der Vertreter im fremden Namen auftritt.

Im Beteiligungsansatz zu treuen Händen beteiligt sich ein Kapitalgeber nicht unmittelbar an einer Gesellschaft, sondern es wird ein Treuhänder eingeschaltet. Der Treuhänder hält die Beteiligung für seinen Treugeber, womit auch nur dieser nach außen hin aufscheint. Daraus resultieren zwei Spannungsfelder, nämlich einerseits im Verhältnis Treuhänder und Gesellschaft und andererseits im Verhältnis Treugeber und Treuhänder. Diesbezüglich gilt unstrittig das Trennungsprinzip, womit zwei separate Rechtsverhältnisse entstehen, was der OGH dadurch bestätigt, dass der Treugeber nur die Rechte und Pflichten aus dem Treuhandvertrag hat⁵⁵⁶. In Konfliktlagen zwischen dem Beteiligungsverhältnis und dem Treuhandverhältnis ist demzufolge unstrittig, dass der Vorrang der Gesellschaftsinteressen gilt⁵⁵⁷.

Die Vollrechtstreuhand bedingt ein Verpflichtungsgeschäft durch eine Treuhandvereinbarung sowie ein Verfügungsgeschäft, beispielsweise durch Eigentumsübertragung oder Zession. Der Treuhandvertrag basiert auf Parteienvereinbarung wobei der OGH⁵⁵⁸ wiederholt betont hat, dass sich der Inhalt der Treuhandschaft aus dem Zweck der Treuhandschaft bestimmt. Der Treuhänder haftet dem Treugeber für vertragswidriges und schuldhaftes Verhalten, wobei sich aus § 1009 ABGB der Sorgfaltsmaßstab ableiten lässt, wonach der Treuhänder das Geschäft entsprechend dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung, der

⁵⁵³ zur diesbezüglichen Rechtssprechung des Reichsgerichts etwa RGZ 85, 214ff.

⁵⁵⁴ vgl. *Gruber, Michael*: Treuhandbeteiligungen an Gesellschaften, Wien 2001, 5

⁵⁵⁵ OGH 3 Ob 519/86 vom 3. Dezember 1986, so auch VwGH in ÖstZ 1992, 106, AnwBl 1992/4146

⁵⁵⁶ beispielsweise für die GmbH OGH 3 Ob 14/95 vom 26. April 1995

⁵⁵⁷ vgl. *Gruber* (2001), 79

⁵⁵⁸ OGH NZ 1997, 222ff.

Natur des Geschäfts und der Absicht des Geschäftsherren zu besorgen hat⁵⁵⁹. Üblicherweise umfasst der Treuhandvertrag u.a. neben der Festlegung der Entgeltlichkeit des Treuhandverhältnisses auch eine Freistellungsbedingung. Darunter versteht man den Anspruch des Treuhänders gegen den Treugeber auf Befreiung von Haftungs- und Verlustrisiken⁵⁶⁰, die den Treuhänder in seiner Eigenschaft als Gesellschafter aus dem Beteiligungsverhältnis treffen, da diese üblicherweise typische Risiken aus der Gesellschaftsbeteiligung sind, die den Treugeber als wirtschaftlichen Träger der Beteiligung treffen sollen. Ferner ist ein Herausgabeanspruch⁵⁶¹ auf den durch die Geschäftsbesorgung erlangten Nutzens des Treugebers üblich⁵⁶². Auf Basis der Geschäftsbesorgungspflicht des Treuhänders in Anlehnung an § 1009 ABGB ist der Treuhänder auch verpflichtet dem Treugeber Informationen einerseits regelmäßig von sich aus und andererseits auf Verlangen zu übermitteln. Letztgenannter Pflicht des Treuhänders ist jedoch ein Interessenkonflikt beispielsweise durch die Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Gesellschaft und aufgrund der Informationspflicht gegenüber dem Treugeber immanent, wobei auch hier die Gesellschaftsinteressen vorgehen, denn der Treugeber hat sich gerade durch die Mediatisierung über einen Treuhänder selber Schranken gesetzt. Bestandteil des Treuhandvertrages ist üblicherweise das Weisungsrecht des Treugebers⁵⁶³. Auch dieses begegnet den Schranken aus der gesellschaftlichen Treuepflicht, wenn die Weisung des Treugebers mit der Treuepflicht aus dem mitgliedschaftlichen Recht des Treuhänders konfligiert.⁵⁶⁴

Da der Vollrechtstreuhandler als vollständiger Rechtsinhaber auftritt, ist dieser auch Träger aller Rechte und Pflichten und lediglich im Innenverhältnis zum Treugeber beschränkt. Demzufolge kann der Treuhänder vollkommen über das Eigentum disponieren. Die konzernrechtsrelevanten Materiengesetze haben die Konstruktion der Treuhanderschaft gerade hinsichtlich der Zurechnung von Stimmrechten berücksichtigt. So stellt das Börsegesetz in § 92 fest, unter welchen Umständen Stimmrechtsanteile einer Person zuzurechnen sind. So lautet § 92 Abs. 5 BörseG, dass die Mitteilungspflicht auch für jene Personen tatbestandsmäßig wird, die Stimmrechte ausüben können ohne Eigentümer der Aktie zu sein. Ferner wird in § 92 Z. 7 BörseG auf § 23 Abs. 1 oder 2 ÜbG verwiesen, welche u.a. normieren, dass gemeinsam vorgehende Rechtsträger auch jene sind, die von einem Dritten für Rechnung des Rechtsträgers Beteiligungen halten, wodurch das Bewusstsein des Gesetzgebers über die Verfügbarkeit des Treugutes ersichtlich ist. Auf Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen wirkt diese Normenkette durch § 2 Z. 3 BWG oder § 4 Abs. 6 Z. 5 VAG, welche auf das BörseG hinsichtlich der Feststellung der Stimmrechte verweisen. Vorwiegend Investmentgemeinschaften oder Venture Capital Gesellschaften bedienen sich treuhändischer Vehikel, um auf einer diskreten Ebene Transaktionen abzuwickeln, wobei gerade bei umfassender Vollmachtserteilung an den Treuhänder Probleme resultieren.

⁵⁵⁹ so auch OGH NZ 1987, 148, HS 16.387

⁵⁶⁰ „Auf Ersuchen des Treuhänders wird der Treugeber den Treuhänder von allen Verbindlichkeiten freistellen, welche diesem infolge der ordnungsmäßigen Erfüllung dieses Vertrages entstehen“

⁵⁶¹ „Der Treuhänder verpflichtet sich, alle ihm aus dem treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteil zufließenden Vorteile unverzüglich an den Treugeber herauszugeben“

⁵⁶² § 1009 ABGB

⁵⁶³ „Der Treugeber wird dem Treuhänder keine Weisungen erteilen, durch deren Befolgung der Treuhänder gegen seine gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen verstoßen würde“

⁵⁶⁴ vgl. Gruber (2001), 77ff.

1.5. Gestaltung der konzerninternen Beteiligungsstrukturen

Grundsätzlich wird unter einer **Beteiligungsbeziehung** die eigenkapitalmäßige Verbindung zwischen zwei Gesellschaften und unter einem **Beteiligungsmuster** alle bilateralen Beteiligungsbeziehungen zwischen drei oder mehreren Konzerngesellschaften verstanden⁵⁶⁵. Jede bilaterale Beteiligungsbeziehung bzw. jedes Beteiligungsmuster kann einen positiven oder negativen Effekt auf den Konzernunternehmenswert haben. Ferner sind wirtschaftlich sinnvolle Verflechtungen nur unter bestimmten rechtlichen Bedingungen möglich, womit eindeutige Schranken dem Shareholder-Value Maximierungsstreben gesetzt werden.

1.5.1. Bilaterale Beteiligungsbeziehungen

Hinsichtlich der bilateralen Beteiligungsbeziehungen lässt sich zwischen mittel- oder unmittelbaren sowie ein- oder wechselseitigen Beteiligungen unterscheiden.

1.5.1.1. Unmittelbare und mittelbare einseitige Beteiligung

Wenn eine Beteiligung direkt zu einer Gesellschaft führt und alle Rechte des Mutterunternehmens aus dieser abgeleitet werden können, dann spricht man von einer direkten oder unmittelbaren Beteiligung. Einseitigkeit bedeutet, dass obgleich einer Unter- oder Gleichordnung nur ein Unternehmen am anderen eine Beteiligung hält. Das österreichische Recht versteht unter einer Beteiligung in § 228 Abs. 1 UGB Anteile an anderen Unternehmen, die bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesem Unternehmen zu dienen. Die Dauer der (geplanten) Verbindung hat zur Auswirkung, dass diese als Anlagevermögen oder Umlaufvermögen (Finanzanlagevermögen) ausgewiesen werden muss, wodurch erkennbar wird, dass § 228 Abs. 1 UGB auf rechnungslegerischen Überlegungen basiert. Das GmbHG bzw. Aktiengesetz hat keine eigene Definition und bezieht sich somit auf § 228 UGB. § 228 Abs. 1 UGB enthält ferner die Vermutung, dass eine Beteiligung vorliegt, wenn die Kapitalgesellschaften mindestens den fünften Teil des Nennkapitals halten⁵⁶⁶.

Mittelbare oder indirekte Beteiligungen liegen dann vor, wenn die Rechte an einer Gesellschaft C nicht durch eine unmittelbare Beteiligung durch A, sondern durch eine mittelbare Beteiligung über B gehalten werden. Demzufolge verfügt A über Beteiligungsrechte über die indirekte Beteiligung. Gründe sich mittelbarer Beziehungen zu bedienen sind Steuerminimierung (z.B. durch Zwischenholdings in einem Staat mit günstigem Steuerumfeld⁵⁶⁷), Publizitätsbeschränkung (z.B. durch eine nicht-publizitätspflichtige Zwischenholding), Haftungsbegrenzung (z.B. GmbHs als Konzernglieder und die Herstellung einer Kongruenz zwischen Beteiligungs- und Führungsstruktur des Konzerns). Tendenziell lässt sich festhalten, dass direkte Beteiligungsrechte der Willensdurchsetzung besser dienen und dass in diesen Konstruktionen die Rechtsformwahl von Bedeutung ist. Beispielsweise lässt sich das zweckgerichtete

⁵⁶⁵ vgl. *Koblin* (2002), 111

⁵⁶⁶ siehe auch § 244 Abs. 6 UGB

⁵⁶⁷ dazu umfassend *Hohenwarter, Daniela*: Verlustverwertung im Konzern, Wien 2010 u.a. hinsichtlich der Verwertung von Auslandsverlusten und die Verwertung von Inlandsverlusten im grenzüberschreitenden Sachverhalt (u.a. Ausschluss von Sandwichgruppen gemäß § 9 Abs. 6 Z 6 iVm Abs. 2 und Abs. 4 KStG)

Abstimmungsverhalten bei C nur dann mit Sicherheit gewährleisten, wenn B eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist, bei der im Weisungsweg Handlungsanweisungen vorgenommen werden können.

Mittelbare Beteiligungen sind in Konzernsachverhalten sehr oft anzutreffen. So beinhalten auch § 15 Abs. 2 AktG und § 115 Abs. 2 GmbHG die unmittelbare oder mittelbare „Beteiligung [oder sonst]“. Die Konsolidierungsbestimmungen des UGB⁵⁶⁸ implizieren über die einheitliche Leitung und eine Beteiligung sowie über die control-Tatbestände, dass diese auch unmittelbar erfüllt sein können. Die control-Tatbestände stellen erst recht auf das Ergebnis ab, somit beispielsweise das Recht einen beherrschenden Einfluss auszuüben, womit im Umkehrschluss die unmittelbare Beteiligung nicht ausgeschlossen sein kann. Das Übernahmegesetz bestimmt auch die mittelbare kontrollierende Beteiligung als ein Pflichtangebot auslösend⁵⁶⁹ an und umfasst mittelbare Beteiligungen ferner unter anderem über die gemeinsam vorgehenden Rechtsträger⁵⁷⁰, die Anzeigepflichten⁵⁷¹ und bei Überschreiten der gesicherten Sperrminorität⁵⁷². Das BörseG inkludiert in seinen Publizitätsvorschriften⁵⁷³, dass auch mittelbare Erwerbe oder Veräußerungen mitteilungspflichtig sind. Das EKEG umfasst mittelbare Kreditgeber im Konzern⁵⁷⁴ und bestimmt ferner Kreditgeber als Gesellschafter, die mittelbar einen beherrschenden Einfluss (mittelbar kontrollierende Beteiligung) ausüben können oder mittelbar an der kreditnehmenden Gesellschaft mit einem Anteil von zumindest einem Drittel beteiligt sind ist oder mittelbar an einer Gesellschaft kontrollierend beteiligt ist, die zumindest 25 % an der kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt ist⁵⁷⁵. Das Bankwesengesetz beinhaltet bereits in seiner Beteiligungsdefinition des § 2 Z 2 und 3 BWG, anders als § 228 UGB, die Möglichkeit der mittelbaren (indirekten) und unmittelbaren (direkten) Beteiligung. Selbiges gilt für das FKG, welches unter Beteiligung eine Beteiligung im Sinne des § 228 Abs. 1 und 2 UGB an einem anderen Unternehmen oder das direkte und indirekte Halten von mindestens 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals an einem anderen Unternehmen umfasst.

1.5.1.2. Wechselseitige Beteiligung

Wechselseitige Beteiligungen sind bei österreichischen Finanzintermediären nicht selten. Beispielsweise sind die beiden österreichischen genossenschaftlich strukturierten Bankkonzerne der Volksbanken und Raiffeisen. Die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG (RZB) ist an der Österreichischen Volksbanken Aktiengesellschaft zu 6,1 % beteiligt, welche wiederum (mittelbar) an der RZB mit 5,15 % beteiligt ist. Auch die 3-Banken-Gruppe zeichnet sich durch eine starke wechselseitige Verflechtung aus, welche zusätzlich syndikatsvertraglich gefestigt wurde⁵⁷⁶. In der internationalen Versicherungswirtschaft sei lediglich die wechselseitige Beteiligung zwischen der Uniqa Versicherungen AG und der Nürnberger

⁵⁶⁸ Dritter Abschnitt Konzernabschluss und Konzernlagebericht § 244ff UGB

⁵⁶⁹ § 22 Abs. 1 u. 3 ÜbG

⁵⁷⁰ § 1 Z. 6 ÜbG

⁵⁷¹ § 25 ÜbG

⁵⁷² § 26 ÜbG

⁵⁷³ § 91 Abs. 1 BörseG

⁵⁷⁴ § 9 Abs. 1 Z. 1 EKEG

⁵⁷⁵ § 8 EKEG

⁵⁷⁶ http://www.oberbank.at/OBK_webp/OBK/Informationsobjekte/Grafiken/AT/3Banken_Aktionaersstruktur.pdf (3. Februar 2010)

Beteiligungs-AG beispielhaft erwähnt. Wechselseitige Beteiligungen gelten als Instrumente zur Absicherungen gegen Übernahmen⁵⁷⁷ oder zur Verfestigung einer kooperativ strategischen Beziehung⁵⁷⁸. Wechselseitige Beteiligungen liegen dann vor, wenn zwei Unternehmen aneinander ein Beteiligungsverhältnis begründen⁵⁷⁹. Die aus der wechselseitigen Beteiligung resultierenden Spannungsfelder sind einerseits die potentielle Bildung fiktiver Werte und die Konsolidierung von Stimmenmacht⁵⁸⁰. Die Bildung fiktiver Werte als kapitalverwässernder Effekt tritt dadurch ein, dass das Vermögen wechselseitig beteiligter Unternehmen sich zu einem Teil aus Anteilsrechten zusammensetzt, deren Gegenwert in einer Beteiligung am eigenen Unternehmen besteht⁵⁸¹.

Die Konsolidierung der Stimmenmacht zementiert im Falle von wechselseitigen Mehrheiten die Rechte der Machthaber ein (Einfluss auf Aufsichtsräte und Leitungsorgane)⁵⁸². Die wechselseitigen Beteiligungen können theoretisch entweder a) auf Minderheits- oder Mehrheitsbeteiligungen zwischen Konzernober- und Untergesellschaft, b) auf Minderheitsbeteiligungen zwischen zwei Konzerngesellschaften, oder c) auf gegenseitigen Mehrheitsbeteiligungen zwischen zwei Konzerngesellschaften basieren⁵⁸³. Empirisch sind die Auswirkungen wechselseitiger Beteiligungen nicht eindeutig⁵⁸⁴, werden jedoch aus Transparenzüberlegungen kritisch gesehen und wirken sich tendenziell negativ auf die Börsenbewertung aus. Dafür verantwortlich zeichnen sich die Unübersichtlichkeit des Konzerns und das hierdurch gesteigerte Risiko, welches in einem Bewertungsabschlag mündet.

Nur kurzfristig können wechselseitige Beteiligungen den Kurswert erhöhen; nämlich dann, wenn der Kapitalmarkt nicht sofort erkennt, dass der Erwerber der Aktien ein Konzernmitglied ist. Sobald erkannt wird, dass sich die Gesellschaften über andere Konzernmitglieder mittelbar an sich selbst beteiligen und somit über keinen zusätzlichen Vermögenswert verfügen, wird der Kurswert sich mittelfristig wieder auf das pre-transaction-Niveau begeben⁵⁸⁵.

Vor allem bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen soll durch aufsichtsrechtliche Bestimmungen verhindert werden, dass wechselseitige Abhängigkeiten oder eine potentielle Ansteckungsgefahr hintangehalten werden. So sieht § 20 BWG eine Anzeigepflicht an die FMA bzw. eine Untersagungsmöglichkeit durch die FMA für den Fall vor, dass eine qualifizierte Beteiligung an dem Kreditinstitut erworben werden solle. Daraus folgt, dass in der österreichischen Finanzwirtschaft wechselseitige Beteiligungen lediglich in dem Ausmaß eingegangen werden, in welchem der strategische Zusammenhalt dargestellt werden kann (wechselseitige Aufsichtsratsmandate⁵⁸⁶), jedoch eine qualifizierte Beteiligung gemäß § 2 Z. 3 BWG nicht erfüllt ist. Wechselseitige Beteiligungen werden bei

⁵⁷⁷ vgl. *Theisen* (2000), 139; des Weiteren zur Schaffung von Verwaltungsstimmen, Diversifikation und als Vorstufe zur Unternehmensintegration; vgl. *Schmidt, Kerstin*: Wechselseitige Beteiligungen im Gesellschafts- und Kartellrecht, Hamburg 1995, 30ff

⁵⁷⁸ Agency Ansatz: Zur Lösung des Glaubwürdigkeitsproblems bei gegenseitiger Verpflichtung zur Zielerreichung

⁵⁷⁹ vgl. *Koblin* (2002), 213ff.

⁵⁸⁰ vgl. *Wallisch, Gert*: Die wechselseitige Beteiligung, GesRZ 2001, 136

⁵⁸¹ *Koppensteiner*, Wechselseitige Beteiligungen im Recht der GmbH, WBI 1990, 1

⁵⁸² vgl. *Wallisch* (2001), 136

⁵⁸³ vgl. *Koblin* (2002), 214

⁵⁸⁴ vgl. die finanzwirtschaftlichen Studien von *Prowse*, 1990; *Flath*, 1993; *Lichtenberg/ Pushner*, 1994; *Weinstein/Yafeh*, 1995, 1998; *Morck, et al.*, 2000

⁵⁸⁵ vgl. *Weinländer* (1996), 196 und vgl. *Koblin* (2002), 219

⁵⁸⁶ siehe § 86 Abs. 2 Z. 2 und 3 AktG

Investmentgemeinschaften üblicherweise zur Verhinderung von Verkehrssteuern (z.B. Grunderwerbssteuer, Gesellschaftssteuer) eingesetzt, wobei einerseits über Treuhandmodelle, andererseits über Konzerngesellschaften strukturiert wird.

Während in Deutschland der Terminus der wechselseitigen Beteiligung einer Norm zugeführt wurde, vermisst man eine ausdrückliche Normierung im österreichischen Recht⁵⁸⁷. § 19 Abs. 1 dAktG definiert wechselseitig beteiligte Unternehmen als Unternehmen mit Sitz im Inland in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, die dadurch verbunden sind, dass jedem Unternehmen mehr als 25 % der Anteile (am Kapital) des anderen Unternehmens gehören.

Gehört einem wechselseitig beteiligten Unternehmen an dem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung oder kann das eine auf das andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben, so ist gemäß § 19 Abs. 2 dAktG das eine als herrschendes und das andere als abhängiges Unternehmen anzusehen. Ferner definiert § 19 Abs. 3 dAktG den Fall der **wechselseitigen Mehrheitsbeteiligung**, wobei die verbundenen Unternehmen dann als herrschend und abhängig gelten. So unterscheidet der deutsche Gesetzgeber zwischen der **qualifizierten wechselseitigen Beteiligung**, bei der eine **Abhängigkeitsbeziehung** besteht und deren Rechtsfolgen § 19 Abs. 2 bis 4 dAktG folgen und der **einfachen wechselseitigen Beteiligung**, bei der § 328 dAktG maßgeblich ist.⁵⁸⁸

§ 328 dAktG sieht für den Fall der wechselseitigen Kapitalbeteiligung von 25 % vor, dass die Rechte – Mitgliedschaftsrechte (Stimmrechte, Gewinn, Bezugsrecht⁵⁸⁹) – auf den vierten Teil aller Anteile beschränkt werden. Durch diese gesetzlich normierte Folge, soll vor allem die wirtschaftliche Attraktivität von wechselseitigen Beteiligungen geringst gehalten werden. Dies gilt auch für einfach wechselseitig beteiligte GmbH-Konzerne, wobei aufgrund der rechtsformspezifischen Meldepflichten der Aktiengesellschaft, statt der analogen Anwendung von § 328 dAktG, § 33 GmbHG maßgeblich ist.

Bei qualifiziert wechselseitigen Beteiligungen, welche voraussetzen, dass eine Aktiengesellschaft eine herrschende bzw. eine Mehrheitsgesellschafterin ist, sind die Rechtsfolgen derart gestaltet⁵⁹⁰, dass der beherrschten (GmbH)Gesellschaft keinerlei Mitgliedschaftsrechte in der herrschenden Aktiengesellschaft zustehen, bzw. der Zuerwerb nur in Ausnahmefällen gestattet ist sowie die beherrschte Gesellschaft ihren Aktienbestand binnen Jahresfrist auf maximal 10 % abzubauen hat⁵⁹¹. Ist die herrschende Gesellschaft eine GmbH gelten hinsichtlich der Geltendmachung von Rechten aus Geschäftsanteilen § 56 Abs. 2, 71d und 71b dAktG mit Ausnahme der Bestimmung, dass binnen Jahresfrist der Aktienbestand der abhängigen Gesellschaft auf 10 % beschränkt werden muss analog sowie hinsichtlich der Schranken des Anteilserwerbes, dass bei Kapitalerhöhungen ein Zeichnungsverbot für beide Gesellschaften besteht.

⁵⁸⁷ vgl. Karollus in Jabornegg/Strasser (2006) § 66 Rz 26

⁵⁸⁸ vgl. Liebscher, Thomas: GmbH-Konzernrecht – die GmbH als Konzernbaustein, München, 2006, 51ff.

⁵⁸⁹ mit Ausnahme des Anrechts auf neue Aktien im Fall einer nominellen Kapitalerhöhung vgl. § 318 Abs. 3 dAktG

⁵⁹⁰ für das deutsche Recht siehe § 56 Abs. 2, 71 Abs. 1 Nr. 1 bis 5, Abs. 2, 71d Satz 2 und 4, 71 c dAktG

⁵⁹¹ vgl. Liebscher (2006), 52

Die mangelnde Normierung im österreichischen Gesellschaftsrecht wird dadurch ersetzt, dass unerwünschten Konstruktionen durch andere gesellschaftsrechtliche Bestimmungen entgegengewirkt wird. Ein Teil der Lehre sieht die wechselseitige Beteiligung generell als unzulässig an⁵⁹², während der andere Teil für die Zulässigkeit unter Berücksichtigung bestimmter Grenzen argumentiert, die jedoch über keine Grundlage im Gesetz verfügt⁵⁹³. Letzteres gibt die Meinung von *Kastner* wieder, der konstatiert, dass die wechselseitige Beteiligung in der Regel nur dann zulässig ist, wenn sie nicht im Einzelfall zu einem gesetzes- oder sittenwidrigen Ergebnis führt, wie beispielsweise bei der gleichzeitigen wechselseitigen Kapitalerhöhung⁵⁹⁴. Die Grenzen wechselseitiger Beteiligungen sind an den beschränkenden Bestimmungen des österreichischen Gesellschaftsrechts zu erarbeiten:

a) Beteiligungen zwischen Konzernober- und -untergesellschaft

Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nur unter bestimmten Bedingungen erwerben. Aus ihnen stehen ferner der Gesellschaft gemäß § 65 Abs. 5 AktG keine Rechte zu, d.h., dass alle Aktionärsrechte (Vermögens/Substanz-, Herrschafts- oder Einflussrechte) ruhen. Dies unabhängig davon, ob die Aktien zulässigerweise oder unzulässigerweise erworben wurden⁵⁹⁵. Das Ruhen der Stimmrechte wurde expressis verbis festgehalten, denn es entspricht dem Normzweck, die Gefährdung der Corporate Governance, durch den Erwerb eigener Aktien zur Einflussnahme bei Entscheidungen, Änderungen der Kompetenzverteilung etc. zu verhindern⁵⁹⁶. Die Normen, welche vom gleichen Interessensgemeinge getragen werden, sind demnach jene des Erwerbes eigener Aktien und jene des Erwerbes eigener Aktien durch Dritte⁵⁹⁷; letztere da es die gesetzgeberische Motivation war keine Umgehung des Tatbestandes des Erwerbs eigener Aktien durch den Bezug mittels Zwischenschaltung einer Tochterunternehmung zu ermöglichen.

Abhängigkeitsverhältnis

Das österreichische Aktienrecht schränkt in § 66 Abs. 1 den entgeltlichen Erwerb von Aktien einer Gesellschaft dann ein, wenn bereits ein Abhängigkeitsverhältnis⁵⁹⁸ an dieser vorliegt⁵⁹⁹. Dass ein Abhängigkeitsverhältnis vorausgesetzt wird folgt aus dem Verweis auf die Beteiligungsdefinition des § 228 Abs. 3 AktG und nachfolgend § 244 AktG, welcher ein Über-/Unterordnungsverhältnis impliziert.

⁵⁹² *Doralt* argumentiert mit Sittenwidrigkeitsüberlegungen, *Koppensteiner/Frotz* sehen Probleme hinsichtlich der Kapitalerhaltung und *Jabornegg* berücksichtigt die unerwünschte Verwaltungsherrschaft; vgl. *Karollus in Jabornegg/Strasser* (2006), § 66 Rz 26

⁵⁹³ *Karollus in Jabornegg/Strasser* (2006) § 66 Rz 26

⁵⁹⁴ vgl. *Nowotny* (1986), 303f

⁵⁹⁵ vgl. *Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998) § 65 und vgl. z. B. *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar (2003), §

65

⁵⁹⁶ vgl. etwa *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 81 Rz 13 mwN

⁵⁹⁷ § 66. (1) Ein Tochterunternehmen (§ 228 Abs. 3 UGB) darf an Aktien der Gesellschaft nur nach den vorstehenden Vorschriften Eigentum oder Pfandrecht erwerben. Gleiches gilt für den Erwerb und die Inpfandnahme durch einen anderen, der im eigenen Namen, jedoch für Rechnung der Gesellschaft oder eines Tochterunternehmens handelt. Bei der Berechnung des Anteils am Grundkapital gemäß § 65 Abs. 2 erster Satz und § 65a Abs. 2 gelten diese Aktien als Aktien der Gesellschaft. Im Übrigen gelten § 65 Abs. 3 und 4 sowie §§ 65a, 65b und 66a sinngemäß.

(2) Ein Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen (§ 228 Abs. 3 UGB) und einem anderen, das auf den Erwerb eigener Aktien auf Rechnung der Gesellschaft oder des Tochterunternehmens (§ 228 Abs. 3 UGB) gerichtet ist, ist rechtsunwirksam, soweit dadurch gegen Abs. 1 sowie § 65 Abs. 1, 1a, 1b oder 2 verstoßen wird. Dies gilt auch für Rechtsgeschäfte mit einem Dritten, die auf Rechnung der Gesellschaft oder des Tochterunternehmens gehen und durch Inpfandnahme eigener Aktien besichert werden sollen. § 65b gilt sinngemäß.

⁵⁹⁸ laut *Koppensteiner, Hans-Georg*: Wechselseitige Beteiligung im Recht der GmbH, WBI 1990, 1f: ist eine Abhängigkeit beispielsweise aufgrund eines Unternehmensvertrages gemäß § 238 AktG oder aufgrund langfristiger Verträge nicht unter den idF relevanten Abhängigkeitsbegriff subsumierbar.

⁵⁹⁹ vgl. *Karollus in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006) § 66 Rz 27, vgl. *Nowotny* (1986), 303f.

Demnach kann eine Tochtergesellschaft⁶⁰⁰, welche die Kriterien eines verbundenen Unternehmens (§ 228 Abs. 3 iVm § 244 UGB) erfüllt, Erwerbungen nur gemäß § 65 Abs. 1 AktG tätigen, wobei ein Erwerb grundsätzlich auf 10 % des Grundkapitals in den Fällen der § 65 Abs. 1 Z. 1, 4, 7 und 8 AktG limitiert wird. In den Fällen des § 65 Abs. 1 Z. 1, 4, 5, 7 und 8 ist der Erwerb nur zulässig, wenn die Gesellschaft die gemäß § 225 Abs. 5 UGB vorgeschriebene Rücklage für eigene Anteile bilden kann, ohne dass das Nettoaktivvermögen das Grundkapital und eine nach Gesetz oder Satzung gebundene Rücklage unterschreitet⁶⁰¹.

Herausgestrichen werden soll, dass auch bei geringen Beteiligungsquoten jedoch bei Existenz mitgliedschaftlicher Sonderrechte, wie beispielsweise das Recht die Mehrheit des Verwaltungs-, Leistungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzurufen, die Abhängigkeitsbedingung erfüllt ist. Daraus folgt, dass bei Existenz eines 10 %igen Anteils an eigenen Anteilen, welche kein Stimmrecht tragen dürfen, der Mehrheitsgesellschafter das Unternehmen lediglich 45 % + 1 Stimme beherrschen kann. Daraus folgt ferner, dass bei einer 100 %igen Beteiligung an einer Tochtergesellschaft, diese an der Muttergesellschaft lediglich maximal 10 % des Grundkapitals erwerben kann. Ebenfalls folgt daraus, dass bei einer 50 %igen Beteiligung an einer Tochtergesellschaft, diese 20 % der Anteile an der Muttergesellschaft erwerben darf, um § 65 iVm § 66 AktG zu entsprechen.

Auch verhindert § 51 Abs. 2 AktG den originären Erwerb von eigenen Aktien durch eine Tochtergesellschaft im Rahmen einer Kapitalerhöhung. Die rechtliche Beschränkung hinsichtlich des Bezugsrechtes vermeidet Fälle, in denen das Gesellschaftsvermögen ohne Kapitalhinterlegung aufgebläht wird. Dadurch würden fiktive Werte geschaffen werden, die nicht nur Kreditgeber in die Irre führen können, sondern auch eine Kapitalisierung der Obergesellschaft über ihren realen Wert hinaus bewirken⁶⁰².

Verstöße gegen § 51 Abs. 2 AktG und § 65 Abs. 4 AktG haben ausdrücklich nur die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes zur Folge und steht dem wirksamen Erwerb nicht entgegen. Stimmrechte aus diesen Anteilen können **nicht ausgeübt** werden. Im Zusammenhang mit dem Erwerb eigener Aktien steht auch die Frage der Finanzierung. § 66a AktG normiert das Verbot der Finanzierung von eigenen Aktien. Verboten ist die Gewährung eines Vorschusses oder eines Darlehens oder die Leistung einer Sicherheit, deren Zweck die Finanzierung des Erwerbs von Aktien der Gesellschaft oder eines Mutterunternehmens durch einen Dritten ist. Ratio der Norm ist, dass Käufer nicht eine Gesellschaft übernehmen können, deren Kaufpreis aus der Substanz der übernommenen Gesellschaft finanziert wird – dies widerspräche den Kapitalerhaltungsgrundsätzen und den damit verbundenen

⁶⁰⁰ Unabhängig ob diese eine Aktiengesellschaft ist; daher umfasst der Begriff Tochtergesellschaft u.a. auch die GmbH, welche im Rahmen von Konzernstrukturen oft Verwendung findet.

⁶⁰¹ d.h., dass nur der Teil ausgeschüttet werden darf, der Teil des Nettovermögens (Vermögen abzüglich Fremdkapital) ausgeschüttet werden darf, der das Nennkapital plus ausschüttungsgesperrte Rücklagen übersteigt. *Nowotny*, Funktion 119f.; s auch die grafische Darstellung bei *Urnik* in *Kalss*, Gläubigerschutz 15

⁶⁰² vgl. *Weinländer* (1995), 189; ebd, 194: „Die Installation von Rückbeteiligungsschleifen ist gleichbedeutend mit einer Verminderung des konsolidierten Nettosubstanzwertes des Konzerns. [...] Die Kapitalisierung der Konzernmutter übersteigt dann deren realen Wert“.

Gläubigerschutzgrundsätzen. Konsequenz eines Verstoßes ist nicht die Nichtigkeit des Geschäftes, aber die Schadenersatzverpflichtung der verantwortlichen Organe⁶⁰³.

kein Abhängigkeitsverhältnis

Die zuvor erwähnte Beschränkung auf 10 % des Grundkapitals setzt ein Abhängigkeitsverhältnis voraus. In jenen Fällen, in denen die Eigenschaft als Tochterunternehmen im Sinne des § 228 Abs. 3 UGB nicht gegeben ist (z.B. Gleichordnungskonzern), ist eine Beschränkung des gegenseitigen Anteilerwerbes grundsätzlich nicht gegeben. D.h., **gibt es ein Abhängigkeitsverhältnis nicht sind die Beschränkungen der §§ 65 u. 66 AktG nicht anwendbar** und es sind andere Normen heranzuziehen, welche ein gesetzeswidriges oder sittenwidriges Ergebnis vermeiden sollen. Zu überprüfen ist im ersten Schritt, ob eine andere Interessenslage vorliegt als im Fall einer Abhängigkeitsbeziehung. Der Gesetzgeber strebt jene Situation zu vermeiden, dass die herrschende Gesellschaft die beherrschte Gesellschaft zu Handlungen veranlasst – beispielsweise den Erwerb von Anteilen an der Mutter – vorzunehmen, welche bereits die Mutter verpönt bzw. beschränkt sind. So soll die Mutterunternehmung über ein abhängiges Tochterunternehmen keinen Einfluss auf die eigene Gesellschaft ausüben können. Wann diese Einflussmöglichkeit in realita gegeben sein wird und ob nicht auch ohne Abhängigkeit das Ergebnis aus Gläubigersicht nachteilig wäre ist im Folgenden zu analysieren.

Das deutsche Recht verlangt im Falle der Abhängigkeit gemäß § 19 Abs. 2 und 3 dAktG die Veräußerung der Anteile zumindest unter 25%. Liegt keine Abhängigkeit (Mehrheitsbeteiligung oder beherrschender Einfluss) vor, besteht gemäß deutschem Recht keine Veräußerungspflicht, selbst wenn die wechselseitigen Beteiligungen jeweils 50% betragen⁶⁰⁴. Die Lehre folgt der analogen Anwendung, womit für das österreichische Recht festgehalten werden kann, dass **wenn kein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, eine wechselseitigen Beteiligung im Verhältnis 50:50 zulässig** ist.

Das Reichsgericht vertrat in der **Iduna**-Entscheidung⁶⁰⁵, dass auch über das 50:50 Verhältnis hinaus gleich hohe wechselseitige Beteiligungen möglich sind. Ob mehrheitliche wechselseitige Beteiligungen wie in § 19 Abs. 3 dAktG auch in Österreich zulässig sind, wenn zuvor kein Abhängigkeitsverhältnis⁶⁰⁶ vorliegt, ist fraglich, wird jedoch vor dem Hintergrund des § 52 AktG eher abgelehnt. *Doralt* und *Kastner* rechnen derartige Fälle der mittelbaren Rückzahlung der Einlage, soweit sie den zulässigen Erwerb eigener Aktien übersteigt, den Fällen der Sittenwidrigkeit zu⁶⁰⁷. Es muss meines Erachtens trotz der Annahme, dass eine wechselseitige Beteiligung im Verhältnis 50:50 zulässig ist (bzw. nicht ausdrücklich verboten ist), konstatiert werden, dass sich eine an eine allgemeine Beteiligungsquote gebundene Aussage nicht festmachen lässt. Maßstab ist in diesen Fällen der Verwässerungseffekt, welcher nicht von der

⁶⁰³ vgl. *Göschke, Matthias*: Das Verbot der Finanzierung des Erwerbs eigener Aktien im Konzern, RdW 2001, 361; *Koppensteiner* (1990), 1ff.

⁶⁰⁴ WP Handbuch 2000, Band I, Rz 197

⁶⁰⁵ RGZ 149, 392 zum deutschen Aktiengesetz 1937

⁶⁰⁶ weil eine Mehrheitsbeteiligung eine Abhängigkeitsvermutung bzw. Beherrschung vermuten lässt, scheint eine wechselseitige Beherrschung schon semantisch unsinnig. *Koppensteiner* (1990), 1ff. löst diesen Widerspruch dadurch, dass der normative Kontext des Abhängigkeitsbegriffes zu berücksichtigen sei.

⁶⁰⁷ vgl. *Doralt* (1997), 48; *Kastner* (1987), 405

Beteiligungsquote, sondern von dem Gewicht der Beteiligung am Bilanzvermögen abhängig ist, der für die Gläubiger von Haftungsfondgesichtspunkten aus relevant ist⁶⁰⁸.

Anwendbarkeit auf andere Rechtsformen

Wie bereits dargelegt sind somit der wechselseitigen Beteiligung von Gesellschaften⁶⁰⁹ des Aktienrechts Grenzen gesetzt, da die Gefahr, dass das Prinzip realer Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung konterkariert wird, besteht. Das **GmbH Gesetz** ist in diesem Zusammenhang hinsichtlich des Erwerbes eigener Geschäftsanteile sogar **strenger**. Es normiert in § 81 ein **ausdrückliches Verbot** („verboten und wirkungslos“) des **Erwerbes eigener Geschäftsanteile**. Lediglich für die Fälle des unentgeltlichen Erwerbes eigener Anteile, den Erwerb eigener Anteile im Wege der Gesamtrechtsnachfolge und den Erwerb eigener Anteile zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern sind die Vorschriften für den Erwerb eigener Aktien gemäß Aktiengesetz anwendbar.

Folglich ist das GmbH-Recht strenger als das Aktienrecht, weil im Unterschied zu § 65 Abs. 1 AktG, der den Erwerb eigener Aktien bis zu 10 % zwecks Abwendung eines schweren Schadens gestattet, eine derartige Regelung im GmbH-Recht nicht existiert. Somit lässt sich wiederum für das Szenario einer Abhängigkeit konstatieren, dass keine Beteiligung der abhängigen Gesellschaft (mit beschränkter Haftung) an der herrschenden Gesellschaft (mit beschränkter Haftung) begründet werden darf. Ist die herrschende Gesellschaft eine Aktiengesellschaft und die abhängige Gesellschaft eine GmbH, dann ist wiederum § 66 AktG, da die Tochterunternehmung in § 66 AktG keine rechtsformeinschränkende Wirkung entfaltet, anwendbar. Wie auch im Aktienrecht ist das Szenario, in dem keine Abhängigkeit gegeben ist, nicht geregelt, wodurch theoretisch eine wechselseitige Beteiligung in Höhe von 50:50 möglich wäre, dies jedoch an den Kapitalerhaltungsregeln zu scheitern droht⁶¹⁰.

Es muss wieder festgehalten werden, dass auch bei wechselseitigen Beteiligungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung sich keine allgemeingültige Regelung bezüglich der relevanten Beteiligungsquote festmachen lässt. Als Maßstab gilt auch hier der Verwässerungseffekt. Demzufolge sind auch wechselseitige GmbH- Beteiligungen unter 50 % unzulässig, wenn eine erhebliche Umschichtung des Vermögens vonstatten geht. Hingegen sind Beteiligungen bis 25 % unbedenklich⁶¹¹. Herrschende Lehre ist, dass entgegen der strikten Formulierung „verboten und wirkungslos“ im § 81 GmbHG, der § 66 AktG analog anwendbar sein soll, da im Sinne des Schutzes der Gesellschaft die zu unrecht eine Beteiligung an der herrschenden Gesellschaft eingegangen ist, diese zumindest über die Anteile verfügen können muss, um sie in einem weiteren Schritt wieder veräußern zu können und den gesetzlich vorgesehenen Zustand wiederherzustellen. Analog anzuwenden ist auf die GmbH auch § 65 Abs. 5 AktG, wodurch die Bezugsrechte und Stimmrechte ruhend gestellt sind. Ebenfalls sind die Regelungen des § 66 AktG auf die

⁶⁰⁸ vgl. Nowotny (1986), 304

⁶⁰⁹ die abhängige Gesellschaft kann dabei eine Aktiengesellschaft, aber u.a. auch eine GmbH sein.

⁶¹⁰ auch bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung werden wechselseitige Mehrheitsbeteiligungen als mit § 82 GmbH unvereinbar angesehen

⁶¹¹ vgl. Nowotny (1986), 304

GmbH analog anwendbar, weil sie sonst einen Umgehungstatbestand zur Folge hätten, welcher in keinem divergierenden Interessensfeld seine Begründung finden könnte⁶¹².

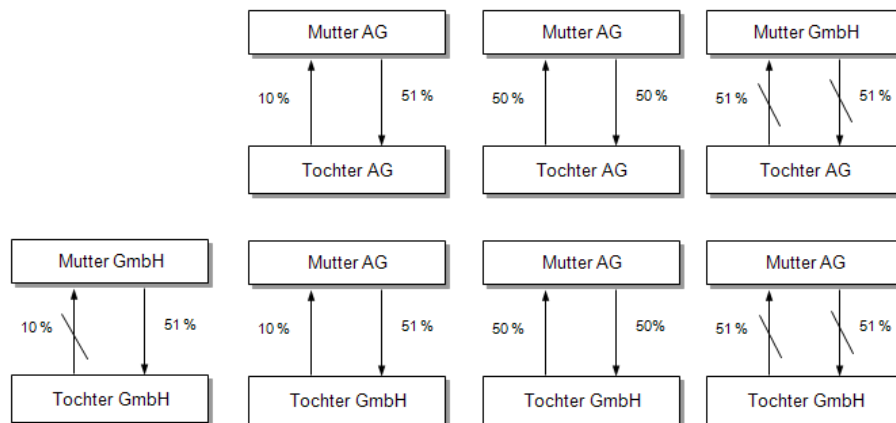


Abbildung 17 Überblick Beteiligungsstrukturen, Quelle: Eigene Darstellung

Die Überlegungen sind im Falle eines herrschenden österreichischen Unternehmen anwendbar. Der Erwerb von Anteilen einer herrschenden ausländischen Gesellschaft ist hingegen vom österreichischen Recht unerfasst und ist jeweils nach dem nationalen Recht zu beurteilen⁶¹³.

b) Minderheitsbeteiligungen zwischen zwei Konzerngesellschaften

Bei Minderheitsbeteiligungen zwischen zwei Konzerngesellschaften beteiligen sich beispielsweise Schwesterngesellschaften untereinander zu weniger als 50 %. Folgende Abbildung stellt dar, wie durch Gestaltung der Konzernstrukturen Mehrheitsverhältnisse eingefroren werden können, obwohl die Mutter nur 25 % plus einer Aktie der jeweiligen Tochter hält. Festzustellen ist, dass die Konzernmutter nur mit 25 % plus einer Aktie an der jeweiligen Tochter beteiligt sein muss.

Obwohl Konzernexterne über 49,99 % der Aktien verfügen, können sie den Aktionär mit 25 % plus einer Aktie nicht dominieren, da dieser über die Schwesterngesellschaft eine 25%ige wechselseitige Beteiligung hält. Dadurch werden die Mehrheitsverhältnisse mit geringem Kapitaleinsatz und mit ausgewähltem Beteiligungsmuster konserviert⁶¹⁴. Weil in diesem Beteiligungsmuster kein Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Schwesterngesellschaften besteht ist eine wechselseitige Beteiligung in Höhe von 25 % unproblematisch.

c) Gegenseitige Mehrheitsbeteiligungen zwischen zwei Konzerngesellschaften

In diesem Fall sind Konzerngesellschaften gegenseitig mehrheitlich beteiligt. Die Beteiligung ist dann nicht durch die Bestimmungen der Erwerbsbeschränkungen eigener Aktien beschränkt, wenn die wechselseitige Beteiligung der Schwesterngesellschaften gleichzeitig vom Hauptaktionär aneinander erworben wurde und zuvor kein Abhängigkeitsverhältnis bestand. Dieser Fall, der aus der *Iduna-*

⁶¹² ebd.

⁶¹³ *Koppensteiner* (1990), 1ff. mit Verweis auf u.a. *Lutter* in: Kölner Kommentar, § 71d Rz 83ff (mit Einschränkungen für den Fall, dass das Recht der ausländischen herrschenden Gesellschaft keine Regeln zu deren Schutz enthält)

⁶¹⁴ vgl. *Koblin* (2002), 214ff.

Entscheidung⁶¹⁵ des Reichsgerichts zum deutschen Aktiengesetz 1937 entstand, lässt sich nicht durch die Normen des Verbots des Erwerbs eigener Aktien lösen. Der Prozess des gleichzeitigen Erwerbes einer Beteiligung an der Schwester von der Mutter ist jedoch lt. überwiegender Ansicht aufgrund des Verbots der Einlagenrückgewähr unzulässig⁶¹⁶.

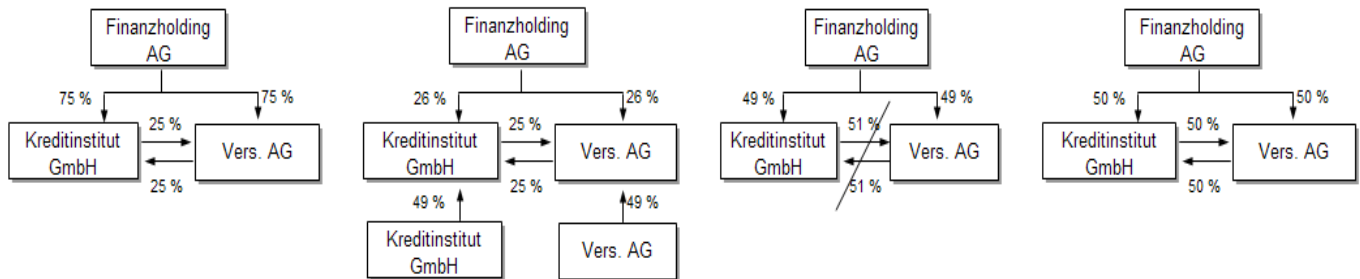


Abbildung 18 Minderheits-/Mehrheitsbeteiligungen zwischen Konzerngesellschaften, Quelle: Eigene Darstellung

1.5.2. Formen der Beteiligungsbeziehungen

Ausgangspunkte der folgenden Formen der Beteiligungsbeziehungen sind unter anderem Überlegungen über die Angleichung bzw. Adaptierung von Organisationsstrukturen zur effizienteren „einheitlichen“ Leitung sowie die Reduzierung der Steuerbelastung sowie des Haftungspotentials. Letzteres durch Einführung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder die bessere Koordination von internationalen Konzerntöchtern.

Konzerninterne Gemeinschaftsbeteiligung

Konzerninterne Gemeinschaftsbeteiligungen liegen dann vor, wenn Konzerngesellschaften, die nicht in einer bilateralen Beteiligungsbeziehung stehen, eine gemeinsame Tochtergesellschaft haben. Wesentlicher Anwendungsbereich hierfür sind Joint Ventures, die dezentral geführt werden⁶¹⁷. Bei Joint Ventures gründen oder beteiligen sich im Grunde zwei oder mehrere juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängige Partner, um einen gemeinsamen Zweck zu erfüllen⁶¹⁸. Das Joint-Venture-Unternehmen ist durch eine gemeinschaftliche Kapital- und Risikobeteiligung gekennzeichnet⁶¹⁹. Interessenskonflikte werden durch eine enge Bindung an Ziele der Beteiligten vermieden, die des Weiteren kostenintensive Überwachungsaktivitäten verhindern sollen. In der Realität werden Joint Ventures bei Kooperationen zum gemeinsamen Markteintritt und/oder Vertrieb eingesetzt⁶²⁰. In der Finanzindustrie können gemeinsame Rechenzentren oder Backofficeunternehmungen als Gemeinschaftsbeteiligung strukturiert werden. Üblicherweise tragen die Vertragsparteien im gleichen Ausmaß zum gemeinsamen Budget bei und bekräftigen dies mit vertraglich symmetrischen Beziehungen.

⁶¹⁵ zwei Versicherer waren wechselseitig mit mehr als 90 % aneinander beteiligt und die Vorstände waren nahezu personengleich besetzt. vgl. Schmidt (1995), 35

⁶¹⁶ vgl. Nowotny (1986), 304f.

⁶¹⁷ vgl. Koblin (2002), 222

⁶¹⁸ Von Büren (2005), 25

⁶¹⁹ zum grundsätzlichen Unterschied zwischen Contractual und Equity Joint Venture vgl. Jansen 2001

⁶²⁰ vgl. Theisen (2000), 142; vgl. Picot (2002), (198); The main reason for joint ventures is the pooling of resources. Mainly, the argument of insufficient financial or technical ability to produce certain products, new technologies, management capacity, distribution channels can be found. Furthermore, risk diversification and the achievement of economies of scale are important reasons, vgl. Weston/Chung/Hoag 1990, 332

Dreiecksbeteiligung und Ringbeteiligung

Die Dreiecksbeteiligung ist ein Muster von drei untereinander durch bilaterale Beteiligungsverhältnisse verbundenen Gesellschaften. Diese Gliederung ist mit einer mittelbaren Beteiligung ident, die grundsätzlich unbedenklich ist. Beachtet werden müssen jedoch andere Materiengesetze, weil eine zusätzliche mittelbare Beteiligung Rechtsfolgen, zu denken sei an übernahme-, kartell-, eigenkapitalersatzrechtliche Thematiken, auszulösen vermag. Hinsichtlich der Ringbeteiligungen lässt sich festhalten, dass diese dann unproblematisch sind, wenn innerhalb des Ringes die Beteiligungsquoten 50 % nicht übersteigen⁶²¹.

Indirekte Rückbeteiligung

Der Fall der indirekten Rückbeteiligung ist dadurch charakterisiert, dass an einer Konzerngesellschaft nicht die Tochter, sondern die Enkelgesellschaft beteiligt ist⁶²². Wie bereits zuvor ausgeführt, sind bei Rückbeteiligungen die Regeln hinsichtlich des Erwerbers eigener Aktien zu bedenken, denn es ist nicht entscheidend, ob eine Rückbeteiligung direkt oder indirekt gehalten wird.

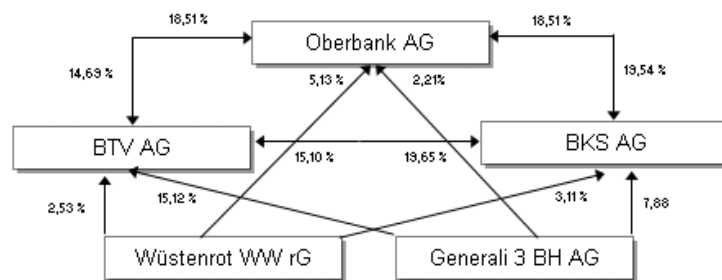


Abbildung 19 Organigramm der 3 Bankengruppe

1.5.3. Verschachtelte Konzerne

Verschachtelte Konzerne (Pyramiding), als Kette von Holdinggesellschaften, bei denen die eigentliche Kontrolle dank übermäßig vieler Minderheitsaktionäre auf einer insgesamt niedrigen Investition beruht, sind vom betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkt des eigentlich Kontrollierenden günstig; einen holistischen Blickwinkel einnehmend, ist die Benachteiligungsgefahr der vielen Minderheitsaktionäre sowie die Machtbündelung der kontrollierenden Gesellschaft jedoch benachteiligend. Im Englischen spricht man von controlling-minority structure (CMS)⁶²³. Dem Pyramiding, als Prozess zur Konstruktion von verschachtelten Konzernen⁶²⁴, werden folgende Attribute zugeordnet: erstens werden einseitige Beteiligungen mehrfach hintereinander geschaltet und zweitens behält die Muttergesellschaft nur eine knappe Mehrheitsbeteiligung, wodurch die restlichen Anteile von außenstehenden Eigenkapitalgebern

⁶²¹ Nowotny (1986), 303ff.

⁶²² ebd.

⁶²³ vgl. Bebchuk/Kraakman/Triantis (1999), 1

⁶²⁴ vgl. Weinländer (1995), 156; vgl. Koblin (2002), 222

gehalten werden⁶²⁵. Es sollen die positiven Facetten Multiplikator-Effekts einerseits und des Leverage-Effekts⁶²⁶ andererseits zu nutze gemacht werden.

Wesentlicher Ansatzpunkt des **Multiplikator-Effektes** ist, dass an den Untergesellschaften immer einfache Minderheitsbeteiligungen gehalten werden und Minderheitsgesellschafter bei jeder zusätzlichen Beteiligungsstufe aufgenommen werden. Dadurch erreicht das Pyramiding, dass die Verfügungsrechte über die Konzernaktiva erhöht werden ohne weiteren Kapitaleinsatz zu bedürfen, der in einem geschlossenen Konzern⁶²⁷ notwendig wäre. Eine Betrachtung über mehrere Ebenen zeigt, dass der Kapitalmultiplikator umso größer ist, desto mehr Stufen zwischen der untersten Konzern- und der -obergesellschaft bestehen, desto mehr sich die jeweiligen Muttergesellschaften auf das Halten möglichst knapper Mehrheitsbeteiligungen beschränken, desto größer die jeweiligen Tochtergesellschaften – gemessen an der Bilanzsumme – nach unten hin in der Konzernhierarchie werden, desto höher der Verschuldungsgrad ist⁶²⁸ und desto mehr Gesellschaften auf den einzelnen Stufen angesiedelt sind⁶²⁹. So zeigt der Fall, in dem A mit 51 % und B mit 49 % an der Konzernmutter beteiligt ist, dass bei einem Eigenkapital von € 100 Tsd., welches in der Tochtergesellschaft verwendet und noch einen Gesellschafter C aufnimmt, der € 90 Tsd. beisteuert, wobei weitere € 100 Tsd. in eine Enkeltochter mit gleichzeitiger Aufnahme eines außenstehenden Gesellschafters wieder mit € 90 Tsd. hereingenommen wird, die Mutter einen Konzern mit einem Kapital von € 480 Tsd. leiten kann. Diese Situation könnte weiters dadurch verstärkt werden, dass stimmrechtslose Vorzugsaktien an die außenstehenden Gesellschafter ausgegeben werden⁶³⁰. Evident ist das Ziel mit geringstmöglichem Kapitaleinsatz eine Konzernpyramide aufzubauen und ein überproportional hohes Konzernvermögen zu steuern und gleichzeitig das Risiko auf die Minderheitsgesellschafter zu verteilen.

Der **Rentabilitäts-Leverage-Effekt** erhöht, solange die Gesamtkapitalrentabilität über dem Fremdkapitalzinssatz liegt, bei weiterer Verschuldung die Eigenkapitalrentabilität. Die Eigenkapitalrentabilität⁶³¹ wird höher, je höher die Differenz zwischen der Gesamtkapitalrentabilität und den Fremdkapitalzinsen ist und je mehr Fremdkapital im Verhältnis zu Eigenkapital aufgenommen wurde, was durch mehrstufige Konzernierung erreicht werden kann. Problematisch wird es, wenn die Gesamtkapitalrentabilität unter den Fremdkapitalzinssatz fällt⁶³². Es darf jedoch nicht das Kapitalstrukturrisiko unberücksichtigt bleiben, denn dieses entspricht dem erheblich höheren im einstufigen Konzern. Demnach setzt sich die Debt/Equity-Ratio (D/ER) der Konzernobergesellschaft (KOG) aus der Debt/Equity-Ratio der Konzernobergesellschaft zuzüglich des Quotienten aus dem der

⁶²⁵ La Porta, Lopez-de-Silanes, and Shleifer (1999) find that pyramids are the most commonly used mechanism for concentrating control in a CMS structure. Pyramiding is quite common in Asian countries (see Claessens et al. 1999) as well as in some European countries (see, e.g., Bianchi, Bianco, and Enriques 1997; and Holmen and Hogfeldt 1999).

⁶²⁶ vgl. Schierenbeck, Henner: Der Pyramiden-Effekt im verschachtelten Konzern, in: DBW, Band 40, 1980, 249

⁶²⁷ 100 % Beteiligung und demnach keine externen Minderheitsaktionäre

⁶²⁸ vgl. Schierenbeck (1980), 252

⁶²⁹ vgl. Weinländer (1995), 165

⁶³⁰ vgl. Baums, Theodor/Vogel, Hans-Gert: Rechtsfragen der Eigenkapitalfinanzierung im Konzern, Osnabrück 1997, in Lutter/Scheffler/Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, Köln 1998

⁶³¹ Eigenkapitalrentabilität = Gesamtkapitalrentabilität + (Gesamtkapitalrentabilität – Fremdkapitalzins) x Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital

⁶³² vgl. Weinländer (1995), 170

multiplikativen Beteiligungsquote (B) entsprechenden anteiligem Fremdkapital (FK) sämtlicher Untergesellschaften (i) und dem Eigenkapital (EK) der Obergesellschaft zusammen⁶³³. Doch das Wissen über den tatsächlichen Verschuldungsgrad trifft den Gläubiger nur dann nicht, wenn er sich zur Feststellung des tatsächlichen Haftungsfonds mit dem Konzernabschluss der Mutter auseinandersetzt. Durch die Durchleitung von Eigenkapital können eine Eigenkapital-, Kredit- und Kreditsicherungspyramide entstehen⁶³⁴. Man stelle sich nur ein Unternehmen mit € 100 Tsd Grundkapital vor, welches dieses als Eigenkapital in die Tochter einlegt, die wiederum dasselbe vollzieht. Dadurch entstehen drei Unternehmen, die den Anschein erwecken über jeweils € 100 Tsd zu verfügen (Eigenkapitalpyramide). Aufgrund dieser Kapitalausstattung können die Gesellschaften Kredite aufnehmen oder die Beteiligungen als Sicherheiten anbieten (Kredit- und Kreditsicherungspyramide). Eine Konstante bleibt jedoch neben dem Anschein von drei Unternehmen mit je € 300 Tsd Grundkapital und Fremdkapital bei Unternehmen, wenn man von einem Verschuldungsgrad von jeweils 50 % ausgeht, bestehen: nämlich der Haftungsfond der tatsächlich nur € 100 Tsd beträgt (Teleskopeffekt) und alleine aus der Konzernbilanz eruierbar ist⁶³⁵. Dementsprechend ist der Verschuldungsgrad der Konzernobergesellschaft umso größer, je mehr Stufen zwischen den untersten Konzerngesellschaften und der -obergesellschaft sind, je größer der Anteil des Beteiligungsvermögens am gesamten Vermögen der einzelnen Konzernuntergesellschaften ist (Holdingfunktionen), je größer die Untergesellschaften in Abhängigkeit von der Bilanzsumme nach unten in der Konzernhierarchie werden und je höher der Verschuldungsgrad der einzelnen Konzerngesellschaften ist⁶³⁶.

Gründe für das Entstehen von verschachtelten Konzernen sind die Folgenden: Einerseits können Fusionen, Akquisitionen und Restrukturierungen über längere Zeit hinweg vorgenommen worden sein ohne dass einer bestimmten Konzernstrategie und Beteiligungsstruktur gefolgt wurde. Andererseits können zweckmäßige Beteiligungsmuster, beispielsweise steuerrechtlicher Natur oder zum Vermeiden bestimmter gesellschaftsrechtlicher und unternehmensrechtlicher Tatbestände, in unüberschaubaren Strukturen münden, die im Grunde nicht intendiert waren. Letztlich können Schachtelkonzerne auch durch planmäßige Gestaltung erreicht worden sein⁶³⁷.

Die ersten Beispiele für verschachtelte Konzerne gab es durch US-amerikanische Konzerne, welche am Anfang des 20. Jahrhunderts bis zu elfstufige Beteiligungsstrukturen aufwiesen. Ein berühmtes deutsches Beispiel waren die durch *Friedrich Flick* bis 1945 beherrschten Vereinigten Stahlwerke. In heutiger Zeit bedienen sich vorwiegend Franzosen und Italiener dieses Prozesses. In Deutschland und Österreich wird dem Nutzen aus dem Pyramiding-Effekt offensichtlich keine große Bedeutung zugemessen. Von einem Effektivitäts- und Effizienzgesichtspunkt gesehen, ist das Pyramiding somit die gezielte Strukturierung der Beteiligungsverhältnisse in einem mehrstufigen Konzern zur Vervielfältigung von Machtwirkungen

⁶³³ vgl. *Schierenbeck* (1980), 257

⁶³⁴ *Baums/Vogel*, in *Lutter/Scheffler/Schneider* (1998), n.p.

⁶³⁵ *Schneider*, ZGR 1984, 497, 504: "Jede Mark Verlust bei der Enkelgesellschaft führt zum Verlust von drei Mark Buch-Eigenkapital im Konzern".

⁶³⁶ vgl. *Schierenbeck* (1989), 257

⁶³⁷ vgl. *Koblin* (2002), 240

jedoch sehr sinnvoll, weil mit mehrfachen 51%igen Beteiligungen mehr Geschäftswerte umfänglich gesteuert werden könnten als im Falle einer zweifachen 100 % Beteiligung.

Die Beteiligungsstrukturen der untersuchten Finanzintermediäre zeigen nur drei- bis vierstufige Konzerne. Gründe hierfür sind vorwiegend die Ansprüche der Investoren am Kapitalmarkt, die sehr negativ auf undurchsichtige Schachtelbeteiligungen reagieren und derartige Unternehmen mit einem Abschlag bewerten. Bei privaten Unternehmen, welche nur die Interessen einiger Großeigentümer berücksichtigen müssen, ermöglicht das Gesellschaftsrecht, ohne vom Kapitalmarkt unmittelbar bestraft zu werden, die effektive Nutzung von Strukturmustern zur Haftungsbeschränkung, zum Eintrittschutz Externer und zum Nutzen der Pyramidingeffekte. Daher finden sich in Österreich und Deutschland auf Ebene von Venture Capital Gesellschaften sehr wohl komplexe Strukturen von wechselseitigen oder Dreiecks- oder Gemeinschaftsbeteiligungen und sind auch durch umfassende vertragliche und schuldrechtliche Bindungen charakterisiert.

Weitere Motive, die aus der planmäßigen Gestaltung von verschachtelten Konzernen resultieren, sind die Vermeidung der Mitsprache durch Aktionäre bzw. die Kontrolle von Gläubigern, die Vermeidung oder Behinderung der betrieblichen Mitbestimmung (Aufsichtsratspflicht, Betriebsratspflicht) oder, wie bereits erwähnt, die generelle Verschleierung der Besitzverhältnisse (Öffentlichkeitsscheue, Eintrittschutz)⁶³⁸. Eine Konzernorganisation wird nur dann wertschaffend sein, wenn der Nutzen aus den Verbundeffekten größer ist als die Komplexitätskosten (Koordination-, Kompromiss-, Inflexibilitätskosten) der Organisation. Verschachtelte Konzerne sind langfristig mit mehr Nachteilen als Vorteilen konfrontiert, welche in der Vernichtung von Shareholder Value münden. Der Shareholder Value wird durch einen so genannten *conglomerate discount*⁶³⁹ vernichtet, dessen Gründe in der Literatur unterschiedlich beurteilt werden. *Reimann* nennt einerseits die Aversion der Aktionäre und Finanzanalysten sich mit komplexen und undurchsichtigen Verhältnissen auseinanderzusetzen und andererseits das potenzielle Unvermögen das eigene Unternehmen zu verstehen, was die erzielbaren Cash Flows reduzieren würde. *Stewart/Glassmann* nehmen nicht den Blickwinkel eines Investors ein, sondern betonen, dass verschachtelte Konzerne zu einer ineffizienten Konzernleitung führen⁶⁴⁰. Den Shareholder Value Gedanken weitergeführt hat *Lewis*, der einen Abschlag in einem verschachtelten Konzern dann als gerechtfertigt ansieht, wenn es deutlich wird, dass Cash Flows nicht in die ertragsreichsten Investitionsprojekte fließen und durch Koordinationskosten verringert werden⁶⁴¹.

Auch aus Principal/Agent Gesichtspunkten muss konstatiert werden, dass die Koordinationskosten zwischen Konzernleitung und z.B. Urenkel überproportional steigen und dass sich Glaubwürdigkeits- und Incentiveproblematiken bilden. Festzuhalten ist, dass von börsennotierten Gesellschaften die Financial Community transparente Beteiligungsstrukturen erwartet. Der Trend zu einer Entflechtung wird auch

⁶³⁸ vgl. *Weinländer* (1995), 157f.; *Koblin* (2002), 240f.

⁶³⁹ Diversifikationsabschläge bzw. negative Kapitalmarktreaktion auf konglomerate Unternehmenszusammenschlüsse siehe *Lang/Stulz* (1994), *Berger/Ofek* (1995), *Lins/Servaes* (1999), *Morck et al.* (1990), *Bühner* (1990), vgl. *Kaserer/Bühner* (2002), 15

⁶⁴⁰ „We are convinced that restructuring does indeed change the way corporations are run“ *Stewart/Glassmann* (1988), 86

⁶⁴¹ vgl. *Lewis* (1994), 84

mittelbar durch den wachsenden Private Equity Markt gestützt, weil ein wesentlicher Teil der Private Equity Geschäfte aus Konzernrestrukturierungen heraus erfolgt⁶⁴².

Die gesetzlichen Vorschriften über das Mindestkapital vermögen in einem verschachtelten Konzern die Gläubigersituation nicht zu verbessern⁶⁴³. Daher gilt der Grundsatz „der ordentliche Kreditgeber denkt und handelt konsolidiert“⁶⁴⁴. Es wird zwar durch die verpflichtende Erstellung eines Konzernabschlusses gemäß § 244 UGB und durch weitere gesellschaftsrechtliche und kapitalmarktrechtliche Bestimmungen (Veröffentlichung der Beteiligungszugehörigkeit) die „wahre“ Konzernsituation dargelegt, doch ist dies für die Vielzahl von Kleingläubigern mit hohen *compliance* Kosten verbunden. Auch können sich diese nur selten vertragsspezifisch, beispielsweise durch Sicherheiten, schützen. Daher ist es auch nicht verwunderlich, warum sich die *Winter*-Gruppe dafür aussprach, Holdinggesellschaften, „deren praktisch einziges Vermögen in der Beteiligung an einer anderen börsennotierten Gesellschaft besteht“ die Zulassung zu verweigern, wenn keine treffenden Argumente für eine Zulässigkeit sprechen⁶⁴⁵.

Verschachtelungen haben immer vor dem Hintergrund von Kapitalerhaltungsgrundsätzen und der Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit analysiert zu werden. Die Intensität der Verschachtelungsmöglichkeit hängt auch von der Rechtsform der beteiligten Gesellschaften ab. Grundsätzlich kann konstatiert werden, dass Aktiengesellschaften zur Verschachtelung zweckmäßig sind, weil unter bestimmten Umständen der Erwerb eigener Aktien ermöglicht wird, dies bei der GmbH jedoch nicht vorgesehen ist. *Nowotny* sieht im Grunde eine „Bildung fiktiver Werte“ durch gegenseitige wechselseitige Beteiligung bis zur Höhe von 50 % für gesetzlich gedeckt, doch wird im gleichen Schritt meines Erachtens zutreffend betont, dass der Verwässerungseffekt des Bilanzvermögens als Haftungsfonds immer zu bedenken ist.

Gezeigt wurde, dass Pyramiding und Verschachtelungsprozesse bei börsennotierten Unternehmungen nicht überwiegend wirtschaftlichen Motiven folgen, weil derartige Maßnahmen im Grunde negativ durch den Kapitalmarkt sanktioniert werden, sondern darauf abzielen Leitungsmacht zu konsolidieren. Bedacht werden muss, dass für Vorzugsaktien, die als Instrument zur Verstärkung der Pyramidingeffekte eingesetzt werden können, die Beschränkung auf 33 % des Grundkapitals gilt⁶⁴⁶.

⁶⁴² vgl. *Koblin* (2002), 353

⁶⁴³ Diskussion in *Rüffler, Friedrich*: Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH - Überholtes oder sinnvolles Konzept, *GeS* 2005, 140ff.

⁶⁴⁴ *Schneider* zitiert in *Baums/Vogel*, in *Lutter/Scheffler/Schneider* (1998), n.p.

⁶⁴⁵ *Haberer, Thomas*: The Road Ahead: Zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrecht, *GesRZ* 2003, 211

⁶⁴⁶ § 12a Abs. 2 AktG

2. Rechtsformspezifika bei der Konzernierung

Bei der Gestaltung des Konzernverbundes kommt der Wahl der zweckadäquaten Rechtsform große Bedeutung zu. Die Wahl der Rechtsform hängt somit grundsätzlich vom strategischen Ziel der Konzernierung ab. Wesentliche Differenzen ergeben sich beispielsweise in der Organisationsstruktur (Leitung und Überwachung), Haftung, Finanzierung, Unternehmenskontinuität und Flexibilität, Rechnungslegungs-, Publizitäts-/Prüfungspflichten, Arbeitnehmermitbestimmung, Kooperationsfähigkeit und Besteuerung. Grundsätzlich gilt die Kapitalgesellschaft als wichtigste Gesellschaftsform im Konzern⁶⁴⁷. Im Folgenden wird auf die Aktiengesellschaft, die Societas Europea, die GmbH, die Genossenschaft, die Sparkasse und auf die Stiftung, hinsichtlich ihrer Organisationsstruktur und Haftungsstruktur, näher eingegangen und daraufhin eine zweckabhängige Abgrenzung vorgenommen, um ihre Anwendung als Konzernstrukturinstrument zu analysieren.

2.1. Theoretisches Fundament - Die Kapitalgesellschaft

Kapitalgesellschaften sind juristische Personen des Privatrechts und erhalten ihre konstitutive Rechtsfähigkeit nach Eintragung in das Firmenbuch. Aus der Rechtsfähigkeit folgt, dass die Gesellschaft Träger von Rechten und Pflichten wird und ihr das Gesellschaftsvermögen zugeordnet wird. Daraus folgt das sogenannte Trennungsprinzip, welches besagt, dass die Gesellschaft und die Gesellschafter als unabhängig von einander zu bewerten sind. Dies ist von Bedeutung, wenn Sachverhalte betrachtet werden, welche eine Haftung im Konzernverbund (Durchgriffshaftung) legitimieren sollen⁶⁴⁸. Kapitalgesellschaften sind körperschaftlich strukturiert, wodurch Gesellschafterwechsel nicht die Existenz der Gesellschaft berühren. Der Gesellschafterwechsel ist im Gegenteil durch die Fungibilität der Aktie grundsätzlich unproblematisch und auch im GmbH-Recht kommen der Übertragung des Gesellschafteranteils im grundsätzlichen Fall keine wesentlichen Hindernisse (Notariatsaktspflicht⁶⁴⁹) zu. Ausnahmen bilden hier Konstruktionen des Eingangsschutzes wie Vinkulierungen oder syndikatsvertraglich vereinbarte Vorkaufsrechte⁶⁵⁰, die dennoch die prinzipielle Übertragbarkeit nicht auf Dauer vermeiden können. Des Weiteren ist charakteristisch, dass Organe installiert werden, um Geschäftsführung und Überwachung zu trennen (Fremdorganschaft). Im Gründungsprozess bedarf die Kapitalgesellschaft eines gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitals⁶⁵¹, welches als Haftungsfond den Gesellschaftsgläubigern Sicherheit leistet⁶⁵². Die § 82 GmbHG und § 52 AktG sind Bestimmungen, die dem Prinzip der Vermögensbindung entsprechen und verhindern sollen, dass Kapital aus dem Unternehmen an die Gesellschafter zurückfließt und demnach den Haftungsfonds verringert. Die Gesellschafter haben nur Recht auf einen Anteil am Bilanzgewinn, dessen Ausschüttung in Form einer Dividende, prozessual derart abgesichert ist, dass dieser nur nach vorangegangenem

⁶⁴⁷ vgl. Risse, Rechtsformen im Konzern, in Kessler/Kräner/Köhler, Konzernsteuerrecht (2004), 66

⁶⁴⁸ vgl. Artmann in Kalss/Rüffler (2003), 87ff.

⁶⁴⁹ § 76 GmbHG

⁶⁵⁰ vgl. Koppensteiner, Kommentar (1999), § 76 Rz 19 mit Verweis auf OGH RdW 1997, 594

⁶⁵¹ Grundkapital gem. § 6 GmbHG und Stammkapital gem. § 7 AktG

⁶⁵² Nowotny (2005), 17ff.

Ausschüttungsbeschluss der Gesellschafter möglich ist. Materiellrechtlich wird bei Verstößen gegen diese Kapitalerhaltungsgrundsätze der Gesellschafter in die Pflicht genommen. Kapitalgesellschaften unterliegen - abhängig von der Größe - der Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsrates oder Betriebsrates. Abhängig von der Größe ist auch die Reichweite der Rechnungslegungs-, Publizitäts-, und Prüfungspflichten. § 1 KStG normiert die unbeschränkte Steuerpflicht von Kapitalgesellschaften, wenn diese ihren Sitz oder Geschäftsleitung im Inland haben. Zu beachten ist auch hier das Prinzip der Trennung von Gesellschaft und Gesellschaftern. Steuergrundlage für die Körperschaftssteuer ist der Gewinn der Gesellschaft und für die Kapitalertragssteuer die Ausschüttung einer Dividende an die Gesellschafter. Schuldrechtliche Leistungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sind im Gegensatz zur Personengesellschaft möglich und sind als Betriebsausgaben abzugsfähig⁶⁵³. Das Bankwesengesetz sieht vor, dass als Kreditinstitute nur Unternehmen in Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, einer Genossenschaft oder einer Sparkasse in Frage kommen.

2.2. Einsatzbereiche im Konzern

Wie bereits statistisch hinterlegt, gilt die Kapitalgesellschaft als wesentliche Gesellschaftsform für die Konzernierung. Fundamental hat die Trennung von Gesellschafter und Gesellschaft den Siegeszug der Kapitalgesellschaft maßgeblich beeinflusst. Diese zivilrechtlichen Vorteile haben jedoch zur Konsequenz, dass die Gewinne getrennt zu ermitteln und Verluste nicht ausgleichsfähig sind. Zur Milderung dieses negativen Effektes wurden jedoch steuerrechtliche Instrumente, früher mit der Organschaft, ab 2005 mit der Gruppenbesteuerung, eingeführt. Die Realität zeigt ferner, dass die Vorteile der Eigenständigkeit in rechtlicher und organisatorischer Hinsicht, wie beispielsweise die Sicherung der Kontinuität, die Trennung der Haftung und die Möglichkeit der Auslagerung des unternehmerischen Entscheidungsprozesses oder die Möglichkeit der Fremdorganschaft durch die wachsende (auch informelle) Verflechtung der Gesellschaften relativiert werden⁶⁵⁴.

2.3. Die Aktiengesellschaft

Unbestritten ist, dass die typische Konzernobergesellschaft die Aktiengesellschaft ist⁶⁵⁵. Aktiengesellschaften fungieren meist als Holding und zählen die Finanzkoordinierung des Konzerns zu ihren wichtigsten Aufgabenbereichen. Die Vorteile einer Aktiengesellschaft sind die Fungibilität der Anteile und das Finanzierungspotenzial durch den Kapitalmarkt⁶⁵⁶. Nachteile sind die Formstrenge der Satzung, die mangelnde Flexibilität, der kostenintensive Aufsichtsrat und die Gefahr, die aus der unproblematischen Übertragbarkeit der Anteile resultiert, welche nur durch Vinkulierungen oder Emission von stimmrechtslosen Vorzugsaktien erschwert werden kann.

⁶⁵³ vgl. *Doralt/Ruppe (2007)*, 173 und 313

⁶⁵⁴ *Risse in Kessler/Kröner/Köhler* (Hrsg.): Konzernsteuerrecht, München 2004, 71f

⁶⁵⁵ vgl. *Eitzberg (2006)*, 241ff.: 85 % der untersuchten Konzerne hatten Aktiengesellschaften als Konzernobergesellschaft; siehe auch *Die Welt*: Die 500 größten Unternehmen, Beilage 7/1988 und *Frankfurter Allgemeine Zeitung*: Die 100 größten Unternehmen, Beilage vom 6. Juli 1998

⁶⁵⁶ Equity: Kapitalerhöhung; Debt: Anleihen, Schuldverschreibungen, Wandelanleihen, Warranties; Incentives: Stock-options

Kreditinstitute dürfen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, einer Genossenschaft oder einer Sparkasse geführt werden⁶⁵⁷. Versichersicherungsunternehmen dürfen nur in Form einer Aktiengesellschaft, einer Europäischen Gesellschaft (SE) oder eines Versicherungsvereines auf Gegenseitigkeit betrieben werden⁶⁵⁸, wobei volumsgewichtet eine Dominanz der Aktiengesellschaft am österreichischen Versicherungsmarkt besteht⁶⁵⁹. Das Pensionskassengeschäft darf lediglich in Form einer Aktiengesellschaft betrieben werden⁶⁶⁰. Das Grundkapital beträgt, unabhängig besonderer Bestimmungen in den Materiengesetzen⁶⁶¹, gemäß § 7 AktG € 70.000. Dieses Grundkapital ist eine Art Garantiesumme, die Dritten als Haftungssubstrat zur Verfügung steht und von dem vorausgesetzt wird, dass es aus dem persönlichen Vermögen der Gesellschafter ausgeschieden wurde⁶⁶². Der Grundsatz der Satzungsstrenge prägt die innere Organisation der AG, wodurch wesentliche materielle Teilbereiche des Aktienrechts der Dispositivität entzogen werden.

Die AG besitzt drei Organe, Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung, deren Aufgabenbereiche gesetzlich bestimmt sind. Dem Vorstand kommt die gesetzliche Leitungs- und Geschäftsführungskompetenz sowie Vertretungskompetenz zu⁶⁶³, wobei eine Konzernleitungspflicht in der Literatur umstritten ist⁶⁶⁴. Unstrittig ist jedoch die Konzernüberwachungsverpflichtung des Vorstandes; nicht nur durch die Konzernrechnungslegung, sondern auch durch die Einrichtung eines konzernweiten internen Kontrollsystems, welches ein umfassendes Dokumentations- und Berichtswesen umfasst⁶⁶⁵. Wesentlich ist das Verständnis, dass gemäß § 70 AktG der Vorstand, im Gegensatz zur Geschäftsführung bei der GmbH, eigenverantwortlich und auf eigene Initiative hin, ohne grundsätzliche Bindung an Weisungen, agieren muss. Trotz der Tatsache, dass die Aktiengesellschaft typischerweise in der Konzernspitze angesiedelt ist, tritt sie als Konzerntochter auf und ist Partei eines Beherrschungsvertrages oder Objekt eines faktischen Konzerns. Bedenkenswert ist an dieser Stelle, ob aus diesen Tatsachen eine teleologische Reduktion des § 70 AktG folgt. Aktiengesellschaften können durch Beherrschungsverträge (Organisationsverträge) einer einheitlichen Leitung unterstellt werden, um „Konzerninteressen“ zu folgen. Obwohl diese Verträge zwingend in die Kompetenz der Hauptversammlung fallen, kann nicht daraus gefolgt werden, dass die Weisungsfreiheit des Vorstands zu einer Nichtbindung an die von der Gesellschaft geschlossenen Verträge führt⁶⁶⁶. Dennoch sind erteilte Weisungen durch einen Aktionär nicht per se verbindlich wie *Krejci* richtigerweise feststellt. Der Vorstand hat vielmehr die Leitungsmaßnahmen der herrschenden Gesellschaft dahingehend zu prüfen, ob diese nicht dem Gesellschaftszweck und dem Unternehmensgegenstand widersprechen, diese den

⁶⁵⁷ § 5 Abs. 1 BWG

⁶⁵⁸ § 3 Abs. 1 VAG

⁶⁵⁹ so waren zum Stichtag 31. Dezember 2003 47 Aktiengesellschaften, 5 „große“ Versicherungsvereine, 61 kleine Versicherungsvereine am österreichischen Versicherungsmarkt tätig. Quelle: Finanzmarktaufsicht

⁶⁶⁰ § 6 Abs. 1 PKG

⁶⁶¹ überbetriebliche Pensionskassen benötigen ein Grundkapital von mindestens EUR 5.000.000,-- während betriebliche Pensionskassen ein Grundkapital von EUR 70.000,-- benötigen.

⁶⁶² *Dennler, Markus*: Durchgriff im Konzern, Dissertation, Zürich 1984, 11

⁶⁶³ vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), Rz 2ff.

⁶⁶⁴ vgl. *Eckert/Gassauer-Fleissner* (2004), 416 f. mit Verweis auf *Martens*, ZHR 159 (1995), 572, *Hüffer, Uwe*: Aktiengesetz, 8. Auflage, Wien 2008, § 76 und *Mertens in KölnKomm* § 76 Rn 54 aE; OGH SZ 61/260; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht 71ff.

⁶⁶⁵ *Nowotny in Doralt, Peter/Nowotny, Christian/Kalss, Susanne*: Kommentar zum Aktiengesetz, Wien 2003, § 82 AktG Rn 3

⁶⁶⁶ vgl. *Vanis* (1991), 135ff.

Anforderungen einer hinreichend sorgfältigen Geschäftsführung in der Konzernuntergesellschaft genügen und die Interessen der beherrschten Gesellschaft nicht auf unzumutbare Weise missachten⁶⁶⁷. „Die Pflicht des Vorstandes, die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten, gestattet eben nicht die uneingeschränkte Rücksichtnahme auf die Interessen des beherrschenden Großaktionärs, weil die Unabhängigkeit des Vorstandes auch in einem notwendigen Zusammenhang mit seiner - durch die Eingliederung im Konzern nicht aufgehobenen - Haftung steht“⁶⁶⁸. Die gleichen Grenzen haben auch für den faktischen Konzern zu gelten⁶⁶⁹. Leitungsmaßnahmen, die das Eigeninteresse der abhängigen AG nachhaltig beeinträchtigen, haben ein qualifiziert faktisches Abhängigkeitsverhältnis zur Folge, welches erstens rechtswidrig ist und zweitens bei der schädigenden Gesellschaft einen sogenannten unechten Durchgriff auslösen oder sogar einen strafrechtlichen Tatbestand in der Insolvenz darstellen können. Relevante Bindungen resultieren aus der Satzung, beispielsweise durch Bindungen im Rahmen des Gesellschaftszwecks mit satzungsmäßigen Zustimmungserfordernissen, aus den zustimmungspflichtigen Geschäften gemäß § 95 Abs. 5 AktG sowie aus Beschlussfassungen durch die Hauptversammlung (§ 103 Abs. 2 AktG)⁶⁷⁰.

Die Hauptversammlung darf außer den im Gesetz⁶⁷¹ oder Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen gemäß § 103 Abs. 2 AktG nur dann entscheiden⁶⁷², wenn es der Vorstand oder der Aufsichtsrat (wenn es sich um ein zustimmungspflichtiges Geschäft des Aufsichtsrates handelt⁶⁷³) verlangt⁶⁷⁴. Daraus folgt, dass im Vergleich zur noch zu besprechenden GmbH die Einflussmöglichkeiten auf formeller Ebene doch eindeutig eingeschränkt sind. Der Vorstand kann durch die nur im Innenverhältnis bindenden Satzungsbestimmungen oder Geschäftsordnungsbestimmungen sowie Aufsichtsrats- und Hauptversammlungsbeschlüsse im Außenverhältnis nicht beschränkt werden, doch führen Verstöße zu Sachenersatzansprüchen. Anwendbar ist das Prinzip der Gesamtgeschäftsführung und Gesamtvertretung, wobei die Satzung Abweichungen hinsichtlich einzelner Ressorts und auch zur unechten Gesamtvertretung (Prokurist) vorsehen kann.

⁶⁶⁷ vgl. *Krejci* (1988), 68, vgl. *Vanis* (1991), 135ff.

⁶⁶⁸ *Reich-Rohrwig* (1990), 285f

⁶⁶⁹ ebd.

⁶⁷⁰ bgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser* (2006), § 70 Rz 11ff.

⁶⁷¹ „(1) Nachgründungsverträge (§§ 45 und 46 AktG); (2) die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genußrechten (§ 174 AktG); (3) die Eingehung von Gewinngemeinschaften iSd § 238 Abs. 1 AktG das sind Verträge, womit die AG sich verpflichtet, mehr als drei Viertel ihres gesamten Gewinnes abzuführen); (4) die Verpachtung des Unternehmens, Betriebsführungsverträge und Betriebsüberlassungsverträge (§ 238 Abs. 2 AktG); (5) die Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens in anderer Weise als durch Verschmelzung und ähnliche Rechtsgänge (§§ 236 und 237 AktG); (6) der Abschluss von Verschmelzungsverträgen (§ 220 AktG); (7) schließlich für schwerwiegende Maßnahmen, dh. solche, die tief in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre eingreifen, wie zB die Ausgliederung des Hauptbetriebes in eine Tochtergesellschaft (Stichwort: *Holz Müller/Gelatine*)“ Aufzählung in *Reich-Rohrwig* (1990), 285f.

⁶⁷² „Allerdings wird in der herrschenden Lehre einhellig der Standpunkt vertreten, dass die Hauptversammlung - soweit ihr vom Vorstand gemäß § 103 Abs 2 AktG eine Angelegenheit der Geschäftsführung zur Entscheidung vorgelegt wird - nicht dazu verpflichtet ist, einen Beschluss zu fassen. [...] Eine Einschränkung dieses Grundsatzes ist insbesondere für jene Entscheidungsbereiche anzunehmen, welche die Struktur der Gesellschaft betreffen. Für diese Bereiche gilt, daß die Hauptversammlung - soweit sie vom Vorstand darum ersucht wird - zu einer Beschlussfassung verpflichtet ist.“ *Jud/Hausner* (1995), 121; *Frotz* (Zur Absicherung der Organmitglieder einer AG gegen Haftungsansprüche der Gesellschaft, in: *FS Wagner* (1987) 139) ganz allgemein: die Hauptversammlung könne nicht initiativ Geschäftsführungsfragen an sich ziehen. Er verneint auch die rechtliche Möglichkeit diesen Mangel einer gesetzlichen Verpflichtung durch die Satzung zu kompensieren.

⁶⁷³ § 95 AktG ist grundsätzlich nicht auf Maßnahmen der Unternehmung anzuwenden doch folgt daraus nicht, dass dieser für die Überwachung im Konzern irrelevant ist. *Eckert/Gassauer-Fleissner* betonen in Anlehnung an *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss* (2003), § 95 Rn 79ff., dass dieser Katalog eine Leitlinie und Hilfestellung für den Aufsichtsrat seien, einen maßgeschneiderten Katalog zu erarbeiten. Wesentlich ist, dass die jeweilige Maßnahme aus dem Blickwinkel der Obergesellschaft zu beurteilen ist. Demzufolge ist nicht die Relevanz für die Tochtergesellschaft maßgeblich, sondern auf die Konsequenzen der Maßnahme auf die Mutter abzustellen.

⁶⁷⁴ vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 103 Rz 11

Kontrolliert wird der Vorstand durch den **Aufsichtsrat**, der den Vorstand bestellt und abberuft⁶⁷⁵. Zu den wesentlichen Aufgaben des Aufsichtsrates zählen die Überwachung des Vorstandes⁶⁷⁶, deren Intensität sich nach der Situation des Unternehmens richtet (abgestufte Überwachungspflicht⁶⁷⁷), die Prüfung des Jahresabschlusses bzw. Konzernabschlusses⁶⁷⁸ und der Vorschlag der Gewinnverwendung⁶⁷⁹. Das Auskunftsrecht des Aufsichtsrates schließt Informationen über die Beziehung zu Konzernunternehmen ein. Dennoch gibt es keinen sogenannten Konzernaufsichtsrat, denn der Aufsichtsrat ist nur den Interessen des jeweiligen Unternehmens verpflichtet und nicht jenem der Untergesellschaft, geschweige einem Konzerninteresse⁶⁸⁰. Konsequenzen daraus sind, dass eine Geschäftsführungsmaßnahme, die in einer Untergesellschaft aufsichtsratspflichtig ist nicht allein deswegen dem Aufsichtsrat der Obergesellschaft vorgelegt werden muss und dass die gesetzlichen Überwachungsmittel dem Aufsichtsrat nur gegenüber seinem Vorstand zustehen. Somit bleibt ein direkter Zugriff auf die Organe der Untergesellschaft (Anforderungsbericht, Bestellung, Abberufung) dem Aufsichtsrat der Obergesellschaft verwehrt. Im Konzern hängt der Umfang der Aufsichtspflicht erstens von der Charakteristik der Beteiligung ab, sprich, ob es sich um eine unternehmerische Beteiligung oder nur um eine Finanzbeteiligung handelt, und zweitens, ob der Konzern zentral oder dezentral geleitet wird. Daher sind im Fall, dass der Vorstand der Muttergesellschaft einen direkten und maßgebenden Einfluss auf die abhängige Gesellschaft ausübt, die Überwachungspflichten umso intensiver⁶⁸¹. Zur Einschätzung der Bedeutung der Geschäftstätigkeit durch den Aufsichtsrat orientiert sich dieser an den Auswirkungen auf Rentabilität und Liquidität des Unternehmens⁶⁸².

Die **Hauptversammlung** ist das Organ der Willensbildung der AG. Sie bestellt und beruft den Aufsichtsrat ab, entscheidet über die Verwendung des Bilanzgewinnes und die Entlastung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Sie beschließt des Weiteren Kapitalmaßnahmen, Satzungsänderungen oder den Abschluss von Unternehmensverträgen. Eine qualifizierte Mehrheit benötigt die Hauptversammlung bei weitreichenden Strukturmaßnahmen (Auflösung, Satzungsänderungen, Restrukturierungen, Umgründungen, etc.). Das Grundkapital der Aktiengesellschaft ist in Aktien aufgeteilt, welche im Grunde frei übertragbar sind. Zur Erschwerung der Fungibilität werden vinkulierte Namensaktien ausgeben, deren Übertragung dann an die Zustimmung der Aktiengesellschaft

⁶⁷⁵ Der Aufsichtsrat kann heute die Bestellung zum Vorstandsmitglied vor Ablauf der Amtsperiode nur widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Eine Einschränkung oder Erweiterung in der Satzung sind nicht möglich. Eine umfassende Analyse zum wichtigen Grund in *Felll, Christian*: Zum Begriff des wichtigen Abberufungsgrundes gemäß § 75 Abs. 4 AktG, Wann ist die Abberufung von Vorstandsmitgliedern zulässig? SWK 2008, 49; „Das AktG 1937 hat auf die Belange der Aktionärsmehrheit insoweit Rücksicht genommen, als die amtliche Begründung ‚den Entzug des Vertrauens durch die HV‘ stets als wichtigen Grund ansah (Klausing, zu § 75). Der ‚Entzug des Vertrauens durch die HV‘ wurde durch das AktG 1965 in § 75 Abs. 4 ausdrücklich als wichtiger Widerrufsgrund aufgenommen“ *Reich-Rohrwig* (1990), Fn 5

⁶⁷⁶ „Gefordert ist eine begleitende Überwachung, die aus der Nähe zum Geschehen rechtzeitig die nötigen Informationen schöpft, die Geschehnisse rechtzeitig beurteilen kann und den Aufsichtsrat in die Lage versetzt, rechtzeitig geeignete Maßnahmen zu ergreifen“ *Eckert, Georg/Gassauer-Fleissner, Christian*: Überwachungspflichten des Aufsichtsrates im Konzern, GeS 2004, 416

⁶⁷⁷ vgl. *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss* (2003), § 95 AktG Rn 17ff; vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 30j Rn 6

⁶⁷⁸ § 125 Abs. 2 AktG, zusätzlich Entlastung des Vorstandes ; vgl. *Gelter, Martin*: Aufsichtsrat und Konzernabschluss, GesRZ 2001, 169

⁶⁷⁹ § 136 Abs. 2 AktG; vgl. *Gelter* (2001), 169

⁶⁸⁰ vgl. *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss* (2003), § 95 Rn 31; vgl. *Koppensteiner* in KK § 308 Rn 25 (Beherrschungsvertrag);

⁶⁸¹ vgl. *Eckert/Gassauer-Fleissner* (2004), 416f.

⁶⁸² vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 30j Rn 1; vgl. *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss* (2003), § 95 Rn 34

gebunden ist. Beendet wird die Aktiengesellschaft durch Auflösung gemäß § 203 AktG, wobei der zwingende Prozess der Abwicklung gem. §§ 205ff. AktG eingehalten werden muss⁶⁸³.

2.4. Societas Europaea (SE)

Durch die Verabschiedung der SE-Verordnung⁶⁸⁴ steht nunmehr eine neue Rechtsform zur Konzernierung zur Verfügung. Die *Societas Europaea* ist eine Kapitalgesellschaft, deren Grundkapital in Aktien zerlegt ist und durch die Fiktion des Art. 3 Abs. 1 SE-VO als Aktiengesellschaft gilt. Die SE weist deutliche Vorteile im grenzüberschreitenden Konzernzusammenhang, u.a. im einheitlichen internationalen Auftreten (Corporate Identity), in der Möglichkeit der Sitzverlegung in das europäische Ausland ohne Auflösung und Liquidation sowie in der vereinfachten grenzüberschreitenden Verschmelzung und der Wahl eines günstigen Sitzrechtes, auf⁶⁸⁵. Das Grundkapital beträgt € 120.000 und die einzuhaltenden Prozesse hinsichtlich Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Kapitalmaßnahmen richten sich nach dem materiellen Recht der jeweiligen Sitzstaaten⁶⁸⁶.

Ein wesentlicher Unterschied besteht hinsichtlich der Organisationsstruktur, weil die SE neben dem im österreichischen Recht vorherrschenden dualen System, welches Unternehmensleitung und -kontrolle organisatorisch in Vorstand und Aufsichtsrat trennt, auch ein monistisches Verwaltungssystem ermöglicht. Im monistischen System obliegen Geschäftsführung und Überwachung im Grundsatz einem einheitlichen Organ (Verwaltungsrat). Es kann jedoch im Verwaltungsrat (mindestens drei; höchstens zehn Kapitalvertreter⁶⁸⁷), der direkt von der Hauptversammlung gewählt wird und nicht weisungsfrei ist⁶⁸⁸, zwischen geschäftsführenden und überwachenden Direktoren (Board Modell) mit unterschiedlichem Kompetenz- und Verantwortungsbereich getrennt werden. Die geschäftsführenden Direktoren können, außer im Falle von börsennotierten SEs zwecks Aufrechterhaltung der unbefangenen Kontrolle der Geschäftsführung, auch aus dem Kreise der Verwaltungsratsmitglieder stammen⁶⁸⁹, wobei erstens diese nicht die Mehrheit im Verwaltungsrat haben dürfen und zweitens der Verwaltungsratsvorsitzende nicht gleichzeitig geschäftsführender Direktor sein darf⁶⁹⁰. Die geschäftsführenden Direktoren, die zwingend gemäß § 59 Abs. 1 SEG zu bestellen sind, ähneln dem GmbH-Geschäftsführer aufgrund der grundsätzlichen Bindung an Weisungen im Innenverhältnis⁶⁹¹ und der Möglichkeit der jederzeitigen Abberufung⁶⁹². Sie sind zwingend befristet zu bestellen und die interne

⁶⁸³ vgl. Nowotny (2005), 100ff., vgl. Mader (2002), 55ff.

⁶⁸⁴ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294 vom 10.11.2001

⁶⁸⁵ Rauter, Roman Alexander: Societas Europaea, JAP 2004/2005/25

⁶⁸⁶ Art 5 iVm Art 15 SE-VO

⁶⁸⁷ § 45 SEG

⁶⁸⁸ § 39 Abs. 1 SEG lässt den Passus „in eigener Verantwortlichkeit“ des § 70 AktG vermissen; dadurch wird eine Weisungsabhängigkeit des Verwaltungsrates von der Hauptversammlung angenommen. vgl. Kalss, Susanne/Greda, Claudia: Die Europäische Gesellschaft (SE) österreichischer Prägung nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 2004, 91f

⁶⁸⁹ § 59 Abs. 1 und Abs. 2 SEG

⁶⁹⁰ § 50 iVm § 56 SEG; „Dies entspricht den Regelungen der ‚Corporate Governance‘ Kodizes, die zur guten Unternehmensführung mittlerweile in fast allen Staaten erlassen wurden, und für Länder mit monistischen Systemen eine Trennung von CEO (Geschäftsführer) und Chairman of the Board (Verwaltungsratsvorsitzender) vorschlagen“ Brändle, Udo/Noll, Jürgen: Die Societas Europea - Droht ein Wettkampf der Führungssysteme?, AnwBl 2004, 442

⁶⁹¹ Die Weisungsgebundenheit ergibt sich aus 132/ME BlgNR 22. GP, demgemäß die Satzung den Verwaltungsrat ermächtigen kann, die geschäftsführenden Direktoren weisungsfrei zu stellen. Umkehrschluss; vgl. Egermann/Heckenthaler (2004), 463f.

⁶⁹² § 59 Abs. 5 SEG

Geschäftsführungsbefugnis ist restriktiver⁶⁹³. Ein weiterer Punkt, der die SE mit der GmbH vergleichbar werden lässt, ist die Tatsache, dass der Verwaltungsrat von der Hauptversammlung weisungsabhängig ist⁶⁹⁴. Interessant ist die Erkenntnis, dass die SE-VO das Verwaltungsorgan als einziges Organ neben der HV angeführt hat. Theoretisch könnte demnach der Verwaltungsrat ohne Einschränkung alle Aufgaben an sich ziehen, wodurch die geschäftsführenden Direktoren keine Kompetenzen mehr haben würden. Des Weiteren würde die Kontrollinstanz der überwachenden Direktoren gegenüber den geschäftsführenden Direktoren wegfallen und die Überwachung müsste von der Hauptversammlung ausgehen.

Der Hauptversammlung kommt in der SE eine stärkere Position als in der AG zu. Sie kann die Mitglieder des Verwaltungsrates jederzeit abberufen, zwar mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit, die außerdem durch eine „andere“ Mehrheit ersetzt werden kann, jedoch ohne wichtigen Grund gemäß § 48 Abs. 1 SEG⁶⁹⁵. Die geschäftsführenden Direktoren haben den Sorgfaltsmaßstab des § 84 AktG anzuwenden, wobei eine pauschale Übernahme nicht zweckmäßig ist⁶⁹⁶. Deshalb wird vor allem der geschäftsführende Direktor einem höheren Sorgfaltmaß unterliegen als der überwachende Direktor, jedoch einem geringeren als der Vorstand, der ein Leitungsmonopol in der Gesellschaft hat. Dies entspricht auch der Rechtssprechung, die Verantwortung an den tatsächlichen Kompetenzen und Verpflichtungen misst. Eine sinnvolle Anwendung von § 84 AktG liegt nur bei weisungsfreigestellten geschäftsführenden Direktoren vor. Konzernrechtliche Vorteile ergeben sich somit aus drei zu betrachtenden Aspekten: a) Leitungsmacht der Mutter bei Anwendung des monistischen Systems, b) leichtere Umstrukturierung auf internationaler Ebene (Verschmelzung und Sitzverlagerung) und c) Haftungserleichterung durch internationales „Sitz“hopping.

2.5. Die GmbH

Die GmbH, als die Rechtsform für den Mittelstand, ist die bevorzugte Rechtsform für die abhängige Gesellschaft⁶⁹⁷. Sie wird aufgrund ihrer Konzernoffenheit⁶⁹⁸ oft als die ideale Konzerntochter⁶⁹⁹ bezeichnet und gilt als idealer Baustein für die Organisation von Konzernen⁷⁰⁰. Dies aufgrund ihres stark personalistischen Einschlags und weil sie aufgrund des dispositiven Innenrechts flexibler agieren kann als die Aktiengesellschaft, die dem Grundsatz der Satzungsstrenge genügen muss. Während die GmbH bei Venture Capital und Private Equity Transaktionen dominiert, darf sie zum Betrieb von Versicherungsgeschäften sowie für die Tätigkeit als politischer Verein nicht herangezogen werden⁷⁰¹. Im

⁶⁹³ vgl. Egermann, Clemens/Heckenthaler, Stephan, Der Verwaltungsrat in der europäischen Gesellschaft österreichischer Prägung GesRZ 2004, 463f

⁶⁹⁴ vgl. Kalss/Greda (2004), 91f.

⁶⁹⁵ vgl. Egermann, Clemens/Heckenthaler, Stephan: Die geschäftsführenden Direktoren in der SE, GeS 2004/463 GeS 2004, 256

⁶⁹⁶ § 57 Abs. 3 SEG

⁶⁹⁷ vgl. Binder (1994) zitiert in Mellewig/Matiaske in Albach (2000), 131

⁶⁹⁸ Krejci (1988), 384; Hommelhoff, Peter: Gesellschaftsformen als Organisationselemente im Konzernaufbau, in: Mestmäcker, Ernst-Joachim/Behrens, Peter: Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich (1991), 91 (129)

⁶⁹⁹ Lutter, Marcus/Timm, Wolfram: Konzernrechtlicher Präventivschutz im GmbH-Recht, NJW 1982, 409: „Die GmbH ist normtypisch die ideale Konzerntochter: Legionen von GmbH-Tochtergesellschaften legen hiervon beredtes Zeugnis ab.“

⁷⁰⁰ vgl. Torggler, Ulrich: Treuepflichten im faktischen GmbH Konzern. Zum Minderheitenschutz in der abhängigen GmbH, Dissertation, Wien 1996, 260f.

⁷⁰¹ § 1 Abs. 2 VAG

Bankwesen ist die Aktiengesellschaft die dominierende Rechtsform⁷⁰², wobei die Rechtsform der GmbH gemäß § 5 Abs. 1 BWG dem Betrieb von Bankgeschäften zugänglich ist. Jedoch zeigt sich in der Praxis, dass die GmbH nur im Rahmen von Privatbanken bzw. in Leistungen banknaher Tätigkeiten⁷⁰³ ihr Anwendungsfeld findet. Aufgrund des dispositiven Innenrechts kann eine stärkere Bindung der Geschäftsführer an die Gesellschafter etabliert werden. Gegenüber der formfreien Übertragung der Aktien bei der Aktiengesellschaft⁷⁰⁴ bedarf die Übertragung der Geschäftsanteile der notariellen Beurkundung und ist des Weiteren unter Umständen an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden, wodurch die Gefahr einer unbeabsichtigten Fremdbeeinflussung reduziert wird⁷⁰⁵.

Der wesentliche Unterschied zur Aktiengesellschaft und die Nähe zur SE besteht darin, dass den Gesellschaftern die Kompetenz zusteht die Geschäftsführung der Gesellschaft durch bindende Beschlüsse der Gesellschafterversammlung unmittelbar zu beeinflussen. Die GmbH bedarf eines Stammkapitals in Höhe von € 35.000⁷⁰⁶ und auch bei der GmbH gilt das Trennungsprinzip⁷⁰⁷. Die Gefahr, die aus der personalistischen Struktur heraus entsteht, ist, dass die Voraussetzungen für einen Haftungsdurchgriff leichter erfüllt werden. Weitere Bestimmungen, die dem Gedanken Rechnung tragen, dass der personalistische Aspekt Probleme mit sich führen kann, sind die Differenzhaftung bei Unterkapitalisierung der Gründer und Ausfallhaftung der Mitgesellschafter bei Ausschluss eines Gründers im Kaduzierungsverfahren. Der Gesellschaftsvertrag kann eine Nachschusspflicht der Gesellschafter vorsehen⁷⁰⁸.

Die GmbH besteht aus der Geschäftsführung und der Gesellschafterversammlung als gesetzlich unabdingbare Organe. Der Aufsichtsrat wird nur bei Erfüllung des Tatbestandes des § 29 GmbHG maßgeblich und unterscheidet sich gegenüber dem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft dahingehend, dass ihm keine Personalkompetenz über die Geschäftsführer zukommt und ihm diese auch nicht gesellschaftsvertraglich übertragen werden kann⁷⁰⁹. Die Geschäftsführer führen im Innenverhältnis die Geschäfte und vertreten die Gesellschaft im Außenverhältnis. Die Geschäftsführung muss im Gegensatz zur AG nicht dem Grundsatz der Fremdorganschaft entsprechen, sondern kann auch aus Gesellschaftern bestehen, die dann geschäftsführende Gesellschafter genannt werden⁷¹⁰. Der Gesellschafterversammlung kommt neben den zustimmungspflichtigen Geschäften (Satzungsänderungen, außergewöhnliche Geschäfte) auch das Recht zu, in die Geschäftsführung Einfluss zu nehmen⁷¹¹. Dies durch Weisungen⁷¹² und die (informelle) Macht die Geschäftsführer zu bestellen oder abzuberufen⁷¹³. Das Weisungsrecht der

⁷⁰² volumsgewichtete Bilanzsumme

⁷⁰³ Vermittlungsdienste, Beratung etc.

⁷⁰⁴ außer im Fall von vinkulierten Namensaktien

⁷⁰⁵ § 76 GmbHG; vgl. *Nowotny* (2005), 62ff; vgl. *Mader* (2002), 7ff.

⁷⁰⁶ § 6 GmbHG

⁷⁰⁷ § 61 GmbHG

⁷⁰⁸ § 72 GmbHG, vgl. *Nowotny* (2005), 62ff, vgl. *Mader* (2002), 7ff.

⁷⁰⁹ vgl. *Eckert/Gassauer-Fleissner* (2004), 416

⁷¹⁰ § 15 Abs. 2 GmbHG

⁷¹¹ vgl. *Nowotny* (2005), 62ff, vgl. *Mader* (2002), 18ff.

⁷¹² § 20 Abs. 1 GmbHG

⁷¹³ §§ 15, 16 GmbHG

Gesellschafterversammlung wird als legitimes Mittel der Ausübung einheitlicher Leitung angesehen⁷¹⁴ - „formal-legale Herrschaft“⁷¹⁵. Dennoch ist der Geschäftsführer in erster Linie der Gesellschaft verpflichtet.

Eine Weisung ist dann unproblematisch, wenn diese unbedenklich ist, jedoch ist diese abzulehnen, wenn sich die Geschäftsführung dadurch zivil-, straf- oder verwaltungsrechtlich haftbar machen würde (nichtig). Befolgt die Geschäftsführung eine nichtige Weisung, ist sie dafür haftbar. Handelt der Geschäftsführer aufgrund einer zulässigen Weisung, dann entfällt die Haftung nur soweit sie nicht zur Gläubigerbefriedigung dient⁷¹⁶. Die Gesellschafterversammlung hat sich am Schädigungsverbot, eingeschränkt durch das unternehmerische Ermessen, zu orientieren. Die Gesellschafterstellung wird durch Übernahme einer Stammeinlage bei Gründung, durch derivativen Erwerb durch Altgesellschafter oder durch Erwerb bei Kapitalerhöhung erlangt und endet mit Veräußerung⁷¹⁷, Kündigung⁷¹⁸, Ausschluss⁷¹⁹ oder Auflösung⁷²⁰. Die Gesellschafterversammlung fasst Beschlüsse, soweit das Gesetz⁷²¹ oder der Gesellschaftsvertrag nicht anderes bestimmt, durch die Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Abänderungen des Gesellschaftsvertrages bedürfen einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen, wobei die Abänderung im Gesellschaftsvertrag an weitere Erfordernisse geknüpft sein kann. Die Abänderung des im Gesellschaftsvertrag bezeichneten Gegenstandes des Unternehmens bedarf eines einstimmigen Beschlusses, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes festgesetzt ist⁷²².

Ein Stimmrechtsausschluss eines Gesellschafters hat zur Folge, dass der Beschluss mit der Mehrheit der übrigen, an der Abstimmung teilnehmenden, Gesellschafter gefasst werden kann. Stimmenthaltungen oder auch passives Verhalten bleiben bei der Stimmenzählung für die Erreichung des Mehrheitserfordernisses außen vor. So bewirkt bei einer paritätischen Drei-Mann-GmbH der Stimmrechtsausschluss des einen und die Stimmenthaltung des anderen Gesellschafters, dass der dritte Gesellschafter einen "einstimmigen" Beschluss fassen kann, wobei diesfalls auch die Beschlussfassung allein ausreicht⁷²³.

2.6. Die Genossenschaft

Die Genossenschaft ist ein Verein mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, die im Wesentlichen der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder, welche natürliche, juristische oder Personengesellschaften sein können, dient. Anwendung findet sie bei Einkaufs-, Konsums-, Verwertungs-, Nutzungs-, Bau-, Wohnungs-, Siedlungs- und im analysegegenständlichen Fall bei Kreditgenossenschaften. Durch das Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 wurde ausdrücklich die

⁷¹⁴ vgl. *Torggler* (1996), 286 mit Verweis auf *Stimpel*, Bemerkungen zur BGH-Rechtsprechung zum Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern in *GmbH-Konzernrecht - ZGR Sonderheft 6* (1986), 39; BGHZ 65, 15

⁷¹⁵ *Jahraus* (1988), 36

⁷¹⁶ § 25 Abs. 5 GmbHG; AA *Koppensteiner, Harrer in Mader* (2002), 24

⁷¹⁷ § 76 GmbHG

⁷¹⁸ Grundsätzlich ist eine Kündigung oder ein Austritt eines Gesellschafters nicht vorgesehen, daher sollte eine Regelung im Gesellschaftsvertrag vorliegen. Dennoch sieht die hL, gegen die Rechtsprechung, ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund an. Der adäquate Prozess führt idF über die Kapitalherabsetzung oder Übernahme des Geschäftsanteils durch einen anderen Gesellschafter.

⁷¹⁹ § 66 GmbHG

⁷²⁰ § 84 GmbHG

⁷²¹ z.B. § 30b Abs. 3, §§ 98, 99 GmbHG

⁷²² siehe § 50 GmbHG

⁷²³ siehe Leitsätze OGH 22. September 2005, 2 Ob 175/05g in *ecolex* 2006/19

Erweiterung der zulässigen Zwecke einer Genossenschaft um die Möglichkeit der sozialer Förderung ihrer Mitglieder ermöglicht. Ausdrücklich normiert § 5 Abs. 1 BWG, dass die Genossenschaft eine Rechtsform eines Kreditinstitutes sein darf. Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Verfolgung ideeller oder politischer Zwecke sowie der Betrieb von Hypothekenbank-, Beteiligungsfonds-, Versicherungs- und Kapitalanlagegeschäften sowie der Betrieb von Pensions- oder Bausparkassen. Die Genossenschaft ist eine Gesellschaft, die Elemente der Personen- und der Kapitalgesellschaft verbindet. Sie ist keine Kapitalgesellschaft, weil sie kein festes Nennkapital hat. Von einer Personengesellschaft unterscheidet sie sich durch ihre körperschaftliche Organisation.

Die Genossenschaft bedingt für rechtsgeschäftliches Handeln zwingender Organe, welche der Vorstand, die Generalversammlung und in bestimmten Fällen⁷²⁴ ein Aufsichtsrat⁷²⁵ sind, wobei der Vorstand und der Aufsichtsrat ex lege aus dem Kreis der Genossenschafter zu bestellen ist⁷²⁶. Wer den Vorstand bestellt und abberuft war lange nicht eindeutig. *Keinert*⁷²⁷ führte aus, dass der „Vorstand und etwaige Stellvertreter [...] kraft zwingenden Gesetzes die Generalversammlung zu wählen hat“⁷²⁸, während *Kastner*⁷²⁹ die Kompetenzübertragung auf den Aufsichtsrat sah⁷³⁰. Das Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 hat nunmehr in § 15 GenG die Bestellung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat ermöglicht⁷³¹. Bei Kreditgenossenschaften ist ferner ein Geschäftsleiter zur Führung der Bankgeschäfte zu bestellen⁷³², wobei die Bestellung und die Abberufung, welche gemäß § 2 Z. 1 lit b BWG durch den Vorstand, dem Aufsichtsrat oder die Generalversammlung möglich wäre⁷³³, in der Regel durch den Vorstand vorgenommen wird⁷³⁴.

Den Genossenschaften systemimmanent ist der Förderauftrag, aus dem resultiert, dass die Genossenschaft nicht primär auf Gewinnerzielung ausgerichtet sein darf, d.h. das Erzielen von genossenschaftlichen Gewinnen darf nicht Hauptzweck genossenschaftlicher Tätigkeit sein. Es wird jedoch gemäß § 1 Abs. 2 GenG anerkannt, dass Mittel zur Förderung auch eine Beteiligung der Genossenschaft an anderen juristischen Personen des Unternehmens-, Genossenschafts- und Vereinrechts oder an unternehmerisch tätigen Personengesellschaften sein kann, wenn sie jedoch der Erfüllung des satzungsmäßigen Zwecks und nicht überwiegend der Erzielung von Erträgen der Einlage dient. Dem Fördergedanken Rechnung

⁷²⁴ § 24 GenG

⁷²⁵ Regelungsgleich mit dem Aktiengesetz

⁷²⁶ u.a. § 15 Abs. 1 GenG

⁷²⁷ vgl. *Keinert, Richard*: Österreichisches Genossenschaftsrecht, Wien 1988, Rz 321ff.

⁷²⁸ Argumentiert wird mit § 27 Abs. 1 GenG, demnach die Rechte, welche den Genossenschaftern in Angelegenheiten der Genossenschaft, insbesondere in Beziehung auf die Führung der Geschäfte (...) zustehen, (...) von der Gesamtheit der Genossenschafter in der Generalversammlung ausgeübt“.

⁷²⁹ mit dem Argument, dass § 5 Z 7 GenG die Art und Wahl und Zusammensetzung des Vorstandes im Genossenschaftsvertrag geregelt wissen will, wobei das Organ unbestimmt verbleibt. Vgl. *Kastner in Patera* (Hrsg), Handbuch des österreichischen Genossenschaftswesens (1996) 148 f. *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990); 464 zustimmend auch *Fritz* (2003), 690

⁷³⁰ Das OLG Graz, als Rekursgericht, hat in seiner Entscheidung vom 9. August 2001 (4 R 152/01g) gesprochen, dass dem Aufsichtsrat zwar die Bestellungskompetenz, nicht aber jene zur Abberufung eines Vorstandsmitgliedes statutarisch eingeräumt werden.

⁷³¹ ausgehend von OGH 6 Ob 92/07h vom 25. Mai 2007; vgl. auch *Hofinger, Hans*: Gedanken zur Genossenschaftsreform, Die Gewerbliche Genossenschaft 5/1995, 7 sowie *Hofinger, Hans/Zawitscha, Georg*: Genossenschaftsreform 2008, am Ziel der kleinen Schritte zur Modernisierung des Genossenschaftsrecht, Die Gewerbliche Genossenschaft 7-8/08, 2

⁷³² § 5 Abs. 1 Z 12 und Z 13 BWG

⁷³³ 1130 Blg NR GP XVIII, 114, in der ausdrücklich festgehalten wurde, dass das Genossenschaftsrecht auch eine Bestellung durch den Aufsichtsrat ermöglicht.

⁷³⁴ vgl. *Fitz* (2003), 690

tragend sind Genossenschaften durch einen unabhängigen und weisungsfreien Revisor mindestens in jedem zweiten Geschäftsjahr auf die Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit ihrer Einrichtung, ihrer Rechnungslegung und der Geschäftsführung zu prüfen⁷³⁵. Obwohl per definitionem ein Verein mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, kann auf genossenschaftsvertraglicher Basis der Personenkreis beschränkt bzw. Bedingungen zur Aufnahme festgelegt werden. Nach dem Genossenschaftsrechtsänderungsgesetz 2006 können auch (nicht nutzende) Mitglieder zugelassen werden (sogenannten investierende Mitglieder), welche an der Nutzung der Dienste oder an der Erbringung von Diensten der Genossenschaft keinen Bedarf haben.

Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung verfügt die Genossenschaft über kein festes Kapital. Jedoch muss jedes Mitglied einen Geschäftsanteil, dessen Nennbetrag im Statut festzusetzen ist⁷³⁶ und der, nach herrschender Meinung, keine Sacheinlage sein darf, übernehmen. Unterschieden wird zwischen Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung (GenmuH) und Genossenschaften mit beschränkter Haftung (GenmbH). Im ersten Fall haftet jeder Genossenschafter für die Genossenschaftsverbindlichkeiten solidarisch mit seinem ganzen Vermögen⁷³⁷, jedoch nach § 53 GenG nur dann, wenn im Falle des Konkurses oder der Liquidation der Haftungsfonds zur Deckung der Ansprüche nicht suffizient ist. Es handelt sich daher um eine anteilige Nachschusspflicht im Innenverhältnis mit unbeschränkter Ausfallhaftung, wobei dieser Anspruch nur der Genossenschaft selbst zukommt⁷³⁸. Wie auch bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, gibt es keinen direkten Anspruch der Gläubiger gegen den einzelnen Genossenschafter, sondern eine Nachschusspflicht findet im Umlageverfahren gemäß der GenKonkVO statt⁷³⁹. Im Falle der GenmbH haften die Mitglieder mit einem im Voraus festgesetzten Betrag, wobei gemäß § 76 GenG die Deckungspflicht bei mangelnder anderslautender Bestimmung in der Satzung auf seinen Geschäftsanteil und einem weiteren Betrag in derselben Höhe derselben lautet. § 5a GenG normiert die genossenschaftsvertragliche Möglichkeit einen Sockelbetrag als Gesamtnennbetrag der Geschäftsanteile zu bestimmen, der trotz gänzlicher oder teilweisen Ausscheidens von Mitgliedern nicht unterschritten werden darf. Dies ist für den gesellschaftsrechtlichen Fall relevant, in dem der Genossenschaftsvertrag die Übertragung der Geschäftsanteile und sonstigen aufgrund des Genossenschaftsverhältnisses zugeschriebenen Guthaben der Genossenschafter nicht ausschließt.

Der Vorstand wird durch die Generalversammlung oder im Falle der entsprechenden genossenschaftsvertraglichen Regelung durch den Aufsichtsrat gewählt, wobei die Funktionsdauer nicht begrenzt ist. Als Gegengewicht zur unbeschränkten Funktionsdauer kann der Vorstand jederzeit abberufen werden. Der Vorstand ist der Genossenschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen aus

⁷³⁵ GenRevG

⁷³⁶ § 5 Z. 5 GenG

⁷³⁷ § 2 Abs. 2 GenG

⁷³⁸ vgl. *Dellinger* (2005), § 53

⁷³⁹ vgl. zum Thema der Haftung der Genossenschaft: OGH 8 Ob 8/07w vom 22. Februar 2007, welcher die Verteilung uneinbringlicher Beträge auf die übrigen Gesellschaft nur sowie zulässt, als der Haftungsbetrag im Sinne des § 76 GenG nicht ausgeschöpft ist.

Genossenschaftsvertrag oder Generalversammlungsbeschluss einzuhalten⁷⁴⁰ und haftet der Genossenschaft persönlich und solidarisch bei Verletzungen der Grenzen ihres Auftrages oder bei Gesetzes- und Statutverletzungen, wobei der Haftungsmaßstab des § 1299 ABGB anzuwenden ist. Somit kann die Generalversammlung durch ihr Weisungsrecht in § 19 bzw. 34 Abs. 1 GenG in Geschäftsführungsfragen eingreifen. Die Mitgliedschaft kann durch Beitritt in schriftlicher Form nach Zustimmung des im Genossenschaftsvertrag als zuständig für Mitgliederbeitritt erklärten Organs⁷⁴¹ erworben werden. Eine Übertragung der Mitgliedschaft ist jedoch lediglich bei Genossenschaften mit beschränkter Haftung möglich⁷⁴². Die Rechte der Genossenschafter reichen nicht so weit wie die Herrschaft- und Vermögensrechte der Aktionäre oder Gesellschafter einer GmbH. Das GenG enthält beispielsweise kein Individualrecht auf Bucheinsicht bei aufrechter Mitgliedschaft und verweist die Ausübung der Rechte, welche den Genossenschafte rn in Angelegenheiten der Genossenschaft, insbesondere in Beziehung auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz und die Bestimmung der Gewinnverteilung zukommen, in den Ausübungsbereich der Gesamtheit der Genossenschafter in der Genossenschaftsversammlung. Einem ausgeschiedenen Genossenschafter hat der OGH in 6 Ob 73/05m vom 19. Mai 2005 unter bestimmten Bedingungen einen Anspruch auf Bucheinsicht eingeräumt. Dieser Anspruch wird dann zugesprochen, wenn er zur Verfolgung vermögensrechtlicher Ansprüche aus der Zeit bis zum Ausscheiden aus der Genossenschaft erforderlich ist⁷⁴³. Voraussetzung ist ein berechtigtes Interesse des Genossenschafte rs, welches von diesem konkret darzulegen und zu bescheinigen ist. Ein Minderheitenrecht der Genossenschafter zur Durchführung einer Sonderprüfung der Genossenschaft wurde vom OGH in 6 Ob 313/01z vom 31. Jänner 2002 mit Hinweis auf die gesetzliche und regelmäßige Kontrolle des Vorstands der Genossenschaft durch einen unabhängigen Revisor abgelehnt, womit die Verneinung einer durch Analogie zum Aktienrecht und GmbH-Recht zu schließenden Lücke bestätigt wurde.

Die Genossenschaft muss Mitglied eines anerkannten, sachlich und örtlich zuständigen Revisionsverbandes sein. Diese Mitgliedschaft ist notwendig, damit eine Genossenschaft in das Firmenbuch eingetragen werden kann. Ob diese Pflichtmitgliedschaft gegen verfassungsrechtliche Grundrechte verstößt, verneinte der BGH mit Hinweis auf die sachliche Rechtfertigung, aufgrund des sachgerechten Ausgleichs zwischen dem Recht auf freie Assoziation und den schutzbedürftigen Rechten Dritter⁷⁴⁴.

2.7. Die Sparkasse

Sparkassen sind von Gemeinden oder Sparkassenvereinen gegründete juristische Personen des privaten Rechts und sind nach Maßgabe ihrer Konzession Kreditinstitute, auf die die Regelungen des Bankwesengesetzes grundsätzlich Anwendung finden. Sie sind eigentümerlose Institute, den Gründern

⁷⁴⁰ § 19 GenG

⁷⁴¹ § 5 Z. 4 GenG

⁷⁴² § 83 Abs. 1 GenG

⁷⁴³ vgl. dazu die Minderheitenrechte bei AG und GmbH unter 1.2.4.3.

⁷⁴⁴ BverfGH Beschluss vom 19. Jänner 2001, 1 BvR 1759/91

stehen keine eigentümerrechtlichen Rechte zu⁷⁴⁵. § 5 Abs. 1 BWG normiert ausdrücklich, dass die Sparkasse Rechtsform eines Kreditinstitutes sein darf. Wie bei der Genossenschaft sind zwar grundsätzlich alle Bankgeschäfte gemäß § 1 Abs. 1 BWG möglich, doch bestimmte Geschäfte wie die Ausgabe von Pfandbriefen und Kommunalschuldverschreibungen, die Vergabe von Bauspardarlehen nach dem Bausparkassengesetz, die Verwaltung von Kapitalanlagefonds nach dem Investmentfondsgesetz oder die Errichtung oder Verwaltung von Beteiligungsfonds nach dem Beteiligungsfondsgesetz sind aufgrund sondergesetzlicher Bestimmungen an eine bestimmte Rechtsform, nämlich üblicherweise die Aktiengesellschaft und/oder an einen bestimmten (eingeschränkten) satzungsmäßigen Umfang des Betriebes von Bankgeschäften geknüpft. Im Gegensatz zur Genossenschaft ist ein Förderzweck nicht normiert. So kann die Sparkasse neben Bankgeschäften auch sonstige Geschäfte durchführen, wobei darunter die Abrundung des bankgeschäftlichen Angebots gesehen wird.

Ausgangspunkt für den Betrieb einer Sparkasse ist die Gründung eines Sparkassenvereins⁷⁴⁶. Dieser Sparkassenverein besteht aus der Vereinsversammlung, welche aus mindestens 30 Mitgliedern⁷⁴⁷ und dem Vereinsvorsteher besteht. Der Vereinsversammlung als oberstem Organ kommen Zustimmungskompetenzen in Angelegenheiten der Sparkasse (u.a. Beschlussfassung über Änderung der Statuten, Mitgliederaufnahme bzw. -ausschluss, Verschmelzungen, Auflösung, Einbringung in eine Aktiengesellschaft sowie formwechselnde Umwandlung in eine Privatstiftung) zu. Der Vereinsvorsteher ist ex lege auch Vorsitzender des Sparkassenrates⁷⁴⁸. Neben dem Sparkassenrat, der aus mindestens vier, jedoch maximal 30 Mitgliedern besteht⁷⁴⁹, als Aufsichtsorgan der Sparkasse, gilt der Vorstand als Organ der Sparkasse. Der Vorstand, der die *fit und proper* Anforderungen des § 5 Abs. 1 BWG erfüllen muss, führt, mit mindestens zwei aber maximal 7 von dem Sparkassenrat auf 5 Jahre bestellten Mitgliedern, die Geschäfte unter eigener Verantwortung⁷⁵⁰. Herrschende Lehre ist, dass § 16 Abs. 7 SpG, als Bestimmung des Sorgfaltsgrad des Vorstands, sich auf § 84 AktG bezieht⁷⁵¹. Ein Weisungsrecht des Sparkassenrates oder der Vereinsversammlung gibt es nicht. Dem Sparkassenrat kommen weitreichendere Aufgaben als dem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft zu, da der Sparkasse das Organ, welches Eigentümerinteressen vertritt (Hauptversammlung), aufgrund ihres eigentümerlosen Charakters, fehlt. Die Überwachung der Geschäftsführung hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit sowie der satzungsmäßigen Zielerreichung ist daher gemäß § 18 Abs. 8 SpG eine Verpflichtung; die Grenze wird so zu ziehen sein, dass sich der Sparkassenrat die Geschäftsführung nicht anmaßen darf⁷⁵². Neben den in § 17 Abs. 2 SpG normierten Aufgaben bzw. Zustimmungspflichten kann der Sparkassenrat in der Satzung festlegen, welche Geschäfte nur mit Zustimmung des Sparkassenrates oder eines von ihm eingesetzten Ausschusses (z.B. Kreditausschuss) durchgeführt werden dürfen, andernfalls eine Innenhaftung entstehen kann.

⁷⁴⁵ § 1 Abs. 2 SpG

⁷⁴⁶ vgl. Nickerl, Josef/Portisch, Franz/Riefel, Hans: Praxiskommentar zum Sparkassengesetz, Wien 2000

⁷⁴⁷ § 6 Abs. 1 SpG

⁷⁴⁸ § 17 Abs. 7 SpG

⁷⁴⁹ § 17 Abs. 6 SpG

⁷⁵⁰ § 16 Abs. 7 SpG

⁷⁵¹ vgl. Nickerl/Portisch/Riefel (2000), § 16 Rz 9

⁷⁵² vgl. auch § 27 Abs. 4 erster Satz SpG

Das Sparkassengesetz normiert wie das Genossenschaftsgesetz kein festes Mindestkapital, doch bestimmen § 2 Abs. 2 SpG sowie § 3 Abs. 2 SpG, dass ein ausreichendes Gründungskapital unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden muss. Die Höhe des notwendigen Gründungskapitals orientiert sich an § 5 Abs. 1 Z 5 BWG mit 5 Millionen Euro. Der Sparkassenverein haftet den Gläubigern mit seinem Vermögen⁷⁵³. Bei Gemeindesparkassen haftet die Gemeinde für alle bis zum 2. April 2003 entstandenen Verbindlichkeiten der Sparkasse als Ausfallsbürge im Falle der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 1356 ABGB, wobei mehrere Gemeinden einer Sparkasse zur ungeteilten Hand haften. Für alle nach dem 2. April 2003 bis zum 1. April 2007 entstandenen Verbindlichkeiten haftet die Gemeinde nur dann als Ausfallsbürge im Falle der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 1356 ABGB, wenn die vereinbarten Laufzeiten nicht über den 30. September 2017 hinausgehen. Für alle nach dem 1. April 2007 entstanden Verbindlichkeiten besteht keine Haftung der Gemeinde(n) mehr⁷⁵⁴. Gemäß § 92 Abs. 9 BWG haften die einbringenden Sparkassen, wenn sie ihre Unternehmen oder einen bankgeschäftlichen Teilbetrieb in eine Aktiengesellschaft einbringen, sofern sie bestehen bleiben, mit ihrem gesamten Vermögen für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft im Falle von deren Zahlungsunfähigkeit; mehrere Einbringende haften zur ungeteilten Hand. Bleibt sie nicht bestehen, entfällt die Haftung.

Das Sparkassengesetz sieht in § 24 SpG die Prüfung durch den Sparkassen-Prüfungsverband vor. Dieser führt Prüfungen des Jahresabschlusses, Sonderprüfungen sowie Prüfungen gemäß § 2 Abs. 1 und 2a SpG (Haftungen der Gemeindesparkassen) und Prüfungen gemäß § 27a Abs. 4 Z 7 SpG (Umwandlung der Sparkasse in eine Privatstiftung) durch.

2.8. Die Privatstiftung

Eine Privatstiftung ist eine mit Rechtsfähigkeit ausgestattete, nicht verbandsmäßig organisierte Einrichtung, die von einem Stifter zu einem bestimmten (eigennützigen oder gemeinnützigen) Zweck errichtet wurde und nach Zuführung des dazu gewidmeten Vermögens einen festgelegten Zweck fördern soll. In § 1 Abs. 1 PSG wird somit grundsätzlich eine Zweckverfolgungsfreiheit vorgesehen, wobei die Grenze hierfür verbotene Vereinbarungen⁷⁵⁵ und das Verbot der Selbstzweckstiftung⁷⁵⁶ bilden. In Österreich gibt es über 3.200 Privatstiftungen, die nach Schätzungen ein Vermögen von über 60 Mrd. Euro verwalten⁷⁵⁷. Einen Anwendungsbereich in Konzernen findet die Stiftung dadurch, dass das Gesellschaftsinteresse der Stiftung auch auf Erhaltung und Förderung von Unternehmen des Stifters oder der Stiftergesellschaft gerichtet sein kann⁷⁵⁸. Im österreichischen Bankwesen spielt die Privatstiftung einerseits als Vehikel zur Verlagerung von Vermögen und andererseits als Rechtsformalternative zu

⁷⁵³ § 3 Abs. 2 SpG

⁷⁵⁴ § 2 Abs. 1 SpG

⁷⁵⁵ § 879 ABGB

⁷⁵⁶ OLG Wien, 22. Februar 2005, 28 R 274/04a, NZ 2005, 223, GeS 2005, 282, Anw 2006, 574

⁷⁵⁷ Economica Institut für Wirtschaftsforschung im Auftrag des Verbandes österreichischer Privatstiftungen

⁷⁵⁸ siehe OGH 1 Ob 190/01z 25. September 2001; RdW 2002, 85 „daraus kann aber nicht die generelle gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Stiftungserrichtung durch Kapitalgesellschaften abgeleitet werden, zu berücksichtigen sind die besonderen Umstände des Anlassfalles: „Zwei GmbHs haben gemeinsam eine Stiftung errichtet und wurden auch als Begünstigte der Stiftung bestimmt“. vgl. *Filinköbl/Laufß* in *Pernsteiner/Mittermair* (2002), 572, Fn 9

ähnlichen Strukturen (Sparkassenstiftung) eine Rolle. In Österreich treten Privatstiftungen häufig als Investoren in den Asset Klassen Immobilien und Unternehmensbeteiligungen auf.

Nach Errichtung durch staatliche Konzession lebt die Stiftung unabhängig von ihren Mitgliedern. Stifter können eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen sein, die der Privatstiftung ein Vermögen (min. € 70.000) zur Erfüllung des Stiftungszweckes, welcher in einer Stiftungsurkunde festgehalten wird, widmen⁷⁵⁹. Nach Entstehen der Privatstiftung ist diese als Rechtsträger vom Stifter vollkommen getrennt⁷⁶⁰. § 17 Abs. 1 PSG normiert zwar nicht, dass der Stiftungsvorstand die Privatstiftung unter eigener Verantwortung verwaltet und vertritt, doch besteht eine Bindung an den Stiftungszweck. Gemäß den ErlRV soll sich der Vorstand selbst kontrollieren⁷⁶¹. Aufgrund dieser Bindung wird eine Weisungsfreiheit abgeleitet⁷⁶².

Als Organe sind der Stiftungsvorstand, der Stiftungsprüfer und, unter bestimmten Voraussetzungen, ein Aufsichtsrat gesetzlich vorgesehen. Bei Fehlen eines Aufsichtsrates ist der Stiftungsprüfer ausschließlich durch das Gericht zu bestellen⁷⁶³. Stiftungsvorstand darf nicht ein Begünstigter und deren nahe Angehörige sein⁷⁶⁴. Dem Aufsichtsrat dürfen Begünstigte und nahe Angehörige nicht zur Mehrheit angehören⁷⁶⁵. Zur Übernahme weiterer Kontroll- oder Beratungsagenden kann ein Beirat eingereicht werden, der bis zu einem gewissen Grad auch weisungsgebende Funktion innehaben kann, wobei auch in diesem Fall dem Stiftungsvorstand keine vollständige Bindung zuteil werden darf⁷⁶⁶. Errichtet wird die Privatstiftung auf unbestimmte oder bestimmte Dauer, welche gemäß § 35 Abs. 2 Z.3 PSG auf 100 Jahre (plus 100 Jahre max. Erweiterung) beschränkt ist. Nur der Stifter als natürliche Person, somit nicht juristische Personen, kann die Stiftung zu ihren Lebzeiten widerrufen, wenn es in der Stiftungserklärung vorgesehen ist⁷⁶⁷.

2.8.1. Konzernleitende Privatstiftung

Ob eine Privatstiftung als Konzernspitze fungieren kann war bis zur eindeutigen Bejahung durch den OGH strittig⁷⁶⁸. Gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 PSG darf die Privatstiftung keine gewerbsmäßigen Tätigkeiten ausüben, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgehen. Ferner sind die Übernahme der Geschäftsführung einer Gesellschaft⁷⁶⁹ sowie die Gesellschafterstellung als unbeschränkt haftender Gesellschafter⁷⁷⁰ einer eingetragenen Personengesellschaft⁷⁷¹ unzulässig⁷⁷².

⁷⁵⁹ Filnköbl/Lauf, Die Bedeutung der Privatstiftung bei Fusionen, in Pernsteiner/Mittermair (2002), 560ff.

⁷⁶⁰ OLG Wien 23. November 2006, 28 R 183/06

⁷⁶¹ ErlRV 1130 BlgNR 18. GP zu § 15 Abs. 1 PSG

⁷⁶² Arnold, Nikolaus: Kommentar zum Privatstiftungsgesetz, 2. Auflage, Wien 2007, § 14 sonst Egermann/Heckenthaler (2004b), 256

⁷⁶³ OGH 6 Ob 15/95 vom 22. Juni 1995, NZ 1996, 249 oder wbl 1995, 464

⁷⁶⁴ § 15 Abs. 2 PSG

⁷⁶⁵ § 23 Abs. 2 PSG

⁷⁶⁶ OGH 6 Ob 39/97x vom 12. Mai 1997, wonach einem nur mit Begünstigten besetzten Beirat nicht die Kompetenz zuteil werden darf, den Stiftungsvorstand ohne einen wichtigen Grund abzuwählen, bzw. zu bestellen und die Vergütungsbestimmungen festzulegen. OLG Linz 22. Mai 2006, 6 R 79/06 i, wonach "Nach der zitierten [OGH 6 Ob 39/97x vom 12. Mai 1997, und vom 12. Juni 2001, 5 Ob 307/00h] Judikatur bietet daher schon die einem Beirat - und zwar grundsätzlich unabhängig von seiner 'Aufsichtsratsähnlichkeit' - eingeräumte Bestellungs- und Abberufungsbefugnis von Vorstandsmitgliedern eine derart weitreichende Einflussmöglichkeit auf den Stiftungsvorstand, dass bei ausschließlicher oder überwiegender Besetzung des Beirates mit Begünstigten oder deren nahen Angehörigen eine Umgehung der Unvereinbarkeitsbestimmungen zumindest zu besorgen ist".

⁷⁶⁷ daher sind bei betrieblichen Privatstiftungen häufig natürliche Person und Gesellschaft Stifter

⁷⁶⁸ OGH 6 Ob 217/05p vom 1. Dezember 2005, GesRZ 2006, 82, eolex 2006/363, wbl 2006/84, GeS 2006, 121

⁷⁶⁹ § 1 Abs. 2 Z. 2 PSG

Verwehrt ist somit im Grunde die Privatstiftung, welche die Leitung von Unternehmensgruppen gegen Entgelt übernimmt, oder die operative Privatstiftung, welche als Unternehmen einen Betrieb betreibt⁷⁷³. Die Übernahme der Geschäftsführung ist nicht näher im Gesetz definiert, jedoch wird im allgemeinen Verständnis faktische oder vertragliche geschäftsleitende Tätigkeit, somit Tätigkeit wie Vertretung und alle Entscheidungen, die nicht dem Aufsichtsorgan oder der Eigentümerversammlung durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag übertragen wurde, verstanden⁷⁷⁴. So verneint *Csoklich* die einheitliche Leitung oder Beherrschung einer anderen Kapitalgesellschaft durch die Privatstiftung, da Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft vorlege⁷⁷⁵. Auch *Kalss* sah die Privatstiftung als Konzernspitze skeptisch, machte ihre Ablehnung jedoch von der Intensität der tatsächlich ausgeübten Einflussnahme abhängig⁷⁷⁶. *N. Arnold* sah die Tätigkeit der Privatstiftung als Konzernspitze als unzulässig an, wenn die Konzernleitung der Übernahme der Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft oder einer gewerbsmäßigen Tätigkeit gleichkommt. *Krejci* differenzierte ebenfalls korrekt, wenn er sagt, dass zwar eine Konzernleitung soweit sie eine selbständige, auf Dauer eingerichtete, gewinnorientiert betriebene Tätigkeit darstellt, dem Verbot der gewerblichen Tätigkeit unterliege, jedoch eine Grenze dort zu ziehen ist, wo die einfache Ausübung von Aktionärsrechten für die Positionierung an der Konzernspitze – als herrschendes Unternehmen – nicht schädlich ist, das Selbstführen der Geschäfte der Privatstiftung als Hauptaktionär jedoch schon⁷⁷⁷.

Grundsätzlich kann die Stiftung allenfalls als herrschendes, nicht jedoch als abhängiges Unternehmen auftreten⁷⁷⁸. Dass die Privatstiftung unter bestimmten Bedingungen als zulässige Konzernspitze (Konzernleitung) fungieren kann, wurde vom OGH bestätigt, als er entschied, dass dieses nicht unzulässig wäre, wenn keine alle wesentlichen Leitungsbereiche umfassende straffe Konzernleitung vorliege, welche den Verbotstatbestand des § 1 Abs. 2 Z. 1 und 2 PSG auslöste (Verbot der Unternehmensträgerstiftung). Somit ist zur Beurteilung der Zulässigkeit der Privatstiftung als herrschendes Unternehmen auf die Intensität der tatsächlich ausübaren Einflussnahme abzustellen. Eine einheitliche Leitung oder Beherrschung ist immer durch das Verbot in § 1 Abs. 2 Z 2 PSG erfasst, was dann vorliegt, wenn man die Einflussnahme auf zentrale Geschäftsführungsbereiche (einheitliche Leitung) annimmt, die Einflussnahme dadurch als gewerbsmäßige Tätigkeit gewertet werden könnte bzw. in anderen Worten, wenn die Konzernleitung einer gewerbsmäßigen Tätigkeit oder der Übernahme der Geschäftsführung eines durch die Privatstiftung geleiteten Unternehmens gleichkommt. Auch diesfalls wird von

⁷⁷⁰ aus dem Umkehrschluss jedoch als Kommanditist möglich

⁷⁷¹ § 1 Abs. 2 Z. 3 PSG

⁷⁷² ErlRV 1132 NR 18. GP zu § 1 Abs. 2 PSG: „Die gewerbsmäßige, vor allem auf Gewinn gerichtete, Tätigkeit ist für Stiftungen nicht typisch. Vielmehr unterscheiden sie sich besonders dadurch von Handelsgesellschaften, daß sie keine gewerbsmäßige Tätigkeit ausüben. Da hinter der Privatrechtsstiftung keine Eigentümer stehen, die das Risiko ihrer Tätigkeit tragen, ist es angebracht, der Privatrechtsstiftung eine solche - ohnehin untypische - gewerbsmäßige Tätigkeit, aber auch die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft oder die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter in einer Personenhandelsgesellschaft zu untersagen“.

⁷⁷³ Tagesgeschäft, wie beispielsweise Kundengeschäfte, Produktionsentscheidungen

⁷⁷⁴ vgl. *Zwick, Christian*: Die Privatstiftung als Konzernspitze, *GesRZ* 2009, 278ff.

⁷⁷⁵ dass § 22 Abs. 1 und § 25 Abs. 2 PSG eine Aufsichtsratspflicht für Konzernstiftungen vorsieht, rechtfertigt alleine lt. *Csoklich* nicht deren Existenz, da diese Bestimmungen nach Drängen der Arbeiterkammer in der letzten Phase der Gesetzwerdung eingefügt wurden. vgl. *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, 1994, 13, 26f. Gegenteilige Meinung *Böhler*, der gerade in dieser gesetzgeberischen Maßnahme sah, dass der Gesetzgeber die Privatstiftung als Konzernspitze legitimierte. vgl. *Böhler*, Stiftung, 163ff

⁷⁷⁶ vgl. *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Privatstiftungsgesetz, § 1 Rz 72ff.

⁷⁷⁷ vgl. *Krejci, Heinz*: Zur Zulässigkeit von AG Stiftungen, *GeS* 2004, 331; Meinungsübersicht in *Zwick* (2009), 278ff.

⁷⁷⁸ vgl. *Risse* in *Kessler/Kräner/Köhler* (2004), 83ff, vgl. *Nowotny, Christian*; Die Organisation der Privatstiftung, in *Csoklich, P./Müller, M./Gröhs, B./Helbich F.*: Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, Wien 1994, 165

einheitlicher Leitung gesprochen, wenn in zentralen Unternehmensfunktionen die maßgeblichen Entscheidungen im Sinne der Privatstiftung getroffen würden, wobei einheitliche Leitung nicht sämtliche Unternehmensbereiche umfassen und keine direkte Beteiligung, keine bestimmte Beteiligungsquote oder ein Weisungsrecht vorliegen muss. Die Führung der Finanzen wird jedoch für das Vorliegen einheitlicher Leitung notwendig sein. Daher sind Tätigkeiten, die selbstständig, dauerhaft und mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werden, gesetzeswidrig.

Eine bloße Vorgabe von generellen Geschäftsführungsgrundsätzen und die Stimmenthaltung bei zentralen Entscheidungen über die Geschäftsführung würden der Zulässigkeit der Privatstiftung als herrschende Gesellschaft hingegen nicht entgegenstehen. D.h. die Ausübung der üblichen Gesellschaftsrechte stellt keine Geschäftsführung dar und ist daher unschädlich⁷⁷⁹. Selbiges gilt für verstärkte Berichtspflichten eines Leitungsorgans oder auch einzelne Vetorechte der Stiftung⁷⁸⁰. Diese interne Gewinnerzielung aus Verwaltung des eigenen Vermögens der Privatstiftung (Wertpapiere, Immobilien) kann ohne weiteres verfolgt werden⁷⁸¹. Die Privatstiftung lagert derartige Tätigkeiten üblicherweise in Tochtergesellschaften aus, d.h. man spricht dem Willen des Gesetzgebers den Wunsch nach lediglich mittelbaren Unternehmensstiftungen zu⁷⁸². Anwendungsbereich ist überwiegend die Tätigkeit der Vermögensverwaltung zur Stiftungszweckerfüllung, beispielsweise in Form einer beteiligungsverwaltenden Holding, die sich auf das Halten von Beteiligungen beschränkt ohne unternehmerisch Einfluss zu nehmen (Finanzholding, Beteiligungsholding)⁷⁸³.

Es muss jedoch betont werden, dass eine Privatstiftung im Konzernkontext nicht anders haften kann als eine andere Gesellschaft, demgemäß gesellschaftsrechtliche Regelungen auch die Privatstiftung treffen. Vor dem Haftungshintergrund eignet sich die Stiftung kaum als Konzernspitze.

2.8.2. Die Sparkassenstiftung

Die Sparkasse ist, wie bereits erläutert, in ihrer grundlegenden Struktur ein eigentümerloses Rechtsgebilde, wobei weder der Trägergemeinde (Gemeindesparkasse) noch dem Sparkassenverein (Vereinsparkasse) Eigentümer- oder Organfunktionen, über die Einflussnahme durch Bestellungsrechte hinaus, zukommen. Der Gesetzgeber ermöglichte 1998 die formwechselnde Umwandlung einer Anteilsverwaltungssparkasse in eine Privatstiftung⁷⁸⁴ und wollte den Ressentiments, welche den Anteilsverwaltungssparkassen aufgrund ihrer Spezifität entgegengebracht werden, entgegenwirken und den im Wettbewerb mit den Banken existenten Wettbewerbsnachteil ausgleichen⁷⁸⁵. Durch die Ausgliederung des Sparkassenbetriebes in eine AG und die Umwandlung der anteilsverwaltenden Sparkasse in eine Stiftung entstehen rechtlich getrennte Rechtsträger. Ein wesentlicher Nebeneffekt der Einbringung in eine Privatstiftung ist natürlich die Reduktion der Ausfallhaftung der Gemeinden, die

⁷⁷⁹ vgl. *Krejci* (2004), 331

⁷⁸⁰ schädlich wäre jedoch, wenn ein Beirat mit den Vorständen der Privatstiftung bei den Tochterunternehmen installiert würde, der umfassende Zustimmungs- oder Vetorechte in operativen Geschäftsführungssahngelegenheiten hätte.

⁷⁸¹ vgl. *Cerha/Eiselsberg/Krischner/Knirsch* (Hrsg); Privatstiftungsgesetz, 1993

⁷⁸² vgl. Böhler, Stiftungen, 168; Verweis in *Zwick* (2009), 279

⁷⁸³ vgl. *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Privatstiftungsgesetz, § 1 Rz 75

⁷⁸⁴ BGBl I 1998/184 vom 4. 12. 1998

⁷⁸⁵ EBRV 1392 BlgNR 20. GP

diese für im eigenen Wirkungsbereich gegründete Sparkassen gemäß § 2 Abs. 2 SpG zukommt, da die Haftung bei Einbringung der Sparkasse auf Schuldendie bis zum Bilanzstichtag, der der Eintragung ins Firmenbuch folgt entstanden sind beschränkt.⁷⁸⁶ Während bei Privatstiftungen der Stiftungszweck neben Erhaltung des gewidmeten Vermögens auch als Verbrauchsstiftung konzipiert werden kann, sieht § 27a Abs. 4 Z 4 SpG vor, dass das sich aus der Schlussbilanz ergebende Vermögen der Sparkasse der Privatstiftung auf Dauer gewidmet bleibt und zu erhalten ist und Begünstigungen nur aus Erträgen der Privatstiftung zugewandt werden dürfen. Die Privatstiftung ist stiftungsrechtlich gesehen gemeinnützig⁷⁸⁷, denn § 27a Abs. 4 Z 3 SpG verlangt in der Stiftungserklärung die Anführung von Begünstigten, deren Aufgabenbereich ausschließlich die Verfolgung gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke zum Gegenstand haben darf⁷⁸⁸.

Die Organe sind auch bei der Sparkassenstiftung der Vorstand, der Stiftungsprüfer und gegebenenfalls der Aufsichtsrat, wobei folgende Abweichungen zu berücksichtigen sind: Der Vorstand wird bei Existenz eines Aufsichtsrates, wie der bei Vereinssparkassen⁷⁸⁹, üblicherweise nicht jedoch bei Gemeindesparkassen, durch den Aufsichtsrat bestellt, ansonsten werden neue Mitglieder von den verbleibenden Mitgliedern des Vorstandes bestellt. Abweichende Mechanismen der Bestellung des Stiftungsvorstandes können in der Stiftungserklärung getroffen werden⁷⁹⁰. Fehlen entsprechende Bestimmungen, kommt dem Gericht die Bestellung und Abberufung von Stiftungsorganen und deren Mitgliedern zu⁷⁹¹. Bei der anteilsverwaltenden Sparkasse wird die Reichweite ihrer Tätigkeiten hinterfragt, so sagt *Raschauer*, dass die Anteilsverwaltung als Holdingfunktion der personifizierte Selbstwiderspruch sei, denn die Sparkasse darf alles, nur keine Sparkassengeschäfte betreiben, wodurch sie sich eigentlich nicht Sparkasse nennen dürfte⁷⁹². Demgegenüber ist die Privatstiftung für verwaltende Holdingagenden besser geeignet. Während der Aufsichtsrat in der Privatstiftung für seine erstmalige Bestellung vom Stifter und in weiterer Folge von den Gerichten zu bestellen ist⁷⁹³, wird bei Vereinssparkassen – in seiner ersten Zusammensetzung aus Mitgliedern des Sparkassenrates – der Aufsichtsrat durch die Vereinsversammlung bestimmt. Gemeindesparkassen folgen hinsichtlich der Aufsichtsratsbestellung den privatstiftungsrechtlichen Bestimmungen und somit diesbezüglich dem § 24 PSG. Die Gemeindesparkasse als stiftende Sparkasse kann sich das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung im Gegensatz zur Vereinssparkasse nicht zurückhalten⁷⁹⁴. Der Stiftungsprüfer ist

⁷⁸⁶ § 2 Abs 2a SpG

⁷⁸⁷ Positionierung der Stiftungen, die der deutsche Bundespräsident Roman Herzog in einem Geleitwort (visionär so umschrieb: "Stiftungen sind Pioniere auf dem Weg zur unmittelbaren, spontanen, dezentralen, effizienten, vielfältigen Verbindung von unternehmerischer Dynamik und Dienst am Gemeinwohl."

⁷⁸⁸ Die Begriffsbestimmung hat sich nach §§ 34 – 40 BAO zu orientieren. Unabhängig von der Klassifizierung ist die Sparkassenprivatstiftung im abgabenrechtlichen Sinne der BAO nicht gemeinnützig

⁷⁸⁹ Gemäß § 27a Abs. 5 Z. 3 SpG ist bei einer Privatstiftung, die durch formwechselnde Umwandlung einer nach § 3 gegründeten Sparkasse entstanden ist, ein Aufsichtsrat zu bestellen; die Mitglieder des Aufsichtsrates werden mit Ausnahme des ersten Aufsichtsrates von der Vereinsversammlung gewählt.

⁷⁹⁰ vgl. *Eiselsberg/Haberer* (2004), 301f.

⁷⁹¹ § 27 PSG

⁷⁹² *Raschauer, Bernhard*: Anmerkungen zur Neuordnung des Sparkassenrechts, ÖBA 1993, 445 (448) zitiert in *Eiselsberg/Haberer* (2004), 301ff.

⁷⁹³ § 24 PSG

⁷⁹⁴ § 27a Abs. 4 Z 1 SpG

gemäß § 27a Abs. 4 Z 7 SpG die Prüfungsstelle des Sparkassen-Prüfungsverbandes. Als fakultatives Organ kann auch ein Beirat installiert werden.

Die Sparkassen Privatstiftung haftet gemäß § 27b Abs. 1 SpG iVm § 92 Abs. 9 BWG⁷⁹⁵ mit ihrem gesamten Vermögen für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten der Sparkassen-AG im Falle von deren Zahlungsunfähigkeit und zwar unabhängig von der Höhe der Beteiligung.

3. Ergebnis

Bei Kreditinstituten sind die Kertreiber der Wertschaffung Kreditvolumen, Margenausweitung sowie Kosteneffizienz (cost-income-ratio). Bei Versicherungsunternehmen sind Kertreiber der Wertschaffung Prämienvolumen, Profitabilität im Versicherungsgeschäft und Kosteneffizienz. Das rechtliche Argument der Konzernierung liegt darin, dass selbstständige Unternehmungen (theoretisch) nur mit ihrem eigenen Substrat als Haftungsfonds verpflichtet sind. Die (theoretische) Rechtfertigung über die Entstehung von Konzernen erfolgt unter anderem über die **Transaktionskostentheorie**, wonach jegliches Handeln in einer Marktwirtschaft mit verschiedensten Kosten verbunden ist und daher die Wahl der Organisationsform in den Mittelpunkt der Untersuchung rückt, bei der die Transaktionskosten minimal sind und die bestmögliche Effizienz des Austausches und die Absicherung der Investitionen gewährleistet wird. Ein Konzern, unabhängig von den Gründen einer beteiligungspolitischen Maßnahme, strebt „sich in jener Höhe und in jener Weise zu beteiligen, dass die beabsichtigten Effekte führungs- und organisationspolitischer, forschungs-, entwicklungs- und sortimentspolitischer, produktions- und absatzpolitischer sowie finanz- und personalpolitischer Art im gewünschten Ausmaß tatsächlich gewährleistet werden“, wobei für Finanzintermediäre die Elemente regulativer/aufsichtspolitischer bzw. institutsspezifischer Art zu ergänzen bzw. hervorzuheben sind. Ihr obliegt folgendes zu optimierende Zielsystem: Leitungseffizienz der finanzintermediarisierenden Konzernmutter, Schaffung von Strukturen für eine optimale Kapitalbeschaffung innerhalb des Konzerns im Sinne geringer Kapitalkosten und effektiver Verteilung von Finanzmitteln, Minimierung der Besteuerung innerhalb des Konzerns, Minimierung des Haftungsrisikos, (gegebenenfalls) unter Einhaltung aufsichtsrechtlicher sowie institutsspezifischer Bestimmungen.

Grundsätzlich wird zur strategischen Konzernsteuerung zwischen Alleinbeteiligung, absoluter (einfacher) Mehrheitsbeteiligung, qualifizierter Mehrheitsbeteiligung und Minderheitsbeteiligungen unterschieden. Weiters sind jene Beteiligungsquoten, welche aufgrund sondergesetzlicher Qualifikation (BörseG, ÜbG, BWG, VAG) Rechtsfolgen auslösen, maßgeblich. Von diesen sind andere Beteiligungsformen, wie beispielsweise Genussrechte, stille Beteiligungen, Kommanditbeteiligungen zu unterscheiden, bei denen es sich gerade nicht um eine vollmitgliedschaftrechtliche Beteiligung handelt, sondern das Kapitalisierungselement im Vordergrund steht.

⁷⁹⁵ die einbringenden Sparkassen, Landes-Hypothekenbanken, die Pfandbriefstelle der österreichischen Landes-Hypothekenbanken und Genossenschaften haften, sofern sie bestehen bleiben, mit ihrem gesamten Vermögen für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft im Falle von deren Zahlungsunfähigkeit; mehrere Einbringende haften zur ungeteilten Hand.

Für die Rechtsausübung ist im jeweiligen Fall auf die Norm abzustellen, welche einen Anteil an Köpfen, am Kapital, an Stimmen sowie am Kapital und an Stimmen voraussetzen kann. Die Vermögensrechtsnormen, worunter der Anteil am Bilanzgewinn, die Bezugsrechte bei einer Kapitalerhöhung und der Anteil am Liquidationserlös verstanden werden, sind außer jener Norm zum Bezugsrecht, dessen Verzicht an eine sachliche Rechtfertigung gebunden ist, im österreichischen Aktienrecht nicht dispositiv. Die Vermögensrechte im GmbH-Recht sind meines Erachtens abdingbar, wobei die Schranke der Privatautonomie sich an einem geldwerten bzw. gleichwertigem Ausgleich orientieren muss. Ein Verzicht auf den gesetzlich vorgesehen Abfindungsanspruch bei Ausscheiden eines Gesellschafters in den Fällen des im Gesellschaftsvertrag ausbedungenen jederzeitigen Ausschlussrechtes bzw. des gesetzlich vorgesehenen Kündigungsrechts, ist unzulässig. Es ist auf die dem Gesellschafter zukommenden Vermögensrechte abzustellen, wodurch ein gänzlicher Verzicht der Sittenwidrigkeit unterliegen würde, jedoch Verzicht, Kompensationen, Verteilung auf Basis betriebswirtschaftlicher Rationalisierung rechtlich gerechtfertigt sein können.

Stimmrechtslose Vorzugsaktien spielen eine wesentliche Rolle, wenn Mehrheiten an Stimmen maßgeblich sind. Die Stimmrechte können bei der **Aktiengesellschaft**, außer für den Fall der statuarischen Beschränkung des Stimmrechts auf einen **Höchstbetrag**, nicht beschränkt und auch nicht ausgeweitet werden. Auch das aktienrechtlich zugestandene Instrument der **stimmrechtslosen Vorzugsaktien** sieht als Kompensation für das mangelnde Stimmrecht eine Vorzugsdividende vor, was mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des § 47a AktG korrespondiert. Die Gestaltung der Stimmrechte bei **Gesellschaften mit beschränkter Haftung** ist diesbezüglich freier. So sieht § 39 Abs. 2 GmbHG vor, dass **abweichende Regelungen zur Stimmgewichtung im Gesellschaftsvertrag** getroffen werden können, jedoch mit der Einschränkung, dass jedem Gesellschafter mindestens eine Stimme zukommen muss. Meines Erachtens ist die individuelle Stimmrechtsverteilung, mit Ausnahme des Falles des Stimmrechtsausschlusses in der GmbH möglich, solange die Feststellung der Stimmverteilung nach objektiven Kriterien erfolgt. Bei der GmbH und bei der Aktiengesellschaft sind Höchststimmrechtsbeschränkungen, welche über einen starren Höchstbetrag oder mit Abstufungen konstruiert werden können, möglich, womit Gesellschafter mit hohen Kapitalanteilen beschränkt werden können.

In der Gruppenbesteuerung ist Bedacht auf die Tatbestandsmerkmale der finanziellen Verbindung, welche eine Kapitalmehrheit und Stimmmehrheit voraussetzen, zu nehmen, denn gerade eigene Anteile, Höchststimmrechte und stimmrechtslose Vorzugsaktien können bei mangelhafter Planung die Unwirksamkeit eines Gruppenvertrages zur Folge haben.

Minderheitsbeteiligungen, als Instrument Gesellschafter mit Kapitalisierungs- und Haftungsverantwortung zu belegen, können vor allem bei Stimmverboten hinderlich wirken (Blockierungspotential).

Der Shareholder Value entspricht den mit dem Eigenkapitalkostensatz diskontierten zukünftigen freien Cash Flows. Leitungsmacht, Vermögensrechte und -pflichten, Besteuerung, Eigenkapitalbindung und die Auswahl der Minderheitsgesellschafter sind direkte Einflussgrößen des Free Cash Flows. Das Risiko wird durch die verlangte Eigentümerrendite ausgedrückt, welche durch konzerninterne Beteiligungsbeziehungen und die Strukturierung der Minderheitengesellschafterpositionen beeinflussbar ist. So genannten systematischen Risiken (Wirtschaftslage, Aufsichtspolitik) und unsystematischen Risiken (Managementfehler, Wettbewerbsnachteile) kann durch Konzernstrukturen begegnet werden, die sich flexibel und effektiv an geänderte Rahmenbedingungen anpassen. Zeitintensive Prozesse (Beschlussfassungen) gilt es zu minimieren, da formale Fehler in der rechtlichen Konzernführung einerseits Angriffsfläche für opportunistisch Handelnde im Konzern bietet und notwendige Geschwindigkeit im operativen Geschäft andererseits untergräbt.

Der **multiplikative** Ansatz wird vor allem für die Beurteilung der effektiven Eigenkapitalbeteiligung herangezogen. Der **additive** Ansatz ist relevant, wenn die „Konzernzugehörigkeit“ eines Unternehmens eruiert werden soll, wobei der Teufel im Detail steckt. Die Zurechnung von Beteiligungen, sei dies durch den multiplikativen oder den additiven Ansatz oder einer im Gesetz selbst definierten Zurechnungsnorm, ist im Finanzbereich bzw. im Wirtschaftsrecht bei **mittelbaren Beteiligungen** nicht eindeutig. Mittelbare Beteiligungen auf Basis von § 15 AktG bzw. § 115 GmbHG, § 244 UGB, § 22 Abs. 3 ÜbG oder des BWG/VAG/KStG, einschränkend auf den Anteil an Stimmen, beziehen sich auf den additiven Ansatz. § 91 BörseG sowie BWG/VAG/KStG, einschränkend hinsichtlich des Kapitals, folgen bei mittelbaren Beteiligungen dem multiplikativen Ansatz.

Die Zulässigkeit der wechselseitigen Beteiligung wird durch Existenz eines Abhängigkeitsverhältnisses beeinflusst. Liegt ein Abhängigkeitsverhältnis vor, ist die wechselseitige Beteiligung im Aktienrecht (bzw. bei einer Aktiengesellschaft als herrschende Gesellschaft) mit § 65ff. AktG beschränkt. Eine derartige Beteiligung ist im GmbH-Recht nicht möglich, außer wenn die GmbH die abhängige Gesellschaft und die herrschende Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist. Liegt im Aktienrecht keine Abhängigkeitsbeziehung vor, dann ist theoretisch eine wechselseitige Beteiligung im Verhältnis 50:50 möglich, wobei konstatiert werden muss, dass die allgemeine Festlegung dieser Beteiligungsquote nicht unproblematisch ist. Folglich sollte der Verwässerungseffekt, welcher vom Gewicht der Beteiligung am Bilanzvermögen abhängig ist, Maßstab sein und nicht die Beteiligungsquote. Für das GmbH-Recht gilt selbiges, nämlich, dass Beteiligungen zwischen 25-50 % ohne Abhängigkeitsverhältnis dann unproblematisch sind, wenn keine erheblichen Umschichtungen des Vermögens vorgenommen werden. Wechselseitige Beteiligungen in Höhe von bis zu 25 % ohne Abhängigkeitsverhältnis sind unproblematisch.

Verschachtelte Konzerne sind unter den betriebswirtschaftlichen Überlegungen des Multiplikator-Effektes und des Rentabilitäts-Leverage-Effektes interessant, doch setzen sie einerseits durchdachte Konzernstrukturen und anfechtungsfeste Gesellschaftsverträge sowie keine aufsichtsrechtlichen

Ressentiments zu derartigen Konstruktionen dahingehend voraus, dass die Aufsichtsbehörden ihre Aufgaben gesetzeskonform erledigen können.

Stille Gesellschaften bieten sich bei Investmentgemeinschaften und Private Equity Gesellschaften als Alternative zur Treuhandbeteiligung an. Beiden ist systemimmanent, dass die Kapitalbeteiligung und die Lukrierung von Gewinnanteilen im Vordergrund stehen und dass die Geheimhaltung des Gesellschaftsverhältnisses hochgehalten wird. Die Konzernstrukturen österreichischer Kreditinstitute zeugen ebenfalls von treuhändischen Beteiligungen und stillen Beteiligungen, was einerseits aus den Motiven der Vermeidung von Verkehrssteuern und andererseits aus der diskreten Bereitstellung von notwendigem Kapital resultiert.

Der Bedarf an diskreten Beteiligungsmöglichkeiten stößt jedoch bei kartellrechtlichen Beschränkungen an seine Grenzen. Auch sind im Sinne des Aufsichtszieles die Eigentumsverhältnisse offenzulegen, da die Struktur eines Konzerns, dem Eigentümer angehören, die eine qualifizierte Beteiligung an dem Kreditinstitut halten, derart konzipiert sein muss, dass eine wirksame Aufsicht über das Kreditinstitut nicht behindert wird.

Ziel der Rechtsformwahl ist einerseits von einem institutionsökonomischen Aspekt die Minimierung der Transaktionskosten und andererseits die legale Haftungsabschottung. Die freie Rechtsformwahl wird dort eingeschränkt, wo aufsichtsrechtliche Bestimmungen lediglich einen numerus clausus zulässiger Rechtsformen zum Betrieb eines Geschäftes erlauben. Abhängig von der Größe des zu leitenden Konzerns sind Aktiengesellschaften als Holdingkopf bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen dominant.

Eigentümer organisieren sich abhängig von deren Strategien als natürliche oder juristische Personen, wobei bei einigen Kreditinstituten sektorimmanent die Rechtsform der Genossenschaft oder der Sparkasse genutzt wird. Investmentgemeinschaften und Private Equity Gesellschaften sind üblicherweise als GmbH-Konzerne strukturiert, wobei zur Kapitalisierung auf Beteiligungsmodelle über Genussscheine, stille Beteiligungen oder Kommanditgesellschaften zurückgegriffen werden. Das Studium österreichischer Finanzintermediäre zeigt eine Dominanz von Gesellschaften mit beschränkter Haftung als abhängige Unternehmen. Dies resultiert vorwiegend aus den personalistischen Elementen, der dadurch gesteigerten Kontroll- und Weisungsbefugnis und aus Vorteilen in der gesellschaftsvertraglichen Steuerung und der stützenden Schranke der Treuepflichten.

Aus der Weisungsbefugnis ergibt sich, dass die Geschäftsführung, anders als der Vorstand, die Geschäfte der Gesellschaft nicht in eigener Verantwortung zu leiten hat, sondern sich auch an den umfassenden Entscheidungszuständigkeiten der Gesellschafter zu orientieren und die beliebigen, nicht gesetzeswidrigen, Weisungen oder gesellschaftsvertraglich normierten Beschränkungen in Geschäftsführungsangelegenheiten zu befolgen hat. Ferner obliegt die Abberufung der Geschäftsführer der Gesellschaftsversammlung, während sie bei der Aktiengesellschaft dem Aufsichtsrat zukommt.

Demnach führt die Mittelbarkeit der Abberufungskompetenz zu Effizienzverlusten. Erkauft wird dieser Vorteil des flexibleren Handelns im Wesentlichen durch den Nachteil, dass die Finanzierung der Konzerntochter - vereinfacht - auf Eigenkapital durch die Gesellschafter und Fremdkapital durch Banken beschränkt ist, da auch obligationsähnliche Konstruktionen vermieden werden sollen.

Verstärkt wird dieser Effekt durch die Tatsache, dass eine Übertragung der Geschäftsanteile aufgrund gesellschaftsvertraglicher Vinkulierungsklauseln tendenziell schwieriger ist und dass die einzige Austrittsmöglichkeit eines Gesellschafters, außer dem Fall des einheitlichen Vorgehens durch Kapitalherabsetzung oder Geschäftsanteilsübernahme, theoretisch über die Klage auf Auflösung geht. Die ständige Rechtsprechung lehnt jedoch eine Ausschluss-, Auflösungs-, oder Austrittsklage in der GmbH sogar aus wichtigem Grund ab, was bei Meinungsverschiedenheiten bei einer GmbH-Konzerntochter zu hohen wirtschaftlichen Opportunitätskosten führen könnte.

Konzernrechtlich problematisch aus Sicht der Minderheitsgesellschafter ist wiederum das Kollisionspotential des Mehrheitsgesellschafters mit der Geschäftsführung aufgrund der personalistischen Grundstruktur der GmbH. Schon die strukturellen Unterschiede zwischen AG und GmbH zeigen, dass bei der GmbH trotz formeller Trennung zwischen Geschäftsführung und Gesellschaftern die materielle Trennlinie nicht strikt charakteristisch ist. Demnach tragen die Gesellschafter „unternehmerische Verantwortung“, weil sie sehr wohl parziell oder auch umfassend die Geschäfte der Gesellschaft steuern können. Dadurch ist die Gefahr einer Haftung aufgrund von Einflussnahme auf „fremdes Vermögen“ bei einer GmbH höher.

Bei Aktiengesellschaften ist das Eigeninteresse aus Rechtsgründen prädominant, wodurch sie sich als Konzernmutter eher eignet denn als Konzerntochter. Aktiengesellschaften haben den signifikanten Vorteil, dass sie Zugang zu den Kapitalmärkten verschaffen, wodurch Kapital für Investitionsprojekte oder Internationalisierungsstrategien leichter aufgebracht werden kann. Eine Konsequenz daraus ist, dass die Ansprüche an die Gründung einer Aktiengesellschaft höher sind, was sich auch im Gründungsaufwand (Grundkapital, Vorlaufzeit, Berichte, Prüfungen) sowie im Überwachungs- und Kontrollbedarf niederschlägt.

Eine Kombination der Vor- und Nachteile einer GmbH und einer AG scheint die Societas Europaea darzustellen. Sie ermöglicht in ihrem Verwaltungsrat eine Weisungsbefugnis an den geschäftsführenden Direktor sowie die Abberufung des Verwaltungsrates unmittelbar durch die Hauptversammlung und behält aufgrund ihrer Wurzeln im Aktienrecht die Möglichkeit, finanzielle Mittel über den Kapitalmarkt zu besorgen. Die kritisierten Nachteile der SE, die ihr, neben den Flexibilisierungsbestrebungen des Gesetzgebers bei den bestehenden Rechtsformen die umfassende Befürwortung verhindern, sind der komplizierte Prozess der Arbeitnehmermitbestimmung, die hohen Gründungskosten und die im Gegensatz zur AG eingeschränkte Flexibilität in der Änderung der Satzung, weil das Mehrheitserfordernis nur auf $\frac{2}{3}$ gesenkt werden kann, wohingegen dieses bei der AG auf eine einfache Mehrheit minimiert werden kann.

Die Genossenschaften und Sparkassen sind geschichtlich gewachsene Rechtsformen. Den unbeschränkt oder beschränkt haftenden Genossenschaften ist der Förderzweck immanent und sie charakterisieren sich durch die starke, teilweise beschränkende, Orientierung an den Genossenschaftlern und dem Genossenschaftsvertrag. Hervorzuheben ist, wie auch bei den Sparkassen, die verbundrechtliche Einbettung, was einen (finanzmarkt)stabilisierende Effekt zur Folge haben kann. Generell finden auf Genossenschaften aktienrechtliche Bestimmungen Anwendung und sie ist auch offen für andere Beteiligungsformen, wie stille Beteiligungen oder Kommanditbeteiligungen.

Der Vorteil der Genossenschaften liegt unbestritten in ihrem gemeinschaftlichen Förderansatz, doch widersprechen ihr die strikt kapitalistischen Gestaltungspotentiale der Aktiengesellschaft, der SE und der GmbH. Ähnliche Beschränkung erfährt die Sparkasse, deren vereinsrechtliche Kern ab einer kritischen Masse hinderlich wirkt. Daher wurde das Instrument der anteilsverwaltenden Sparkasse eingeführt, wodurch der Betrieb der Sparkasse in Form einer Aktiengesellschaft geführt wird, und sich die Sparkasse im Grunde auf die Beteiligungsverwaltung beschränkt.

Privatstiftungen als Konzernmutter sind denkbar, doch aufgrund ihrer Unflexibilität in der Manövrierbarkeit sowie dem mangelnden Zugriff auf die Steuerung unüblich. Somit beschränkt sich der Anwendungsbereich von Privatstiftungen in der Verwaltung ausgelagerten Vermögens sowie zur Abschottung von Vermögen von Einflussnahmen.

DER KONZERNIERUNGSPROZESS

KAPITEL V

KONZERNEINGANG

Dem Thema der Konzernstrukturoptimierung ist die Lehre von der konzerntypischen Gefährdungslage oder des Konzernkonfliktes als wirtschaftliche Tatsache inhärent. Das Spannungsfeld der Optimierung eines Konzerns erstreckt sich gerade über den tatsächlichen Machtübergang auf ein anderes Unternehmen außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeit, wodurch das vom Gesellschaftsrecht intendierte Kräftespiel zwischen den Organen der Gesellschaft aus den Angeln gehoben wird⁷⁹⁶. Man muss sich ferner der Interessenslage der im Konzernierungsprozess Involvierten bewusst werden, um Regelungsinhalte in ihrer normativen Tiefe zu verstehen. Während die Lehre⁷⁹⁷ und die Rechtssprechung⁷⁹⁸ wie *Jud* sagt, in Bezug auf die Konzerneingangskontrolle auf der Ebene der herrschenden Gesellschaft hauptsächlich auf den Schutz des Aktionär abzielt, ist primäres Schutzobjekt der Konzerneingangskontrolle auf Ebene der abhängigen Gesellschaft die Wahrung der Unabhängigkeit der Gesellschaft als solche anzusprechen⁷⁹⁹. Die kautelarjuristische Praxis verlangt vom Konzernplaner, -steuerer bzw. vom Risikomanager die Fähigkeit im Nebel der konzerntypischen Gefährdungslagen die Lichter der Leitungsmacht zielgerichtet einzusetzen.

1. Konzerneingang

Mitteilungspflichten

Im Prozess der Konzernierung müssen umfassende Mitteilungspflichten bedacht werden, denn die Herbeiführung einer (Abhängigkeits-) Beziehung bewirkt die Pflicht, die beteiligten Gesellschaften (und deren Gesellschafter) sowie gegebenenfalls Aufsichtsorgane vom Vorgang zu informieren⁸⁰⁰. Dies resultiert aus der Parallele zu den **vor- und nebenvertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten** (culpa in contrahendo) einerseits, und aus **behördlichen** oder anderen **spezialgesetzlichen** Bestimmungen⁸⁰¹ andererseits⁸⁰².

Durch diese Mitteilung soll im Grunde die Minderheit auf drohende Gefahren und auf deren Möglichkeit, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen hingewiesen werden. Aus anderen Materiengesetzen ergibt sich,

⁷⁹⁶ Begründung zum RegE, Vorbemerkungen zum Dritten Buch des deutschen Aktienrechts bei Kropff, S. 373; Kropff, Bruno: Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6. September 1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 mit Begründungen des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, Düsseldorf 1965

⁷⁹⁷ *Emmerich/Habersack* (2008), Konzernrecht, 7 sowie siehe auch *Emmerich, Volker./Sonnenschein, Jürgen*: Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaften, GmbH, Personengesellschaften und Genossenschaften, 4. Auflage, 1992

⁷⁹⁸ beispielhaft für das deutsche Recht BGH 16. November 1981, II ZR 150/80 BGHZ 82, 188 = NJW 1982, 933; BGH 25. Februar 1982, II ZR 174/80 BGHZ 83, 122, AG 1982, 158, Jus 1982, 700 *Holz Müller*; BGH 15. Juni 1992, II ZR 18/91 BGHZ 119, 1, AG 1992, 450; LG Frankfurt 10. März 1993, 3/14 O 25/92 AG 1993, 287

⁷⁹⁹ *Jud, Waldemar/Hauser, Werner*: Die Vinkulierung von Namensaktien als Instrument der konzerntypischen Eingangskontrolle, NZ 1995, 121

⁸⁰⁰ vgl. *Torggler*, (1996), 237ff., 283ff.

⁸⁰¹ z.B. Bankwesengesetz, Versicherungsaufsichtsgesetz, Wertpapieraufsichtsgesetz, Pensionskassengesetz etc.

⁸⁰² „Es besteht keine allgemeine Rechtspflicht, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine Entscheidung einen Einfluß haben können. Eine Aufklärungspflicht besteht in der Regel nur dann, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte. Die Aufklärungspflicht endet an der Grenze objektiver Voraussehbarkeit einer Gefährdung der Interessen des Gegners“ RIS-Justiz RS0016390 sowie RS0014811

dass nicht zwangsläufig nur die Minderheit Schutzadressat der Mitteilungspflichten ist, sondern auch der Finanzmarkt und deren Teilnehmer generell⁸⁰³. Obwohl diese Mitteilung üblicherweise mit keinen großen Belastungen für den Mitteilenden verbunden ist⁸⁰⁴, muss sie dennoch **unterbleiben**, wenn sie nach **vernünftiger kaufmännischer Beurteilung** das **Potenzial** hat, der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen **erheblichen Nachteil** zuzufügen⁸⁰⁵. Dieser Leitsatz findet jedoch im Verhältnis zu aufsichtsrechtlichen Bestimmungen keine Anwendung, denn einerseits ist die Aufsichtsbehörde an die Amtsverschwiegenheit⁸⁰⁶ gebunden und andererseits ist die aufsichtsrechtliche Bewilligung oftmals Voraussetzung für die Entfaltung von Rechtswirkungen⁸⁰⁷.

Bei einer GmbH ist die Übertragung eines Geschäftsanteiles unter Umständen an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden und ist im Firmenbuch einzutragen⁸⁰⁸. Eine Information an die Gesellschaft gibt es bei der Aktiengesellschaft bei vinkulierten Namensaktien⁸⁰⁹. Diesfalls kann die Übertragung von Namensaktien an die Zustimmung der Gesellschaft, üblicherweise durch den Vorstand, wenn die Satzung nichts Abweichendes definiert, gebunden werden. Bei gravierenden Veränderungen („wichtigen Anlässen“), unter die auch bedeutende Änderungen der Eigentümerstruktur⁸¹⁰ fallen, hat der Vorstand den Aufsichtsrat zu informieren⁸¹¹, wobei dies gemäß § 28a GmbHG sinngemäß für die GmbH gilt.

Die Mitteilungspflichten des Börsegesetzes (z.B. § 48d, § 91 BörseG) haben keine beschränkende Auswirkung auf die Konzernierung, denn sie zielen lediglich auf die Unterbindung von Informationsasymmetrie (Insiderhandel, Marktmissbrauch) ab. Ziel ist es daher Einflusspositionen und Machtverhältnisse bekannt zu machen, weil sie ein wichtiges Informationskriterium am Kapitalmarkt sind (Anlageentscheidung des Investors). Als Insiderinformation wird gemäß § 48 BörseG jene öffentlich nicht bekannte, genaue Information definiert, die „*direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten von Finanzinstrumenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betrifft und die, wenn sie öffentlich bekannt*

⁸⁰³ vgl. § 48d BörseG

⁸⁰⁴ „Ein Gebot, den Vertragspartner auf die Notwendigkeit einer Rechtshandlung hinzuweisen, welche diesen vor Nachteilen bewahrt, gleichzeitig aber die eigene Position verschlechtert, könnte nur in Betracht kommen, falls entweder eine besondere Fürsorgepflicht bzw. Treuepflicht besteht oder der Nachteil auf Seiten des Vertragspartners bei Unterlassung der Handlung außergewöhnlich groß, jener des anderen Teils infolge dieser Rechtshandlung hingegen unverhältnismäßig gering wäre, also insoweit ein krasses Missverhältnis vorliegt“ OGH 3 Ob 632/76 vom 18. Jänner 1977

⁸⁰⁵ sinngemäß § 220a AktG iVm § 113 Abs. 3 AktG; siehe auch § 48d Abs. 2 BörseG

⁸⁰⁶ z.B. § 14 FMAG: „Die Arbeitnehmer der FMA sind über alle ihnen ausschließlich aus ihrer dienstlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist, gegenüber jedermann, dem sie über solche Tatsachen nicht eine behördliche Mitteilung zu machen haben, zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Organe der FMA und ihre Arbeitnehmer unterliegen ferner der Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses als Amtsgeheimnis gemäß § 38 Abs. 1 BWG.“ Die Entbindung von Arbeitnehmern der FMA von der Verschwiegenheitspflicht obliegt dem Vorstand der FMA; § 46 Abs. 2, 3 und 4 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333/1979, sind anzuwenden oder auch § 45 NBG „Die Österreichische Nationalbank, ihre Aktionäre, die Mitglieder ihrer Organe, ihre Dienstnehmer, sonst für die Österreichische Nationalbank tätige Personen sowie der Staatskommissär und sein Stellvertreter sind über alle ihnen ausschließlich aus ihrer Tätigkeit oder Funktion bekannt gewordenen vertraulichen Tatsachen zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit nicht auf Grund von Auskunftspflichten im Rahmen des ESZB oder auf Grund des Vorliegens eines der in § 38 Abs. 2 BWG, BGBl. Nr. 532/1993, genannten Tatbestandes über diese Tatsachen Auskunft zu erteilen ist. Diese Verschwiegenheitspflicht besteht auch nach Übertragung der Aktien, nach dem Ausscheiden aus Organfunktionen, nach Beendigung des Dienstverhältnisses zur Österreichischen Nationalbank, der sonstigen Tätigkeit oder Funktion weiter.

⁸⁰⁷ vgl. § 21 BWG

⁸⁰⁸ § 26 GmbHG

⁸⁰⁹ § 62 AktG

⁸¹⁰ was eine gravierende Veränderung ist bleibt frei; auch kann nicht gesagt werden, dass diesbezügliche Anhaltspunkte zwingend aus dem Unternehmensgesetzbuch gewonnen werden müssen; vielmehr hat der sorgfältige Geschäftsleiter die potentiellen Auswirkungen abzuschätzen und auf ihre Maßgeblichkeit zu überprüfen.

⁸¹¹ § 81 Abs. 1 AktG

würde, geeignet wäre, den Kurs dieser Finanzinstrumente [...] zu beeinflussen, weil sie ein verständiger Anleger wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidung nutzen würde“.

Adressaten des Übernahmegesetzes sind die Aktionäre der Zielgesellschaft. Auch das Übernahmegesetz zielt nicht darauf ab Übernahmen zu verhindern, sondern eröffnet lediglich jenen Aktionären die sich einem neuen „Machthaber“ entgegensetzen die Möglichkeit ihre Aktien zu verkaufen. **Übernahmerechtlich** gibt es **keine umfassenden Mitteilungspflichten** des **Vorstandes** der Zielgesellschaft. Lediglich § 14 ÜbG normiert, dass der Vorstand und der Aufsichtsrat der Zielgesellschaft unverzüglich nach Veröffentlichung der Angebotsunterlagen **begründete Äußerungen** über das Angebot (u.a. zur Gegenleistung und Auswirkungen auf Arbeitsplätze) zu **verfassen** haben.

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, verlangt der Prozess der Konzernierung vielfach die Änderung der „Unternehmensverfassungen“. Bereits an dieser Stelle soll hingewiesen werden, dass gemäß § 73 Abs. 1 Z. 1 BWG Kreditinstitute der FMA und gemäß § 79 Abs. 2 BWG der Österreichischen Nationalbank (Oenb) unverzüglich schriftlich jede Satzungsänderung anzuzeigen⁸¹² haben. Generell unterscheiden die Aufsichtsgesetze zwischen Anzeigen und Meldungen. **Anzeigen** im Sinne des § 73 BWG betreffen rechtliche und wirtschaftliche Verhältnisse, zu deren Darlegung es nicht unbedingt eines Zahlengerüsts bedarf, wie beispielsweise die genannte Satzungsänderung, sowie die Eröffnung, Verlegung, Schließung oder vorübergehende Einstellung eines Geschäftsbetriebes der Hauptniederlassung oder von Zweigstellen sowie beispielsweise die Erweiterung des Geschäftsgegenstandes. **Meldungen** im Sinne des § 74 BWG hingegen umfassen üblicherweise Zahlenangaben, wie beispielsweise aufgrund der vierteljährlichen Übermittlung des Vermögens-, Erfolgs- und Risikoausweises.⁸¹³

Wettbewerbsverbot

Das Wettbewerbsverbot ist eine bedeutende Norm in der Phase des Konzerneingangs. Während im **Aktienrecht** das Wettbewerbsverbot explizit nur für den **Vorstand**⁸¹⁴ normiert ist⁸¹⁵ und die Treuepflicht für den Aktionär⁸¹⁶, außer für den Fall, dass dieser die Gesellschaft nicht schädigen darf⁸¹⁷, umstritten ist, enthält § 24 **GmbHG** durch die Normierung eines Wettbewerbsverbotes für **Gesellschafter** im Gesellschaftsvertrag mehr Potenzial. Gemäß § 24 GmbHG dürfen **Geschäftsführer** „ohne Einwilligung der Gesellschaft weder Geschäfte in deren Geschäftszweige für eigene oder fremde Rechnung machen

⁸¹² eine Übermittlung per E-Mail wird von der FMA akzeptiert. Unverzüglich ist eine Anzeige geleistet, wenn sie innerhalb von 14 Tagen ab Beschlussfassung der Aufsichtsbehörde zukommt. vgl. Dellinger (2005), § 9 Rz 6

⁸¹³ vgl. Laurer/Borns/Strobl/Schütz M./Schütz O. (2008), § 73 und 74

⁸¹⁴ § 79 AktG „Die Vorstandsmitglieder dürfen ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Unternehmen betreiben, noch Aufsichtsratsmandate in Unternehmen, die mit der Gesellschaft nicht konzernmäßig verbunden sind oder an denen die Gesellschaft nicht unternehmerisch beteiligt ist, noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Sie dürfen sich auch nicht an einer anderen unternehmerisch tätigen Gesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter beteiligen). Die Aktienrechtliche Norm ist analog auf den Vorstand des Sparkassenvereins anzuwenden.

⁸¹⁵ bei Aktiengesellschaften zielt das Wettbewerbsverbot vor allem darauf ab, dass die gesamte Arbeitskraft des Vorstandsmitgliedes reserviert wird. Daher spricht man zusätzlich beim Wettbewerbsverbot bei Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft von Nebentätigkeitsverbot. Diese Ausdehnung resultiert aus der selbstständigeren Stellung eines Vorstandsmitgliedes im Gegensatz zum Geschäftsführer einer GmbH. vgl. Geist, Reinhard: Das Wettbewerbsverbot bei Vorstandsmitgliedern von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, ÖJZ 1992, 257 und 290

⁸¹⁶ das Fehlen einer § 112 UGB entsprechenden Bestimmung wird als beredetes Schweigen des Aktiengesetz gewertet. Zu analysieren bleibt, ob es gesteigerte Treuepflichten für einen Mehrheits- oder Konzernaktionär gibt - dazu Kapitel VI

⁸¹⁷ z.B. § 198 Abs. 2 AktG - Schadensersatz bei unbegründeter Hauptversammlungsanfechtung bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit

[...] oder eine Stelle im Vorstände oder Aufsichtsrate oder als Geschäftsführer bekleiden“. Herrschende Meinung ist, dass dieses Wettbewerbsverbot auch für den Gesellschaftergeschäftsführer gilt. *Koppensteiner* geht einen Schritt weiter indem er die Anwendung des § 24 GmbHG auf den herrschenden Gesellschafter zwar beschränkt, dies jedoch unabhängig davon, ob der herrschende Gesellschafter davon Gebrauch macht oder nicht, was dem Zweck der Präventivität des Wettbewerbsverbotes entspricht⁸¹⁸.

Das Wettbewerbsverbot, als Barriere im Konzerneingang, wird jedoch nur dann schlagend, wenn sich eine diesbezügliche Regelung im Gesellschaftsvertrag nicht findet⁸¹⁹. Findet sich keine diesbezügliche Regelung im Gesellschaftsvertrag, stellt sich die Frage, ob das gesetzliche Wettbewerbsverbot (ohne Einwilligung der Gesellschaft) jegliche Abhängigkeit verhindern kann. *Torggler*, oder zuvor *Lutter/Timm*, geht davon aus, dass das gesetzliche Wettbewerbsverbot nur für die qualifizierte Abhängigkeitsbegründung (75 %) gilt. Dagegen betont *Emmerich*, dass das Wettbewerbsverbot bereits bei einfacher Abhängigkeit gilt, weil der Treuepflicht entgegensteht, dass sich ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit die übrigen Gesellschafter durch die Abhängigkeit zu einem anderen Unternehmen in Gefahr begeben. Meines Erachtens ist *Emmerichs* Überlegung zweckadäquater, denn wenn, wie *Torggler* argumentiert, sich durch die Treuepflicht das Verbot des Aufbaus eines fremden Tätigkeitsbereiches nicht ableiten lässt, dann wäre es ja auch nicht notwendig, die Grenze bei der qualifizierten Mehrheit zu setzen. Der einzige essenzielle Unterschied ist, dass der Gesellschaftsvertrag mit 75%iger Kapitalmehrheit abgeändert werden könnte. Einer umfassenden Leitung oder Etablierung einer Wettbewerbsstellung steht dies jedoch nicht im Wege. In anderen Worten bin ich der Meinung, dass die Möglichkeiten die Interessen des herrschenden Gesellschafters in der Tochter durchzusetzen, bis auf Beschlussfassungen struktureller Art, nicht wesentlich davon abhängig sind, ob eine einfache oder qualifizierte Mehrheit vorliegt⁸²⁰.

Für den Fall keiner diesbezüglichen Regelung zum Dispens des Wettbewerbsverbotes im Gesellschaftsvertrag haben die Gesellschafter des beherrschten Unternehmens einen **Dispensbeschluss** zu fassen, damit die Wettbewerbsproblematik gelöst wird. Dieser Beschluss bedarf der **einfachen Stimmmehrheit**, wobei der betroffene Gesellschafter gemäß § 39 Abs. 1 iVm Abs. 4 GmbHG vom Stimmrecht ausgeschlossen ist⁸²¹. Trotz dieses ersten Schutzmechanismus sah der BGH in seiner **Süssen-Entscheidung**⁸²² den Bedarf nach einer **Inhaltskontrolle** des abhängigkeitsbegründenden Dispensbeschlusses. Eine Zustimmung zur Abhängigkeitsbegründung mit der davorgeschaalteten Befreiung vom Wettbewerbsverbot ist nur dann nicht rechtswidrig, wenn sachliche Gründe - demzufolge

⁸¹⁸ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 61 Rz 8; *Torggler* in *Kalss/Rüffler* (2003), 57

⁸¹⁹ ein solches satzungsunabhängiges Wettbewerbsverbot für GmbH Gesellschafter wird im deutschen Recht fast einhellig befürwortet. vgl. die *Heumann/Ogilvy-Entscheidung* vom 5. Dezember 1983, BGHZ 89, 162 = JZ 1984, 576; dazu fast wortgleiche Begründung im *Süssen-Urteil*: “[...] Sie folgt insbesondere daraus, daß einerseits von der durch die Abhängigkeit begründeten Herrschaftsmöglichkeit jederzeit zum Nachteil der Gesellschaft Gebrauch gemacht werden kann und andererseits in vielen Fällen der objektive Maßstab für die jeweils sachgerechte Maßnahme und damit die Frage einer Benachteiligung und deren Ausgleich fehlt [...]. Hinzu kommt die durch die beherrschende Stellung gegebene Möglichkeit, gesellschaftsinterne Informationen zu erlangen und zu Lasten der Gesellschaft auszubeuten [...]. Die daraus erwachsenden Gefahren für die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit und damit den Bestand des Unternehmens machen es notwendig, das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB dem Sinne nach auch auf einen die Gesellschaft beherrschenden, nicht persönlich haftenden Gesellschafter zu erstrecken“.

⁸²⁰ vgl. *Torggler* (1996), 169, *Torggler* in *Kalss/Rüffler* (2003), 57f.

⁸²¹ zum problematischen Bereich der Stimmverbote gemäß § 39 Abs. 4 GmbHG in Konzernsachverhalten siehe Kapitel VI Punkt 1.2.

⁸²² siehe BGH II ZR 168/79; BGHZ 80, 69 (siehe vor allem 74f.)

im Interesse des zu beherrschenden Unternehmens - vorliegen⁸²³. Diese Überlegung, welche dem gleichen Gedanken wie jenem in der sachlichen Rechtfertigung bei Bezugsrechtsausschluss folgt⁸²⁴, wurde auch nach österreichischem Recht⁸²⁵ befürwortet und bestätigt eine Inhaltskontrolle nach den Grundsätzen der **Erforderlichkeit** und **Verhältnismäßigkeit**, wenn mit Beschluss in eine Konkurrenztätigkeit des herrschenden Gesellschafters eingewilligt werden soll⁸²⁶. Dies unterstützt auch *Nowotny*, der aus der Urteilsbesprechung **Süssen** schlussfolgert, dass Eingriffe in das Mitgliedschaftsrecht der Sachkontrolle unterliegen müssen⁸²⁷. Ein Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht liegt deshalb bei einem abhängigkeitsbegründeten Dispensbeschluss vor, weil es der herrschende Gesellschafter nunmehr in der Hand hat, wie er die Gewinnchancen wem zukommen lässt⁸²⁸. *Torggler* schränkt die Sachkontrolle auf jene Fälle ein, bei denen Beschlüsse zu einer qualifizierten Abhängigkeit führen⁸²⁹. Obwohl im **Genossenschaftsgesetz** ein Wettbewerbsverbot nicht ausdrücklich normiert ist, wird, aufgrund des Mangels an Wertungsunterschieden, für die **analoge Anwendbarkeit** nach § 112 UGB und § 24 GmbHG plädiert⁸³⁰, was in weiterer Folge einen Dispensbeschluss der Genossenschafter bedingt⁸³¹.

Das Bankwesengesetz löst das Problem des Wettbewerbsverbotes aufbauend auf den Grundlagen des Gesellschaftsrechts, abhängig in welcher Rechtsform das Kreditinstitut geführt wird, wie folgt: Einerseits darf gemäß § 5 Abs. 1 Z. 13 BWG kein Geschäftsleiter einen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen ausüben. Andererseits gilt die Bewilligungspflicht bei Beteiligungserwerb gemäß § 20 BWG. Der Erwerb eines Kreditinstitutes ist unter den Bedingungen des §§ 20ff. BWG zu bewilligen. Eine Bewilligung wird lediglich bei Zuverlässigkeit und bei finanzieller Solidität des interessierten Erwerbers erteilt⁸³². Bei Versicherungsunternehmen dürfen die Mitglieder des Vorstands oder die geschäftsführenden Direktoren keinen Hauptberuf außerhalb der Versicherungswirtschaft oder des Bankwesens ausüben⁸³³.

2. Konzernbildung und Beschlusserfordernisse

Ein **faktischer Konzern** kann a) durch den Erwerb einer beherrschenden Stimmen- und Kapitalmehrheit im Zuge einer Kapitalerhöhung⁸³⁴ oder b) durch den Erwerb eines Aktienpaketes bzw. Geschäftsanteiles entstehen. Während dies aufgrund der Fungibilität der Aktien, außer bei Vinkulierung von Namensaktien – unter Berücksichtigung börserechtlicher, übernahmerechtlicher, kartellrechtlicher Bestimmungen, idR

⁸²³ vgl. *Krejci* (1988), 286; vgl. *Torggler* (1996), 179ff; vgl. *Torggler* in *Kalss/Rüffler* (2003), 60ff; kritisch dazu *Koppensteiner* in *Kalss/Rüffler* (2003), 13 in Verweis auf das *Siemens/Nold* Urteil (BGHZ 136, 133, JZ 1998, 47); vgl. *Emmerich/Habersack* (2008), Konzernrecht, 106-108

⁸²⁴ GesRZ 1981, 44, SZ 53/172, GmbHR 1984, 235

⁸²⁵ GesRZ 1982, 249, SZ 55/78; GesRZ 1986, 36, NZ 1986, 282 zitiert in *Torggler* (1996), 165

⁸²⁶ vgl. *Torggler* in *Kalss/Rüffler* (2003), 60ff

⁸²⁷ vgl. *Nowotny*, GmbHR 1984, 239 zitiert in *Torggler* (1996), 180

⁸²⁸ ebd.

⁸²⁹ vgl. *Torggler* (1996), 183

⁸³⁰ vgl. *Geist* (1992), 290ff.

⁸³¹ zur Anwendung aktienrechtlicher Bestimmungen auf das GenG vgl. *Reischauer*, JBL 1976, 7ff sowie auch OGH 29. Juni 1989, EvBl 1989/187 = GesRZ 1989, 97 = RdW 1989, 365 = NRsp 1989/225 = JUS Extra 1989, OGH-Z/252 = eclex 1990, 418

⁸³² § 20b BWG

⁸³³ § 11 Abs. 3 VAG

⁸³⁴ mit Bezugsrechtsausschluss gemäß § 153 Abs. 4 AktG bzw. § 52 Abs. 3 GmbHG

kein Problem darstellt, ist eine Übertragung von GmbH Anteilen durch Notariatspflicht und in realita häufiger Vinkulierung⁸³⁵ der Geschäftsanteile deutlich erschwert.

Vertragskonzerne werden durch Abschluss von Unternehmensverträgen, wie beispielsweise Ergebnisabführungsverträge oder Beherrschungsverträge oder Verträge nach § 238 AktG, gebildet.

Gemäß § 121 Abs. 1 AktG ist die **Hauptversammlung beschlussfähig**, wenn **zumindest ein Aktionär** oder sein Vertreter an ihr stimmberechtigt teilnimmt⁸³⁶, sofern Gesetz oder Satzung nicht ein bestimmtes oder bestimmte Präsenzquoten vorsehen. Die Generalversammlung der **GmbH** ist gemäß § 38 Abs. 6 GmbHG bei einem Präsenzquorum von wenigstens **10 %** des **Stammkapitals** beschlussfähig, sofern ebenfalls Gesetz oder Satzung keine anderen Regelungen treffen⁸³⁷. **10 %** der **Mitglieder** (an Köpfen) sind bei der Generalversammlung der **Genossenschaft** zur Beschlussfähigkeit notwendig, wenn der Genossenschaftsvertrag nichts Anderes bestimmt – wobei mangels Regelung im Genossenschaftsvertrag nach einer halben Stunde ohne Rücksicht auf die Anzahl der anwesenden oder vertretenen Mitglieder Beschlussfähigkeit vorliegt⁸³⁸. Bei der **Sparkasse** ist die Vereinsversammlung beschlussfähig, wenn zumindest die **Hälfte der Mitglieder** anwesend ist – trifft dies nicht zu kann, wenn darauf in der Einladung hingewiesen wurde, nach einer halben Stunde ohne Rücksicht auf die Anzahl der anwesenden Mitglieder Beschlussfähigkeit festgestellt werden⁸³⁹.

Die positive Beschlussfassung in der Hauptversammlung oder Generalversammlung, welche in verantwortlicher Mitentscheidung zu erfolgen hat⁸⁴⁰, verlangt grundsätzlich die Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfache Stimmenmehrheit), sofern das Gesetz oder die Satzung eine größere Mehrheit oder noch andere Erfordernisse nicht vorschreibt⁸⁴¹. Größere Mehrheit meint diesfalls eine größere Stimmenmehrheit während gesetzlich oder satzungsmäßig andere Erfordernisse, beispielsweise die Statuierung einer Kapitalmehrheit ist. Die einfache Mehrheit ist erreicht, wenn die Zahl der gültigen Ja-Stimmen die der gültigen Nein-Stimmen um wenigstens eine übertrifft. Stimmenthaltungen und ungültige Stimmen werden nicht gezählt⁸⁴².

Die Satzungsbestimmungen sind als Unternehmensverfassung bei jeder Veränderung der inhaltlichen Elemente auf Bedarf einer Adaption zu überprüfen. Bei der Satzung einer Kapitalgesellschaft handelt es sich um einen multilateralen und entgeltfremden Vertrag, auf den die allgemeinen Bestimmungen der Vertragsauslegung gemäß § 914 ABGB anzuwenden sind. Die Auslegung nach § 914 ABGB gilt uneingeschränkt für die **Personengesellschaft**, wodurch die **einfache Auslegung** zur Feststellung der

⁸³⁵ § 76 GmbHG

⁸³⁶ „[...] oder im Wege der Fernabstimmung oder per Brief abgestimmt hat“

⁸³⁷ wird das geforderte Präsenzquorum verfehlt, kann gemäß § 38 Abs 7 GmbHG grundsätzlich eine zweite Versammlung einberufen werden, die ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapital beschlussfähig ist.

⁸³⁸ § 32 GenG, entgegen der Literatur ist eine Reduktion des Präsenzquorums unter 10 % der Mitglieder lt. OGH verboten. vgl. OGH 7 Ob 34/62 vom 24. Jänner 1962, HS 3264; OGH 3 Ob 572/54 HS 2295

⁸³⁹ § 10 Abs. 4 SpG

⁸⁴⁰ vgl. *Reich-Rohrwig* (1997), Rz 2/412 und *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Gesetz Kommentar (2007), § 25 mit dem Hinweis, dass die Haftungsbe freiung für den GmbH Geschäftsführer nur dann im Innenverhältnis entfallen kann, wenn der Beschluss auf umfassender Information beruht und die Gesellschafter eine geplante Maßnahmen nicht bloß unverbindlich zur Kenntnis genommen haben.

⁸⁴¹ vgl. § 113 Abs. 1 und 2 AktG; so auch § 10 Abs. 5 SpG

⁸⁴² vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 113

Parteienabsicht und durch **ergänzende Auslegung** mit dem Ziel der Lückenfüllung über das Gewollte hinaus maßgeblich sind⁸⁴³. Bei **juristischen Personen** sind nach höchstgerichtlicher Judikatur unterschiedliche Maßstäbe anzuwenden. So sind bei **individualrechtlichen Bestimmungen** die Auslegungskriterien des § 914 ABGB anzuwenden. Bei **organisationsrechtlichen Bestimmungen** sind diese jedoch nach ihrem Wortlaut und dem Zweck in ihrem **systematischen Zusammenhang** objektiv auszulegen, was dazu führt, dass es auf den **Parteiwillen** in der Regel **nicht ankommt**. Unerheblich ist in diesem Fall auch, ob es sich um eine Kapitalgesellschaft mit starken personalistischen Elementen handelt⁸⁴⁴. Führt die objektive Auslegung bei organisationsrechtlichen Bestimmungen bei mehrdeutigen Bestimmungen nicht zu einer eindeutigen Lösung, ist sie im **Sinne ihrer Wirksamkeit** auszulegen. Eine ergänzende Auslegung ist, wenn die objektive Auslegung keine eindeutige wirksame Lösung herbeiführen kann, möglich, wenn objektiv die Satzung geprüft wird, welche Regelungen nach dem erkennbaren Sinn und Zweck getroffen worden wären, wenn die Lücke bewusst gewesen wäre⁸⁴⁵.

2.1. Beschlusserfordernisse in der abhängigen Gesellschaft

Wenn Gesellschaften einen Konzern aufbauen, dann stellt sich des Weiteren die Frage, ob damit eine Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsänderung verbunden ist. Dies ist nicht der Fall, wenn in die Satzung bzw. den Gesellschaftsvertrag eine Beteiligungsklausel aufgenommen wurde. Andernfalls müssten Beschlüsse mit den in § 146 AktG bzw. § 50 GmbH normierten Quoren gefasst werden.

Vertragskonzern

Ist die **abhängige Gesellschaft** eine **Aktiengesellschaft** bedarf der Abschluss eines **Unternehmensvertrages**⁸⁴⁶ durch den Vorstand als vertretungsmächtiges Organ eines zustimmenden Beschlusses der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft mit einer Mehrheit von **drei Viertel** des bei der Beschlussfassung vertretenen **Grundkapitals**, welche als nach außen durchschlagende Wirksamkeitsvoraussetzung gilt. Eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates der abhängigen Gesellschaft könnte sich aus § 95 Abs. 5 Z. 8 AktG ergeben, weil wesentliche Fragen der Organisation, Finanzierung und Unternehmensstruktur tangiert sind⁸⁴⁷. Die herrschende Lehre verneint die Notwendigkeit der Zustimmung des Aufsichtsrates, weil der Aufsichtsrat den Vorstand in seinen Tätigkeiten nicht beschränken kann, da die Zustimmung des Aufsichtsrates lediglich im Innenverhältnis Wirkungen entfaltet⁸⁴⁸. Ist die **abhängige Gesellschaft** eine **GmbH**, bedarf der Abschluss eines Unternehmensvertrages der Zustimmung der Gesellschafter mit einer qualifizierten Stimmenmehrheit

⁸⁴³ vgl. *Jud/Zierler* (2003), 40ff mit Verweis auf OGH 3 Ob 235/00f, *ecolex* 2003, 34; *Jud, Waldemar*: Aktuelle Aspekte des Rechtes der Anlage-Publikums-KG I, *GesRZ* 1979, 1, 4

⁸⁴⁴ OGH 254 Ob 216/01w vom 25. September 2001; OGH 6 Ob 335/97a, *SZ* 71/42; OGH 1 Ob 61/97w, *ecolex* 1998, 404; OGH 6 Ob 214/99k, *ÖBA* 2001, 80 (82); OGH 6 Ob 116/01d vom 6. Juni 2001; anders scheint die Argumentation in OGH 4 Ob 37/01x, *ecolex* 2001/350; für Deutschland mit Verweis auf BGH II ZB 5/85, *BGHZ* 96, 245 (250); BGH II ZR 155/92, *BGHZ* 123, 347 (350); vgl. *Karollus, Martin*: Auslegung und Gültigkeit einer Substanzwertklausel, *NZ* 1995, 193 (194); anders etwa *Jabornegg* in *Schiemer/Strasser/Jabornegg*, *Kommentar* (1998), § 17;

⁸⁴⁵ OGH 5 Ob 668/81, *GesRZ* 1984, 220 (222)

⁸⁴⁶ Beherrschungsvertrag, Gewinnabführungsvertrag

⁸⁴⁷ vgl. *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, *Kommentar* (2006), §§ 95-97 Rz 36

⁸⁴⁸ vgl. *Harrer* (1999), 109 mit Verweis auf *Grünwald*, *GesRZ* 1997, 176 und *Kalss*, *GesRZ* 1995, 245, denn aus § 220c AktG geht hervor, dass eine ausdrücklich normierte Prüfungspflicht durch den Aufsichtsrat einer gleichzeitigen Zustimmungskompetenz entgegensteht.

gemäß § 50 Abs. 1 GmbHG⁸⁴⁹. Hinsichtlich der Notwendigkeit zur Zustimmung des Aufsichtsrates gemäß § 30j Abs. 5 GmbHG gilt das für die Aktiengesellschaft Gesagte.

Faktischer Konzern

Ist die **abhängige Gesellschaft eine Aktiengesellschaft** und lässt sich die Konzernierung mit dem Unternehmensgegenstand und dem Gesellschaftszweck vereinbaren und gibt es keine vinkulierten Namensaktien, dann bedarf der Vorstand keines Beschlusses der Hauptversammlung, sondern hat sich nur an § 70 AktG zu orientieren. Im Falle der Unvereinbarkeit mit dem Unternehmensgegenstand bedarf der Beschluss zumindest einer Mehrheit von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Während beim Vertragskonzern die Beschlussfassung Voraussetzung für den Abschluss eines Unternehmensvertrages ist, ist bei der faktischen Konzernierung die Notwendigkeit einer Beschlussfassung nachgelagert. D.h., dass die neu zusammengesetzte Hauptversammlung sofort die Satzung auf den neuen Unternehmensgegenstand bzw. auf den neuen Gesellschaftszweck hin ändern wird.

Ist die **abhängige Gesellschaft eine GmbH** und wird der Gesellschaftszweck oder Unternehmensgegenstand nicht tangiert, muss kein Beschluss gefasst werden, wenn keine Vinkulierung der Geschäftsanteile vereinbart wurde. Sofern der Gesellschaftszweck tangiert wird, muss der Gesellschaftsvertrag mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen geändert werden⁸⁵⁰. Abänderungen des Gesellschaftsvertrages hinsichtlich des Unternehmensgegenstandes bedürfen eines einstimmigen Beschlusses⁸⁵¹.

Zur Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates in einer GmbH und in einer Aktiengesellschaft gilt das im Rahmen des Vertragskonzerns Gesagte.

2.2. Beschlusserfordernisse in der herrschenden Gesellschaft

Das österreichische Gesellschaftsrecht sieht ausdrücklich keine Zustimmungspflicht der Hauptversammlung oder der Generalversammlung bei Aufbau eines Konzerns vor. Auch ist die Zustimmung des Aufsichtsrates gemäß § 95 Abs. 5 AktG oder § 30j Abs. 5 GmbHG nicht Voraussetzung, sollte jedoch nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden. Jedoch bietet das Argumentarium aus der **Holz Müller**-Entscheidung des BGH⁸⁵² vom 25. Februar 1982 eine Vielzahl an zu berücksichtigenden Anknüpfungspunkten.

Der Ausgangssachverhalt war, dass eine AG ihren Seehafenbetrieb, ca. 80 % des Unternehmensvermögens, in eine Tochtergesellschaft gegen Übernahme von Aktien eingebracht hatte. Kernpunkt war, dass obwohl der Sachverhalt nicht unter den Tatbestand einer Satzungsänderung oder der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens fiel, die Transaktion diesem in seiner Wirkung jedoch

⁸⁴⁹ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 50 Rz 17

⁸⁵⁰ § 50 Abs. 1 GmbHG

⁸⁵¹ § 50 Abs. 3 GmbHG

⁸⁵² BGHZ 83, 122f; BGH vom 25. Februar 1982, II ZR 174/80, BGHZ 83, 122ff., AG 1982, 158; BGH vom 26. April 2004, II ZR 155/02, BGHZ 159, 30ff., AG 2004, 384

sehr nahe kam. Dementsprechend sprach der BGH über grundlegende Entscheidungen, die „so tief in die Mitgliedsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörpertes Vermögensinteresse eingreifen“, dass der Vorstand vernünftigerweise nicht annehmen kann, er dürfe sie in ausschließlich eigener Verantwortung treffen, ohne die Hauptversammlung zu beteiligen. Weil im Ausgangsfall die Übertragung den Kernbereich der Unternehmenstätigkeit, den wertvollsten Betriebszweig, betraf, wurde die grundlegende Unternehmensstruktur geändert. Diese Entscheidung bestätigte die Existenz von ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeiten, die Beschlüsse mit $\frac{3}{4}$ Mehrheit bedürfen, welche in der Leitung des Konzernbetriebes zu bedenken sind.

Zutreffenderweise wird jedoch der Kernbereich der Unternehmenstätigkeit eng ausgelegt⁸⁵³, was in den **Gelatine**-Entscheidungen vom 26. April 2004 durch den II. Zivilsenat betont wurde: „[diese Hauptversammlungszuständigkeiten] kommen allein dann in Betracht, wenn eine von dem Vorstand in Aussicht genommene Umstrukturierung der Gesellschaft an die Kernkompetenz der Hauptversammlung, über die Verfassung der Aktiengesellschaft zu bestimmen, rührt, weil sie Veränderungen nach sich zieht, die denjenigen zumindest nahe kommen, welche allein durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden können“⁸⁵⁴.

Der OGH hat sich in seinem Beschluss vom 1. März 1996 erstmalig mit den **ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeiten** beschäftigt und nährte, obwohl er diesbezüglich nicht entschied, die Erwartung der Anwendbarkeit in jenen Fällen bei denen „die Veräußerung einer Beteiligung dazu führt, dass die AG mit dem zurückbehaltenem Vermögen ihre satzungsmäßigen Unternehmensziele [...] nicht mehr verfolgen kann [was ähnlich einer Satzungsänderung wäre, Anm.]“⁸⁵⁵. Gegenstand der rechtlichen Auseinandersetzung war die Neustrukturierung eines Konzerns. Die Eigentümer der operativen Holdinggesellschaft wären durch die Restrukturierungsmaßnahmen des Vorstandes, die die Einbringung der operativen Töchter in eine Tochter der operativen Holdinggesellschaft vorsah, in die Position einer reinen Finanzholding gedrängt worden. Die ursprünglichen Mitwirkungsbefugnisse wären durch diese Neustrukturierung konterkariert. Der Vorstand greift dadurch derart in die durch Satzung, Syndikatsvertrag und bisherige Geschichte verwirklichte Struktur und in weiterer Folge in den Gegenstand und die Geschäftsziele ein, wie dies nur nach Zustimmung der Hauptversammlung möglich wäre. Auch diesfalls ist die rechtsdogmatische Lösung strittig. § 103 Abs. 1 AktG normiert, dass die Hauptversammlung lediglich in den im Gesetz oder in der Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen beschließen muss. Über Fragen der Geschäftsführung kann (muss aber nicht) gemäß § 103 Abs. 2 AktG die Hauptversammlung entscheiden, wenn der Vorstand oder, sofern es sich um ein gemäß § 95 Abs. 5 AktG seiner Zustimmung vorbehaltenes Geschäft handelt, der Aufsichtsrat es verlangt. Das heißt, § 103 Abs. 2 AktG korrespondiert nicht mit dem Rechtsanwendungsverständnis des BGH, denn aus dem Recht

⁸⁵³ „[...]gründet expressis verbis darauf, dass in einer global vernetzten Wirtschaftsordnung eine zu enge Bindung an jeweils einzuholende Entschlüsse der nicht ständig präsenten, sondern regelmäßig nur mit erheblichem Aufwand an Zeit und Kosten einzuberufenden Hauptversammlung gänzlich unpraktikabel wäre und eine Lähmung der Gesellschaft zur Folge hätte“. OGH vom 26. April 2004, II ZR 155/02, ZIP 2004, 993, 998, AG 2004, 384

⁸⁵⁴ vgl. Habersack, Mathias: Mitwirkungsrechte der Aktionäre nach Macrotron und Gelatine, die Aktiengesellschaft 2005, Heft 5, 137f.

⁸⁵⁵ I Ob 566/95, RdW 1996, 584; GesRZ 1984, 217: Ausgliederung des gesamten Produktionsbereichs, der inhaltlich einer Änderung des Unternehmensgegenstandes nahe kommt, bedarf Einstimmigkeit.

der Geschäftsführungsorgane, die Hauptversammlung mit Geschäftsführungsfragen zu befassen, kann keine Verpflichtung abgeleitet werden zu bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen die Zustimmung der Hauptversammlung einholen zu müssen⁸⁵⁶. Während somit *Schiemer*⁸⁵⁷ und *Frotz*⁸⁵⁸ die Auffassung vertreten, die Hauptversammlung könne weder initiativ Geschäftsführungsfragen an sich ziehen noch durch die Satzung dazu befugt werden, sieht *Nowotny* eine ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit über eine Analogie zu den Beschluss- und Mehrheitserfordernissen bei Satzungsänderungen als sinnvoll an⁸⁵⁹. *Reich-Rohrwig* fordert eine Hauptversammlungszuständigkeit, wenn es sich um schwerwiegende Maßnahmen handelt, welche tief in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre eingreifen und *Hügel* präzisiert, dass es darauf ankomme, ob das verbliebene Gesellschaftsvermögen (sachliches Substrat des Unternehmens) eine Fortsetzung der satzungsmäßigen Unternehmenstätigkeit erlaubt⁸⁶⁰. Dem ist zuzustimmen, wobei die Diffizilität in der Erarbeitung der Parameter, welche derart tief wirken, dass Sie einer Satzungsänderung bedürfen, liegt.

Den Fall der **Aktiengesellschaft** betrachtend, kann ein Hebel in der Wesentlichkeitsschwelle, welche im *Holzmüller*-Sachverhalt 80 % des Aktivvermögens betrug, gesehen werden. In Anlehnung an die *Holzmüller*-Entscheidung wird als **Wesentlichkeitsschwelle** eine Maßnahme, die mehr als 50 % des Aktivvermögens betrifft und qualitativ den Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit berührt, in der deutschen Literatur vertreten⁸⁶¹. Sollte man auch dieser Wesentlichkeitsschwelle folgen, bleibt Unklarheit darüber, welche Maßnahmen grundsätzlich einer Zustimmung bedürfen. Bei einem **Beteiligungserwerb** ist ein Zustimmungserfordernis wohl erst in Fällen anzunehmen, in denen die Beteiligung beispielsweise einen wesentlichen Teil des Ertragswertes des Unternehmen ausmachen würde und weil ansonsten operative Entscheidungen zu sehr vom Vorstand weggetragen werden würden. Eine **Beteiligungsveräußerung** kann nicht unter das Zustimmungserfordernis fallen, da sie keine Maßnahme der Konzernleitung ist, die einer mitgliedschaftlichen Mitbestimmung bedarf und ein Gegenwert (Veräußerungserlös) an dessen Stelle tritt. Eine Ausnahme wäre jener Fall, der nach der Veräußerung dazu führt, dass der Vorstand nicht mehr imstande ist, den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand zu erfüllen, was einer Satzungsänderung gleichkäme. Bei **Ausgliederungen, Einbringungen oder sonstigen umwandlungsrechtlichen Vorgängen** muss darauf Bedacht genommen werden, ob mitgliedschaftliche Rechte in der Obergesellschaft ausgehöhlt werden oder die Gefahr einer Verkürzung des Dividendenrechtes besteht, ob Haftungsrisiken entstehen oder die Gefahr von Vermögensverlagerungen auf Dritte begründet werden⁸⁶².

Meines Erachtens geht die Festlegung einer Wesentlichkeitsschwelle ins Leere, denn diese lässt sich branchenübergreifend nicht definieren. Zweckadäquater ist vielmehr im konkreten Fall zu untersuchen, ob

⁸⁵⁶ OGH 1 Ob 566/95 vom 11. März 1996

⁸⁵⁷ vgl. *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 103

⁸⁵⁸ zur Absicherung der Organmitglieder einer AG gegen Haftungsansprüche der Gesellschaft siehe die Festschrift für Kurt Wagner zum 65. Geburtstag, 1987, 139

⁸⁵⁹ vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 234

⁸⁶⁰ vgl. *Schwarz, Winfried*: Zustimmung der Hauptversammlung zu Strukturmaßnahmen, *ecolex* 1997, 667

⁸⁶¹ vgl. *Reichert, Jochem*: Mitwirkungsrechte der Aktionäre nach Macrotron und Gelatine, die Aktiengesellschaft 2005, Heft 5, 150ff. mit Verweis unter anderem auf *Lutter/Leinekugel*, ZIP 1998, 225, 230; *Henze* in FS Ulmer, 2003, 211, 225 f.; *Hüffer* (2008), § 119 AktG

⁸⁶² vgl. *Habersack* (2005), 137f.; *Reichert* (2005), 150f.

die Kernstrategie und das Kerngeschäft durch die Strukturveränderung, sei dies nun Erwerb, Veräußerung oder sonstige Restrukturierungen, derart ausgehöhlt wird, dass sich ein mit durchschnittlichen Interessen (z.B. Dividende, Mitsprache) ausgestatteter Aktionär in dieser neuen Konstellation nicht an der Gesellschaft beteiligt hätte.

Bei der **GmbH** gibt es bei Abschluss eines Unternehmensvertrages eine Zustimmungspflicht (einfache Mehrheit) der Generalversammlung, da es sich um ein ungewöhnliches Geschäft gemäß § 35 iVm § 39 Abs. 1 GmbHG handelt.

Eine gesetzliche **Zustimmungspflicht** des **Aufsichtsrates** einer GmbH bei Abschluss eines Unternehmensvertrages ist auch bei der **herrschenden Obergesellschaft** zu **verneinen**, wobei diese aber in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag normiert werden könnte⁸⁶³.

Exkurs: Unabhängig von den gesellschaftsrechtlichen Materien sieht das Versicherungsaufsichtsgesetz für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG) gemäß § 61c VAG vor, dass nach Einbringung des VVaG in eine Aktiengesellschaft durch Gesamtrechtsnachfolge der Vorstand in allen Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft fallen, auch die Entscheidung des obersten Organs (Mitglieder des VVaG) verlangen muss.

2.3. Materienspezifische Bestimmungen

Der Prozess der Konzernierung kann neben gesellschaftsrechtlichen Beschlusserfordernissen auch aufsichtsrechtliche bzw. behördliche Tatbestände auslösen. Diese beziehen sich einerseits auf Informations- bzw. Anzeigepflichten sowie auf die Bewilligung durch die Aufsichtsbehörde, zur Entfaltung von Rechtswirkungen, andererseits. Bei Versicherungsunternehmen und Kreditinstituten erfolgt dies aus dem Interesse des Gesetzgebers an der Erfahrung und Integrität sowie an der finanziellen Solidität des potentiellen Eigentümers, welche maßgeblich für die Stabilität dieser Finanzintermediäre sind. Wie gezeigt werden wird, liegt der Hebel zur Vermeidung aufsichtsrechtlicher Anzeige- und Bewilligungspflichten in erster Linie am Grad des Anteils- bzw. Beteiligungserwerbs. Da die aufsichtsrechtlichen Tatbestände ferner an durch Stimmrecht vermittelte Leitungsmacht anknüpfen, liegt es an der vertraglichen Gestaltung, den Bedarf an ressourcenintensivem Behördencontrolling hintanzuhalten.

2.3.1. Bankwesengesetz

2.3.1.1. Beteiligungen an Kreditinstituten

Das Bankwesengesetz findet, wie bereits dargestellt, im Grunde auf alle Unternehmen Anwendung, die aufgrund des Bankwesengesetzes oder anderer bundesgesetzlicher Bestimmungen⁸⁶⁴ berechtigt sind, Bankgeschäfte gewerblich zu betreiben und ihren Sitz in Österreich haben. Durch BGBl I 2009/22⁸⁶⁵

⁸⁶³ vgl. *Harrer* (1999), 116

⁸⁶⁴ z.B. Nationalbankgesetz, Postsparkassengesetz oder Dorotheumsgesetz

⁸⁶⁵ auf Basis der Richtlinie 2007/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. September 2007 zur Änderung der Richtlinie 92/49/EWG des Rates sowie der Richtlinien 2002/83/EG, 2004/39/EG, 2005/68/EG und 2006/48/EG in Bezug auf Verfahrensregeln und

wurde das Bankwesengesetz in Umsetzung der „*Akquisitionsrichtlinie*“ in wesentlichen Teilen des IV. Abschnitts „Eigentümerbestimmungen und Bewilligungen“, welcher die Voraussetzungen für einen Anteilserwerb an Kreditinstituten normiert, adaptiert, um eine Vereinheitlichung der unterschiedlichen Aufsichtsnormen zu erreichen.

Grundsätzlich hat gemäß § 20 Abs. 1 BWG jeder **interessierte Erwerber**, der eine **qualifizierte Beteiligung** oder die **Erhöhung** derselben an einem Kreditinstitut **beschlossen** hat oder wer die **Aufgabe** einer qualifizierten Beteiligung bzw. die **Unterschreitung** der Grenzen von 20, 30 und 50 % beschlossen hat⁸⁶⁶, diesen Umstand unter Angabe des Umfangs der geplanten Beteiligung und den in der **Eigentümerkontrollverordnung** (EKV⁸⁶⁷) genannten Informationen⁸⁶⁸ der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) unverzüglich schriftlich **anzuzeigen**⁸⁶⁹. Im Unterschied zu § 21 Abs. 1 Z. 2 BWG⁸⁷⁰ ist **keine Bewilligung** der FMA Voraussetzung; ihr kommt lediglich eine **Untersagungsmöglichkeit** zu, wenn die in § 5 Abs. 1 Z 3-4a BWG genannten Voraussetzungen nicht vorliegen⁸⁷¹. Das ist dann der Fall, wenn ein potentiell schädlicher Einfluss durch den Erwerbsinteressenten erwartet wird, der die FMA bei Erfüllung ihrer Aufsichtspflicht stört und sie bei Erfüllung ihrer Überwachungspflicht durch Vorschriften eines Drittlandes gehindert wird⁸⁷². Eine Anzeigeverpflichtung wird aufschlüsselnd durch folgende Tatbestände ausgelöst:

1. Wenn der interessierte Bewerber den Erwerb einer qualifizierten Beteiligung beschlossen⁸⁷³ hat. Qualifizierte Beteiligungen liegen vor, wenn mindestens 10 % des Kapitals oder der Stimmrechte an einem Unternehmen direkt oder indirekt gehalten werden oder die Möglichkeit der Wahrnehmung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung gegeben ist⁸⁷⁴.
2. Wenn durch die beschlossene direkte oder indirekte Erhöhung der qualifizierten Beteiligung der Anteil an Stimmrechten oder dem Kapital die normierten Grenzen von 20 %, 30 % oder 50% erreichen⁸⁷⁵ bzw. überschreiten würde oder das Kreditinstitut zum Tochterunternehmen⁸⁷⁶ des interessierten Erwerbers werden würde.

Bewertungskriterien für die aufsichtsrechtliche Beurteilung des Erwerbs und der Erhöhung von Beteiligungen im Finanzsektor; erstmalig anwendbar ab 1. April 2009

⁸⁶⁶ § 20 Abs. 2 BWG

⁸⁶⁷ BGBl. II Nr. 83/2009 Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) über die Informationen, die ein Anzeigepflichtiger, der einen Erwerb, eine Erhöhung, eine Aufgabe oder eine Herabsetzung einer qualifizierten Beteiligung an einem Kreditinstitut, an einem Versicherungsunternehmen, an einer Wertpapierfirma oder an einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen beabsichtigt, der FMA vorzulegen hat (Eigentümerkontrollverordnung – EKV)

⁸⁶⁸ § 20b Abs. 3 BWG

⁸⁶⁹ Diese Verpflichtung trifft auch das Kreditinstitut sobald dieses darüber Kenntnis erlangt (§ 20 Abs. 5 BWG)

⁸⁷⁰ Erreichen, Überschreiten bzw. Unterschreiten der Grenzen an Stimmen oder Kapital eines Kreditinstitutes mit Sitz in einem Drittland, sofern ein anderes Kreditinstitut diese Stimmrechte oder das Kapital direkt oder indirekt hält, erwirbt oder abgibt.

⁸⁷¹ vgl. *Koppensteiner* (2005), Verbundtatbestände, 623ff.

⁸⁷² § 5 Abs. 1 Z. 3-4a BWG

⁸⁷³ Erwerbsabsicht zumindest im Bereich des Antragsstellers einigermaßen substantiiert, vgl. GP XXIV RV 45, 5; d.h. bereits beim Beschluss der Leitungsorgane und nicht erst bei Aufsichtsratsbeschluss oder Hauptversammlungsbeschluss. Anders sieht die herrschende Lehre die Verwaltungspraxis der Finanzmarktaufsicht es vor, welche unter Beschluss jene des Leitungsgremiums sowie des Aufsichtsrates auf Basis § 95 Abs. 5 Z 1 AktG bzw. § 30j Abs. 5 Z 1 GmbHG verstehen. Diesem Argument kann meines Erachtens bei Beschlüssen, die der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen, gefolgt werden.

⁸⁷⁴ § 2 Z. 3 BWG

⁸⁷⁵ nachträglich wiederholte Überschreitungen sind ausgenommen

⁸⁷⁶ § 2 Z. 12 BWG iVm 244 Abs. 1 und 2 UGB; die Konzernierung eines Tochterunternehmens ist an keine Grenze gebunden und löst daher unabhängig davon eine Anzeigepflicht aus.

3. Wenn die Aufgabe der direkt oder indirekt gehaltenen qualifizierten Beteiligung bzw. die Unterschreitung der zuvor genannten Grenzen an einem Kreditinstitut beschlossen wird⁸⁷⁷.

Generell besteht gemäß § 20 Abs. 3 BWG die Anzeigepflicht für Kreditinstitute, einmal jährlich Name und Anschrift der Aktionäre oder sonstiger Gesellschafter, welche qualifizierte Beteiligungen halten, sowie das Ausmaß, wie es sich insbesondere aus den anlässlich der jährlichen Hauptversammlung der Aktionäre oder sonstigen Gesellschafter oder aus den auf Grund der §§ 91 bis 93 Börsegesetz 1989 erhaltenen Informationen ergibt, schriftlich anzuzeigen.

Indirekte Beteiligungen liegen dann vor, wenn die Tatbestände auch durch zwischengeschaltete Rechtsträger realisiert werden. Die Anzahl der sogenannten Trägergesellschaften ist nicht erheblich – sowie auch nicht verlangt wird, dass die Trägergesellschaft(en) Kreditinstitute gemäß § 1 BWG sind⁸⁷⁸. Letztlich stellt sich für den Rechtsanwender die Frage, wie bei indirekten Beteiligungen nun die qualifizierte Beteiligung durch Stimmen oder Kapital herbeigeführt werden wird. Durch den Verweis in § 2 Z 3 BWG auf § 91 Abs. 1a bis Abs. 2a iVm § 92, 92a Abs. 2 und 3 BörseG ist hinsichtlich der Herbeiführung einer qualifizierten Beteiligung durch Stimmen zur Durchrechnung der indirekten Quote auf die Zurechnung der Stimmen abzustellen⁸⁷⁹. Dabei wird nicht auf jeder Ebene multipliziert, sondern die Trägergesellschaften müssen nach börserechtlichen Grundsätzen der jeweiligen Obergesellschaft vollständig, z.B. durch eine kontrollierende Beteiligung, zugerechnet werden können. Es wäre in der Tat verfehlt, eine Anzeigepflicht zu normieren, obwohl die Großmuttergesellschaft keinen kontrollierenden Einfluss auf die Stimmausübung der Trägerunternehmung hat. Hinsichtlich der Herbeiführung einer indirekten qualifizierten Beteiligung am Kapital ist durchzurechnen, als das ausschlaggebende wirtschaftliche Interesse nur Multiplikation von Beteiligungsquoten ermitteln lässt⁸⁸⁰. Ferner gelten diese Anzeigeverpflichtungen auch für gemeinsam handelnde Personen, die zusammengenommen eine qualifizierte Beteiligung erwerben oder erreichen würden. Die Anzeige kann dann durch alle gemeinsam, mehrere oder jeden der gemeinsam handelnden Personen einzeln vorgenommen werden. Bei der Beurteilung der Anzeige prüft die **Finanzmarktaufsicht** die Zuverlässigkeit des interessierten Erwerbers (**Integrität** und **fachliche Eignung**) und die **Erfahrung** jeder Person, die die Geschäfte des Kreditinstitutes infolge des beabsichtigten Erwerbes beeinflussen kann, die **finanzielle Solidität** (intakte Finanzstruktur auch in Zukunft), die **Erfüllung aufsichtsrechtlicher Bedingungen** (Kreditinstitutsgruppen und deren Aufsicht) sowie den Verdacht auf **Geldwäsche** oder **Terrorismusfinanzierung**. Die Konsequenz einer Nichtanzeige ist eine Verwaltungsstrafe (§ 99 Z 3, 4 und 5 BWG) und wird von der Finanzmarktaufsicht mit einer Geldstrafe von bis zu 30.000 Euro bestraft.

Will sich ein Kreditinstitut an einem anderen Kreditinstitut mit Sitz in einem Drittland beteiligen, dann ist § 21 Abs. 1 Z. 2 BWG maßgeblich, demnach es für jedes Erreichen, Überschreiten bzw.

⁸⁷⁷ § 20 Abs. 2 BWG

⁸⁷⁸ vgl. *Kalss, Susanne*: Indirekte Beteiligungen gem. §§ 20 ff BWG in *Jabloner, Clemens/Lucius, Otto/Schramm, Alfred*: Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts – Festschrift für H. Renè Laurer, Wien 2009, 404

⁸⁷⁹ ebd.; umfassend auch *Koppensteiner* (2005), Verbundtatbestände, 623ff.

⁸⁸⁰ vgl. *Koppensteiner* (2005), Verbundtatbestände, 625

Unterschreiten der Grenzen von 10 %, 20 %, 33 % und 50% der Stimmrechte oder des Kapitals (ungeachtet ob mittelbar oder unmittelbar) einer **Bewilligung** durch die FMA bedarf. Diese Norm umfasst keine Beschränkung der Höhe nach sondern es bestehen lediglich bestimmte Verfahrensnormen (Bewilligungsverfahren⁸⁸¹). Daraus ist ersichtlich, dass der Beteiligung zwischen den Kreditinstituten eine größere Bedeutung beigemessen wird. Eine Bewilligung wird erteilt, wenn die sinngemäß anzuwendenden Voraussetzungen für die Konzessionserteilung §§ 4-6 und 8 BWG erfüllt sind.

2.3.1.2. Beteiligungen an anderen Unternehmen

Während bei Beteiligungen an Kreditinstituten keine Größenbeschränkungen vorliegen, ist die **Beteiligung von Kreditinstituten an anderen Unternehmen** durch § 29 BWG **beschränkt**⁸⁸². Dies aufgrund der Überlegung, dass es der Stabilität einer Finanzinstitution abträglich ist, Unternehmensbeteiligungen in einem großen Umfang, die nicht dem Kerngeschäft zuzurechnen sind, einzugehen. Zusätzlich des dem Finanzierungsgeschäft inhärenten Risikos eines teilweisen oder vollständigen Ausfalls der vertraglich vereinbarten Zahlungen kommt es zu einem Eigentümerrisiko, wodurch der moralischen Haftung für Verluste aus branchenfremden Unternehmensentscheidungen Tür und Tor geöffnet würde.

Gemäß § 29 Abs. 1 BWG darf ein Kreditinstitut an anderen Unternehmen, die weder eines oder mehrere der in § 1 Abs. 1 oder 2 BWG genannten Geschäfte gewerbsmäßig betreiben, noch Unternehmen sind deren Tätigkeit in direkter Verlängerung zu der Banktätigkeit steht oder eine Hilfstätigkeit in Bezug auf diese darstellt, noch Unternehmen der Vertragsversicherung oder Rückversicherungsunternehmen sind, keine qualifizierte Beteiligung – d.h. direkt oder indirekt mit mindestens 10 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte oder die Möglichkeit der Wahrnehmung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung – erwerben, deren **Buchwert 15 Prozent ihrer anrechenbaren Eigenmittel** überschreitet.

Die Summe aller Anteile an den zu Buchwerten bewerteten Nichtfinanzunternehmen darf **60 % der anrechenbaren Eigenmittel** eines Kreditinstitutes nicht überschreiten. Im Umkehrschluss können somit aber qualifizierte Beteiligungen an ausgegliederten Unternehmen der Bank, die in irgendeiner Weise der Banktätigkeit dienen, oder Beteiligungen an Versicherungsunternehmen oder Rückversicherungsunternehmen sowie an Kredit- und Finanzinstituten, für welche die Abzugspflichten gem. § 23 Abs. 13 Z 3 BWG⁸⁸³ gelten, eingegangen werden⁸⁸⁴.

Ferner sind (unbeschränkte) Beteiligungen an Nichtfinanzunternehmen möglich, wenn die Beteiligung nur einer vorübergehenden finanziellen Stützungsaktion zur Sanierung oder Rettung des Unternehmens oder

⁸⁸¹ die Bewilligung wird versagt, wenn den Interessen einer soliden und umsichtigen Führung des Kreditinstitutes nicht genügt wird und Tatsachen vorliegen, aus denen sich Zweifel an der persönlichen Zuverlässigkeit dieser Personen ergeben und die Aufsicht an Ihrer Aufsichtspflicht gehindert wird.

⁸⁸² Umsetzung Art 12 der RL 89/646/EWG (2. RL des Rats vom 15. Dezember 1989)

⁸⁸³ Mittelbare und unmittelbare gehaltene Anteilsrechte, nachrangige Forderungen, Partizipationskapital, Ergänzungskapital oder sonstige Kapitalformen die das Kreditinstitut in anderen Kreditinstituten oder in Finanzinstituten besitzt, an deren Kapital es mittelbar oder unmittelbar mehr als 10 vH beteiligt ist.

⁸⁸⁴ vgl. *Laurer/Borns/Strobl/Schütz M./Schütz O.* (2008), § 29

wenn eine Platzierungsverpflichtung für Wertpapiere eingegangen wurde oder die Beteiligung im eigenen Namen jedoch für fremde Rechnung gehalten wird und wenn die Beteiligung dem Handelsbestand und nicht dem dauernden Geschäftsbetrieb dient. Beteiligungen an Personengesellschaften sind, obwohl sie nicht in § 29 Abs. 1 BWG aufgezählt sind, mit dem Normzweck, nicht unkalkulierbares und institutsinadäquates Risiko einzugehen, unvereinbar⁸⁸⁵.

2.3.2. Versicherungsaufsichtsgesetz

Das Versicherungsaufsichtsgesetz erlaubt außer der Vertragsversicherung den Betrieb **nur solcher Geschäfte**, die mit dieser in **unmittelbarem Zusammenhang** stehen⁸⁸⁶ (**Verbot versicherungsfremder Geschäfte**)⁸⁸⁷. Dieses Verbot wurde mit Umsetzung des EU-Rechts aufgenommen und hat den Zweck, die Gefährdung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Versicherungsunternehmen im Interesse der Versicherten zu verhindern. Das heißt zwar nicht, dass Versicherungsgeschäfte risikolos sind, doch ist dieses Risiko im Sinne des überhaupt möglichen Angebots von Versicherungsleistungen im Sinne der Versicherten kalkuliert. Der Betrieb eines Geschäftes verlangt das Merkmal der Planmäßigkeit⁸⁸⁸.

Durch die rechtspolitische Motivation des Gesetzgebers Versicherungsunternehmen im Betrieb versicherungsfremder Geschäfte zu beschränken, ist auch eine Beteiligung an einem Unternehmen, welches versicherungsfremde Geschäfte betreibt durch die Verbotsnorm des § 3 Abs. 3 VAG umfasst⁸⁸⁹. Eine weitere Differenzierung ist dahingehend vorzunehmen ob ein Geschäft **unmittelbar mit der Vertragsversicherung in Zusammenhang** steht **oder**, ob ein Geschäft zwar nicht notwendigerweise, aber einen **hinreichend qualifizierten Zusammenhang** mit dem Versicherungsgeschäft, aufweist.

Zu ersterem zählen u.a. Bankgeschäfte zur Kapitalanlage (Bedeckung der versicherungstechnischen Rückstellungen) und alle sonstigen in einem Betrieb notwendigen Geschäfte zur Sicherstellung des operativen Betriebes (materielle und personelle Ausstattung). Zu zweiterer Gruppe zählen neben den bereits in § 3 Abs. 3 VAG aufgezählten Geschäften, wie beispielsweise die Vermittlung von Investmentfondsanteilen, alle Geschäfte, die im rationellen Einsatz der vom Versicherungsunternehmen geschaffenen personellen und materiellen Kapazitäten, worunter beispielsweise der Aufbau eines Versicherungsvertriebes durch Angestellte, Vermittlung oder die Vermietung von Liegenschaften zur besseren Auslastung subsummierbar sind. Allen gemeinsam muss sein, dass diese nicht Selbstzweck sind, sondern dem Geschäftsbereich zum Betrieb des Versicherungsgeschäftes zuordenbar sind⁸⁹⁰.

Wie das Bankwesengesetz enthält auch das Versicherungsaufsichtsgesetz Bestimmungen zur „Eigentümerkontrolle“ - hier Aktionärskontrolle⁸⁹¹ genannt. Diese sollen verhindern, dass Personen

⁸⁸⁵ vgl. *Koppensteiner* (2005), Verbundtatbestände, 623ff.

⁸⁸⁶ Dies können insbesondere die Vermittlung von Bausparverträgen, von Leasingverträgen, von Investmentfondsanteilen und die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der automatischen Datenverarbeitung sowie der Vertrieb von Kreditkarten sein. vgl. § 3 Abs. 3 VAG

⁸⁸⁷ Art 8 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 73/239/EWG; Art 6 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2002/83/EG. Der Terminus des „versicherungsfremden Geschäfts“ versteht sich als Gegensatz zum Terminus des „Versicherungsgeschäfts und mit diesem in unmittelbarem Zusammenhang stehende Geschäfte“.

⁸⁸⁸ vgl. *Braumüller, Peter*: Versicherungsaufsichtsrecht. Internationale Standards, europäische Richtlinien und österreichisches Recht, Wien, New York, 1999, 127ff., vgl. auch *Baran, Peter*: Versicherungsaufsichtsrecht, Wien 2008, 31

⁸⁸⁹ vgl. *Baran, Peter*: Ein Streifzug durch aktuelle Problemzonen der Versicherungsaufsicht, VR 2008 H4, 13ff.

⁸⁹⁰ vgl. *Baran* (2008), 13ff.

⁸⁹¹ Richtlinie 2007/44/EG ABI L 247 vom 21. September 2007

aufgrund einer qualifizierten Beteiligung⁸⁹² an einem Versicherungsunternehmen negativen Einfluss zum Schaden des Versicherungsunternehmens ausüben und die Interessen der Versicherten gefährden.⁸⁹³

2.3.2.1. Beteiligungen an Versicherungsunternehmen

Das Versicherungsaufsichtsgesetz findet, wie bereits dargestellt, im Grunde auf alle Unternehmen Anwendung, die aufgrund des Versicherungsaufsichtsgesetzes den Betrieb der Vertragsversicherung zum Gegenstand haben und ihren Sitz in Österreich haben. Grundsätzlich hat jeder interessierte Erwerber⁸⁹⁴, der allein oder gemeinsam mit anderen Personen an einem inländischen Versicherungsunternehmen unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung erwerben will, die dazu führt, dass er mindestens 10 % des Grundkapitals oder der Stimmrechte hält oder auf sonstige Weise maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen kann oder der eine solche Beteiligung bereits besitzt und diese mittelbar oder unmittelbar über die Grenze von 20 %, 30 % oder 50 % des Grundkapitals oder der Stimmrechte ausweitet oder auf eine Weise erhöht, dass das Versicherungsunternehmen ihr Tochterunternehmen im Sinn des § 244 UGB wird, dies bei der FMA anzuzeigen. Ein Unterschreiten der Grenzen von 20 %, 30 % oder 50 % ist ebenfalls anzeigepflichtig. Ein maßgeblicher Einfluss wird auch ohne das Halten einer qualifizierten Beteiligung bei wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnissen vorliegen.

Aus Gesagtem folgt für die FMA lediglich eine Untersagungsmöglichkeit. Untersagen wird sie derartige Transaktionen, in denen der interessierte Erwerber nicht dem Anspruch einer soliden und umsichtigen Führung des Versicherungsunternehmens genüge trägt. Bei bestehender Gefahr, dass die Aktionäre mit anzeigepflichtigen Beteiligungen einen Einfluss zum Schaden einer soliden und umsichtigen Führung des Versicherungsunternehmens ausüben werden, hat die FMA alle erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung der Gefahr zu treffen, worunter insbesondere § 106 VAG⁸⁹⁵ zu verstehen ist.

Demnach kann die FMA gerichtlich das Ruhen der Stimmrechte der betroffenen Personen beantragen⁸⁹⁶. Wie auch im Bankwesengesetz ist der Anteil am Kapital oder an den Stimmrechten maßgeblich⁸⁹⁷. Für die Zurechnung der Stimmen ist wie im BWG auf § 92 BörseG zurückzugreifen. Die mittelbare Beteiligung muss es dem mittelbar Beteiligten erlauben, das Stimmverhalten des unmittelbar Beteiligten zu steuern⁸⁹⁸. Hinsichtlich der Kapitalquote ist bei mittelbaren Beteiligungen die durchgerechnete Quote maßgeblich⁸⁹⁹.

2.3.2.2. Beteiligungen an anderen Unternehmen

⁸⁹² Der Terminus „qualifizierte Beteiligung“ existiert nicht im VAG; doch wird in der Literatur eine qualifizierte Beteiligung bei 10 % am Kapital oder der Stimmrechte bezeichnet. vgl. *Winter, Geritt: Versicherungsaufsichtsrecht – Kritische Betrachtungen*, Karlsruhe 2007, 259 und *Baran* (2008), 13ff.

⁸⁹³ vgl. *Winter* (2008), 238

⁸⁹⁴ § 11b VAG

⁸⁹⁵ § 106. (1) Zur Abwendung einer Gefahr für die Belange der Versicherten, insbesondere für die Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen, kann die FMA befristete Maßnahmen durch Bescheid ergreifen, die spätestens 18 Monate nach Wirksamkeitsbeginn außer Kraft treten. Hiezu kann die FMA insbesondere den Mitgliedern des Vorstands oder des Verwaltungsrats, den geschäftsführenden Direktoren oder den Geschäftsleitern der Zweigniederlassung eines ausländischen Versicherungsunternehmens die Geschäftsführung ganz oder teilweise untersagen, einen Regierungskommissär bestellen, die Fortführung des Geschäftsbetriebes ganz oder teilweise untersagen.

⁸⁹⁶ § 11b Abs. 5 VAG

⁸⁹⁷ wie erwähnt, ist die unbefriedigende Situation zu betonen, dass auch stimmrechtslose Vorzugsaktien dadurch Berücksichtigung finden, dass eine einen Schwellenwert übersteigende Kapitalbeteiligung trotz mangelndem Stimmrechts maßgeblich sein würde. Auch hier wäre der Zurückgriff auf den Art 9 Abs. 1 der Richtlinie 2004/109/EG (Transparenz-Richtlinie) sinnvoll, der die Maßgeblichkeit der Stimmrechte betont.

⁸⁹⁸ vgl. *Baran* (2008), 13ff.

⁸⁹⁹ vgl. *Koppensteiner* (2005), Verbundtatbestände, 630

Den Tatbestand eines Beteiligungserwerbes bzw. einer Verfügungsveräußerung durch ein Versicherungsunternehmen behandelt § 76 Abs. 1 VAG. Anzeigepflichtig ist ein Versicherungsunternehmen an die FMA, wenn der Erwerb bzw. die Veräußerung unmittelbar oder mittelbar 50 % des Grund- oder Stammkapitals an dieser Gesellschaft betrifft, wenn der Kaufpreis 10 % der Eigenmittel des Versicherungsunternehmens übersteigt oder wenn durch den Erwerb verbundene Unternehmen im Sinne von § 228 Abs. 3 UGB geschaffen oder abgeschafft werden.

Anzeigepflichtig ist ferner jeder Erwerb und jede Veräußerung zusätzlicher Anteile. Bei der Berechnung des Anteils am Grund- oder Stammkapital sind die Anteile von verbundenen Unternehmen⁹⁰⁰ zusammenzuzählen. Verbundene Unternehmen im Sinne des § 228 Abs. 3 UGB, sind Unternehmen die nach den Vorschriften über die vollständige Zusammenfassung der Jahresabschlüsse verbundener Unternehmen in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens gemäß § 244 UGB einzubeziehen sind. Besitzen demnach AV-AG und die CV-AG, welche mit BV-AG gemäß § 228 Abs. 3 iVm § 244 UGB verbunden sind, je 30 % des Stammkapitals an der Vermittlungs-GmbH, dann wird aufgrund der Addition der Anteile, die Anzeigepflicht gemäß § 76 Abs. 1 Z. 1. VAG greifend. Ist jedoch die BV-AG an der Vermittlungs-GmbH lediglich über die CV-AG, welche Anteile in Höhe von 30 % des Stammkapitals an der Vermittlungs-GmbH hält, beteiligt gilt die kapitalmäßige Durchrechnung, wonach das Beteiligungsverhältnis der BV-AG an der CV-AG zumindest 70 % zu betragen hat um tatbestandserfüllend zu sein.

Auch in diesem Fall kommt der FMA lediglich eine **Untersagungs-** bzw. **Beschränkungsmöglichkeit** zu, welche Sie nach Maßgabe des § 4a Abs. 1 Z. 2 VAG wahrnehmen wird. Werden Anteile und Beteiligungen erworben, die nicht Kapitalgesellschaften bzw. Personengesellschaften mit persönlicher Haftung sind, dann wird bereits eine Anzeigepflicht ausgelöst, wenn der Kaufpreis 1 % der Eigenmittel des Versicherungsunternehmens umfasst. Unter diese Kategorie fallen Beteiligungen an Genossenschaften oder Vereinen.

2.3.3. Genossenschaftsrechtliche Bestimmungen

Gemäß § 1 Abs. 2 GenG dürfen **Beteiligungen** als Mittel zur Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder durch die Genossenschaft lediglich an juristischen Personen des Unternehmens-, Genossenschafts- und Vereinrechts sowie an unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaften eingegangen werden, wenn diese Beteiligung der **Erfüllung** des **satzungsmäßigen Zweckes** der Genossenschaft und **nicht überwiegend** der **Erzielung** von **Erträgen** der Einlage dient. D.h., dass Beteiligungen der Genossenschaft an anderen Unternehmen unzulässig sind, wenn sie keinen wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb aufweisen und nicht dem genossenschaftlichen Förderungszweck dienen, wie es auch der OGH am 2. Februar 1984 entschied⁹⁰¹. Ferner ergibt sich aus der Rechtsstelle, dass unternehmerische Beteiligungen, die zu anderen

⁹⁰⁰ im Sinne des § 228 Abs. 3 UGB

⁹⁰¹ 6 OB 19/83 SZ 57/28 vom 2. Februar 1984

Zwecken erworben sind als jenen zur satzungsgemäßen Förderung, wie beispielsweise hilfs- oder nebengeschäftliche Zwecke, als mit § 1 Abs. 2 GenG unvereinbar gelten.

Als problematisch gelten, aus dem Erfordernis Beteiligung lediglich einzugehen wenn sie der Erfüllung des satzungsgemäßen Zweckes der Genossenschaft dienen, die Beteiligungen, beispielsweise an Industrieunternehmungen oder Beteiligungen an Medien- und Fremdenverkehrsunternehmen, da diese im Grunde wenig mit dem eigentlichen bankgeschäftlichen Betrieb zu tun haben. Einzig die Argumentation, dass diese Kapitalanlagen Ausschüttungen vornehmen, welche zur Finanzierung der Förderagenden herangezogen werden könnten, scheint schlüssig, jedoch unter der ratio legis des § 1 Abs. 2 GenG überspannend⁹⁰².

Aus dem Gesetz ableitend ist jedoch die Beschränkung auf die Beteiligung, wodurch der Anteilserwerb, welcher nicht mit einer Beteiligung gleichzusetzen ist, durch die Beschränkung nicht betroffen ist. Als Beteiligung im Sinne des Genossenschaftsgesetzes gilt die (unternehmerische) Beteiligung im Sinne des UGB. Als Beteiligung gelten (im Zweifel) Anteile an Kapitalgesellschaften von wenigstens 20 % des Nennkapitals bzw. wird eine Beteiligung als Anteile an anderen Unternehmen definiert, die bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesem Unternehmen zu dienen⁹⁰³, wobei die dauernde Verbindung auch durch Syndikatsvereinbarungen erreicht werden kann. Demnach sind der „schlichte“ **Anteilserwerb** (unter 20 %) oder der Anteilserwerb in den Fällen des § 29 Abs. 3 BWG oder unternehmerische Beteiligungen, die zu anderen Zwecken als jenen zur Förderung der Mitglieder, insbesondere für **hilfs-** oder **nebengeschäftliche Zwecke**, mit § 1 Abs. 2 GenG unter folgender Einschränkung vereinbar:

Der schlichte Anteilserwerb und die unternehmerische Beteiligung zu hilfs- oder nebengeschäftlichen Zwecken darf **nicht** dazu dienen lediglich an die Mitglieder ausschüttbare Erträge zu erwirtschaften (**Dividendengenossenschaft**), sondern sie muss beispielsweise der **Förderkapitalbildung** oder der **Kapitalanlage** zur Förderung der Mitgliederleistungen dienen⁹⁰⁴. Zweckentsprechend scheint diesbezüglich der Aufbau von Reserven für spätere Investitionen oder die Schaffung eines Risikopolsters, um Schwankungen am Kapitalmarkt auszugleichen. Dass eine Beteiligung überhaupt eingegangen werden darf, bedingt die Aufnahme der Beteiligungsklausel in den Genossenschaftsvertrag gemäß § 5a Abs. 1 Z. 2 GenG. Dementsprechend ist der „schlichte“ Anteilserwerb auch ohne Beteiligungsklausel möglich.

Jud argumentiert auf Basis der Erläuterung zur Regierungsvorlage BlgNR 13. GP 51Sp. zu Recht, dass es intendiert war, dass das Firmenbuchgericht die Beteiligung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Förderzweck zu untersuchen verpflichtet ist. *Dellinger* zustimmend, geht diese Vorgehensweise jedoch an den praktischen Ansprüchen vorbei, da dadurch jede konkrete Beteiligung in den Genossenschaftsvertrag aufgenommen werden müsste, um sie einer Überprüfungsmöglichkeit des Firmenbuchgerichts

⁹⁰² vgl. *Dellinger* (2001), 5ff.

⁹⁰³ § 228 Abs. 1 S.1 und 3UGB

⁹⁰⁴ vgl. *Dellinger* (2001), 25ff. sowie auch *Beuthien, Volker*: Genossenschaftsrecht: woher – wohin?, 1989, 126

zuzuführen. ME ist daher aus Praktikabilitätsgründen und um keinen (weiteren) organisatorischen Nachteil zur kapitalistisch ausgeprägten Aktiengesellschaften zu begründen, eine Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichtes hinsichtlich der Erfüllung des Förderzweckes nicht notwendig.

2.3.4. Übernahmerechtliche Bestimmungen

Ist das Zielunternehmen im Konzernierungsprozess ein börsennotiertes Unternehmen, muss der Konzernstrategie die potentiellen Auswirkungen aufgrund übernahmerechtlicher Bestimmungen bewerten.

Das aus der Umsetzung der Richtlinie 2004/25/EG vom 21. April 2004 resultierende Übernahmegesetz zielt grundsätzlich auf die Erhöhung der Rechtssicherheit und der Transparenz bei Übernahmeprozessen im Interesse aller Beteiligten ab und hat als impliziertes Ziel den Schutz der Minderheitsaktionäre vor Augen.⁹⁰⁵ Demgemäß sieht die Richtlinie vor, dass, wenn natürliche oder juristische Personen Beteiligungspapiere, die von einer Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland ausgegeben wurden und an einer österreichischen Börse zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, erwerben, die ihnen die Kontrolle über die Zielgesellschaft durch Stimmrechtsausübung verschaffen, sie den Minderheitsaktionären ein Angebot zur Übernahme ihrer Aktien zu einem angemessenen Preis zu unterbreiten haben. Obwohl *Doralt* das Übernahmegesetz als Instrument des Konzerneingangsschutzes⁹⁰⁶ sieht, ist dem entgegenzuhalten, dass das Übernahmegesetz nicht auf die Verhinderung von Transaktionen abzielt, sondern vielmehr ein transparentes Verfahren zum Schutz der Aktionäre ermöglichen soll. Während das Börsegesetz zeitlich nicht beschränkt ist, demnach Mitteilungspflichten über die gesamte Periode einer Börsennotierung eingehalten werden, wird das Übernahmegesetz erst ab Bekanntmachung der Übernahmeabsicht bzw. entsprechender Überlegungen bis zum Ende der Annahmepflicht schlagend. Jedoch gehen die Bestimmungen des Übernahmegesetzes hinsichtlich der Offenlegung weiter, da die Offenlegung sämtlicher Transaktionen in Beteiligungspapieren der Zielgesellschaft verpflichtend ist und keine Einschränkung wie im Börsegesetz auf Aktien und gleichgestellte Derivaten normiert wird. Unter Beteiligungspapieren versteht der österreichische Gesetzgeber börsennotierte Aktien und sonstige übertragbare Wertpapiere, die mit einer Gewinnbeteiligung oder einer Abwicklungsbeteiligung verbunden sind sowie übertragbare Wertpapiere, die zum Erwerb solcher Wertpapiere berechtigen, wenn diese von der Zielgesellschaft oder einem mit ihr verbundenen Unternehmen im Sinn des § 288 Abs. 3 UBG ausgegeben wurden. Somit sind **nicht nur börsennotierte Stamm- und Vorzugsaktien**, sondern auch **alle anderen Arten von übertragbaren und börsennotierten Gewinn- und Substanzpapieren**, wie beispielsweise **Partizipationsscheine, Genussscheine, Gewinnschuldverschreibungen zu Aktien, Wandelschuldverschreibungen und Optionsschuldverschreibungen**⁹⁰⁷ durch den Beteiligungsbegriff umfasst⁹⁰⁸. Das Übernahmegesetz erfasst jedoch auch nicht börsennotierte übertragbare Wertpapiere sofern diese Wertpapiere zum Erwerb börsennotierter Aktien oder sonstiger übertragbarer börsennotierter Wertpapiere der Zielgesellschaft berechtigen. Nicht erfasst sind jedoch von Dritten begebene Optionen.

⁹⁰⁵ § 3 Abs. 1a ÜBG - Die Inhaber von Beteiligungspapieren müssen geschützt werden, wenn die Kontrolle über eine Gesellschaft erlangt wird.

⁹⁰⁶ vgl. *Schmidsberger* in *Pernsteiner/Mittermair* (2002), 676

⁹⁰⁷ Übernahmekommission: GZ 2007/3/1-35

⁹⁰⁸ vgl. ErläutRV 1276 BlgNR XX. GP 37 Nr. 53

Erwirbt ein Bieter mittelbar oder unmittelbar oder gemeinsam mit anderen Rechtsträgern eine kontrollierende Beteiligung, welche abgehend vom ursprünglich abstrakten Kontrollbegriff mit nunmehr 30 % der ständig stimmberechtigten Aktien ausdrücklich definiert wurde, dann hat dieser diese Tatsache unverzüglich der Übernahmekommission mitzuteilen sowie innerhalb von 20 Börsedagen ab Erlangen der Kontrolle ein sogenanntes Pflichtangebot, mindestens zu einem gesetzlich geregelten Preis⁹⁰⁹ zu legen⁹¹⁰. **Gemeinsam vorgehende Rechtsträger** sind jene natürlichen oder juristischen Personen, die zur Kontrollerlangung bzw. -ausübung⁹¹¹ mittels Koordination der Stimmrechte oder mittels Absprache⁹¹² zusammenarbeiten oder die mit der Zielgesellschaft ein Übernahmeangebot zu verhindern suchen. An das gemeinsame Vorgehen wird neben der Zusammenrechnung der Beteiligung zur Beantwortung der Frage, ob die Kontrollschwelle überschritten wurde und (von wem) ein Pflichtangebot zu legen ist auch die Anwendung der Bestimmungen über den Mindestpreis für Vor- und Parallelerwerbe⁹¹³ als Rechtsfolge geknüpft. Im Grunde erfolgt das gemeinsame Vorgehen über den Abschluss eines Syndikatsvertrages, jedoch können auch informelle Absprachen über die Stimmrechtsausübung maßgeblich sein. Zu bedenken ist, dass nicht jede Absprache zwischen Aktionären über die Ausübung der Stimmrechte in der Hauptversammlung gemeinsames Vorgehen begründet, da die Absprache eindeutig auf die Ausübung der Kontrolle zielen muss. So ergibt sich aus den Materialien, dass die Koordination des Stimmverhaltens in Bezug auf eine zukünftige Kapitalerhöhung kein gemeinsames Vorgehen begründet, jedoch eine Absprache des Stimmverhaltens auf die Bestellung des Aufsichtsrates sehr wohl dann, wenn eine nachhaltige Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft intendiert ist. Die durch das gemeinsame vorgehen Adressierten sind ferner nur jene gemeinsam vorgehende Rechtsträger, die an der Kontrollerlangung mitgewirkt und das Stimmrecht nicht lediglich auf Basis einer Weisung eines dieser Rechtsträger ausüben, was dem Umstand Rechnung trägt, dass beispielsweise nicht alle Syndikatspartner an der Änderung der Kontrollstrukturen mitwirken (wollen) und eine Verpflichtung dieser überschießend wirken würde⁹¹⁴. Die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens ist widerlegbar, wenn die Absprache nicht auf die Beherrschung zielt⁹¹⁵. Gemeinsam vorgehende Rechtsträger, welche mittels Absprache mit der Zielgesellschaft ein Übernahmeangebot zu verhindern streben, werden in der betriebswirtschaftlichen Literatur als *white knights* bezeichnet.

Ferner wurde in § 22a ÜbG eine ausdrückliche Regelung für eine **Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger** gefunden. Darin wurde normiert, dass eine Angebotspflicht ebenfalls ausgelöst wird, wenn 1. eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet wird, die zusammen eine kontrollierende Beteiligung erlangen; 2. eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger aufgelöst⁹¹⁶ wird und dadurch

⁹⁰⁹ § 26 ÜbG

⁹¹⁰ § 22 ÜbG, Ausnahmen von der Angebotspflicht § 24 ÜbG

⁹¹¹ dauerhafte Kontrollausübung muss der Zweck des gemeinsamen Vorgehens sein; bloße kurzfristige Abstimmung ist nicht tatbestandsmäßig. vgl. 1334 BlgNR 22. GP, 5

⁹¹² Syndikatsvertrag; auch mündlich/konkludent; vgl. 1334 BlgNR 22. GP, 5

⁹¹³ § 16 Abs. 1 und § 26 Abs. 1 ÜbG

⁹¹⁴ vgl. *Winner, Martin*: Das Pflichtangebot nach neuem Übernahmerecht, ÖJZ 2006/42

⁹¹⁵ vgl. 1334 BlgNR 22. GP, 5; in Deutschland OLG Frankfurt, ZIP 2004, 1309 sowie OLG München, ZIP 2005, 856

⁹¹⁶ „Where the Panel has ruled that a group of persons is acting in concert, it will be necessary for clear evidence to be presented to the panel before it can be accepted that the position no longer obtains“. Note 1 zur Definition des acting in concert im City code on Takeovers and Mergers

ein Rechtsträger allein oder eine andere Gruppe von Rechtsträgern eine kontrollierende Beteiligung erlangt; 3. durch die Änderung der Zusammensetzung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger oder der Absprache zwischen diesen Rechtsträgern die Willensbildung in einer Gruppe von einem anderen Rechtsträger oder einer anderen Gruppe von Rechtsträgern beherrscht werden kann und die Gruppe insgesamt eine kontrollierende Beteiligung hält. Punkt drei umfasst nach den erläuternden Bemerkungen⁹¹⁷ Verschiebungen innerhalb der Gruppe und auch neu hinzutretende und ausscheidende Gruppenmitglieder⁹¹⁸. Wesentlich ist, dass nicht jede Änderung der vertraglichen Grundlagen der Gruppe eine Angebotspflicht auslösen muss. Es ist vielmehr erforderlich, dass durch die Änderung der Willensbildung in der Gruppe von einem anderen Rechtsträger oder einer anderen Gruppe von Rechtsträgern eine Beherrschung vorliegt, was eben eine materielle Untersuchung⁹¹⁹ der Kontrollstrukturen bedarf⁹²⁰.

In der Planung sollte jedoch Berücksichtigung finden, dass ein **Pflichtangebot** gemäß § 24 ÜbG **unterbleiben** kann, wenn die **Beteiligung keinen beherrschenden Einfluss** an dieser **vermitteln** kann oder wenn der **Rechtsträger**, der beherrschenden Einfluss bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise letztlich ausüben kann, **nicht wechselt**. Konkret liegt dies vor, wenn ein anderer Aktionär mit den mit ihm gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern über zumindest gleich viele Stimmrechte an der Zielgesellschaft wie der Bieter verfügt. Ferner wenn die Aktien aufgrund der üblichen Anwesenheit der anderen Aktionäre in der Hauptversammlung der Zielgesellschaft nicht die Mehrheit der Stimmrechte vermitteln und wenn die Ausübung der Stimmrechte aufgrund eines satzungsmäßigen **Höchststimmrechtes**⁹²¹ auf höchstens 30 % der stimmberechtigten Aktien beschränkt ist. Festzuhalten ist auch hier, dass es auf den Wechsel des kontrollierend Beteiligten ankommt. Diese Überlegung verfolgend hat der Gesetzgeber zurecht erkannt, dass Einbringungen eines kontrollierenden Anteils in eine Konzerngesellschaft lediglich die Rechtshülle beeinflussen, jedoch der kontrollierend Beteiligte noch immer derselbe ist, wodurch ein Kontrollwechsel, der ein Pflichtangebot auslösen könnte, nicht stattfindet.

Bei Stimmrechten unter der Kontrollschwelle von 30 % der Stimmrechte besagt eine **safe-harbour-Regel**, dass, wenn die Schwelle von 26 % der Stimmrechte überschritten wird, diese Tatsache zwar auch der Übernahmekommission zu melden ist, die diesen Wert überschreitenden Stimmrechte jedoch ruhen und keine weiteren Konsequenzen zur Folge haben⁹²². Dem erwerbenden Aktionär steht es jedoch frei der Übernahmekommission darzulegen, dass die Rechtsfolgen des Ruhens nicht einzutreten haben, da ein anderer Aktionär zusammen mit den mit ihm gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern über zumindest gleich viele Stimmrechte an der Zielgesellschaft wie er selbst verfügt, oder wenn die Ausübung der Stimmrechte aufgrund eines satzungsmäßigen Höchststimmrechtes auf höchstens 26 % beschränkt ist

⁹¹⁷ 1334 BlgNR 22. GP, 13

⁹¹⁸ vgl. Kalss, Susanne/Oppitz, Martin/Zollner, Johannes: Kapitalmarktrecht, Wien 2005, 247

⁹¹⁹ die Ansicht der Übernahmekommission ist diesbezüglich, dass Anteilsverschiebungen innerhalb von Einstimmigkeitssyndikaten grundsätzlich zu keinem Kontrollwechsel führen, da die Willensbildung dadurch nicht beeinflusst wird; dies gilt dann nicht, wenn durch die Übertragung eine derart starke Beteiligungsasymmetrie innerhalb der Gruppe herbeigeführt wird, dass eine Weiterführung alter Einstimmigkeitsregeln nicht den Erfahrungen des Wirtschaftslebens entsprechen würde (GZ 2003/1/4-63).

⁹²⁰ vgl. Winner (2006), Punkt F

⁹²¹ § 12 Abs. 2 AktG

⁹²² § 26a ÜbG

oder wenn der Rechtsträger, der die Stimmrechte aus der gesicherten Sperrminorität (26 %) letztlich ausüben kann, nicht wechselt.

Hinsichtlich der **mittelbaren kontrollierenden Beteiligung** unternimmt das Gesetz eine Unterscheidung zwischen einer börsennotierten Aktiengesellschaft als Zwischengesellschaft oder einer nicht börsennotierten Gesellschaft als Zwischengesellschaft⁹²³. Wenn die **Zwischengesellschaft** eine **börsennotierte Aktiengesellschaft** ist, dann hat an dieser eine unmittelbare Beteiligung zu bestehen, die Stimmrechte in Höhe von mehr als 30 % der ständig stimmberechtigten Aktien vermittelt⁹²⁴. Aus diesem Tatbestand wird ersichtlich, dass eine Durchrechnung, wie sie im UGB zum Zwecke der Konzernrechnungslegung maßgeblich ist, unterbleibt. Ist die **Zwischengesellschaft keine börsennotierte Gesellschaft**, müssen es **Anteilsrechte** oder **sonstige Rechte ermöglichen**, einen **beherrschenden Einfluss** auf diesen Rechtsträger auszuüben. Dieser Tatbestand orientiert sich am alten, abstrakten Kontrollbegriff und definiert diesen mit beherrschendem Einfluss.

Auf Basis des Bescheides der Übernahmekommission in der Sache Böhler-Uddeholm⁹²⁵ wurde auch die Thematik des passiven Kontrollerwerbes berücksichtigt. Demnach löst die **passive Kontrollerlangung kein Pflichtangebot** aus, jedoch dürfen die über 26 % hinausgehenden Stimmrechte nicht ausgeübt werden⁹²⁶. Passive Kontrollerlangung liegt gemäß § 22b ÜbG vor, wenn ohne zeitnahe Handlung, wie insbesondere durch einen Anteilserwerb, eine kontrollierende Beteiligung erreicht wird und wenn bei Erwerb der Anteile nicht mit einer Kontrollerlangung gerechnet werden musste.

Im Gegensatz zu den börserechtlichen Bestimmungen sind Anteile aus eigenen Aktien für die Berechnung der übernahmerechtlichen Kontrollschwelle nicht zu berücksichtigen⁹²⁷. D.h. da diese eigenen Anteile der Zielgesellschaft ruhen, ist die Gesamtzahl der Stimmrechte um diese Anteile zu reduzieren. Korrespondierend mit dem Börsegesetz ist jedoch das Aufleben von Stimmrechten bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien für eine aktive und passive Erfüllung der Schwellen nicht maßgeblich. D.h. eine aktive und passive Kontrollerlangung kann durch das kurzfristige Aufleben des Stimmrechtes bei wiederholter Nichtleistung der Vorzugsdividende nicht erzeugt werden.

In der Planung der erwarteten Kosten aus der Konzernierung durch den bestimmungsrelevanten Anteilserwerb eines börsennotierten Zielunternehmens muss berücksichtigt werden, dass ein Tauschangebot in Aktien nur neben einem Barangebot geboten werden darf und der Mindestpreis dem höheren Preis von a) der höchsten Gegenleistung, die der Bieter oder ein Rechtsträger, der mit diesem gemeinsam vorgegangen ist, in den letzten 12 Monaten bezahlt hat oder zu zahlen sich verpflichtet hat

⁹²³ vgl. 1334 BlgNR 22. GP, 13. Die Erläuterungen halten überdies fest, dass sich in beiden Fällen der mittelbaren kontrollierenden Beteiligung aus dem Wortlaut ergebe, dass die Anteile nicht unmittelbar an der Zwischengesellschaft gehalten werden müssen; es genüge daher etwa auch der Erwerb von Anteilen an einer Großmutter.

⁹²⁴ § 22 Abs. 3 Z. 1 ÜbG

⁹²⁵ Bescheid GZ 2004/1/9 – 112; www.take-over.at; Die BU Industrieholding GmbH (BUI) erreichte im Jänner 2002 eine Beteiligung an der Böhler-Uddeholm Aktiengesellschaft (Böhler-Uddeholm) in Höhe von 25,65 Prozent des Grundkapitals und durch den Ausstieg des 25-Prozent-Aktionärs ÖIAG aus dem Investment im November 2003 - und damit ohne zeitnahes aktives Verhalten – erlangte sie maßgeblichen Einfluss über die Böhler-Uddeholm. Durch die geringe HV-Präsenz des Streubesitzes erreichte die BUI nach dem Ausstieg der ÖIAG die HV-Mehrheit.

⁹²⁶ § 22b ÜbG

⁹²⁷ § 22 Abs. 6 ÜbG

und b) dem gewichteten Durchschnitt des Kurses in den letzten sechs Monaten vor Veröffentlichung der Angebotslegungsabsicht, entspricht⁹²⁸. Wie bereits bei der Konzerneingangskontrolle angedeutet, gibt es nur noch wenige Möglichkeiten einer *take over defense*⁹²⁹, welche im Folgenden noch dargelegt werden, um entsprechende Akquisitionsstrategien zu entwerfen. Generell bedürfen alle Maßnahmen, außer der Suche nach einem „*white knight*“, der Zustimmung der Hauptversammlung.

2.3.5. Börserechtliche Bestimmungen

Finanzkonzerne bedienen sich im Wachstumsprozess oftmals der Finanzmittel des Kapitalmarktes, wodurch einerseits durch die Begebung von Fremdkapital (Anleihen) oder andererseits durch die Ausgabe von neuen Aktien im Rahmen der Kapitalerhöhung Eigenkapital lukriert werden soll. Sollen im Rahmen des Konzernierungsprozesses Anteile an einem börsennotierten Unternehmen erworben werden oder einem Konzernmitglied der Zugang zum Kapitalmarkt ermöglicht werden⁹³⁰, müssen die börserechtlichen Bestimmungen berücksichtigt werden, welche abhängig vom Anteilsgrad Mitteilungspflichten bedingen. Mitteilungspflichten, die nicht ein Mittel des Konzerneingangs⁹³¹ sind, da sie Transaktionen nicht verhindern, sondern lediglich dem Transparenzgedanken genügen sollen, werden bei Transaktionen mit Aktien eines Emittenten, dessen Aktien zum Handel an einem geregelten Markt der Wiener Börse (amtlicher Handel, geregelter Freiverkehr) zugelassen sind, schlagend. Hinsichtlich der österreichischen Finanzintermediäre sind als Kreditinstitute die Erste Group Bank AG, Raiffeisen International Bank Holding AG sowie als Versicherungsunternehmen die Vienna Insurance Group AG am *prime market* gelistet. Das Börsegesetz verpflichtet im § 91 BörseG den **Veräußerer und den Erwerber** (doppelte Meldepflicht⁹³²) einer bedeutenden Beteiligung zur Offenlegung, wenn infolge des Erwerbs oder der Veräußerung der **Anteile an den Stimmrechten** des Emittenten 5 %, 10 %, 15 %, 20 %, 25 %, 30 %, 35 %, 40 %, 45 %, 50 %, 75 % oder 90 % **erreicht, über- oder unterschreitet**. Aus den Schwellenwerten ist ersichtlich, dass bis zu 50 % in 5 % Schritten die Meldepflicht ausgeübt wird. Darüber hinaus sind die qualifizierten Beschlussmehrheiten von 75 % für Grundlagenbeschlüsse bzw. Strukturänderungen, und 90 %, für den *squeeze out*, maßgeblich⁹³³. Wie bereits erläutert, soll diese Norm nicht die Aktientransaktionen erschweren, sondern soll im Sinne des Funktionsschutzes des Finanzmarktes Transparenz unterstützen und Insidermissbrauch hintanhaltend. Die Offenlegung hat an die Finanzmarktaufsicht, das Börseunternehmen (Wiener Börse) sowie an den Emittenten adressiert zu werden.

⁹²⁸ § 26 ÜbG

⁹²⁹ § 12 ÜbG

⁹³⁰ Vorteile eines Börsengangs: Verbesserung der Eigenkapitalausstattung, Steigerung der Bonität, Laufende Bewertung der Unternehmenspolitik, höhere Attraktivität als Arbeitgeber, positive Image-Effekte und erhöhter Bekanntheitsgrad durch Medienpräsenz, Struktur und Strategie des Unternehmens werden laufend optimiert, einfache Übertragbarkeit der Aktien, Investoren stellen höhere Anforderungen an Rechnungswesen, Controlling und Reporting – davon profitiert das gesamte Unternehmen, Zugang zu allen an der Börse handelbaren Finanzierungsinstrumenten. Nachteile eines Börsengangs: Offenlegung von Beteiligungen, Strenge Publizitäts- und Rechnungslegungsvorschriften, laufende Kommunikationserfordernisse (Investor Relations), Kosten des Börsengangs, siehe www.wienerborse.at (4. April 2010)

⁹³¹ oder auch Konzernbetriebes und Konzernausgangs sind.

⁹³² Art 8 Abs. 1 der Durchführungs-RL und auch § 5 Abs. 1 der Trans-V

⁹³³ vgl. Kalss/Zollner (2007), 884

Ferner hat der **Emittent** das Realisieren dieser Schwellen offenzulegen⁹³⁴, wenn dieses ihm von den Aktionären angezeigt wurde. Als Basis für die Anteilsberechnung ist auf die Gesamtzahl der Stimmrechte, ohne Berücksichtigung, ob diese vorübergehend oder endgültig ruhen oder aktuell überhaupt ausübbar sind, abzustellen. D.h., dass auch Stimmrechte, welche beispielsweise aufgrund von Interessenskonflikten gemäß § 130 Abs. 1 AktG nicht ausgeübt werden können⁹³⁵ oder welche aufgrund von Verstößen gegen das Übernahmerecht gemäß § 34 ÜbG⁹³⁶ oder auf Basis des Bankwesengesetz gemäß § 20 Abs. 4 und 5 BWG ruhen, bei der Berechnung der Stimmrechte mitzuzählen sind. Auch Höchststimmrechte spielen keine Rolle; d.h. trotz Stimmkraftbeschränkung können Offenlegungspflichten ausgelöst werden. Eigene Anteile des Emittenten werden bei der Gesamtzahl der Stimmrechte ebenfalls nicht in Abzug gebracht. Stimmrechtslose Vorzugsaktien sind bei der Ermittlung dieser Schwellenwerte nicht zu berücksichtigen⁹³⁷. § 91 Abs. 1 BörseG⁹³⁸ setzt beim Erwerb oder bei Veräußerung einer bedeutenden Beteiligung am **Transfer von Eigentum** an stimmrechtstragenden Aktien an. D.h. es wird eine kapitalmäßige Beteiligung vorausgesetzt.

§ 92 BörseG⁹³⁹ dehnt jedoch den Regelungsbereich insoweit aus, als dass er Fälle berücksichtigt, in denen zwar keine kapitalmäßige Beteiligung vorliegt, jedoch Stimmrechtsänderungen dennoch vorliegen können. Darunter fallen im ersten Schritt **Syndikatsverträge** unabhängig davon ob diese auf einer förmlichen Vereinbarung beruhen oder mündlich oder konkludent geschlossen wurden⁹⁴⁰. Demnach sind Stimmrechte aus Aktien eines Dritten, mit dem eine Vereinbarung getroffen wurde, die beide verpflichtet langfristig eine gemeinsame Politik bezüglich der Geschäftsführung des betreffenden Emittenten durch einvernehmliche Ausübung der Stimmrechte zusammenzurechnen, umfasst⁹⁴¹. § 92 Z. 2 BörseG bestimmt die Zurechnung für den Fall, dass die Anteile einem Dritten als Sicherheit übereignet wurden. Im Gegensatz zur Verpfändung, wie dies beim fremdfinanzierten Anteilserwerb zu Gunsten der Bank üblich ist, wo jedoch das Eigentumsrecht beim Pfandbesteller bleibt, ist bei der **Sicherungsübereignung** auch eine Übertragung des Eigentums gegenständlich. Die Stimmrechte aus den zur Sicherung übereigneten Anteilen sind dennoch hinzuzurechnen, wenn die Stimmrechte ohne ausdrückliche Weisung des Sicherungsnehmers ausgeübt werden können oder der Sicherungsnehmer hinsichtlich der Ausübung der zu seinen Gunsten verpfändeten Anteilen beeinflusst werden kann. Sinngemäßes gilt auch für **Fruchtgenussberechtigte**⁹⁴². Interessant ist die Zurechnung von Stimmrechten in § 92 Z. 4 und Z. 7 BörseG, welche auf übernahmerechtliche Tatbestände verweisen. Bei ersterer Bestimmung sind

⁹³⁴ § 93 Abs. 2 BörseG

⁹³⁵ „Bei der Beschlussfassung können Aktionäre, die zugleich Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats sind, weder für sich noch für einen anderen mitstimmen, wenn die Prüfung sich auf Vorgänge erstrecken soll, die mit der Entlastung des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder der Einleitung eines Rechtsstreits zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern des Vorstands oder des Aufsichtsrats zusammenhängen“.

⁹³⁶ § 34 Abs. 1 ÜbG „Hat ein Bieter ein erforderliches Pflichtangebot nicht veröffentlicht oder bei einem Angebot gegen die Preisbildungsvorschriften (§§ 16 oder 26) verstoßen, so ruht sein Stimmrecht“.

⁹³⁷ auch ein zwischenzeitliches Aufleben des Stimmrechts bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien aufgrund wiederholter Nichtleistung der Dividende ändert an der Basis (die Gesamtzahl der Stimmrechte) nichts. *Kalss/Oppitz/Zollner* (2005), § 17 Rz 26; *Koppensteiner* (2005), Zurechnung, 301

⁹³⁸ § 9 Abs. 1 der Transparenz-RL

⁹³⁹ iVm Art 10 Transparenz-RL

⁹⁴⁰ vgl. *Kalss/Zollner* (2007), 884

⁹⁴¹ § 92 Z. 1 BörseG

⁹⁴² § 92 Z. 3 BörseG

Stimmrechte aus Aktien, die einem Unternehmen eine unmittelbare oder mittelbare **kontrollierende Beteiligung**, d.h. mehr als 30 % der ständig stimmberechtigten Aktien, gemäß § 22 Abs. 2 und 3 ÜbG ermöglichen, diesem zuzurechnen. Die Anzahl der zwischengeschalteten Gesellschaften für die mittelbare kontrollierende Beteiligung ist nicht ausschlaggebend. Ausschlaggebend ist jedoch, dass an der ersten zwischengeschalteten Gesellschaft eine kontrollierende Beteiligung vorliegt und dass diese an den folgenden Gesellschaften kontrollierend beteiligt ist. Die letzte Gesellschaft muss jedoch am Emittenten nicht kontrollierend beteiligt sein, sondern es reicht eine einzige Aktie⁹⁴³.

Die Definition der kontrollierenden Beteiligung im Übernahmegesetz ist nicht mit der europarechtlichen Definition gemäß Art 10 lit. e iVm Art 2 lit. f Transparenz-RL deckungsgleich. Die Transparenzrichtlinie sieht eine kontrollierende Situation dann vor, wenn der Gesellschafter die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans bestellt und/oder abberufen kann oder sonst tatsächlich einen beherrschenden Einfluss auf die Trägergesellschaft ausüben kann oder diesen tatsächlich ausübt. Daher kann festgehalten werden, dass trotz des ausdrücklichen Verweises des § 91 Z. 4 auf § 22 Abs. 2 und 3 ÜbG auch eine Beteiligung von weniger als 30 % als tatbestandsmäßig gewertet werden muss. Bezugnehmend auf § 92 Z. 7 BörseG sind Stimmrechte, die der Person gemäß § 23 Abs. 1 oder 2 (gemeinsam vorgehende Rechtsträger) ÜbG zuzurechnen sind, zu berücksichtigen⁹⁴⁴.

Gemeinsam vorgehende Rechtsträger sind jene natürlichen oder juristischen Personen, die mittels Koordination der Stimmrechte versuchen die Kontrolle zu erlangen oder auszuüben oder die mittels Absprache mit der Zielgesellschaft ein Übernahmeangebot zu verhindern suchen⁹⁴⁵. Auch sind Stimmrechte, die eine Person ausüben kann ohne Eigentümer zu sein (Generalklausel)⁹⁴⁶, oder Stimmrechte die einem Bevollmächtigten ohne spezifische Weisung bzw. zur Ausübung nach eigenem Ermessen zur Verfügung gestellt worden sind zu berücksichtigen.

Derivative Instrumente (oder schuldrechtliche Vereinbarungen) können gemäß § 91a BörseG **Mitteilungspflichten** auslösen, wenn den Inhabern das Recht verliehen wird die Stimmrechte zu erwerben. Diese Instrumente müssen sich auf **bereits am geregelten Markt zugelassene** und **stimmrechtstragende Aktien** beziehen. **Wandelschuldverschreibungen** oder **genehmigtes Kapital** auf Basis derer derivative Instrumente strukturiert werden sind jedoch **nicht mitteilungspflichtig**, denn diese beziehen sich nicht auf bereits emittierte und stimmrechtstragende Anteilsrechte. Wer Ausgeber dieser Instrumente ist, z.B. der Emittent selbst oder ein Kreditinstitut, ist irrelevant; es kommt lediglich darauf an, dass bei Fälligkeit⁹⁴⁷ der unbedingte Erwerb ermöglicht wird oder dem Inhaber ein Gestaltungsrecht eingeräumt wird nach freiem Ermessen über die zugrundeliegende Aktie zu verfügen.

§ 91 Abs. 1a BörseG umfasst jene Fälle, bei denen Aktionäre eine Meldepflicht trifft, da sie bei der Kapitalerhöhung keine Aktien zeichnen und dadurch relativ an Stimmgewicht verlieren oder bei denen

⁹⁴³ vgl. *Kalss/Zollner* (2007), 884; vgl. auch die Argumente des Committee of European Securities Regulators (CESR)

⁹⁴⁴ Hinzurechnung von Beteiligungen und Erstreckung der Bieterpflichten.

⁹⁴⁵ § 1 Z. 6 BörseG

⁹⁴⁶ § 92 Z. 5 BörseG

⁹⁴⁷ auch wenn diese in der Zukunft liegt. vgl. *Kalss/Oppitz/Zollner* (2005), § 17 Rz 54

Aktionäre an relativem Stimmgewicht gewinnen, weil eine Kapitalherabsetzung stattfindet. Damit im Zusammenhang stehen auch Umgründungen, wie beispielsweise die Verschmelzung. Bei Verschmelzungen bzw. der Vereinigung von Anteilsrechten sinkt üblicherweise der Stimmrechtsanteil der bisherigen Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft, wenn umgekehrt die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft erstmals Aktien der übernehmenden börsennotierten Gesellschaft erhalten. Diesfalls fallen sie unter den Grundtatbestand des Erwerbs gemäß § 91 Abs. 1 BörseG und werden mitteilungspflichtig. Potentielle Anwendungsfälle bieten auch die nicht verhältnismäßige Spaltung und die Spaltung zur Aufnahme.

Zusammenfassend wird ersichtlich, dass es drei grundlegende Normadressaten für die § 91ff. BörseG gibt. Es sind einerseits die Erwerber und die Veräußerer von Aktien; andererseits die Erwerber und Veräußerer von Zertifikaten und ferner auch Rechtsträger, die ohne eine Aktionärsstellung innezuhaben Stimmrechte ausüben können.

2.4. Vertragliche Bestimmungen

2.4.1. Syndikatsverträge

Gesellschaftsrechtliche Hindernisse im Prozess der Konzernierung ergeben sich in der Praxis aus beschränkenden Bestimmungen im Syndikatsvertrag. Dieses „*shareholders' agreement*“ regelt unter anderem die Prinzipien hinsichtlich Gewinn- und Dividendenpolitik, die Rücklagenbildung, die Abstimmung bei Kapitalerhöhungen, Kreditgewährung, Gesellschaftsfinanzierungen, Umstrukturierungen, Unterstützungsmaßnahmen für die Tochtergesellschaften und Exit-Szenarien (IPOs, etc.). Sachverhalte des Konzerneingangs auf Ebene der Gesellschaft, welche eine faktische oder vertragliche Konzernierung anstreben, sind z.B. Vereinbarungen im Syndikatsvertrag zu welchem Zweck und unter welchen Bedingungen externes Wachstum forciert werden soll. Darunter fallen beispielsweise Beschränkungen, dass externes Wachstum nur in branchennahen Unternehmen realisiert werden darf oder dass Akquisitionen lediglich einen gewissen Prozentbetrag des Aktivvermögens der erwerbenden Gesellschaft umfassen sollen oder dass Akquisitionen bestimmte Performancegrößen erfüllen müssen, um durch das Povoir gedeckt zu sein. Syndikatsrechtliches Hinderungspotential wird potenziert, wenn die Satzungen oder Gesellschaftsverträge der Syndikatspartner Beschränkungen hinsichtlich der Konzernierung vorsehen. Beispielhaft sei der in der Stiftungsurkunde einer Privatstiftung normierte Zweck, dass lediglich bestehende Beteiligungen gehalten werden können, Zukäufe oder Verkäufe jedoch nicht möglich sein sollen, erwähnt.

In derartigen Fällen könnten auch bei Inkaufnahme schuldrechtlicher Ansprüche aus dem Bruch des Syndikatsvertrages Probleme hinsichtlich der Bestimmungen in der Satzung, im Gesellschaftsvertrag oder in der Stiftungs(zusatz)urkunde entstehen, die einer Lösung zugeführt werden müssen, um potentielle Haftungen⁹⁴⁸ oder Auflösungstatbestände⁹⁴⁹ zu vermeiden. Sachverhalte des Konzerneingangs auf Ebene der Zielgesellschaft können das Vorkaufsrecht⁹⁵⁰ für das vom Vertragspartner gehaltene Aktienpaket oder auch das Prozedere hinsichtlich des gemeinsamen Vorgehens zur Suche eines neuen Aktionärs sein, falls ein Aktionärstausch stattfinden soll oder falls geeignete Partner zur Zeichnung neu auszugebender Aktien im Rahmen einer Kapitalerhöhung gefunden werden sollen. Rechtlich gesehen geht die Bindungswirkung hinsichtlich der Vorkaufsrechtsvereinbarung im Syndikatsvertrag deutlich hinter einer Vinkulierungsklausel im Gesellschaftsvertrag zurück, denn Vorkaufsrechte binden nur die Vertragsparteien und sind nur durchsetzbar, wenn die verpflichtete Partei die Anteile noch nicht auf einen Dritten übertragen hat. Für den Vorkaufsberechtigten steht die einstweilige Verfügung gegen die Übertragung als Instrument zur Verfügung. Die Vinkulierung findet in der Rechtspraxis vorwiegend bei personalistisch ausgestalteten Kapitalgesellschaften (GmbH) ihren Anwendungsbereich. Bei börsennotierten Kapitalgesellschaften verbleibt, den Fall der vinkulierten Namensaktie mit dinglicher Wirkung ausklammernd, eine Absicherung daher üblicherweise über die lediglich obligatorisch

⁹⁴⁸ u.a. § 20 Abs. 1 GmbHG, 34 Abs. 1 GenG

⁹⁴⁹ u.a. § 203 Abs. 1 Z. 2 AktG, § 35 Abs. 2 Z. 4 PSG

⁹⁵⁰ §§ 1067, 1072 bis 1079 ABGB

wirkenden Syndikatsverträge⁹⁵¹ zu forcieren. Wiederholt festzuhalten ist, dass Syndikatsverträge oftmals lediglich Bemühungsnormen enthalten und oft materielle Sanktionen ausklammern und aufgrund ihrer lediglich schuldrechtlichen Wirkungen zwischen den Syndikatsparteien auf diese beschränkt bleiben und Handlungen wie beispielsweise die Veräußerung der Anteilsrechte, die Abtretung als Sicherheit oder die Wertpapierleihe Dritten gegenüber unbeschränkt sind⁹⁵².

2.4.2. Satzung und Gesellschaftsvertrag

Die Satzung- bzw. der Gesellschaftsvertrag bestimmt unter anderem den Unternehmensgegenstand⁹⁵³, kann als „Unternehmensverfassung“ fakultativ festhalten, wer die Aktionäre sind bzw. sein sollen, und normiert auch Konsequenzen beispielsweise hinsichtlich der Übertragung der Anteilsrechte, oder bei Wechsel des „kontrollierenden“ Gesellschafters.

2.4.2.1. Vinkulierungsklauseln

Gerade in Konzernstrukturen, die eine Fungibilität der Anteile nicht intendieren, zeugen die Satzungen und Gesellschaftsverträge von Vinkulierungsklauseln. **Statuarische Vinkulierungsvereinbarungen**, welche ausschließlich durch ein im Gesellschaftsvertrag vereinbartes Abtretungsverbot begründet werden⁹⁵⁴, wirken absolut bzw. **dinglich**, somit auch gegen gesellschaftsfremde sowie gutgläubige Dritte⁹⁵⁵, während **außerstatuarische** lediglich **zwischen den Vertragsparteien** wirken⁹⁵⁶. Die dingliche Wirkung ist nur für jene Gesellschaft maßgeblich, deren Gesellschaftsvertrag die Vinkulierung enthält⁹⁵⁷. Vinkulierungsklauseln fokussieren jedoch auf Änderungen in der unmittelbaren Gesellschaftersphäre und umfassen üblicherweise Zustimmungsverpflichtungen bzw. Aufgriffsrechte. Sie bildeten lange Zeit den Mittelpunkt des Konzernrechtes aufgrund der rechtlichen Bewältigung der aus der Abhängigkeits- bzw. Konzernverhältnissen resultierenden Gefährdungslage⁹⁵⁸.

Gemäß § 76 GmbHG kann die Übertragung von Geschäftsanteilen, welche unter Lebenden eines Notariatsaktes bedarf, im Gesellschaftsvertrag von weiteren Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschafter abhängig gemacht werden. Wird die Übertragung verwehrt, kann, wenn ausreichende Gründe für die Verweigerung der Zustimmung nicht vorliegen und wenn die Übertragung ohne Schädigung der Gesellschaft, der übrigen Gesellschafter und Gläubiger erfolgen kann und wenn der betroffene Gesellschafter die Stammeinlage vollständig eingezahlt hat, das Handelsgericht im

⁹⁵¹ OGH 7 Ob 2350/96f vom 21. Mai 1997, *ecolex* 1997, 940, *RdW* 1997, 594; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH Gesetz Kommentar, § 76 Rz 7

⁹⁵² außer die Fälle der Sittenwidrigkeit / Kollusion; zum Syndikatsvertrag als Konzernsteuerungsinstrument im Folgenden

⁹⁵³ zwingender Inhalt: 1. die Firma und der Sitz der Gesellschaft; 2. den Gegenstand des Unternehmens; 3. die Höhe des Grundkapitals, weiters ob Inhaber –oder Namensaktien ausgestellt werden; 4. ob das Grundkapital in Nennbetragsaktien oder Stückaktien zerlegt ist, bei Nennbetragsaktien die Nennbeträge der einzelnen Aktien, bei Stückaktien deren Zahl und „wenn mehrere Gattungen bestehen, die Gattung der einzelnen Aktien; 5. die Zusammensetzung des Vorstands; 6. die Form der Veröffentlichungen der Gesellschaft

⁹⁵⁴ OGH 7 Ob 2350/96f vom 21. Mai 1997 sowie OGH 6 Ob 313/99v vom 20. Jänner 2000; vgl. *Rauter, Alexander Roman*: Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, *JAP* 2005/2006/6.

⁹⁵⁵ OGH 8 Ob 631/90 vom 9. April 1992 sowie OGH 1 Ob 8/00h vom 22. Februar 2000; auch OGH 6 Ob 205/04x vom 17. Februar 2005; vgl. *Geist, Reinhard*: Zur Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen, *ÖJZ* 1996, 414; *Zehetner, J./Zehetner, U.*: Schutz vor unliebsamen Mitgesellschaftern: Vinkulierung von Geschäftsanteilen, *GBU* 2004/12/13

⁹⁵⁶ Syndikatsvertrag (siehe zuvor)

⁹⁵⁷ vgl. *Kurat, Sebastian*: Konzernwirkung von Vinkulierungsklauseln, *GesRZ* 2009, 92f. mit Verweis auf *Lutter, Marcus/Grunewald, Barbara*: Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH, *AG* 1989, 409f.

⁹⁵⁸ vgl. *Jud/Hauser* (1995), 121

außerstreitigen Verfahren⁹⁵⁹ die Übertragung des Geschäftsanteiles gestatten⁹⁶⁰. Bei der Aktiengesellschaft resultiert die Zulässigkeit der Vinkulierung von Namensaktien aus § 62 Abs. 2 AktG, wobei hier wie im GmbHG die Zustimmungsverweigerung an wichtige Gründe gebunden ist⁹⁶¹, aber das Gericht die Zustimmung ersetzen kann⁹⁶². Die **gesellschaftsvertragliche Vinkulierung** wirkt wie bereits erwähnt absolut, wodurch eine **Abtretung ohne Zustimmung** bis zu einer allfälligen nachträglichen Zustimmung **schwebend unwirksam** ist⁹⁶³. Wird die **Zustimmung nicht erteilt**, dann führt dies im Falle einer bereits vorgenommenen Anteilsübertragung zur **Unwirksamkeit**⁹⁶⁴. Die **Unwirksamkeit** der Abtretung des Geschäftsanteiles ist im Wege einer **Feststellungsklage** gemäß § 228 ZPO von den übrigen Gesellschaftern⁹⁶⁵ geltend zu machen. Die Prüfung der Gründe durch das Handelsgericht sind von den Untersagungsgründen der Finanzmarktaufsicht unabhängig.

Wurden keine entsprechenden Bestimmungen in die Satzung aufgenommen⁹⁶⁶, liegt die **Zustimmungskompetenz beim Geschäftsführer bzw. Vorstand**, kann jedoch auch von einem anderen Organ, beispielsweise dem Aufsichtsrat oder der Hauptversammlung bzw. der Generalversammlung oder mehreren Organen gemeinsam, beispielsweise dem Vorstand und dem Aufsichtsrat, übertragen werden⁹⁶⁷. Die Zustimmung⁹⁶⁸ kann vor, bei oder nach Abtretung der Anteile erteilt werden, wobei der OGH auch die formlose Beschlussfassung oder eine konkludente Genehmigung der Übertragung als zulässig erachtet hat⁹⁶⁹.

Lutter betonte die **Konzernverhinderungswirkung von Vinkulierungsbestimmungen**, denn gerade die Vinkulierung von Namensaktien betont und sichert das Interesse der Gesellschaft am Bestand ihrer unternehmerischen Unabhängigkeit, woraus sich ein wichtiger Abwehrmechanismus ergibt, **denn das zur Entscheidung berufene Organ kann nicht mehr frei entscheiden**, sondern muss kraft der Satzung im Bedrohungsfall die Unabhängigkeit verteidigen⁹⁷⁰.

⁹⁵⁹ § 102 GmbHG. Das Gericht wird ausschließlich auf Antrag des abtretungswilligen Gesellschafters tätig, vgl. OLG Wien 8. Oktober 1996, 28 R 47/96d. Die Entscheidung des Gerichts ergeht gemäß § 36 AußStrG als Beschluss

⁹⁶⁰ § 77 GmbHG

⁹⁶¹ Obwohl per definitionem die Genossenschaft ein Verein mit nicht geschlossener Mitgliederzahl ist, kann auf genossenschaftsvertraglicher Basis der Personenkreis beschränkt bzw. Bedingungen zur Aufnahme festgelegt werden

⁹⁶² vgl. *Krejci, Heinz*: Vinkulierte Namensaktien, *ecolex* 1992, 560

⁹⁶³ OGH 8 Ob 547/92 vom 16. Dezember 1993 (8 Ob 548/92), *ecolex* 1994, 817; OLG Wien 8. Oktober 1996, 28 R 47/96d; vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH Gesetz Kommentar (2007), § 76 Rz 7 mwN; *Fantur/Zehetner* (2000), 430.

⁹⁶⁴ OGH 8 Ob 547/92 vom 16. Dezember 1993, *ecolex* 1994, 817; OLG Wien 8. Oktober 1996, 28 R 47/96d; vgl. *Geist* (1996), 417.

⁹⁶⁵ ebd., wonach das für die Klagserhebung notwendige rechtliche Interesse dann gegeben ist, wenn sich alle Gesellschafter dem Verfahren anschließen, da eine Entscheidung im einheitlich geführten Feststellungsverfahren „Wirkungen für alle Gesellschafter entfaltet und bei Zuerkennung eines subjektiven rechtlichen Feststellungsinteresses – mangels Bindungswirkung eines in einem solchen Rechtsstreit ergehenden Urteils – divergierende Entscheidungen zur Rechtswirksamkeit ein und desselben Abtretungsaktes und damit des Anteilsbestandes der einzelnen Gesellschafter im Verhältnis zueinander ergehen könnten.“

⁹⁶⁶ vgl. *Jabornegg* in: *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 62; es empfiehlt sich, die Kompetenz zur Zustimmung explizit im Gesellschaftsvertrag zu regeln, da bei einer undeutlichen Regelung durch Auslegung zu ermitteln ist, wer zur Erteilung und Erklärung der Zustimmung berufen ist. Eine nicht näher spezifizierte Zustimmung durch die Gesellschafter ist idR so zu verstehen, dass sämtliche Gesellschafter einzeln zustimmen müssen, während die Zustimmung durch die Gesellschaft idR einen Generalversammlungsbeschluss erfordert. Fehlt eine gesellschaftsvertragliche Präzisierung der Zuständigkeit zur Zustimmung gänzlich, entscheiden darüber die Gesellschafter mit Gesellschafterbeschluss. Zulässig ist es aber auch, ein anderes Gesellschaftsorgan (Geschäftsführer, Aufsichtsrat, Beirat) für zuständig zu erklären; vgl. dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar (2007), § 77

⁹⁶⁷ Sollte die Satzung die Entscheidung dem Aufsichtsrat, der Hauptversammlung oder beiden übertragen, dann ist zwar ein Beschluss dieser einzuholen, die Vertretungsbefugnis zur Abgabe der Zustimmung verbleibt dennoch beim Vorstand. vgl. *Kastner /Doralt/Nowotny* (1990), 197 FN 53

⁹⁶⁸ nicht jedoch jene des Gerichtes *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH Gesetz Kommentar (2007), § 77

⁹⁶⁹ OGH 3 Ob 601/90 vom 13. März 1991, *ecolex* 1991, 394

⁹⁷⁰ *Lutter*, AG 1992, 374; LG Aachen 19. Mai 1992 AG 1992, 413; vgl. dazu auch: *Kropff*, Bruno: Zur Vinkulierung, zum Vollmachtstimmrecht und zur Unternehmensaufsicht im deutschen Recht, in: *Semler* (Hrsg), Reformbedarf im Aktienrecht. ZGR-Sonderheft 12, 1994, 6

Die **Bedrohungslage** wird zumindest dann vorliegen, wenn das Erreichen einer Sperrminorität (oder mehr), unabhängig davon, ob es sich um einen Neuaktionär oder einen *creeping-in* Aktionär handelt, erstrebt wird, denn mittels dieser maßgebenden Grenze kann eine wesentliche strategische Entscheidung blockiert werden (Wachstumsgrenze)⁹⁷¹. Vielmehr wird diese auch bei der faktischen Hauptversammlungsmehrheit, wenn aufgrund der Aktionärspräsenz und Streucharakter die Hauptversammlungsmehrheit gesichert ist, vorliegen⁹⁷². Daher kann ergänzend zur Bedrohungslage auch von Tatbeständen der *change-of-control* gesprochen werden. Eine Bedrohungslage bzw. *change-of-control* wird jedoch dann *ex definitione* nicht vorliegen, wenn es lediglich zum Austausch von Aktionären mit gleichgelagerten Interessen, welche mit der Unternehmensstrategie nicht konfliktieren, kommt. Auch bei Vorlage einer Bedrohungslage und beim satzungsgemäßen Auftrag einer Verteidigung muss diese zusätzlich im Rahmen der Auslegung hinsichtlich der Zielrichtung der Konzerneingangskontrolle bzw. des Sinns und Zwecks der Vinkulierung betrachtet werden. Dazu zählt unter Umständen die langfristige Erhaltung des bestehenden Konzernverbandes. Ferner finden sich Vinkulierungen von Namensaktien dann in gesellschaftsvertraglichen Rechtsverhältnissen, wenn mit ihnen ein Aufsichtsratsentsendungsrecht⁹⁷³ oder wiederkehrende Nebenverpflichtungen des Aktionärs damit verbunden sind⁹⁷⁴.

Dem Zweck der Veränderung der Mitwirkenden in der Gesellschaft oder dem Schutz der Aktionärsstruktur entsprechen auch Bestimmungen bei Finanzintermediären. So sehen beispielsweise § 2 Abs. 4 InvFG bzw. § 3 Abs. 3 BFG vor, dass die Aktien auf Namen zu lauten haben und nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrates übertragen werden können, wodurch verhindert werden soll, dass „unseriöse Hintermänner“ den Weg in die Anlagegesellschaft finden⁹⁷⁵. *Jud* meint, dass bei Klärung, ob die in der Satzung festgelegte Vinkulierung von Namensaktien auf die Wahrung der Selbstständigkeit abzielt oder anderen Motiven dienen soll - was für den Vorstand in Wahrung seiner Sorgfalt zur Erfüllung des Gesellschaftswohls maßgeblich ist -, das zahlenmäßige Verhältnis zwischen vinkulierten Namensaktien und Inhaberaktien zu bedenken ist. Wenn demnach der Gesamtbestand an vinkulierten Namensaktien überwiegt, dann ist die Verteidigung des existenten Gesellschaftsinteresses naheliegend⁹⁷⁶.

Versuche die (**statuarischen**) Vinkulierungsbestimmungen der Gesellschaftsverträge durch **Umgehungskonstruktionen**, wie beispielsweise **Treuhandschaften**, Einräumung einer **Unterbeteiligung**, Stimmbindungsverträge oder Einräumung eines **Fruchtgenussrechtes** zu konterkarieren sind **nichtig**⁹⁷⁷, denn es kann von einem redlich handelnden Gesellschafter erwartet

⁹⁷¹ vgl. *Jud/Hauser* (1995), 121ff.; *Lutter*, AG 1992, 374, LG München 12. September 2002, 15 HK O 15764/02

⁹⁷² vgl. *Kurat* (2008), 89

⁹⁷³ § 88 Abs. 2 AktG

⁹⁷⁴ § 50 Abs. 1 AktG

⁹⁷⁵ *Iro, Gert*: Das Investmentgeschäft, in *Avancini/Iro/Kozio*: Österreichisches Bankvertragsrecht, Band 2, 1993, Anmerkung 8/14; freier diesbezüglich ist das Pensionskassengesetz. Demnach müssen die Aktien auf Namen lauten, doch der Vorstand muss, wenn er von der Übertragung von Aktien Kenntnis erlangt, den Aufsichtsrat darüber informieren. Eine Zustimmungsvoraussetzung ist möglich jedoch nicht notwendig. vgl. § 6 PKG

⁹⁷⁶ vgl. *Jud/Hauser* (1995), 123f.

⁹⁷⁷ vgl. *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 761; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH Gesetz Kommentar (2007), § 77 Rz 5; *Koppensteiner, Hans Georg*: Vinkulierungsklauseln in mittelbaren Beteiligungsverhältnissen, in *Schweizer/Burkert/Gasser* (Hrsg), Festschrift für *Jean Nicolas Druey* zum 65. Geburtstag, 2002, 427ff.

werden, dass er die vereinbarte Vinkulierungsklausel respektiert und nicht wider Treu und Glauben zu unterlaufen versucht⁹⁷⁸. Versuche die **außerstatuarische** Vinkulierungsbestimmung zu **umgehen** fallen unter die **Sittenwidrigkeit** und sind gemäß § 879 Abs. 1 ABGB nichtig, was jedoch vom Vinkulierungsberechtigten aktiv gerichtlich geltend gemacht werden muss⁹⁷⁹.

Die Gesellschafterverträge der Muttergesellschaft(en) enthalten in der Regel nicht zwingend Vinkulierungsvereinbarungen oder Vereinbarungen über die Gestionierung der Tochtergesellschaften, wodurch bei Änderungen in der Gesellschaftersphäre der Muttergesellschaft(en) erst recht jene Konsequenzen hervorgerufen würden, welche bereits durch die Vinkulierungsvereinbarungen bei den Gesellschaftern der Tochtergesellschaft zu verhindern intendiert waren⁹⁸⁰. D.h. es besteht die Gefahr, dass unerwünschte Aktionäre über die Eigentümersphäre der Mutter versuchen Einfluss zu nehmen und die verbleibenden Gesellschafter der Tochtergesellschaft in ihren Abwehrmaßnahmen, beispielsweise durch den Mangel eines Zustimmungserfordernisses gehemmt sind, wodurch sich die Frage über die **Konzernwirkung von Vinkulierungsklauseln** ergibt, da deren Reichweite maßgeblich für die Konzernplanung ist, die beispielsweise eine wirtschaftliche Änderung durch indirekte Beteiligungsstrukturen zu verhindern strebt. Die Frage wird in der Literatur als strittig behandelt, als die Einen bei einfacher Vinkulierungsklausel auf der Ebene der Gesellschaft eine dingliche Wirkung für Konzernsachverhalte ausschließen⁹⁸¹, während die Anderen ihr unter bestimmten Bedingungen eine breitere Wirkung zugestehen⁹⁸².

Der **OGH** hat sich der Lehre anschließend, für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge beschränkend festgehalten, dass **Vinkulierungsklauseln** bzw. das Interesse an der persönlichen Stabilität **nur in Einzelfällen konzernweit ausgelegt** werden können⁹⁸³. Für den Bestand dieses **persönlichen Interesses**

⁹⁷⁸ OGH 3 Ob 2136/96f vom 27. März 1996, SZ 69/83; vgl. auch OGH 2 Ob 354/98t vom 29. April 1999 in RdW 1999, 780 und in NZ 2000, 85; Kennzeichen für das Vorliegen eines Umgehungsgeschäftes ist es, dass die Parteien, um den Zweck der Gesetzesumgehung zu erreichen, vielfach rechtliche Wirkungen in Kauf nehmen, die ihren wahren wirtschaftlichen Zwecken nicht entsprechen, anders aber der angestrebte Erfolg, die Umgehung des Gesetzes nicht zu erreichen ist. Wollen die Parteien das Gesetz umgehen, so sind sie gezwungen, die tatsächlichen Verhältnisse so zu manipulieren, dass der Sachverhalt dem Gesetz nicht mehr unterstellt werden kann. Die Parteien versuchen, bestimmten, für sie ungünstige Rechtssätzen durch Umgestaltung des Sachverhaltes auszuweichen. Ein Umgehungsgeschäft ist dann unwirksam, wenn der Verbotszweck der Norm, die dem primär angestrebten Geschäft entgegensteht, auch die Unwirksamkeit des Umgehungsgeschäfts erfordert; vgl. auch *Gurmann, Stefan/Sakowitsch, Katja*: Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung, GeS 2008, 136

⁹⁷⁹ zur Sittenwidrigkeit von Anteilsübertragungen vgl. ua OGH 1 Ob 61/97w vom 15. November 1997. OGH 6 Ob 229/73 vom 20. Dezember 1973 sowie auch OGH 3 Ob 2004/96v vom 29. Mai 1996; zur Geltendmachung von Verstößen gegen die guten Sitten insbesondere bei Anteilsübertragungen vgl. auch OGH 8 Ob 547/92 vom 16. Dezember 1993

⁹⁸⁰ Die Anteile der Tochtergesellschaft (T) sind vinkuliert und werden von A, B und C zu je gleichen Teilen gehalten. A ist eine AG, deren (Namens-)Aktien nicht vinkuliert sind. Ihre Aktionäre veräußern alle Anteile an U, den schärfsten Konkurrenten der T. A, B und C haben die Anteile vinkuliert, um den Einfluss der durch sie jeweils repräsentierten Gesellschafterstämme konstant zu halten. Die Aktionäre von A veräußern alle Anteile an B, der nun als neuer Alleingesellschafter der A (zumindest mittelbar) zwei Drittel der Anteile an T hält. Der Gesellschaftsvertrag der T bestimmt, dass bei Anteilsübertragungen im Konzern keine Zustimmungspflicht besteht. A gründet eine Holdinggesellschaft (Zwischengesellschaft) und überträgt dieser (zustimmungsfrei) seine Anteile an T. In einem zweiten Schritt veräußert er die Holdinggesellschaft an das Konkurrenzunternehmen U.

⁹⁸¹ vgl. *Lutter/Grunewald* (1989), 410.

⁹⁸² zB *Kowalski*, Vinkulierte Geschäftsanteile - Übertragungen und Umgehungen, GmbHR 1992, 347

⁹⁸³ OGH 4 Ob 51/07i vom 22. Mai 2007; „Beide Autoren [Kalss und Koppensteiner] erkennen zwar an, dass den Mitgesellschaftern ein „unerwünschter“ Gesellschafter aufgezwungen werden kann, wenn eine Gesellschaft, die einen vinkulierten Geschäftsanteil hält, in eine andere Gesellschaft hineinverschmolzen wird. Dennoch halten sie die Rechtsnachfolge für wirksam. Kalss stützt sich dafür in erster Linie auf dogmatische Erwägungen (Unterschied zwischen Gesamtrechtsnachfolge und Einzelrechtsnachfolge); Koppensteiner verweist darauf, dass eine jedenfalls zulässige Konzernierung denselben Effekt hätte. Beides gilt auch für die hier zu beurteilende Beteiligung der verschmolzenen Gesellschaft als Kommanditist. Im Ergebnis ist daher Folgendes festzuhalten: Wird eine Kapitalgesellschaft, die Kommanditistin einer Personengesellschaft ist, in eine andere Kapitalgesellschaft (insbesondere in eine Europäische Aktiengesellschaft) hineinverschmolzen, so ist § 177 HGB (UGB) entsprechend anzuwenden. Mangels abweichender Vereinbarung wird daher die Kommanditgesellschaft mit dem Rechtsnachfolger fortgesetzt.“ kritisch *Hochedlinger*, Glosse zu OGH 22. Mai 2007, 4 Ob 51/07i, GesRZ 2007, 345ff. vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH Gesetz Kommentar (2007), § 96 Rz 6a

ist dieses Gegenstand einer gesellschaftsvertraglichen Regelung⁹⁸⁴ und hat daher **ausdrücklich** aufgenommen zu werden (**Konzernklausel**)⁹⁸⁵.

In der Lehre argumentieren *Karollus* und *Artmann*, dass Vinkulierungsklauseln der GmbH-Tochtergesellschaft im Fall einer Holding als Mutter auch ohne ausdrückliche diesbezügliche Anordnung die Anteile der Muttergesellschaft mitumfassen⁹⁸⁶. Dies korrespondiert auch mit der personalistischen Ausprägung der GmbH, da gerade bei der GmbH die Vorstellung besteht, dass die Gesellschafter, auch aufgrund ihrer oftmals geschäftsführenden Tätigkeit, nicht beliebig austauschbar sind und die Gesellschafterstruktur überwiegend auf Dauer unverändert bleiben soll. Einschränkend ist jedoch natürlich jener Fall zu sehen, wenn als ein Gesellschafter eine juristische Person auftritt, denn wer mit einer juristischen Person kontrahiert, „*hat in der Regel von vornherein die Irrelevanz eines Wechsels der Gesellschafter oder Organe anerkannt*“⁹⁸⁷.

Anders liegt der Fall bei **Aktiengesellschaften**, bei denen gerade diese personalistischen Elemente fehlen, da bis auf den Fall der erwähnten vinkulierten Namensaktie die Fungibilität der Anteile rechtsformimmanent ist, woraus sich ergibt, dass die Satzung **übertragungsfreundlich** auszulegen ist. Daher ist bei der **Aktiengesellschaft** eine **Übertragungsbeschränkung nur dort** anzunehmen, wo sie – und die Konzernreichweite - **zweifelsfrei vereinbart** wurde⁹⁸⁸. Die zweifelsfreie Vereinbarung ist auch vor dem Hintergrund des Hinderungspotentials konzernweiter Vinkulierungsmöglichkeiten zu bedachten. So kann jede Konzernrestrukturierung aufgrund von Vinkulierungsvereinbarungen in der Tochtergesellschaft verhindert bzw. auf Basis schadenersatzrechtlicher Ansprüche aufgrund obligatorischer Wirkungen deutlich verteuert werden. Ferner ist gerade im Konzernzusammenhang auf den Sinn und Zweck der Vinkulierungsbestimmung abzustellen und zu überlegen, was redliche und vernünftige Parteien vereinbart hätten⁹⁸⁹.

Für den Fall dass bereits zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages konzernverbundene Unternehmen eine Vinkulierungsvereinbarung ohne Ausdehnung der Vinkulierung im Konzernkontext vereinbart haben, ist dies ein Indiz dafür, dass eine Konzernwirkung nicht intendiert ist. Waren zum Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages die Gesellschafter noch nicht konzernmäßig verbunden und ist eine Vinkulierungsvereinbarung ohne Ausdehnung der Vinkulierung im Konzernkontext gegenständlich,

⁹⁸⁴ vgl. *Liebscher, Thomas*: Umgehungsresistenz von Vinkulierungsklauseln, ZIP 2003, 825

⁹⁸⁵ vgl. *Gurmann/Sakowitsch* (2008), 126f.; Die Konzernwirkung einer einfachen Vinkulierungsklausel, wenn sie vom Sinn und Zweck der Klausel umfasst ist, wird in der deutschen Literatur vertreten: *Lutter/Grunewald* (1989), 110ff. wobei betont wird, dass bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrages neben dem Wortlaut der einzelnen Bestimmungen auch das Normengefüge des Gesellschaftsvertrages zum Gesellschafterbestand insgesamt (zB. Vinkulierungsklausel, Regelungen zu Kapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluss, Regelungen für den Todesfall, Austritts- und Ausschlussrechte) und die Realstruktur der Gesellschaft zu berücksichtigen sind. Die Abwesenheit einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages zu *change-of-control* Sachverhalten soll aber in der Regel die zustimmungsfreie Zulässigkeit von mittelbaren Anteilsverschiebungen, wie auch die Zulassung reiner Holding-Gesellschaften zur vinkulierten Gesellschaft, nach sich ziehen.

⁹⁸⁶ vgl. *Karollus, Martin/Artmann, Eveline*: Zur Auslegung einer Vinkulierungsklausel – individuelles Zustimmungsrecht, Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht und mittelbare Anteilsverschiebungen, GesRZ 2001, 64

⁹⁸⁷ OGH 4 Ob 51/07i vom 22. Mai 2007: „Um so weniger kann dieser personale Charakter einer Gesamtrechtsnachfolge entgegenstehen, wenn die (anderen) KG-Gesellschafter ohnehin schon durch die Aufnahme einer juristischen Person als Kommanditistin auf jegliche Einflussnahme darauf verzichtet haben, wer für diese juristische Person handelt und/oder hinter ihr steht“.

⁹⁸⁸ vgl. *Kurat* (2009), 92; im Unterschied dazu unterscheidet die deutsche Lehre nicht nach der Rechtsform

⁹⁸⁹ vgl. 4 Ob 2195/96i vom 12. August 1996

kann nicht unmittelbar darauf geschlossen werden, dass die Gesellschafter auf eine Konzernwirkung verzichtet hätten. In diesen Fällen muss die Konzernwirkung interpretativ ermittelt werden⁹⁹⁰.

Ist Konzernwirkung gegeben, verbleibt die Frage der Reichweite. Da dingliche Wirkung lediglich für jene Gesellschaften angenommen wird, in deren Gesellschaftsvertrag die Vinkulierungsvereinbarung aufgenommen wurde, spricht man bei Konzernsachverhalten von außerstatuarischen Vinkulierungen mit obligatorischer Wirkung⁹⁹¹. Sie entfalten umso stärkere Wirkungen umso umfassendere Konsequenzen aus der Verletzung der Vinkulierungsklausel vereinbart wurden. Darunter fallen regelmäßig Pönalzahlungen, Ausschlussgründe etc. Auch bieten außerstatuarische Vinkulierungsvereinbarungen Schutz gegen sittenwidrige Umgehungsgeschäfte, was gemäß § 879 Abs. 1 ABGB zur Nichtigkeit der Abtretung führt. Diese (relative) Nichtigkeit hat jedoch, wie bereits dargelegt, vom Vinkulierungsberechtigten geltend gemacht zu werden⁹⁹².

Abweichendes gilt für die **Holdinggesellschaft** (Management oder Finanzholding), denn diese soll sich, aufgrund ihres erschöpfenden Auftrages zur Verwaltung und/oder finanziellen/strategischen Konzernführung, woraus sich Interessenskonvergenz ergibt, so behandeln lassen, als wäre sie direkt an der Tochtergesellschaft beteiligt⁹⁹³. Diesfalls wird die Konzernwirkung von Vinkulierungsklauseln auch dann gegeben sein, wenn sie nicht ausdrücklich Eingang in die gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen gefunden haben. Die Interessenskonvergenz wird unstrittig dann vorliegen, wenn es sich um einen einstufigen Konzern mit lediglich einer Tochtergesellschaft handelt. Interessenskonvergenz wird dann jedoch nicht gezwungenermaßen vorliegen, wenn die Holdinggesellschaft mehrere Gesellschaften hält oder es sich um eine operative Holding handelt. Kann interpretativ aus einer Gesamtbetrachtung keine Interessenskonvergenz erkannt werden, muss die Vinkulierungsvereinbarung restriktiv, d.h. im Zweifel gegen eine Konzernwirkung, ausgelegt werden. Hinsichtlich der Wirkung spricht sich die Literatur bei Interessenskonvergenz, d.h. bei Konzernwirkung, dennoch gegen eine dingliche Wirkung in Form einer automatischen Unwirksamkeit bei der Holdinggesellschaft aus⁹⁹⁴. Als Rechtsfolge sollen bei Verstoß gegen diese Vinkulierungsbestimmung jedoch die Gesellschafter der Tochtergesellschaft verlangen können, dass beim Vorhandensein einer Vereinbarung von Aufgriffsrechten im Gesellschaftsvertrag, die Holdinggesellschaft ihre Anteile abtreten muss⁹⁹⁵.

2.4.2.2 Unternehmensgegenstand

Die Vertretungsorgane haben sich an dem in Grundlagenverträgen normierten Unternehmensgegenstand zu orientieren. Tun sie dies nicht, verletzen sie ihre Obliegenheiten und sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet⁹⁹⁶. Findet sich in der Satzung bzw. dem

⁹⁹⁰ vgl. Kurat (2009), 92ff.

⁹⁹¹ OGH 7 Ob 2350/96f vom 21. Mai 1997

⁹⁹² OGH 3 Ob 2004/96v vom 29. Mai 1996; zur Geltendmachung von Verstößen gegen die guten Sitten insbesondere bei Anteilsübertragungen vgl. auch OGH 8 Ob 547/92 vom 16. Dezember 1993

⁹⁹³ vgl. Karollus/Artmann (2001), 66f.; andere Ansicht sind jedoch Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz Kommentar (2007), § 76 Rz 4

⁹⁹⁴ OGH 7 Ob 2350/96f vom 21. Mai 1997 oder OGH 6 Ob 313/99v vom 20. Jänner 2000, demgemäß dingliche Wirkung lediglich bei der Gesellschaft Anwendung findet in deren Gesellschaftsvertrag die Vinkulierungsklausel eindeutig aufgenommen wurde.

⁹⁹⁵ vgl. Karollus/Artmann (2001), 67

⁹⁹⁶ § 84 AktG, 20 Abs. 1 GmbHG, 19 GenG.

Gesellschaftsvertrag keine Beteiligungs- oder keine Generalklausel, wie beispielsweise: [a]ußerdem ist die Gesellschaft zu allen Handlungen, Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks notwendig bzw. förderlich erscheinen", dann müssen diese per Beschlussfassung über eine Satzungsänderung Einzug finden, um den Vertretungsorganen durch den Eigentümer gedeckte Handlungsmacht zu übertragen. Daraus ist bereits ersichtlich, dass die gesellschaftsrechtliche Möglichkeit zur konzerninternen Konzernierung oder für externes Wachstum oft in den Grundlagenverträgen eingeräumt wird, da andernfalls eine Beschlussfassung notwendig ist, damit sich das nach außen vertretungsbefugte Organ nicht im Innenverhältnis einer Haftungsgefahr aussetzen muss.

Dass jedoch der Einsatz von Generalklauseln in der kautelarjuristischen Praxis nicht unüberlegt vorgenommen werden sollte, zeigt der OGH mit der Entscheidung vom 25. September 2001⁹⁹⁷ über die begründete Gefahr von Generalklauseln für Minderheitsgesellschafter. Gegenständlich war die Einberufung einer Generalversammlung, um u.a. über zwei Punkte abzustimmen: Einerseits sollte eine Kapitalerhöhung beschlossen und andererseits eine Privatstiftung mit der beklagten Gesellschaft als Stifterin begründet werden. In diese Privatstiftung mit dem Zweck der Förderung und Erhaltung der Unternehmen der Stifterin, welche auch als Begünstigte bestimmt war, sollten die operativen Anteile der beklagten Gesellschaft eingebracht werden. Die Beschlüsse wurden mit der Zustimmung des Mehrheitsaktionärs getroffen und der Geschäftsführer der Gesellschaft wurde zum Vorstand des Stiftungsvorstandes bestellt. Die Minderheitsaktionäre begründeten ihren Antrag auf einstweilige Verfügung zur Aufschiebung der Beschlussausführung damit, dass einerseits der Mehrheitsgesellschafter in „rechtsmissbräuchlicher und treuwidriger Weise“ versuchte, den Minderheitsgesellschafter auszudünnen und andererseits diese Beschlussfassung eine Änderung des Unternehmensgegenstandes zur Folge gehabt hätte, was einen einstimmigen Beschluss der Gesellschaft bedingt hätte und die Beschlussfassung dazu geführt hatte, dass die Minderheitsgesellschafter der stiftenden Gesellschaft ihre Einflussmöglichkeiten verlierten und eine Entwertung ihres Kapitalanteils damit einherginge. Der OGH gab dem Revisionsrekurs nicht Folge und argumentierte, dass sich der angefochtene Gesellschafterbeschluss in der Tat an die Bestimmungen des Gesellschaftervertrags halte. Die der Beschlussfassung zugeführten Punkte, somit die Gründung einer Privatstiftung ohne Änderung des Unternehmensgegenstandes, fielen demnach unter die Generalklausel „alle Maßnahmen zur Erreichung des Gesellschaftszwecks“⁹⁹⁸.

Das Instrument des **Vorkaufsrechts** gemäß §§ 1076, 1072 bis 1079 ABGB kann durch die Satzung bei der **Aktiengesellschaft nicht wirksam vereinbart** werden. Eine derartige Vereinbarung stößt sich an den §§ 49 und 50 AktG, welche keine anderen mitgliedschaftlichen Verpflichtungen außer der Leistung der Einlage und einer nicht in Geld bestehenden Leistung, wenn die Übertragung der Aktien an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist, vorsehen⁹⁹⁹.

⁹⁹⁷ 1 Ob 190/01z vom 25. September 2001

⁹⁹⁸ vgl. Fantur (2006), 344

⁹⁹⁹ Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar (1998), § 49; vgl. Hlawati, Edith/Birkner, Albert/Graf, Wolfgang: Abwehrmaßnahmen gegen Hostile Takeovers, eclex 2000, 84

Dieses Instrument des Vorkaufsrechts kann im **Gesellschaftsvertrag der GmbH** Eingang finden. So erlaubt § 76 Abs. 2 GmbHG, dass der Gesellschaftsvertrag die Übertragung von weiteren Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschaft, abhängig machen darf. Derart im Gesellschaftsvertrag enthaltene Übertragungsbeschränkungen (Vorkaufsrecht, Andienungsregelungen etc.) können, wenn die Auslegung ergibt, dass es sich um weitere Voraussetzungen für die Übertragung im Sinne des § 76 Abs. 2 Satz 3 GmbHG handelt, absolut wirken, d.h. ihre Verletzung macht die Übertragung unwirksam¹⁰⁰⁰. Ergibt die Auslegung des satzungsmäßigen Vorkaufsrechtes, dass sie nicht als Übertragungsbeschränkung anzusehen ist, dann führt ihre Verletzung nicht automatisch zur Unwirksamkeit der Übertragung und die obligatorische Vereinbarung ist auf Basis der Grundsätze über die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte zu lösen¹⁰⁰¹.

Das Genossenschaftsgesetz verlangt die genossenschaftsvertragliche Normierung von Bedingungen des Eintrittes der Genossenschafter sowie die allfälligen besonderen Bestimmungen über das Ausscheiden der Gesellschafter, womit Vorkaufsrechte etc. umfasst sind¹⁰⁰².

2.4.3. Finanzierungsverträge

Auf Basis der Erwartungen der Eigenkapitalgeber hinsichtlich der Eigenkapitalrendite und auf Basis der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen werden Transaktionen oftmals mittels Fremdmittel durch Banken oder auch mittels Darlehen von privaten oder institutionellen Kapitalgebern¹⁰⁰³ finanziert. Es handelt sich dabei um umfassende Vertragswerke, welche im Grunde zwei Zielen gerecht werden müssen: **Beibehaltung der Assets oder Strukturen**, welche die **ordnungsgemäße Rückführung der ausgereichten Finanzierung** ermöglichen einerseits und **Verhinderung** jeglicher Art von **Pfandverschlechterung** bzw. Verhinderung der **Risiko/Obligoerhöhung** andererseits.

Diesbezüglich verlangen die Kapitalgeber eine Mitsprache bzw. eine Vetomöglichkeit bzw. zumindest eine Anzeigeverpflichtung hinsichtlich Veränderungen in der Konzernstruktur. Die Konsequenzen sind daraus nicht vernachlässigbar, denn Verstöße gegen Finanzierungsauflagen (*financial covenants*) können einerseits die Fälligestellung bzw. andererseits Konditionen Anpassungen zur Folge haben, welche in Zeiten volatiler Finanzmärkte Finanzierungsmodelle gravierend verändern und somit auch die Rendite auf das eingesetzte Eigenkapital drastisch verschlechtern können. Bei Kapitalzuführungen über private oder institutionelle Kapitalgeber finden sich oft Bestimmungen über Verbote der weiteren Belastung (Nichtbelastungserklärung), Nachrangigkeitsvereinbarungen oder Wandlungsrechte, welche potentiell laufend ändernden Entwicklungen Rechnung tragen sollen.

Nachrangigkeitsvereinbarungen (oder Rangrücktrittsvereinbarungen, oder Rückstehungserklärungen) werden zwischen einem Unternehmer und seinen Gläubigern abgeschlossen und weisen unterschiedliche

¹⁰⁰⁰ vgl. Geist (1996), 414ff.

¹⁰⁰¹ d.h. Wirkung wie Vorkaufsrechte in Syndikatsvereinbarungen

¹⁰⁰² § 5 Z. 4 GenG

¹⁰⁰³ Private Equity und Venture Capital Financiers strukturieren Transaktionen oft über nachrangige Darlehen, Mezzaninkapital, Wandelschuldverschreibungen etc.

Charakteristika auf. Sie können als **schuldrechtlicher Vertrag sui generis**, als Vertrag zugunsten Dritter mit dem Inhalt eines **Stundungsversprechens**, eines aufschiebend bedingten Erlasses oder eines auflösend bedingten Erlasses, als **Schuldänderungsvertrag**, durch den eine neue Form von Verbindlichkeit eingegangen wird, eine **Stundung** oder ein **pactum de non petendo** (Klagsverzichtsvereinbarung), strukturiert werden¹⁰⁰⁴. Der Zweck ist vor allem eine bevorstehende oder bereits eingetretene Überschuldung der Gesellschaft zu überwinden bzw. Kredite im Gesellschaftsvermögen zu binden¹⁰⁰⁵, um dadurch für Eigenkapital oder Mezzaninkapitalinvestoren interessant zu werden. In Finanzierungsverträgen werden Nachrangigkeitsvereinbarungen oftmals derart getroffen, dass Darlehen von Konzernunternehmungen oder weitere aufgenommene Mittel, seien dies Mittel durch die Gesellschafter oder durch andere Fremdkapitalgeber, der Bankfinanzierung nachrangig sein müssen. Davon zu unterscheiden sind grundbücherliche Rangrücktritte, welche, außer im Fall der gesteigerten Wahrscheinlichkeit der Uneinbringlichkeit von Forderungen (vorsichtiges Niederstwertprinzip)¹⁰⁰⁶, keine Auswirkung¹⁰⁰⁷ auf die bilanzielle Darstellung haben.

Bei **Wandelanleihen** wird dem Inhaber der Anleihe entweder das Recht eingeräumt, nach Aufgabe der Gläubigerposition das Recht auf Wandlung der Schuldverschreibung in Aktien auszuüben oder den Rückzahlungsanspruch aus der Schuldverschreibung geltend zu machen¹⁰⁰⁸. Eine Subgruppe stellen diesbezüglich die **Optionsanleihen** dar, denn sie gewähren zwar dem Inhaber ebenfalls das Recht, Aktien des Emittenten zu erwerben, doch besteht dieser Anspruch unabhängig von der Anleihe und kann separat gehandelt werden.

Gerade in „equity-nahen“ Transaktionen werden neben dem üblichen Anteilskaufsvertragswerk auch umfassende Sidelettervereinbarungen getroffen. Diese inkludieren üblicherweise put und/oder call Optionen. **Put-Optionen** sind das Recht des Inhabers, die Anteile an einer Gesellschaft an den Vertragspartner (Stillhalter) jederzeit oder während eines definierten Zeitrahmens zu einem definierten Preis zu verkaufen. **Call-Optionen** sind das Recht, Anteile an einer Gesellschaft vom Vertragspartner jederzeit oder während eines definierten Zeitrahmens zu einem definierten Preis zu erwerben. Dadurch können diese Sideletter den Fall des *change-of-control* abfangen, wodurch Anteile oder Aktien der Verfügungsmacht des Inhabers entzogen würden.

2.5. Maßnahmen zur Verhinderung der Konzernierung

Unabhängig von der Strategie des zu analysierenden Finanzkonzerns, sei dies nun, dass dieser seine Beteiligungsstrukturen konsolidieren möchte oder dass er externes Wachstum zu forcieren strebt, darf die Auseinandersetzung mit potentiellen Verteidigungsmechanismen nicht unterbleiben. Dies obwohl sich,

¹⁰⁰⁴ vgl. Thunshirm, Roman: Rangrücktrittsvereinbarungen im Steuerrecht: Taugliches Instrument zur Beseitigung der Überschuldung, SWK 1997, 507 und vgl. Götz, Rainer/Tschuschnig, Andreas: Steuerliche Aspekte der Sanierung von Unternehmen, taxlex 2006, 452

¹⁰⁰⁵ ebd.

¹⁰⁰⁶ § 204 Abs. 2 sowie § 208 UGB

¹⁰⁰⁷ außer dem Fall der Uneinbringlichkeit der Forderung

¹⁰⁰⁸ vgl. Fayl/Rath (2009), 221ff., sowie Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar (2003), § 174 Rz 13; Schlitt/Hemeling in Habersack/Mülbert/Schlitt: Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 2. Auflage, 2008, § 10 Rz 2

wie bereits erläutert, die rechtlichen Möglichkeiten in Österreich Akquisitionen zu verhindern in Grenzen halten, obwohl sie oftmals Thema in den Entscheidungsgremien der betroffenen Gesellschaften sind. An dieser Stelle sollen einerseits die Möglichkeiten der *take-over-defense* bei börsennotierten Gesellschaften auf Basis übernahmerechtlicher Bestimmungen und auf Basis gesellschaftsrechtlicher Möglichkeiten der Erschwerung einer Transaktion andererseits betrachtet werden¹⁰⁰⁹.

Für börsennotierte Unternehmen, somit Aktiengesellschaften mit Sitz im Inland, deren Beteiligungspapiere an einer österreichischen Börse zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, sind die Möglichkeiten sich ihren Aktionär auszusuchen eingeschränkt. Dies ist bereits aus den Grundsätzen des Übernahmegesetzes ableitbar, demnach es nicht Sinn und Zweck ist, Übernahmeangebote zu verhindern, sondern lediglich u.a. dafür zu sorgen, dass alle Inhaber von Beteiligungspapieren gleich behandelt, Minderheitsaktionäre im Falle der Änderung des kontrollierenden Gesellschafters geschützt und dass Manipulationen verhindert werden.

Der Vorstand und der Aufsichtsrat der Zielgesellschaft sind bereits gemäß § 3 Abs. 3 ÜbG verpflichtet – Gebot der Neutralität - im Interesse aller Aktionäre und sonstiger Inhaber von Beteiligungspapieren, wie auch im Interesse der Arbeitnehmer, der Gläubiger und im öffentlichen Interesse zu handeln. Die Handlungen des Aufsichtsrates und des Vorstandes im Angebotsfall des Bieters, die Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft zu erwerben, werden in § 12 Abs. 1 ÜbG dahingehend konkretisiert, dass keine Maßnahmen gesetzt werden dürfen, die geeignet sind, den Aktionären die Gelegenheit zur freien und informierten Entscheidung über das Angebot zu nehmen. Somit ist außer für die Suche nach konkurrierenden Angeboten (*white knight*) für alle Maßnahmen, durch die das Angebot verhindert werden könnte, eine Zustimmung der Hauptversammlung zur konkreten Maßnahme vonnöten. Ausdrücklich im Gesetz genannt ist der Fall der Kapitalerhöhung, die aufgrund ihres Potentials die Kontrollübernahme durch die bietende Gesellschaft zu verhindern an die Zustimmung der Hauptversammlung gebunden ist. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage RV 1276 BlgNR 20. GP deklarieren neben dem im Gesetz bereits ausdrücklichen Fall der Kapitalerhöhung auch die Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital gemäß §§ 169ff AktG als unzulässige Maßnahme und verbietet ferner einen *Management-Buy-Out*, Fusionen mit einer Gesellschaft, die Pacman Defense¹⁰¹⁰, den Rückerwerb eigener Aktien oder den Erwerb konkurrierender Unternehmen¹⁰¹¹.

Vorratsbeschlüsse, beispielsweise zu einer geplanten Fusion, oder hinsichtlich des Rückerwerbs eigener Aktien oder des Erwerbs konkurrierender Unternehmen, sind dann wirkungslos, wenn mit der Umsetzung der zum Zeitpunkt des Angebots beschlossenen Entscheidungen nicht einmal teilweise begonnen wurde. Die Suche des Vorstandes oder des Aufsichtsrates nach einem *white knight* wird vom

¹⁰⁰⁹ It. Meinung von Investmentbankern ist die beste Möglichkeit eine Transaktion zu verhindern Populismus und gesellschaftspolitisches Unruhe stiften.

¹⁰¹⁰ Das Übernahmeangebot soll dadurch verhindert werden, dass die Zielgesellschaft noch vor Abschluss des Erstangebots die Mehrheit an der Bietergesellschaft erlangt, wodurch der Übernahme das Erwerbsverbot eigener Aktien gemäß § 65, 66 AktG entgegenstehen würde. Voraussetzung, dass die derartige Strategie erfolgreich ist, wären natürlich entsprechende Mittel zum Erwerb der Anteilsmehrheit an der bietenden Gesellschaft sowie deren Fungibilität.

¹⁰¹¹ vgl. Hlawati/Birkner/Graf (2000), 84

Gesetzgeber ermöglicht, da angenommen wird, dass der Aufsichtsrat und der Vorstand sich jene Eigentümer suchen werden, die mit der Unternehmensstrategie d'accord gehen und von denen keine gravierenden Änderungen an bestehenden Strukturen erwartet werden. Jedoch ist auch die Suche nach einem *white knight* zu unterlassen, wenn die Bietergesellschaft gemäß § 6 ÜbG die Absicht ein Angebot zu stellen den Verwaltungsorganen der Zielgesellschaft kommuniziert, die wiederum für Geheimhaltung zu sorgen haben, außer wenn bereits erhebliche Kursbewegungen oder Gerüchte und Spekulationen am Markt existieren¹⁰¹². Aus Gesagtem ist erkennbar, dass, aufsichtsrechtliche Beschränkungen ausklammernd¹⁰¹³, Verhinderungsmöglichkeiten nur eingeschränkt vorhanden sind, jedoch üblicherweise Maßnahmen ergriffen werden, welche die Transaktion verlängern und schlussendlich auch verteuern. Betrachtungsgegenständlich sind daher lediglich Maßnahmen, denen ein positiver Beschluss zur Umsetzung zu Grunde liegt.

Der **Erwerb eigener Aktien** gemäß § 65 Abs. 1 AktG umfasst mehrere Tatbestände. Eigene Anteile dürfen u.a. dann erworben werden, wenn es zur Abwendung eines schweren, unmittelbar bevorstehenden Schadens notwendig wird¹⁰¹⁴. Diesbezüglich müssten die Verwaltungsorgane der Zielgesellschaft nachweisen können, dass eine Zerschlagung oder Plünderung im Mittelpunkt des Interesses der Bietergesellschaft steht. § 65 Abs. 1 Z. 4 AktG ermöglicht den Erwerb eigener Aktien, wenn die Aktien Arbeitnehmern, leitenden Angestellten und Mitgliedern des Vorstands oder Aufsichtsrates der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens zum Erwerb angeboten werden sollen. Diese Maßnahme soll erreichen, dass ein Übernahmeangebot aufgrund der persönlichen Bindung bzw. des persönlichen Investments erwähnter Personen verhindert wird, da diese sich nun selber in der Eigentümerfunktion wieder finden. Zu guter Letzt können auch eigene Aktien aufgrund einer höchstens 30 Monate geltenden Ermächtigung der Hauptversammlung erworben werden, wenn die Aktien der Gesellschaft an einem geregelten Markt im Sinne des § 1 Abs. 2 BörseG zugelassen sind. Der Vorteil letztgenannten Rückerwerbstatbestandes ist, dass kein Zweck ausbedungen wurde. Lediglich die Zulassung an einer Börse im Sinne des § 1 Abs. 2 BörseG sowie die geltende Ermächtigung des Vorstandes sind als Voraussetzungen normiert. Alle drei erwähnten Tatbestände des § 65 AktG können¹⁰¹⁵ jedoch nur einen Erwerb von maximal 10 % des Grundkapitals ermöglichen und setzen voraus, dass die Gesellschaft die gemäß § 225 Abs. 5 UGB vorgeschriebene Rücklage für eigene Anteile bilden kann, ohne dass das Nettoaktivvermögen das Grundkapital oder eine nach Gesetz oder Satzung gebundene Rücklage unterschritten wird.

Wechselseitige Beteiligungen streben eine Verfestigung der Beteiligungsbeziehungen an, jedoch herrscht nur bis zu einer wechselseitigen Beteiligungsquote von 25 % in der gesellschaftsrechtlichen Diskussion Einigkeit über deren Zulässigkeit und sind nur mit flankierenden Mitteln geeignet eine Transaktion zu behindern. Als flankierende Mittel, welche das operative Management der erwerbenden Gesellschaft

¹⁰¹² § 6 Abs. 2 ÜbG

¹⁰¹³ dazu im Folgenden

¹⁰¹⁴ § 65 Abs. 1 Z. 1 AktG

¹⁰¹⁵ neben § 65 Abs. 1 Z. 7 AktG

behindern können, gelten Modifikationen des Stimmrechtes. In vielen Fällen kann die Satzung qualifizierte Mehrheiten vorsehen oder bestehende qualifizierte Mehrheiten weiter erhöhen. Dadurch erhöht sich der Bedarf an stimmberechtigtem Kapital, um effektiv das Unternehmen leiten zu können. § 12 Abs. 2 AktG normiert, dass die Satzung ein Höchststimmrecht festlegen kann. Hat die Gesellschaft bereits eine kontrollierende Mehrheit und soll bei Angebotslegung bei der Zielgesellschaft nachträglich ein Höchststimmrecht durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss¹⁰¹⁶ ohne Zustimmung der betroffenen Aktionäre gesetzt werden, dann muss für den Fall, dass Aktionäre bestehen, die eine über die Höchststimmrechtsschwelle hinausgehende Stimmrechte halten, eine sachliche Rechtfertigung vorliegen¹⁰¹⁷. Weitere Maßnahmen, welche ebenfalls eine Transaktion nicht verhindern können, jedoch die operative Übernahme verzögern können, sind die Staffelung der Amtszeiten von Vorstand und Aufsichtsrat¹⁰¹⁸.

3. Ergebnis

Im Konzerneingang basieren die Mitteilungspflichten einerseits auf vor- und nebenvertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten sowie andererseits auf Bestimmungen der Materiengesetze (u.a. BörseG, ÜbG, BWG). Unterschieden werden kann zwischen Berichtspflichten innerhalb der Gesellschaftsorgane sowie zwischen behördlichen Meldungen oder Anzeigen.

Das Wettbewerbsverbot als konzernbeschränkende Maßnahme gilt im Aktienrecht explizit nur für den Vorstand. Ein Wettbewerbsverbot für Aktionäre wird lediglich im Falle einer ausdrücklichen syndikatsvertraglichen Statuierung sowie bei personalistischer Ausprägung Rechtswirkung entfalten. Ein Wettbewerbsverbot ist im GmbHG ausdrücklich für den Geschäftsführer normiert, wobei herrschende Ansicht ist, dass dadurch auch der Gesellschaftergeschäftsführer umfasst ist. Das Wettbewerbsverbot steht allerdings der Begründung einer einfachen Mehrheit durch einen wettbewerbenden Gesellschafter entgegen, wodurch ein der Inhaltskontrolle unterliegender Dispensbeschluss notwendig wäre. Syndikatsvertragliche Regelungen sollten diesbezügliche Überlegungen umfassen. An die Eignung eines qualifiziert beteiligten Gesellschafters an einem Kreditinstitut oder Versicherungsunternehmen werden hohe Anforderungen (Zuverlässigkeit, finanzielle Solidität etc.) seitens der FMA gestellt.

Wichtigster Punkt im Konzernierungsprozess ist die formelle Richtigkeit der Beschlussfassung. Einerseits ist zu überprüfen ob die Unternehmensverfassung (Unternehmensgegenstand, Unternehmenszweck) eine Konzernierung zulässt oder nicht. Die abhängige Gesellschaft eines Vertragskonzerns hat einen Beschluss herbeizuführen. Selbiges gilt im faktischen Konzern, wenn eine Kapitalerhöhung vorgenommen werden soll oder Vinkulierungsklauseln vorliegen. Die herrschende Gesellschaft hat beim Vertragskonzern und beim faktischen Konzern eine entsprechende Beschlussfassung zu veranlassen, wenn durch die

¹⁰¹⁶ idF freiwilliges Angebot

¹⁰¹⁷ Die Frage der Zustimmungspflicht der betroffenen Aktionäre ist durchaus umstritten: *Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998) Rz 8 zu § 114; *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 272

¹⁰¹⁸ Staggered board

Veränderung derart in die Satzung, Syndikatsvertrag und bisherige Geschichte verwirklichte Struktur und in weiterer Folge in den Gegenstand (Geschäftsziele) eingegriffen wird, wie dies nur nach Zustimmung der Gesellschafter möglich wäre.

Meines Erachtens ist diesbezüglich nicht eine Wesentlichkeitsschwelle festzulegen, sondern es ist vielmehr zutreffend zu untersuchen, ob die Kernstrategie und das Kerngeschäft durch die Strukturveränderung derart ausgehöhlt würden, dass sich ein mit durchschnittlichen Interessen ausgestatteter Aktionär in dieser neuen Konstellation nicht an der Gesellschaft beteiligt hätte. Eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats ist nicht ableitbar, jedoch werden üblicherweise diesbezügliche Beschlüsse auch durch den Aufsichtsrat gefasst.

Beaufsichtigte Finanzintermediäre unterliegen aufsichtsrechtlichen Beschränkungen. Interessierte Erwerber von mittelbaren oder unmittelbaren Beteiligungen an Kreditinstituten müssen unter bestimmten Voraussetzungen ihren Anteilsbesitz anzeigen, wobei der Aufsichtsbehörde eine Untersagungsmöglichkeit zukommt. Die Eigentümerkontrollverordnung der Finanzmarktaufsicht verlangt diesbezüglich umfassende Informationen über die Zuverlässigkeit des Anzeigeverpflichteten, eine Darstellung über die Beteiligungsverhältnisse und Konzernzugehörigkeit sowie sonstige Einflussmöglichkeiten und relevante Beziehungen sowie Erwerbsinteressen und auch die Darlegung der Finanzlage und Bonität und die Darstellung des Geschäftsplanes inkl. strategischen Zielen und Plänen.

Bei indirekten Beteiligungen müssen die Stimmrechte der vermittelnden Trägerunternehmen aufgrund eines kontrollierenden Einflusses zurechenbar sein. Bei indirekten Beteiligungen am Kapital muss der Beteiligungstatbestand gemäß der Multiplikationsmethode erfüllt sein. Kreditinstitute dürfen sich an Unternehmen, die nicht im Nahebereich der Bank- oder Versicherungstätigkeit stehen, nur beschränkt beteiligen (Einzelveranlagung 15 % bzw. Summe maximal 60 % der anrechenbaren Eigenmittel). Eine Anzeigeverpflichtung bei Beteiligungserwerb von Versicherungsunternehmen ist korrespondierend mit dem BWG auch im VAG gegeben. Eine größenmäßige Beschränkung von Beteiligungen an anderen Unternehmen ist im Gegensatz zum Bankwesengesetz nicht normiert. Es bleibt unter bestimmten Bedingungen bei einer Anzeigepflicht, wobei der Aufsichtsbehörde Untersagungs- und Beschränkungsmöglichkeiten zukommen. Genossenschaften dürfen Beteiligungen als Mittel zur Förderungen des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder durch die Genossenschaft lediglich an juristischen Personen des Unternehmens-, des Genossenschafts- und des Vereinsrechts sowie an unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaften eingehen, wenn diese Beteiligung der Erfüllung des satzungsgemäßen Zwecks der Genossenschaft und nicht überwiegend der Erzielung von Erträgen der Einlage dient. Unter diese (unternehmerische) Beteiligung fallen der schlichte Anteilserwerb unter 20 % sowie die unternehmerische Beteiligung zu hilfs- oder nebengeschäftliche Zwecken nicht, wenn sie nicht nur nach Ertragnerwirtschaftung streben (sondern u.a. Förderkapitalbildung etc.).

Das BörseG und das ÜbG haben gemeinsam, dass sie keine Konzernierung zu verhindern streben, sondern dem Transparenzgedanken und der Rechtssicherheit Rechnung tragen wollen und dass beide Materien Rechtsfolgen an die Tatbestandserfüllung auf Basis stimmrechtsberechtigter Aktien anknüpfen. Im Rahmen des BörseG ist für die Anteilsberechnung die Gesamtzahl der Stimmrechte maßgeblich, unabhängig ob diese vorübergehend oder endgültig ruhen oder aktuell überhaupt ausübbar sind. Entscheidend ist ob ein Beteiligungspapier stimmrechtstragend ist, wobei stimmrechtslose Vorzugsaktien diese Qualifikation nicht erfüllen. Eigene Anteile reduzieren die Gesamtzahl der Stimmrechte nicht. Das BörseG sieht in § 92 einen umfassenden Katalog zur Zurechnung von Stimmrechten vor, auf die das BWG oder VAG Bezug nehmen. Wie bereits erläutert, müssen auf Basis des § 92 BörseG die Stimmen einer Beteiligung vermittelnden Trägerunternehmung kontrolliert werden, um der Gesellschaft zugerechnet zu werden.

Der Begriff der kontrollierenden Beteiligung stammt aus dem ÜbG und knüpft an die Verpflichtung der Stellung eines Übernahmeangebots an, wenn keine Ausnahmetatbestände vorliegen. Geboten werden muss vom Bieter nicht nur für die Stamm- und Vorzugsaktien, sondern auch für alle anderen Arten von übertragbaren und börsennotierten Gewinn- und Substanzpapier, wie beispielsweise Partizipationsscheine, Genussscheine, Gewinnschuldverschreibungen zu Aktien, Wandelschuldverschreibungen und Optionsschuldverschreibungen. Bei indirekten Beteiligungen kann ein Kontrollwechsel dann vorliegen, wenn an der beteiligungsvermittelnden, börsennotierten Trägeraktiengesellschaft ebenfalls eine kontrollierende Beteiligung in Höhe von 30 % der stimmberechtigten Aktien gehalten wird. Ist die vermittelnde Aktiengesellschaft nicht börsennotiert, müssen es Anteilsrechte oder sonstige Rechte ermöglichen einen beherrschenden Einfluss auf diesen Rechtsträger auszuüben. Während beim BörseG die eigenen Anteile nicht abgezogen werden, reduzieren eigene Anteile im ÜbG die Basis zur Berechnung der Kontrollschwellen.

Im Konzerneingang ist auf syndikats- und gesellschaftsvertragliche Normen Bedacht zu nehmen. Syndikatsverträge können aufgrund ihres obligatorischen Charakters Anteilsübertragungen nicht verhindern. Faktisch verhindern werden sie diese, wenn der Syndikatsvertrag durch Konventionalstrafen ein enges Korsett schnürt und nicht bloß Bemühungsnormen umfasst. Dagegen wirken statuarische Vinkulierungen dinglich, wodurch eine Übertragung an Gesellschaftsfremde oder Gutgläubige nicht durchdringen kann. Ferner ist der statuarischen Vinkulierung ein implizierter Auftrag an das geschäftsführende Organ inhärent, wodurch dieses im Bedrohungsfall der Zielrichtung der Vinkulierungsklausel entsprechend handeln muss. **Vinkulierungsklauseln** bzw. das Interesse an der persönlichen Stabilität dürfen **nur in Einzelfällen konzernweit ausgelegt** werden. Für den Bestand dieses **persönlichen Interesses** ist dieses Gegenstand einer gesellschaftsvertraglichen Regelung und hat daher **ausdrücklich** aufgenommen zu werden (**Konzernklausel**). Vinkulierungsklauseln sind bei personalistisch geprägten Gesellschaften übertragungsbeschränkend auszulegen, während bei kapitalistisch ausgeprägten Gesellschaften diese übertragungsfreundlich ausgelegt werden müssen. Auch

ist die Annahme einer Konzernwirkung aus der gesellschaftlichen Entwicklung abzuleiten. Waren demnach Gesellschaften bereits konzernverbunden, ist eine Konzernwirkung nicht anzunehmen; waren die Gesellschaften jedoch noch nicht verbunden, kann aus dem Mangel einer Vinkulierungsklausel nicht geschlossen werden, dass auf Konzernwirkungen verzichtet worden wäre.

Versuche die **(statuarischen)** Vinkulierungsbestimmungen der Gesellschaftsverträge durch **Umgehungskonstruktionen**, wie beispielsweise **Treuhandschaften**, Einräumung einer **Unterbeteiligung**, Stimmbindungsverträge oder Einräumung eines **Fruchtgenussrechtes** zu konterkarieren sind **nichtig**, denn es kann von einem redlich handelnden Gesellschafter erwartet werden, dass er die vereinbarte Vinkulierungsklausel respektiert und nicht wider Treu und Glauben zu unterlaufen versucht. Versuche die **außerstatuarischen** Vinkulierungsbestimmungen zu **umgehen** fallen unter die **Sittenwidrigkeit** und sind gemäß § 879 Abs. 1 ABGB nichtig, was vom Vinkulierungsberechtigten aktiv gerichtlich geltend gemacht werden muss.

Zivilrechtlich kommt es bei der Wertpapierleihe zum Abschluss eines Darlehensvertrages, bei dem der Entleiher die Wertpapiere vom Verleiher in das Eigentum übertragen erhält und sich dieser verpflichtet, Wertpapiere der gleichen Art und Menge zu einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt zurückzugeben. Der Verleiher erhält vom Entleiher während der Vertragslaufzeit ein Darlehensentgelt sowie die Früchte aus den Wertpapieren. Auf die Wertpapierleihe sind die Vinkulierungsbestimmungen anwendbar.

In der GmbH können Vorkaufsrechte der Vinkulierung ähnliche Rechtswirkungen entfalten (Dinglichkeit), wenn diese statuarisch festgeschrieben und im Sinne von § 76 Abs. 2 Satz 3 GmbH auslegbar sind. Vorkaufsrechte können im Aktienrecht lediglich nebenvertraglich (Syndikatsvertrag, Sideletter) vereinbart werden. Finanzierungsverträge sind bei Konzernstrukturänderungen daraufhin zu überprüfen, ob Finanzierungsaufgaben tangiert werden und welche Konsequenzen an Veränderungen oder Verstöße gebunden sind. Generell lässt sich festhalten, dass aus dem Blickwinkel des zu beherrschenden Unternehmens grundsätzlich im GmbH Recht aufgrund des weitgehend dispositiven GmbH-Innenrechts zweckmäßigere Möglichkeiten existieren der Konzernierung präventiv entgegenzuwirken. Abwehrmöglichkeiten ergeben sich vor allem durch Vinkulierungsklauseln als wesentliches Instrument mit dem die Gesellschaft Einfluss auf die Zusammensetzung der Gesellschafter/Aktionärsstruktur ausüben kann, Höchststimmrechte, Ankaufs- oder Vorkaufsrechte der Gesellschafter, wobei betont werden soll, dass diese nur dann unproblematisch sind, wenn sie bereits im Gesellschaftsvertrag berücksichtigt sind, denn nachträgliche Änderungen bedürfen grundsätzlich der Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter.

KAPITEL VI

KONZERNBETRIEB

Im Konzernbetrieb ist die Mehrzahl an Optimierungsschritten zu setzen. Ausgehend von effektiven Satzungs- und gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen sollte ein Pouvoirrahmen gestaltet werden in dem die Verwaltungsorgane effizient arbeiten können. Dargestellt werden in diesem Zusammenhang die Grenzen des eigenverantwortlichen Handelns und die Fälle, bei denen weitere Gremien adressiert werden müssen. Ferner werden Strukturierungsvorschläge für syndikats- und gesellschaftsvertragliche Maßnahmen im Rahmen des Konzernbetriebes erarbeitet. Dauerbrenner im Konzernbetrieb sind Maßnahmen, welche sich im Spannungsfeld der Einlagenrückgewähr bewegen.

1. Gesellschaftsinteresse, Konzerninteresse und Schädigungsverbot

Kapitalgesellschaften, für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet¹⁰¹⁹, sind an das **Gesellschaftsinteresse**¹⁰²⁰ gebunden. Die zwei maßgeblichen Facetten des Gesellschaftsinteresses sind die **Gewährleistung der gesellschaftlichen Zweckerfüllung**, was sich aus dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Realverfassung ergibt, sowie der **Erhalt des Gesellschaftsvermögens als Haftungsmasse** der Gesellschaftsgläubiger als Rechtfertigung der beschränkten Haftung.

Konzerne verfügen über keine Rechtspersönlichkeit und kein Konzernvermögen. Der Terminus Konzerninteresse hat somit auch keinen Niederschlag im de lege lata gefunden. Wenn daher von Konzerninteresse gesprochen wird, ist darunter das Interesse des hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafters zu verstehen. Das **Konzerninteresse** ist daher der tatsächliche Machtübergang außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Ordnung. Daher kann bei heterogenen Eigentümerstrukturen das Interesse der Gesellschaft durch das „gemeinsame Interesse“ des (sich auch außerhalb der Gesellschaft unternehmerisch betätigenden) Großaktionärs dominiert werden, wodurch die Gefahr, das Wohl der Gesellschaft den individuellen besonderen Interessen zu opfern, evident wird¹⁰²¹.

Das Konzerninteresse ist im deutschen Konzernrecht anerkannt, demnach sind auch nachteilige Weisungen möglich, sofern ein Nachteilsausgleich¹⁰²² stattfindet¹⁰²³. Im österreichischen Recht ist das Konzerninteresse nicht ausdrücklich normiert. Auch wenn ein Konzerninteresse wirtschaftlich begründbar ist, ist diesem im österreichischen Rechtsrahmen ein enges Korsett angelegt. Grundlegend kann

¹⁰¹⁹ § 48 AktG bzw. § 61 Abs. 2 GmbHG

¹⁰²⁰ Allgemein bezeichnet das Interesse in dieser Bedeutungsrichtung die Gerichtetheit des Handelns auf einen Gegenstand im Dienste der Bedürfnisbefriedigung und bezeichnet damit den Willen lt. der Europäischen Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften. Das deutsche Wort Interesse hat sich ebenso wie das französische „intérêt“ aus dem lateinischen „interesse“ entwickelt was „dazwischen sein“, „sich dazwischen befinden“ und in der Form „interest“ (3. Person Singular Präsens) als unpersönlicher Ausdruck „es bringt Nutzen“ bedeutet. vgl. Handbuch philosophischer Grundbegriffe. Über die französische Sprache, die es zunächst rezipierte, gelangte das Wort im späten Mittelalter in die deutsche Rechts- und Handelsprache, wo es als Fachwort für den aus einer Ersatzpflicht für den Schuldner resultierenden Schaden verwendet wurde. Aus der Sicht des Gläubigers entwickelte sich dann der Bedeutungsgehalt dieses Wortes im Sinne von „Vorteil“, „Nutzen“, „Gewinn“ und bezeichnete schließlich auch Preise und Werte im Allgemeinen, sowie Zinsen im Besonderen.

¹⁰²¹ vgl. Reiner, Günter: Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung, München 1995, 2ff.

¹⁰²² Interessant dazu das Rozenblum-Urteil der französischen Cour de cassation (Crim 4.2.1985, Bull. Crim., Nr. 54, 145) zur gesellschaftlichen Untreue „abus des biens et du crédit de la société“, dass Vermögensverschiebungen auf Unternehmen, die von der Geschäftsleitung außerhalb der Gesellschaft betrieben werden daran zu messen sind, ob auch Vorteile der Gesellschaft im Gegenzug im Rahmen einer einheitlichen Konzernleitung zu Gute kommen.

¹⁰²³ Umfassend siehe Emmerich/Habersack (2008), A/G Konzernrecht, 500ff.; ferner einschränkend Emmerich, Volker: Der GmbH-Konzern (Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung, Mitbestimmungsrecht, Kartellrecht, Steuerrecht), 1976, 3 (14f) sowie vgl. Kropff, Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, in Kastner-FS, 1992, 279, 296ff.

Hommelhoff zugestimmt werden, dass einem Konzerninteresse gefolgt werden kann, jedoch nur im Rahmen den die Tochtergesellschaft vorgibt¹⁰²⁴. Bei Aktiengesellschaften können bei Konzernen, welche durch Beherrschungsverträge verfestigt sind, Konzerninteressen definiert werden, jedoch sind Weisungen von Aktionären nicht per se verbindlich. Der Vorstand hat vielmehr die Leitungsmaßnahmen der herrschenden Gesellschaft dahingehend zu prüfen, ob diese nicht dem Gesellschaftszweck und dem Unternehmensgegenstand widersprechen, den Anforderungen einer hinreichend sorgfältigen Geschäftsführung in der Konzernuntergesellschaft genügen und die Interessen der beherrschten Gesellschaft nicht auf unzumutbare Weise missachten¹⁰²⁵. § 20 Abs. 1 GmbHG normiert das Weisungsrecht der Gesellschafter, was unter einem Konzerninteresse subsumiert werden kann. Diesbezüglich muss jedoch festgehalten werden, dass eine beispielsweise wirtschaftlich unzweckmäßige Weisung (Erwerb eines Produktes nicht vom Bestbietenden sondern von einem „konzernnahen“ Unternehmen) zwar im Innenverhältnis keine Haftung begründen kann, diese jedoch sehr wohl einen Ersatzanspruch für die Befriedigung von Gläubigern gemäß § 25 Abs. 5 GmbHG zur Folge haben kann. Daher ist ein sanktionsloses Konzerninteresse auch im GmbH-Recht nicht gegeben. Vielmehr kann, abgehend vom Grundsatz des *volenti non fit iniuria*, auch bei einer positiven Beschlussfassung hinsichtlich der Konzernbildung nicht daraus geschlossen werden, dass die Mitgesellschafter einer GmbH mit der strikten Ausrichtung am Konzerninteresse einverstanden sind¹⁰²⁶.

Zur Herleitung des **Schädigungsverbots** im österreichischen Recht sei mit Verweis auf § 26 Satz 1 ABGB begonnen, demnach „*die Rechte der Mitglieder einer erlaubten Gesellschaft [...] durch den Vertrag oder Zweck [...] bestimmt*“ werden¹⁰²⁷. Demzufolge hat das herrschende Unternehmen seine Einflussnahmen am Maßstab des Gesellschaftszwecks des § 26 Satz 1 ABGB zu messen. Während in Deutschland die Ansicht vertreten wird, dass die herrschende Gesellschaft als Ausgleich für die überragenden Einflussmöglichkeiten im Konzern einer gesteigerten Treuepflicht unterliegt, wird dem in Österreich aufgrund einer fehlenden Bestimmung nicht Rechnung getragen¹⁰²⁸. Unstrittig ist jedoch, dass eine Treuepflicht auch bei mehrstufigen Unternehmensverbindungen vorliegt, denn das herrschende Unternehmen soll sich nicht dadurch einer Haftung entziehen können, indem es zwischen sich und der abhängigen Gesellschaft eine weitere Gesellschaft installiert¹⁰²⁹. Damit sind vor allem jene Fälle umfasst, bei denen a) eine Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft veranlasst eine schädigende bzw. nachteilige Maßnahme bei der Enkelgesellschaft zu setzen, b) die Muttergesellschaft auf informellem Wege die Geschäftsführung der Enkelgesellschaft beeinflusst und c) die Muttergesellschaft eine Geschäftschance der Enkelgesellschaft wahrnimmt¹⁰³⁰.

¹⁰²⁴ ebd. zitiert in Torggler in Kalss/Rüffler (2003), 60ff.

¹⁰²⁵ vgl. Vanis (1991), 135ff.

¹⁰²⁶ vgl. Hommelhoff (1982), 255

¹⁰²⁷ unscharf oftmals als Treuepflicht bezeichnet. Richtig ist Zweckbindung; vgl. Torggler (1996), 65ff.

¹⁰²⁸ vgl. Torggler (1996), 106ff.

¹⁰²⁹ vgl. Jahraus (1988), 107; vgl. ITT-Entscheidung

¹⁰³⁰ vgl. Torggler (1996), 299ff.

Verbleibende Regelungen sind jene der §§ 1294 und 1297 ABGB, die einerseits relevant werden, wenn gegen die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsmannes verstoßen wird¹⁰³¹. Andererseits sagen §§ 1294 und 1297 ABGB nichts darüber aus, ob ein erhöhter oder geringerer Maßstab bei Interaktion mit einer Tochtergesellschaft wirken soll. Strenger muss die Sorgfaltspflicht dann ausgelegt werden, wenn § 1299 ABGB vorliegt, nämlich wenn ohne Not ein Geschäft übernommen wird, dessen Ausführung zu erkennen gibt, dass der Ausführende oder Auftragende über erforderliche, aber nicht gewöhnliche, Kenntnisse verfügt. Wenn nun beispielsweise ein herrschender Gesellschafter ohne Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung die Geschäftsführung dazu veranlasst ein (schädigendes) Geschäft auszuführen, dann haftet dieser gegenüber den Mitgesellschaftern aufgrund dieser informellen Einflussnahme (§ 1299 ABGB) und es trifft ihn auch die Beweislast. Die Mitgesellschafter können mit der Unterlassungsklage gegen die Gesellschaft, mit einer Unterlassungs- und/oder Schadenersatzklage gegen die bestimmende Muttergesellschaft und gegen die ausführenden Geschäftsführer vorgehen¹⁰³².

Problematisch wird in der Praxis der Beweis der informellen Einflussnahme, der in Deutschland dadurch gelöst wurde, dass bei pflichtwidrigem Verhalten der Geschäftsführung die Veranlassungsvermutung dann zu Lasten des herrschenden Unternehmens gilt, wenn die Handlung die Interessen des herrschenden Gesellschafters oder eines mit diesem verbundenen Unternehmens fördert¹⁰³³. Technisch gesehen folgt aus der deutschen Konzernvermutung auch die Veranlassungsvermutung (generelle Veranlassungsvermutung). Dass aus der Konzernvermutung auch generell die Veranlassungsvermutung folgt, wird jedoch im österreichischen Recht verneint, denn die Vermutung einheitlicher Leitung bei Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses muss nicht bedeuten, dass eine konkrete Einzelmaßnahme vom herrschenden Gesellschafter veranlasst worden ist. Einheitliche Leitung liegt nämlich bereits bei sehr loser Koordination des Finanzbereichs als wesentlicher Pfeiler der Unternehmenspolitik vor. Jedoch wird der Meinung *Koppensteiners* dahingehend gefolgt, dass ein Vorteil, den der herrschende Gesellschafter oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen durch die Schädigung der Gesellschaft erlangt hat, prima facie die Veranlassung durch den herrschenden Gesellschafter zum Anschein hat¹⁰³⁴. D.h., dass wenn eine Maßnahme zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft und zum Vorteil des herrschenden oder verbundenen Unternehmens erfolgt, dann wird aus der Lebenserfahrung eine Veranlassung vermutet, wodurch sich die Beweislastumkehr materialisiert.

Liegt in einem Sachverhalt nun ein Verstoß gegen das Schädigungsverbot vor und wird vermutet, dass der Schaden durch den herrschenden Gesellschafter veranlasst wurde, stellt sich zwangsläufig in einem nächsten Schritt die Frage, ob einer drohenden Schadenersatzpflicht entkommen werden kann. Dies könnte durch den, im deutschen Recht positivierten, so genannten **Nachteilsausgleich** erreicht werden. Demnach werden die Nachteile, die mit der nachteiligen Maßnahme zusammenhängen, vom herrschenden oder verbundenen Unternehmen ausgeglichen. Die Art und Weise des Ausgleiches bleibt dem

¹⁰³¹ § 25 Abs. 1 GmbHG; 84 AktG

¹⁰³² vgl. *Torggler* (1996), 105ff.

¹⁰³³ vgl. *Winter* (1988), 114ff; § 18 Abs. 1 Satz 3 dAktG

¹⁰³⁴ vgl. *Torggler* (1996), 292f.

herrschenden oder verbundenen Unternehmen vorbehalten, jedoch hat sich die Ersatzleistung als Vorteilsgewährung final auf den Ausgleich des Nachteils zu richten¹⁰³⁵. Festzuhalten ist ferner, dass die Anrechnung automatischer Konzernierungsvorteile unzulässig ist. So betont *Koppensteiner*, dass passive (positive) Konzerneffekte, aus der reinen Existenz des Konzerns nicht ausreichend für den Nachteilsausgleich sind¹⁰³⁶. Als Grundlage im deutschen Recht fungiert § 311 Abs. 1 dAktG¹⁰³⁷, der diesen Nachteilsausgleich spätestens am Ende des Geschäftsjahres des abhängigen Unternehmens vorsieht (Absatz 2)¹⁰³⁸. Dieser Nachteilsausgleich geht der Schadenersatznorm des § 317 dAktG vor, denn er reduziert die Berechnung der Höhe des ersatzpflichtigen Schadens auf den Zeitpunkt der Vornahme der nachteiligen Maßnahme und bis Jahresfrist werden Folgeschäden außer Betracht gelassen.

Die **analoge Anwendung** ins **österreichische Recht** ist meines Erachtens **zu verneinen**. Eine Analogie fällt bereits aufgrund des Mangels einer Lücke. Das Vorliegen einer Rechtslücke ist die Grundvoraussetzung einer Analogie, was bedeutet, dass der Rechtsfall nach dem Gesetz nicht beurteilt werden kann¹⁰³⁹, jedoch rechtlich einer Beurteilung im Sinne der Festlegung von Rechtsfolgen bedarf¹⁰⁴⁰. Ob nun eine Lücke vorliegt, ist auf Basis der österreichischen Rechtsordnung und der ratio legis zu beurteilen, wobei oft von einer planwidrigen Unvollständigkeit im positiven Recht „gemessen am Maßstab der gesamten Rechtsordnung gesprochen wird“¹⁰⁴¹. Maßnahmen, welche die abhängige Gesellschaft schädigen, sind ex lege bereits verboten und beispielsweise durch das Instrument der Einlagenrückgewähr sanktioniert, wodurch ein Nachteilsausgleich nicht notwendig wird. Auch darf aus einem Nachteilsausgleich nicht geschlossen werden, dass die Veranlassung einer nachteiligen Maßnahme durch die herrschende oder verbundene Gesellschaft durch einen nachträglichen Ausgleich „geheilt“ würde. Vielmehr ist eine Haftung, beispielsweise aus Spätschäden, aus später ausgeglichenen nachteiligen Maßnahmen sehr wohl begründbar. Für die anderen Fälle, beispielsweise bei der Gegenleistungsverpflichtung im Vertrag als Basis für eine „nachteilige“ Maßnahme, stellt sich die Frage des Nachteilsausgleichs aufgrund der existenten – notwendigerweise angemessenen – Gegenleistung nicht.

Dennoch sei auf Ausgleichsansprüche aufgrund der Bestimmungen der §§ 1014f ABGB verwiesen, demgemäß der Gewaltgeber verbunden ist, „dem Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäftes notwendig oder nützlich gemachten Aufwand, selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge, zu ersetzen, und ihm auf Verlangen zur Bestreitung der baren Auslagen auch einen angemessenen Vorschuss zu leisten; er muss ferner allen durch sein Verschulden entstandenen, oder mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden vergüten“. Dies führt dazu, dass eine verschuldensunabhängige Haftung für

¹⁰³⁵ vgl. *Reiner* (1995), 181ff.

¹⁰³⁶ *Koppensteiner* in *Kölner Kommentar*, § 311, Rz. 74.

¹⁰³⁷ „eine abhängige Aktiengesellschaft [...] zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, dass die Nachteile ausgeglichen werden“.

¹⁰³⁸ „Ist der Ausgleich nicht während des Geschäftsjahrs tatsächlich erfolgt, so muß spätestens am Ende des Geschäftsjahrs, in dem der abhängigen Gesellschaft der Nachteil zugefügt worden ist, bestimmt werden, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. Auf die zum Ausgleich bestimmten Vorteile ist der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch zu gewähren.“

¹⁰³⁹ § 7 ABGB

¹⁰⁴⁰ *Bydlinski, Franz*: Methodenlehre, Wien 1982, 473; vgl. *ders.*, in *Rummel*, ABGB, § 7 Rz 2

¹⁰⁴¹ ebd.

Maßnahmen im Konzerninteresse, somit für die herrschende Gesellschaft, existiert und zwar auch dann, wenn kein Auftragsverhältnis zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem bestimmenden herrschenden Gesellschafter besteht, denn die §§ 1014f. ABGB gelten auch bei einer auftragslosen Bevollmächtigung. Wenn das wichtigste Merkmal des „Qualifikat“ vorliegt, nämlich die fehlende Isolierbarkeit der nachteiligen Einzeleingriffe und ihrer Folgen, trifft die Beweislast grundsätzlich den Kläger. Die diesbezügliche Lösung besteht nach österreichischem Recht darin, dass die Beweislast dem herrschenden Unternehmen aufgebürdet wird. Dies weil erstens, wenn die Interessen der abhängigen Gesellschaft generell zugunsten des Konzerninteresses hintangestellt werden, es nach der Lebenserfahrung anzunehmen ist, dass der gesamte eingetretene Verlust auf einer Maßnahme im Konzerninteresse beruht, und weil zweitens, der herrschende Gesellschafter die Unmöglichkeit des Einzelausgleichs aufgrund der Unauflösbarkeit herbeiführt.

Dem Gesellschaftsinteresse äquivalent ist bei kreditgenossenschaftlichen Finanzintermediären der genossenschaftliche **Förderzweck**, der im Konzernierungsprozess besonderer Berücksichtigung bedarf. Beteiligungen als Mittel zur Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder dürfen durch die Genossenschaft lediglich an juristischen Personen des Unternehmens-, des Genossenschafts- und des Vereinsrechts, sowie an unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaften eingegangen werden, wenn diese Beteiligung der Erfüllung des satzungsgemäßigen Zweckes der Genossenschaft und nicht überwiegend der Erzielung von Erträgen der Einlage dient¹⁰⁴². Dieser genossenschaftliche Förderzweck lässt die Genossenschaft nur als herrschendes Unternehmen zu, da eine untergeordnete Stellung oder jedwede Art der Fremdbestimmung die Orientierung am Förderauftrag der Mitglieder gefährden würde¹⁰⁴³. Während das Gesellschaftsinteresse den inhärenten Zweck „fördert“ Gewinne zu erzielen, fordert der genossenschaftliche Förderzweck, die Förderung im Wege der naturalen Förderung durch den Geschäftsverkehr¹⁰⁴⁴, wodurch nicht der Nutzen aus der maximalen Gewinnausschüttung, sondern aus dem möglichen Nutzen für die Mitglieder¹⁰⁴⁵ resultiert¹⁰⁴⁶. Wie bereits erläutert, ist die Beschränkung jedoch nicht auf den „schlichten Anteilserwerb“¹⁰⁴⁷, auf Beteiligungen, die hilfs- oder nebengeschäftlichen Zwecken dienen oder auf Beteiligungen im Sinne des § 29 Abs. 3 BWG¹⁰⁴⁸ anwendbar. Der schlichte Anteilserwerb sowie die (unternehmerische) Beteiligung zu hilfs- oder nebengeschäftlichen Zwecken muss jedoch ex ante geeignet sein, um die Förderung der Mitglieder zu ermöglichen bzw. zu erleichtern. *Dellinger* ist demgemäß zuzustimmen, dass der Erwerb von Rechten an

¹⁰⁴² § 1 Abs. 2 GenG

¹⁰⁴³ vgl. *Krejci, Heinz*: Zur Konzernfähigkeit von Genossenschaften, ÖZW 1992, 97 sowie vgl. *Keinert, Heinz*: Primär-genossenschaft als beherrschtes (abhängiges) Konzernunternehmen?, eolex 1992, 331

¹⁰⁴⁴ vgl. *Beuthin in Mestmäcker/Behrens* (1991), 140f.

¹⁰⁴⁵ z.B. Kredite mit günstigen Konditionen; Günstige Konditionen müssen jedoch nicht wie *Dellinger* (2001, FN 29) behauptet in einer verdeckten Gewinnausschüttung münden, denn die praktische Bandbreite günstiger Konditionen ist breit. Somit stellen kostendeckende Margen auf den Basiszins noch keine verdeckte Gewinnausschüttung dar.

¹⁰⁴⁶ *Wolf, G.*: Die Strafbarkeit von Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft wegen Missachtung des so genannten Förderungsauftrages, in: *Jöstingmeier, Bernd*: Aktuelle Probleme der Genossenschaften aus rechtswissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, 1994, 77; *Steding, Rolf*: Die eingetragene Genossenschaft - eine (noch) konkurrenzfähige Rechtsform zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften? NZG 1999, 284

¹⁰⁴⁷ aufgrund der Referenz des Beteiligungsbegriffes auf § 228 UGB

¹⁰⁴⁸ Treuhandchaft oder vorübergehender Anteilserwerb zu Sanierungszwecken oder Platzierungsverpflichtung

Unternehmen¹⁰⁴⁹ zur Förderkapitalbildung bzw. deren Anlage ausreichend ist, wenn ex ante anzunehmen ist, dass dieses gebildete oder veranlagte Kapital der Förderung der Mitglieder gemäß § 1 Abs. 1 GenG dienlich ist¹⁰⁵⁰.

Fraglich ist im Zusammenhang mit der Genossenschaft als „herrschende“ Gesellschaft wie weit bei Beteiligungen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Förderzweck der Genossenschaft wirken darf¹⁰⁵¹. Da die Geschäftsführung gemäß 20 Abs. 1 GmbHG an die Einhaltung aller Beschränkungen des Gesellschaftsvertrages bzw. der Gesellschafterbeschlüsse gebunden ist, soll der Fall betrachtet werden, in dem die Geschäftsführung eine Umorientierung ihrer kerngeschäftlichen Aktivitäten auf Förderung der Mutterunternehmung gemäß dem Wunsch des herrschenden Gesellschafters vornimmt. Die Förderung des genossenschaftlichen Förderzweckes ist bereits vor dem erläuterten Hintergrund notwendig, dass andernfalls eine (unternehmerische) Beteiligung vom GenG ausgeschlossen wird. Dem hat die Geschäftsführung der GmbH zu entsprechen, soweit der gesellschaftsvertragliche Unternehmensgegenstand nicht verändert wird. Droht aufgrund der Dominanz eines neuen Gesellschafters eine Neuorientierung der Gesellschaft (nämlich auf zumindest teilweise Unterstützung der Mitglieder der Genossenschaft) hinsichtlich des Unternehmensgegenstandes, dann bedarf dies eines einstimmigen Beschlusses zur Änderung des im Gesellschaftsvertrag bezeichneten Unternehmensgegenstandes, falls der Gesellschaftsvertrag nichts anderes festgesetzt hat¹⁰⁵². Ohne diese vorbereitende gesellschaftsvertragliche Maßnahme ist der Geschäftsführer im eigenen, eine Haftung ausschließenden, Interesse gehalten, Weisungen, welche dem Gesellschaftsvertrag widersprechen, zu ignorieren.

1.1. Beschlussfassung und Beschlusskontrolle

Ergänzend zur Darstellung der notwendigen Beschlussfassungen im Rahmen des Konzerneinganges sollen gängige Fälle der Konzernrestrukturierung im Konzernbetrieb auf notwendige Beschlusserfordernisse und eine Beschlusskontrolle hin untersucht werden. Folgende Fälle sollen einer Betrachtung auf ihre Konzernreichweite zugeführt werden:

- Eine Tochter-GmbH ändert ihren Unternehmensgegenstand. Eine Enkeltochter-GmbH ändert ihren Unternehmensgegenstand.
- Eine Tochter-GmbH veräußert oder erwirbt einen Betrieb der 90 % ihres Ertragswertes bestimmt.
- Eine Tochter-GmbH veräußert 50 % ihres Geschäftsbetriebs an Ihre Schwester-GmbH.
- Eine Tochter-AG bringt ihre Beteiligungen in eine Privatstiftung ein.

Ändert die 100 % Tochter-GmbH ihren Unternehmensgegenstand so hat sie gemäß § 50 Abs. 3 GmbHG einen einstimmigen Beschluss herbeizuführen. Bei der Muttergesellschaft ist zu fragen, ob für den Fall,

¹⁰⁴⁹ d.h. derivative Instrumente sind mitumfasst, da die Bindung an den Förderzweck nicht lediglich an den Anteils- bzw. Beteiligungserwerb festgemacht wurde.

¹⁰⁵⁰ vgl. *Dellinger* (2001), 30ff.

¹⁰⁵¹ „Die Pflicht des Vorstandes, die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten, gestattet eben nicht die uneingeschränkte Rücksichtnahme auf die Interessen des beherrschenden Großaktionärs, weil die Unabhängigkeit des Vorstandes auch in einem notwendigen Zusammenhang mit seiner, durch die Eingliederung im Konzern nicht aufgehobenen, Haftung steht“, *Reich-Rohrwig* (1990), 285ff.

¹⁰⁵² § 50 Abs. 3 GenG

dass das Begehren einer Beschlussfassung nicht bereits im Gesellschaftsvertrag der Muttergesellschaft normiert wurde, die Veränderung im Unternehmensgegenstand der Tochter verhindert, dass die Muttergesellschaft mit dieser Beteiligung ihren gesellschaftsvertraglichen Zweck erfüllen kann. Dies wird in Verbindung damit stehen, ob es sich um gerade jene Beteiligung handelt, welche die Profitabilität des Konzerns sichert oder ob es sich um eine zu vernachlässigende Beteiligung handelt¹⁰⁵³. Kann die Muttergesellschaft ihren gesellschaftsvertraglichen Zweck nicht (mehr) erfüllen oder werden die Eigentumsinteressen der Muttergesellschaft durch die Satzungsänderung bei der Tochtergesellschaft untergraben, dann hat auch die Muttergesellschaft eine positive Beschlussfassung herbeizuführen. Ob im Falle der Großmutter (Fall 1 Enkel) in einer 100%igen Töchterkette eine positive Beschlussfassung herbeigeführt werden muss, ist an obgenannter Überlegung zu messen. In den Fällen 2 und 3 ist die Beschlussfassung durch die Gesellschafter der Tochter-GmbH aufgrund des ungewöhnlichen Geschäfts veranlasst. Im Fall 4 resultiert die Beschlussnotwendigkeit bei der Tochter-GmbH aus der analogen Anwendung von § 237 AktG. Im Fall 3 hat die Muttergesellschaft ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Vorausschau für den Fall, dass der Beteiligungsgrad an Tochter A und B gleich ist, keinen Bedarf an einer Beschlussfassung, da sich außer einer Zuordnungsänderung keine Eingriffe in die materielle Rechtsposition der Gesellschafter der Muttergesellschaft ergeben. Für den Fall, dass die Beteiligungsquoten unterschiedlich sind, muss die Muttergesellschaft eine positive Beschlussfassung herbeiführen, wenn eine Änderung der Satzungsbestimmungen eintritt. Im Fall 4 hat die Muttergesellschaft ebenfalls einen positiven Beschluss herbeizuführen, da aufgrund der Vermögensdisposition in einen neuen Rechtsmantel, der die freie Verfügbarkeit der Beteiligungen verhindert, es sich um einen wesentlichen Eingriff in die (mittelbaren) Mitgliederrechte handelt.

Auch bei positiver Beschlussfassung mit den gesetzlich bzw. gesellschaftsvertraglich vorgesehen Quoren ist die Mehrheit nicht „treulos frei“ in ihrer Entscheidung. Grenzen der Beschlussfassung ergeben sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Treuepflicht, welche in diesem Kapitel unter Punkt 1.5 hinreichend untersucht werden¹⁰⁵⁴. Das Gleichbehandlungsgebot gilt als in Lehre und Jurisprudenz¹⁰⁵⁵ anerkanntes Grundprinzip des Gesellschaftsrechts¹⁰⁵⁶, welches im Zuge des EU-GesRÄG in § 47a AktG positiviert wurde und auch, trotz Fehlens ihrer ausdrücklichen Normierung, im GmbH-Recht durch die Zusammenschau von § 52 Abs. 3, § 66 Abs. 1 und § 50 Abs. 5 GmbHG Bestand hat¹⁰⁵⁷. Dementsprechend sind Aktionäre oder Gesellschafter unter gleichen Voraussetzungen, d.h. wenn sie faktisch und rechtlich in der gleichen Lage sind, gleich zu behandeln, was jedoch nicht eine allgemeine Gleichheit meint¹⁰⁵⁸, sondern lediglich eine willkürliche¹⁰⁵⁹ – sachlich nicht legitimierbare –

¹⁰⁵³ das LG Frankfurt (im Rahmen der Holzmüller-Entscheidung) nahm eine wesentliche Beteiligung von 10 % des Gesellschaftsvermögens als wesentliche Beteiligung an.

¹⁰⁵⁴ *Kastner* gibt als Grundlage des Gleichbehandlungsgebotes den Grundsatz von Treu und Glauben an (Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, 11), ebenso wohl auch *Hüffer* (2008), § 53a; siehe dort auch näher zum Verhältnis zwischen Gleichbehandlungsgrundsatz und Treuepflicht. vgl. *Schröckenfuchs, Harald*: Der Gleichheitsgrundsatz und die Information der Aktionäre durch die Gesellschaft, JBl 2003, 541

¹⁰⁵⁵ *Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 11 Rz 3

¹⁰⁵⁶ *Lutter/Zöllner* in Kölner Kommentar § 53a Rz 2: "Grundsatz des Korporationsrechts"; *Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 102 Rz 3: "Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre"

¹⁰⁵⁷ vgl. *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz Kommentar (1999), § 22 Rz 38

¹⁰⁵⁸ *Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 11 Rz 3; vgl. auch *Kraft* in Kölner Kommentar § 11 Rz 9: "Einen Grundsatz, dass alle Aktionäre gleichberechtigt sein müssen, gibt es nicht."

Verschiedenbehandlung verhindern soll¹⁰⁶⁰. Entspricht ein Beschluss dem Grundsatz der **Gleichbehandlung**, so ist **dennoch** zu **prüfen**, ob der Beschluss sachlich gerechtfertigt ist, da er **erforderlich** und **verhältnismäßig** ist muss, wodurch im Spannungsfeld der **Beschlusskontrolle** (oder Ausübungskontrolle) agiert wird¹⁰⁶¹. Welche Beschlussfassungen jedoch auf **Erforderlichkeit** und **Verhältnismäßigkeit** hin zu prüfen sind, ist in der Lehre umstritten.¹⁰⁶² Der Blick nach Deutschland erlaubt diesbezüglich keine wesentlichen Erkenntnisse. Während der BGH eine Beschlusskontrolle für den Fall bejaht, dass ein Beschluss über die Befreiung von einem Wettbewerbsverbot zur Abhängigkeit der Gesellschaft geführt hätte¹⁰⁶³, verneinte er diese im Fall eines Auflösungsbeschlusses¹⁰⁶⁴. Während somit die österreichische Literatur zum **Personengesellschaftsrecht** im Grunde **jede Vertragsänderung**, die **Interessen** der **Gesellschafter beeinträchtigt** auf Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit hin prüft¹⁰⁶⁵, beschränkt sich diese bei **Kapitalgesellschaften** auf **Grundlagenänderungen**, welche beispielsweise die Änderung der Machtverhältnisse oder die Änderung des Unternehmensgegenstandes oder des Unternehmenszweckes durch Übertragung wesentlichen Gesellschaftsvermögen umfassen. Keiner Rechtfertigung über die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit bedürfen jene Beschlüsse, deren Konsequenz darin besteht, dass der damit verbundene Rechtsverlust wertentsprechend kompensiert wird¹⁰⁶⁶.

Aufsichtsrechtlich wirken **Anzeige-** und **Bewilligungspflichten** auf die Beschlussfassung der Gesellschaft. So sieht das Bankwesengesetz in § 20 vor, dass die Veräußerung oder der Erwerb von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten der FMA anzuzeigen ist (**aufschiebende Bedingung** in **Kaufverträgen**). Der Bewilligung gemäß § 21 BWG unterliegen u.a. die Verschmelzung, Vereinigung oder Spaltung von Kreditinstituten, die Erweiterung des Geschäftsgegenstandes, die Änderung der Rechtsform und die Forcierung qualifizierter Beteiligungen an Kreditinstituten mit Sitz im Drittland. Selbiges gilt gemäß VAG. Somit gibt es keine aufsichtsrechtlichen Anzeige- und Bewilligungspflichten im Bankenkonzern oder Versicherungskonzern, außer die betroffenen Töchtergesellschaften fallen unter die aufsichtsrechtlichen Normen, beispielsweise weil sie selbst Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen oder Kapitalanlagegesellschaften sind.

¹⁰⁵⁹ BGH in NJW 1961, 26

¹⁰⁶⁰ Nowotny, Christian: "Due Diligence" und Gesellschaftsrecht, wbl 1998, 149f; auch *Schiemer*, welcher die Willkür mit einem Abstellen auf "nicht überwiegende Verbandsinteressen" gleichsetzt; gefunden in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 102 Rz 3; sowie auch der OGH SZ 53/172; siehe beispielhaft RIS-Justiz RS0060247: „Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter ist auch bei der Kapitalerhöhung zu beachten. Durch einen Beschluß der Generalversammlung können zwar alle bisherigen Gesellschafter von der Übernahme der neuen Stammeinlagen ausgeschlossen werden, wenn sie nicht nach den Satzungen ein Bezugsrecht haben; ein Beschluß auf Ausschließung einzelner Gesellschafter bedeutet aber eine Verletzung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung aller Gesellschafter, dies zumindest dann, wenn ein solcher Beschluß sachlich nicht gerechtfertigt ist, wie zB bei Sacheinlagen, die nur bestimmte Gesellschafter einbringen können“.

¹⁰⁶¹ die Beschlusskontrolle ist bei einstimmigen positiven Beschlüssen nicht relevant

¹⁰⁶² Darstellung des Meinungsstandes für die GmbH etwa bei *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG III, § 53 Rz 78; aus österreichischer Sicht *Torggler* (1996), 132f.

¹⁰⁶³ BGH 28. Jänner 1980, II ZR 124/78, BGHZ 76, 352

¹⁰⁶⁴ ausschlaggebend war, dass die Auflösung nichts mehr mit dem gemeinsamen Interesse zu tun hat, sondern nur noch dem Desinvestitionsinteresse von Gesellschaftern Rechnung trägt, vgl. BGH 16. Februar 1981, II ZR 169/79, BGHZ 80, 69

¹⁰⁶⁵ *Koppensteiner* (2009), 204f. mit weiteren Verweisen zu *Ulmer* in MünchKomm BGB V, 5. Auflage, § 709 Rz 101

¹⁰⁶⁶ vgl. *Schröckenfuchs* (2003), 205 mit Verweisen zu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Gesetz Kommentar (2007), § 49 Rz 23, § 41 Rz 35; zum Delisting BGH 25. November 2002, II ZR 133/01, BGHZ 153, 47 (58f.); jedoch vergleiche auch die Kritik von *Torggler Ulrich*: Zur sog. materiellen Beschlusskontrolle, insbesondere bei der Umwandlung (Teil I), GeS 2006, 58 und 64

1.2. Stimmverbote im Konzernbetrieb

Nachdem festgestellt wurde, welche Agenden im Konzernbetrieb einer Beschlussfassung der Eigentümer zugeführt werden müssen, stellt sich konsequenterweise die Frage, ob diese einem Stimmverbot unterliegen oder nicht, da gerade im Konzern die Interessensverwobenheit charakteristisch ist und durch die Bestimmungen § 39 Abs. 4 GmbHG und § 125 AktG Berücksichtigung finden. Diese sind analog auf die Genossenschaft sowie die anteilsverwaltende Sparkasse und Privatstiftung als Holding anwendbar.

§ 39 Abs. 4 GmbHG normiert, dass der durch die Beschlussfassung von einer *Verpflichtung* Befreite oder der, dem ein *Vorteil* zugewendet werden soll, bei der Beschlussfassung weder im *eigenen noch im fremden Namen* das Stimmrecht ausüben darf. Dasselbe gilt bei der Beschlussfassung, welche die *Vornahme eines Rechtsgeschäftes* mit einem Gesellschafter oder die *Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites zwischen ihm und der Gesellschaft* trifft¹⁰⁶⁷.

Auch das Aktiengesetz erkennt das Schutzbedürfnis an, wenn es in § 125 AktG legiert, dass ein Aktionär, der durch die Beschlussfassung *entlastet* oder von einer *Verpflichtung befreit* werden soll, weder für *sich noch für einen anderen* das Stimmrecht ausüben kann¹⁰⁶⁸. Gleiches gilt ebenfalls, wenn ein Beschluss darüber gefasst werden soll, ob die Gesellschaft *gegen den Aktionär einen Anspruch* geltend machen soll¹⁰⁶⁹. Während § 114 Abs. 6 AktG alte Fassung noch konkretisierend schrieb, dass das Stimmrecht auch nicht für eigene Aktien und für Aktien, welche ein Tochterunternehmen gemäß § 228 Abs. 3 UGB oder die ein Dritter für Rechnung der Gesellschaft oder genannter Tochterunternehmung hält, ausgeübt werden kann, formuliert § 125 AktG abstrakter, dass für Aktien, aus denen ein Aktionär gemäß dem ersten Satz das Stimmrecht nicht ausüben kann, das Stimmrecht auch nicht durch einen anderen¹⁰⁷⁰ ausgeübt werden kann.

Das Aktienrecht kennt neben der Anfechtungsklage¹⁰⁷¹ auch die Nichtigkeitsklage¹⁰⁷², wobei letztere auch für das GmbH-Recht nach hA bei Vorlage bestimmter Voraussetzungen analog anwendbar ist¹⁰⁷³. Während die Anfechtung eines Beschlusses mittels befristeter Gestaltungsklage¹⁰⁷⁴ verfolgt werden kann, kann die Nichtigkeit eines Beschlusses weitgehend ohne zeitliche Beschränkung eingeredet werden. Das GmbHG normiert die Anfechtbarkeit der Beschlüsse in § 41.

¹⁰⁶⁷ § 39 Abs. 4. Wer durch die Beschlussfassung von einer Verpflichtung befreit, oder wem ein Vorteil zugewendet werden soll, hat hiebei weder im eigenen noch im fremden Namen das Stimmrecht. Das Gleiche gilt von der Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit einem Gesellschafter oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft.

¹⁰⁶⁸ § 125. Niemand kann für sich oder für einen anderen das Stimmrecht ausüben, wenn darüber Beschluss gefasst wird, ob er zu entlasten oder von einer Verbindlichkeit zu befreien ist oder ob die Gesellschaft gegen ihn einen Anspruch geltend machen soll. Für Aktien, aus denen ein Aktionär gemäß dem ersten Satz das Stimmrecht nicht ausüben kann, kann das Stimmrecht auch nicht durch einen anderen ausgeübt werden.

¹⁰⁶⁹ Die Stimmverbotsregelung des § 130 Abs. 1 AktG, demnach ein Aktionär, der gleichzeitig Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied ist, nicht bei der Bestellung eines Sonderprüfers zur Prüfung der Geschäftsführung mitstimmen darf, wird in dieser Arbeit nicht behandelt.

¹⁰⁷⁰ beispielsweise Depotbank

¹⁰⁷¹ § 195ff. AktG

¹⁰⁷² § 199ff. AktG

¹⁰⁷³ Kastner/Doralt/Nowotny (1990), 418

¹⁰⁷⁴ Bei der GmbH einmonatige Anfechtungsfrist ab dem Tag der Absendung der Kopie der gefassten Beschlüsse mittels eingeschriebenen Briefs gemäß § 41 Abs. 4 GmbHG. Bei der Aktiengesellschaft ebenfalls mit einmonatiger Frist gemäß § 197 Abs. 2 AktG, jedoch ab dem letzten Tag der Hauptversammlung. Die Fristenberechnung bestimmt sich nach §§ 902ff. ABGB.

Wird **trotz** der Erfüllung eines **Stimmverbotstatbestandes** eine **Stimme abgegeben**, so ist **diese nichtig**, wobei sie, wenn sie maßgeblich für eine positive oder negative Beschlussfassung war (**Relevanzerfordernis**), anfechtbar ist¹⁰⁷⁵. Demnach ist die Stimme im ersten Schritt mitzuzählen – da es ja oftmals zum Zeitpunkt der Beschlussfeststellung nicht eindeutig ist, ob ein Stimmverbotstatbestand erfüllt ist oder nicht, ist jedoch einer Anfechtung zugänglich¹⁰⁷⁶. Der abstimmende Gesellschafter macht sich ferner durch Verschweigen oder mutwillige Verletzung eines Stimmverbotes schadenersatzpflichtig¹⁰⁷⁷, wobei der Anspruch auf Schadenersatz keine Anfechtung voraussetzt, da andernfalls der ausgleichende Rechtsschutz beschränkt würde¹⁰⁷⁸. Zusätzlich zur Anfechtungsklage kann die Feststellungsklage auf Nichtigkeit iSd § 228 ZPO begehrt werden, die jedoch nur dann möglich ist, wenn zusätzlich zum Verstoß eines Stimmverbotes auch eine gläubigerschützende Vorschrift, wie beispielsweise des Kapitalerhaltungsgrundsatzes betroffen ist, da die Nichtigkeitsfeststellungsklage nur bei besonders gravierenden Beschlussmängeln Anwendung findet. Sind aus der nicht aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage¹⁰⁷⁹ unwiederbringliche Nachteile glaubhaft gemacht, kann die Anfechtungsklage mit einer einstweiligen Verfügung kombiniert werden. Ferner kann die Anfechtung mit dem Begehren auf Feststellung des tatsächlich zustande gekommenen Beschlusses verbunden werden, wenn einerseits die Ergebnisfeststellung mangelhaft ist und die gültige Stimmabgabe der Gesellschafter bestritten wird. Vorbeugende Maßnahmen bestehen aus der vorbeugenden Unterlassungsklage, welche mit einer einstweiligen Verfügung verbunden werden sollte¹⁰⁸⁰.

Beide Bestimmungen tragen der Überlegung Rechnung, dass bei bestimmten Spannungsfeldern das Stimmrecht des Gesellschafters nicht nur einer Inhaltskontrolle zugänglich sein soll, sondern dass ex lege das Stimmrecht ausgeschlossen wird. Es soll verhindert werden, dass ein Gesellschafter bei einem Konflikt zwischen persönlichen Interessen und Interessen der Gesellschaft sein Stimmrecht zum Nachteil ausübt¹⁰⁸¹. Mit anderen Worten ist der Zweck der Stimmverbote, die Beschlussfassung in der Abstimmungsgesellschaft von der eigennützigen bzw. gesellschaftsfremden Interessensverfolgung eines Gesellschafters freizuhalten¹⁰⁸². Dieses, den § 125 AktG und § 39 Abs. 4 GmbHG inhärente, starre Konzept, welches einer tatbestandsindividuellen Argumentation über die ratio legis abträglich scheint, soll zwei Konfliktfelder einfangen, nämlich Geschäfte mit sich selber einerseits und über eine eigene Sache zu richten andererseits.

¹⁰⁷⁵ kritisch dazu *Fantur* auf Basis seiner Anmerkungen zu OGH, 6 Ob 53/06x vom 6. April 2006. Der OGH spricht am 12. Mai 1992, 4 Ob 7/92, dass es der Stimmrechtsausschluss eines Gesellschafters mit sich bringt, dass der Beschluss mit der Mehrheit der übrigen an der Abstimmung teilnehmen Gesellschafter gefasst werden kann und derartig gefasste Beschlüsse nicht zu beanstanden sind. In der Entscheidung des OGH vom 24. Februar 1999 hat dieser festgehalten, dass bei der Berechnung der abgegebenen Stimmen die ungültigen Stimmen unberücksichtigt zu bleiben haben. Es liegt daher am Verhandlungsleiter (Pflicht!) die ungültigen Stimmen nicht mitzuzählen (vgl. Thöni, Rechtsfolgen fehlerhafter Gesellschafter 1998, 148). Lediglich für den Fall dass keine Einigkeit über das Beschlussergebnis herrscht, gilt, dass auch die von einem vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter abgegebene Stimme grundsätzlich als gültig zu behandeln ist; die Nichtigkeit eines solchen Gesellschafterbeschlusses kann nur im Anfechtungsverfahren gemäß §§ 41 ff GmbHG ausgesprochen werden.

¹⁰⁷⁶ vgl. auch den OGH vom 22. Mai 1985 SZ58/88

¹⁰⁷⁷ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 61 mwN

¹⁰⁷⁸ so auch *Schmidt* (2002), 164

¹⁰⁷⁹ so der OGH am 16. Februar 1910 in AmtlSlg 1326

¹⁰⁸⁰ §§ 381ff. EO

¹⁰⁸¹ vgl. *Spatz/Gurmann* (2008), 274

¹⁰⁸² vgl. *Jabornegg, Peter*: Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, WBL 1989

Das Stimmverbot ist nicht nur bei der Beschlussfassung der Gesellschafter maßgeblich, sondern auch bei anderen Kollektivorganen, wie beispielsweise dem Aufsichtsrat, denen beispielsweise nach dem Gesellschaftsvertrag Zuständigkeiten der Generalversammlung übertragen werden können¹⁰⁸³.

Das Stimmverbot beschränkt sich bereits terminologisch auf die Abgabe der Stimme und hat daher auf die Teilnahme an einer Haupt- oder Gesellschafterversammlung sowie auf die Beratung keine Auswirkung. Die Enthaltung wird im Rahmen der Stimmenauszählung nicht mitgezählt. Das Stimmverbot beschränkt sich nicht auf den abstimmenden Gesellschafter oder seine Bürgen und Garanten, sondern inkludiert auch dessen Hintermänner (z.B. wenn der abstimmende Gesellschafter eine Gesellschaft ist), falls dieser befangen ist, und auch den Fall einer mittelbaren Befangenheit¹⁰⁸⁴. Eine mittelbare Befangenheit bzw. das Stimmverbot kann beispielsweise in Fällen vorliegen, in denen ein Gesellschafter sowohl an der beschlussfassenden als auch an der Drittgesellschaft mit der der Vertrag abgeschlossen werden soll, maßgeblich beteiligt ist¹⁰⁸⁵. Zu den potentiellen Tatbeständen, die ein Stimmverbot des betroffenen Gesellschafters zur Folge haben können in Kürze. Zuvor sollen die Tatbestandsmerkmale des § 125 AktG sowie § 39 Abs. 4 GmbHG analysiert werden, denn spricht man von der **Befreiung einer Verpflichtung** so muss diese näher definiert werden.

Eine Verpflichtung ist jede Schuld des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, sei dies vertraglicher oder außervertraglicher Art oder auch wenn diese in keinem Zusammenhang mit der Gesellschaft steht. Eine Verpflichtung ist ungleich den Gesellschafterpflichten (z.B. die Leistung der Stammeinlage), wodurch eine bloße Reduktion von Gesellschafterpflichten gegenüber Dritten nicht ein Stimmverbot zur Konsequenz haben kann¹⁰⁸⁶.

Die **Entlastung des Aktionärs** im Sinne des § 125 AktG ist jede Beschlussfassung der Hauptversammlung über die nachträgliche Billigung der Agenden von Vorstand, Aufsichtsrat und Liquidatoren, wodurch Aktionäre, die gleichzeitig einem der zuvor genannten Organe angehören vom Stimmrecht ausgeschlossen sind¹⁰⁸⁷. Die Entlastung ist im weitesten Sinne zu verstehen, wodurch u.a. ein Verzicht, eine Stundung, eine Aufrechnung und auch der Abschluss eines Erlassvertrages sowie ein Entlastungsbeschluss¹⁰⁸⁸ umfasst sind¹⁰⁸⁹. Ob ein Misstrauensvotum unter § 125 AktG fällt, ist umstritten,

¹⁰⁸³ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 39

¹⁰⁸⁴ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 39 Rz 33f. mwN, OGH 4 Ob 7/92 vom 12. Mai 1992, wbl 1992, 406 und RdW 1992, 371; RIS-Justiz RS0059973: „Obwohl das Gesetz keinen ausdrücklichen Stimmrechtsausschluss des Gesellschafters bei der Beschlussfassung über den Abschluss eines Rechtsgeschäftes mit einer Gesellschaft kennt, an der er selbst ebenfalls beteiligt ist, wird doch auch eine mittelbare Betroffenheit durch eine Beteiligung des Gesellschafters am Vertragspartner anerkannt“.

¹⁰⁸⁵ vgl. *Gaggl/Sigari-Majd* (2003), 338ff, mit Verweis auf OGH 12. Mai 1992, 4 Ob 7/92

¹⁰⁸⁶ OGH 2 Ob 28/48 vom 30. Jänner 1948, SZ 21/62: bei der Festgehalten wurde, dass die Feststellung der Bilanz (Informationswirkung für Dritte) allein den Geschäftsführer nicht belastet und befreit ihn auch nicht von einer Verbindlichkeit.

¹⁰⁸⁷ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 114 Rz 21; auch *Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar (2003), § 114 Rz 58; Bei einer Gesamtentlastung von Vorstand oder Aufsichtsrat darf kein Aktionär, welcher im betreffenden Organ engagiert ist, seine Stimme abgeben. Bei Einzelentlastungen dürfen die von der Entlastung nicht unmittelbar Betroffenen nach überwiegender Meinung mitstimmen. vgl. ebd; Einschränkung *Hüffer und Shröner*, die über die dt. Rechtsprechung erkennen, dass ein Stimmrechtsausschluss ausnahmsweise dann besteht, wenn die konkrete Möglichkeit gegeben ist, dass Aktionäre (Organmitglieder) an einem Vorgang mitgewirkt haben, der dem Organmitglied, um dessen Entlastung es geht, als Pflichtverletzung vorgeworfen wird. vgl. *Hüffer* (2008), § 136

¹⁰⁸⁸ ausdrücklich § 114 Abs. 5 AktG

¹⁰⁸⁹ vgl. *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar (2003), § 114 Rz 61 mwN; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 114 Rz 21; vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 39 Rz 39, OGH 1 Ob 102/52 vom 6. Februar 1952, SZ 25/33: in diesem Fall begehrt der 50 % Gesellschafter A im Rahmen der Gesellschafterversammlung vom 50 % Gesellschafter B die Rückzahlung von 20.000 Schilling. Gesellschafter B stimmt dagegen. Der OGH spricht recht, wenn er verlangt, dass der Gesellschafter B nicht an der Abstimmung stimmberechtigt ist.

wird jedoch, meines Erachtens gerechtfertigt, mehrheitlich bejaht¹⁰⁹⁰. Auch muss die Frage nach der Reichweite einer **Vorteilszuwendung** gestellt werden. Das GmbHG sieht auch dann einen Vorteil dem Gesellschafter zugewandt, wenn dieser nicht unmittelbar durch den Beschluss erlangt wird, sondern erst Folge der durch den Beschluss ermöglichten Situation ist¹⁰⁹¹. Die Judikatur verlangt im Rahmen der Vorteilszuwendung an einen Gesellschafter, dass der Gesellschaft bzw. den anderen Gesellschaftern ein wirtschaftlicher Nachteil entsteht oder entstehen könnte¹⁰⁹².

Bei einem **Rechtsgeschäft**, worunter alle Arten von Rechtsgeschäften (Verträge, einseitige Erklärungen etc.) fallen, verlangt die herrschende Lehre, dass sich ein unangemessener Vorteil (überhöhte oder nicht fremdübliche Gegenleistung) für den betroffenen Gesellschafter durch die Beschlussfassung materialisiert¹⁰⁹³. *Schmidt* argumentiert, dass lediglich Rechtsgeschäfte umfasst sind, die einen strukturverändernden bzw. wesentlichen Beschluss in die Mitgliedschaft meinen bzw. das Mitgliedschaftsrecht tangieren. Diesem Argument ist meines Erachtens nicht zu folgen, da es gerade darum geht, die berechnete Erwartung, dass ein Gesellschafter seine Privatinteressen nicht hinter das Wohlergehen der Gesellschaft stellt, wenn der Vorteil aus eigennützigem Stimmverhalten den Nachteil, den er aus der gesellschaftsschädigenden Abstimmung erleidet, überwiegt, negativ zu sanktionieren. Daher ist im Einzelfall tatsächlich die Nachteiligkeit bzw. bei Unentgeltlichkeit der opportunistische oder fiktive Nachteil maßgeblich.

Unter den **Rechtsstreit** bzw. unter Ansprüche der Gesellschafter gegen einen Aktionär fallen streitige Verfahren jeder Art, somit Mahnverfahren, einstweiliger Rechtsschutz, die Zwangsvollstreckung etc., wobei nicht erst der Beschluss über die Klage oder die Antragsstellung einen Stimmrechtsausschluss bewirken, sondern bereits vorbereitende Maßnahmen¹⁰⁹⁴ (Weisung an den Geschäftsführer) einen Stimmrechtsausschluss zur Folge haben. Erledigung umfasst in einem weiten Verständnis nicht nur die Beendigung sondern auch die weitere Prozessführung, beispielsweise durch Einlegung von Rechtsmitteln¹⁰⁹⁵. Das Stimmverbot im Aktiengesetz umfasst drei Beschlussfassungen, die mit einem Stimmverbot belegt sind, nämlich die Entlastung eines Aktionärs, die Befreiung eines Aktionärs von einer Verpflichtung sowie die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Aktionär.

Der Unterschied zur GmbH liegt darin, dass die Stimmverbotsnorm des GmbHG die Entlastung nicht umfasst, wobei hA ist, dass das Stimmverbot auch bei der Entlastung im GmbH-Recht gilt¹⁰⁹⁶. Ferner berücksichtigt das GmbHG eine Vorteilszuweisung und/oder Verpflichtungsbefreiung, während das Aktiengesetz nur die Verpflichtungsbefreiung vorsieht. Das GmbHG regelt ebenfalls das Rechtsgeschäft mit einem Gesellschafter, welches dem Aktienrecht fremd ist. Im Aktienrecht ist durch § 97 AktG der Aufsichtsrat befugt, die Gesellschaft bei Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern

¹⁰⁹⁰ *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar (2003), § 114 Rz 58

¹⁰⁹¹ z.B. Sacheinlage, vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 39 Rz 41

¹⁰⁹² ebd.

¹⁰⁹³ ebd.

¹⁰⁹⁴ „Einleitung des Rechtsstreites“

¹⁰⁹⁵ vgl. *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar (2003), § 114 Rz 64, vgl. *Gaggl/Sigari-Majd* (2003), 338ff.

¹⁰⁹⁶ vgl. *Schmidt, Susanne*: Stimmverbote in der GmbH. Wann dürfen Gesellschafter in eigener Sache abstimmen? Wien 2002, 22 sowie 62 mit Verweis auf den OGH vom 16. Juli 1952, SZ 25/200

zu vertreten. Hinsichtlich der Ansprüche gegenüber den Eigentümern gibt es trotz der unterschiedlichen Wortwahl „*Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites zwischen ihm und der Gesellschaft*“ (GmbHG) und „*gegen den Aktionär einen Anspruch geltend machen soll*“ (AktG) keinen Unterschied. Das GmbH-Gesetz normiert in § 81 ein ausdrückliches Verbot („verboten und wirkungslos“) des Erwerbes eigener Geschäftsanteile¹⁰⁹⁷. Dass das Stimmverbot auch für Tochtergesellschaften gilt, die eine Beteiligung an der Muttergesellschaft halten, ist herrschende Ansicht.

Diesbezügliche Sachverhalte finden sich bei Finanzintermediären häufig derart, dass beispielsweise ein Aktionär gleichzeitig auch Großkreditnehmer ist oder wenn beispielsweise bei einer Versicherung ein hohes Risiko eines Aktionärs versichert ist, welche jeweils Gegenstände einer Hauptversammlung werden. Ist das Kreditinstitut eine Aktiengesellschaft, ist § 125 AktG erfüllt, wenn beispielsweise der Beschluss in der Hauptversammlung, u.a. weil es der Vorstand verlangt, über die Fälligkeitstellung oder Konditionenänderung gefasst werden soll, da es sich um einen Anspruch der Gesellschaft gegen den kreditnehmenden Aktionär oder eine in seinem Herrschaftsbereich befindliche Gesellschaft handelt. Selbiges gilt im Falle der GmbH gemäß § 39 Abs. 4 erster Fall. Für den Fall, dass der Beschluss gefasst werden soll, ob dem Kreditnehmer ein Teil seiner Verpflichtung erlassen wird, gilt für die Aktiengesellschaft das Stimmverbot gemäß § 125 AktG. Das Versicherungsaufsichtsgesetz normiert beispielsweise, dass gruppeninterne Geschäfte, somit Geschäfte, die ein Versicherungsunternehmen mit einem Unternehmen oder mit einer natürlichen Person, die eine Beteiligung im weiteren Sinn an der der zusätzlichen Beaufsichtigung unterliegenden Versicherungsgruppe hält abschließt, einer zusätzlichen Beaufsichtigung unterliegen¹⁰⁹⁸.

1.2.1. Befangene Aktionärsgesellschaft

Vielfach sind jedoch nicht die befangenen Aktionäre oder Gesellschafter direkt beteiligt, sondern üben Einfluss auf eine juristische Person aus, welche als Aktionärin der Gesellschaft fungiert. Die Erstreckung der Stimmverbote kollidiert im ersten Schritt mit dem Trennungsprinzip, woraus auch die divergierenden Literaturmeinungen rühren. Wie bereits erwähnt, gilt die rechtliche Selbstständigkeit aufgrund der Grundidee der juristischen Person mit eigener Rechtspersönlichkeit gegenüber ihren Gesellschaftern nicht ausnahmslos¹⁰⁹⁹. Bei Gefahr, dass die Aktionärsgesellschaft aufgrund der Befangenheit ihres Gesellschafters unsachlich hinsichtlich der Entscheidung zur Ausübung ihrer Stimme beeinflusst wird, gilt das Stimmverbot als anwendbar¹¹⁰⁰.

Das Aktiengesetz verlangt nach herrschender Ansicht einen maßgeblichen bzw. beherrschenden Einfluss des befangenen Aktionärs zur Anwendbarkeit des Stimmverbots, da erst dieser maßgebliche bzw. beherrschende Einfluss den Interessenskonflikt schürt. D.h. eine geringe Beteiligung ohne zusätzliche Sonderrechte, wie beispielsweise das Recht das Geschäftsführungsorgan zu bestellen oder abzufragen,

¹⁰⁹⁷ lediglich für die Fälle des unentgeltlichen Erwerbes eigener Anteile, auf den Erwerb eigener Anteile im Weg der Gesamtrechtsnachfolge und auf den Erwerb eigener Anteile zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern sind die Vorschriften für den Erwerb eigener Aktien gemäß Aktiengesetz anwendbar.

¹⁰⁹⁸ § 86d VAG

¹⁰⁹⁹ vgl. *Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 1 Rz 52ff.

¹¹⁰⁰ vgl. *Jabornegg* (1989), 43, 47

wird die Ausweitung der gesellschaftsrechtlichen Stimmverbote nicht rechtfertigen können. *Strasser* konkretisiert den maßgeblichen und beherrschenden Einfluss, der nach überwiegender Auffassung bloß möglich sein muss¹¹⁰¹, als vorliegend, wenn der Aktionär die Aktiengesellschaft derart beherrscht, „dass wirtschaftlich von einer Identität zwischen juristischer Person und Vertreter gesprochen werden kann“¹¹⁰². Während die Lehre und Literatur aus Motiven der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der Bestimmung des maßgeblichen und beherrschenden Einflusses auf die Höhe der Beteiligung, allenfalls auf zusätzlichen Einfluss vermittelnde Organpositionen, nicht aber auf sonstige, bloß faktische Einflussnahme ermöglichende Beherrschungsmittel abstellen wollen, bleibt eine Begründung im Unklaren. Meines Erachtens muss eine Beherrschung vorliegen, um einen Interessenskonflikt auch im Interesse des Befangenen durchzusetzen, doch ist eine Beschränkung des Beherrschungstatbestandes im Sinne des § 15 Abs. 2 AktG¹¹⁰³ nicht zu rechtfertigen. Es kommt daher gerade nicht auf die Beteiligungshöhe sondern auf das potentielle Ergebnis an. Ein Aktionär mit geringer Stimmmacht aber in wichtiger Lieferantenbeziehung mit der Gesellschaft oder mit einem Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat¹¹⁰⁴ kann gerade den Interessenskonflikt verstärken, den das Aktiengesetz zu verhindern strebt.

Abschließend soll für diese Sachverhaltsgruppe ergänzt werden, dass nicht eine geschlossene Beteiligungskette vorliegen muss. Ist ein Gesellschafter A an der X-GmbH und Y-GmbH beteiligt und kontrahieren die Gesellschaften untereinander, stellt sich die Befangenheitsthematik nämlich ebenfalls. Dies erkennt auch der OGH an, wenn er feststellt, dass, obwohl das Gesetz keinen ausdrücklichen Stimmrechtsausschluss des Gesellschafters bei der Beschlussfassung über den Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einer Gesellschaft, an der der Gesellschafter beteiligt ist, vorsieht, eine mittelbare Befangenheit aufgrund der Beteiligung des Gesellschafters am Vertragspartner vorliegen kann¹¹⁰⁵. Im Einzelfall muss die Interessenslage betrachtet werden. Laut OGH liegt der von § 39 Abs. 4 GmbHG vorausgesetzte Interessenskonflikt dann vor, wenn die Beteiligungsquote bei der Drittgesellschaft höher liegt als an dem Rechtssubjekt, für das das Stimmrecht ausgeübt werden soll¹¹⁰⁶. Doch ist dem OGH bereits in einer früheren Entscheidung die Problematik der Pauschalierung über die Beteiligungsquote bewusst geworden. Es ist in der Tat nicht einsichtig, warum ein Aktionär, der an einer Aktiengesellschaft mit hohem free float zu 10 % beteiligt ist (Eigenkapital EUR 10,0 Mio.), diese Gesellschaft gegenüber einer Gesellschaft an der er 51 % (Eigenkapital EUR 100,000) beteiligt ist, benachteiligen soll. Somit ist die Beteiligungsquote allein keine hinreichende Bedingung, um ein Stimmverbot zu rechtfertigen. Dies berücksichtigend hängt das finanzielle Interesse, das ein Gesellschafter durch seine Beteiligung an dem

¹¹⁰¹ vgl. *Krejci* (1988), 263ff. sowie vgl. *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 14 Rz 20f.

¹¹⁰² S. *Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar (2003), § 114 Rz 71; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 114 Rz 20

¹¹⁰³ unbeachtlich ist ob der beherrschende Einfluss tatsächlich ausgeübt wird oder nicht.

¹¹⁰⁴ § 88 AktG

¹¹⁰⁵ OGH 11. Juli 1996, OGH 12. Mai 1992, OGH 16. Dezember 1980

¹¹⁰⁶ OGH 8 Ob 21116/96a vom 11. Juli 1996; RIS-Justiz RS0103952 „Das Verbot der Abstimmung in eigener Sache betrifft Fälle, in denen der Abstimmende (oder die von ihm vertretene Person) von einer Verpflichtung befreit oder Vorteilsempfänger oder Subjekt des abzuschließenden Rechtsgeschäftes werden soll, wenn also der Beschluß die Rechtssphäre des Abstimmenden (oder der von ihm vertretenen Person) betrifft. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die Beteiligungsquote eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses als Gesellschafter einer mit der Masse kontrahierenden Erwerbsgesellschaft höher liegt als sein Anteil an den gesamten Konkursforderungen.“

zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils zugelassenen Dritten haben kann, und dessen Größe von der absoluten und relativen Höhe der Beteiligung an dem Dritten und deren Relation zur Beteiligung an der Gesellschaft ab. Weiters betont der OGH, dass vielmehr die darüberhinausgehende Nähe, beispielsweise durch Organstellung oder mitgliedschaftliche Sonderrechte, die ein Stimmverbot rechtfertigende Interessensdivergenz charakterisieren kann¹¹⁰⁷. Zusammenfassend stellt der OGH somit darauf ab, ob neben dem reinen finanziellen Interesse auch eine unternehmerische Funktion wahrgenommen wird, denn erst dieses Zusammenspiel bietet seines Erachtens eine ausreichende Indizwirkung für eine bevorzugte Wahrnehmung der Interessen der Drittgesellschaft. Auf eine (bloß) mögliche Beherrschung kommt es jedoch in diesem Kontext nicht an, denn es reicht aus, festzustellen, an welcher Gesellschaft der Gesellschafter ein größeres Interesse hat, was einerseits durch (relative und absolute) Betrachtung der Beteiligungsquote und durch die weitergehende Bindung zur Gesellschaft andererseits festgestellt werden kann.

1.2.2. Befangenes Organ der Aktionärs-gesellschaft

Diesen Problemkreis weiter aufschlüsselnd ist fraglich, ob das Stimmverbot auch für juristische Personen gilt, deren Organe befangen sind. Ein Stimmverbot liegt bei der juristischen Person, deren Organ befangen ist, dann vor, wenn das **befangene Organmitglied maßgeblichen Einfluss** auf das **Geschäftsführungsorgan** (interne Entscheidungsmodalitäten) hat **oder**, wie bereits zuvor herausgearbeitet, **in der Lage** ist, die **juristische Person zu beherrschen**¹¹⁰⁸. Diesfalls darf das Organ der Aktionärs-gesellschaft nicht in der Hauptversammlung der abstimmenden Gesellschaften mitstimmen, kann sich aber der Stimme enthalten¹¹⁰⁹. Dies ist vor allem bei eingliedrigen Strukturen, somit wenn es nur einen Vorstand oder einen Geschäftsführer gibt, rechtens. Bei mehrgliedrigen Strukturen ist es notwendig, die Einschränkung dahingehend vorzunehmen, dass die anderen unbefangenen Organmitglieder stimmberechtigt sind, außer sie werden, wie zuvor erwähnt, maßgeblich durch das befangene Organmitglied beeinflusst oder durch den Befangenen als Gesellschafter beherrscht. Der in der Literatur erwähnten Gefahr eines Solidaritätshandelns, wenn es keine Beeinflussung durch das befangene Organmitglied oder Beherrschung der juristischen Person gibt, kann entgegengehalten werden, dass sich die Organmitglieder bei Hintanhaltung der mitgliedschaftlichen Interessen einer potentiellen Haftung gegenüber der Gesellschaft aus pflichtwidrigem Verhalten aussetzen würden¹¹¹⁰. Jedoch kann das befangene Organ durch ein unbefangenes Organ ersetzt werden. Diese Bestellung eines

¹¹⁰⁷ vgl. 5 Ob 649/80 vom 16. Dezember 1980: Das finanzielle Interesse, das ein Gesellschafter durch seine Beteiligung an dem zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils zugelassenen Dritten haben kann und dessen Größe von der absoluten und relativen Höhe seiner Beteiligung an dem Dritten und deren Relation zur Beteiligung an der Gesellschaft abhängt, kann allein nicht genügen, denn es kann ebenso bei einer großen wie bei einer kleinen Beteiligung vorhanden und bei einer kleinen Beteiligung an einer großen Gesellschaft größer als bei einer hundertprozentigen Beteiligung an einer kleinen sein. Maßgeblich wird vor allem eine über die finanzielle Beteiligung des Gesellschafters an dem Dritten hinausgehende Bindung, wie etwa die Bekleidung einer - bei einer juristischen Person als Gesellschafter nicht in Betracht kommenden - organschaftlichen Unternehmerfunktion (Vorstandsmitglied, Geschäftsführer, persönlich haftender Gesellschafter) oder das Vorliegen besonderer Umstände (etwa syndikatsvertragliche Bindungen) sein, die ihn ohne Innehabung einer rechtlichen Organstellung zum Unternehmerge-sellschafter stempeln, oder das Bestehen konzernmäßiger Beziehungen im Sinne einer Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung nach den §§ 15 AktG und 115 GmbHG i.d.F. des Gesetzes vom 2. Juli 1980, BGBl. 320⁴.

¹¹⁰⁸ vgl. S. Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar (2003), § 114 Rz 71 sowie auch Strasser in Jabornegg/Strasser, Kommentar (2006), § 114 Rz 20

¹¹⁰⁹ vgl. Spatz/Gurmann (2008), 274ff.

¹¹¹⁰ vgl. OGH 25. Februar 1953, HS 21114/24: Mitglieder des Aufsichtsrats und des Vorstands müssen sich in Kollusionsfällen jedenfalls ihre Verantwortlichkeit für Pflichtverletzungen vor Augen halten.

Notgesellschafter¹¹¹¹, wie es der OGH vorschlägt¹¹¹², scheitert jedoch an der Praktikabilität¹¹¹³. Gegen die Praktikabilität sprechen die notwendige Vorbereitungszeit des Notgeschäftsführers einerseits und der notwendige Zeitrahmen für die Bestellung eines Notgeschäftsführers andererseits. Zusammenfassend ist bei diesem konzernrechtlich relevanten Sachverhalt auf die bloß mögliche, jedoch rechtlich abgesicherte Beherrschung und somit nicht auf deren tatsächliche Ausübung abzustellen.

1.2.3. Befangenes Organ der Aktionärsobergesellschaft

Im mehrstufigen Konzern schlägt die Befangenheit durch. Im Untersuchungsfall sitzt ein befangenes Organ im Geschäftsführungsorgan der A-AG und B-AG, wobei letztere an der C-AG maßgeblich bzw. beherrschend beteiligt ist. Die C-AG ist auch an der A-AG beteiligt. Die C-AG unterliegt dem Stimmverbot an der A-AG dann, wenn das befangene Organ über die B-AG, die maßgeblich bzw. beherrschend an der C-AG beteiligt ist, einen maßgeblichen Einfluss auf das Geschäftsführungsorgan der B-AG hat oder in der Lage ist die B-AG zu beherrschen. Aus der Praxis stellt sich natürlich die Frage ob nicht alleine der Einflussnahme durch aktienrechtliche Formalismen¹¹¹⁴ Grenzen gesetzt sind, die einer effektiven Befangenheit entgegenstehen können. Meines Erachtens ist eine Grenzziehung aus dem Zweck der Bestimmung nicht ableitbar, denn die Materialien betonen den zwingenden Charakter dieser Bestimmung.

Unter **1.1./1.2./1.3.** Dargelegtes ist aufgrund der gesellschaftspolitischen Nähe zwischen Gesellschafter und Geschäftsführung (§ 20 GmbHG) ebenfalls auf **die GmbH** anwendbar.

1.2.4. Befangenheit und Stimmbindung

Stimmbindungsvereinbarungen (Syndikatsverträge) sind nach herrschender Lehre **nichtig**, wenn die Weisung eines **befangenen Syndikatspartners** vorliegt, was aus § 879 Abs. 1 ABGB iVm § 125 AktG bzw. § 39 Abs. 4 GmbH abgeleitet wird¹¹¹⁵. Selbiges gilt für Syndikatsverträge zu Gunsten eines Nichtgesellschafter, der, wenn er Gesellschafter oder Geschäftsführungsorgan wäre, nicht stimmberechtigt wäre¹¹¹⁶. Ferner gilt der Syndikatsvertrag nicht im Gesamten als nichtig, sondern die Nichtigkeit bezieht sich auf den Einzelfall, der durch Befangenheit eines Syndikatspartners charakterisiert ist. Dementsprechend gilt der Syndikatsvertrag zwischen den unbefangenen Syndikatspartnern weiter, wodurch es zu einer Nichtigkeitssanktion nur im Verhältnis zum befangenen Syndikatspartner kommt. In der Praxis wird im Syndikatsvertrag eine salvatorische Klausel aufgenommen, welche das Ruhen des

¹¹¹¹ vgl. *Pöltner, Maria*: Der Notgeschäftsführer in der GmbH, Wien, 2002, 40 ff; vgl. *Koppensteiner* Kommentar (1999), § 15a Rz 3 Rechtsprechung 6 Ob 36/85, SZ 59/172. § 15a. „(1) Soweit die zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Geschäftsführer fehlen, hat sie in dringenden Fällen das Gericht auf Antrag eines Beteiligten für die Zeit bis zur Behebung des Mangels zu bestellen. (2) Dies gilt auch, wenn kein Geschäftsführer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat. (3) Der Beschluss über die Bestellung des Geschäftsführers ist mit dessen Zustimmung sowie, sofern im Beschluss nichts anderes angeordnet ist, mit Zustellung an den Geschäftsführer wirksam.“

¹¹¹² OGH 24. März 1992 eclex 1993, 91: Kernfrage war, ob die von einem Gesellschafter beherrschte Gesellschafter-Gesellschaft in der Abstimmungsgesellschaft stimmberechtigt ist, wenn die Entlastung der beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführung in seiner Funktion als Geschäftsführer der Abstimmungsgesellschaft beschlossen werden soll. Der OGH sprach, dass die Gesellschafter-Gesellschaft nicht schlechthin vom Stimmrecht ausgeschlossen ist, denn sie könne sich nur nicht durch ihr befangenes bzw. dem Einfluss des beherrschenden Gesellschafter unterliegenden Vertretungsorgan vertreten lassen.

¹¹¹³ OGH 6 Ob 53/06x vom 6. April 2006 mit Anmerkungen *Fantur*

¹¹¹⁴ ev. Aufsichtsratspflicht § 95 AktG, Einberufung § 105 AktG

¹¹¹⁵ vgl. *Spatz/Gurmann* (2008), 274ff.

¹¹¹⁶ vgl. *Tichy, Maximilian*: Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000), 98 mwN

schuldrechtlichen Verhältnisses zum Befangenen zur Folge hat¹¹¹⁷. Um die Beeinflussung des befangenen Syndikatspartner bereits in der „**Syndikatsversammlung**“ zu verhindern, gilt bereits zu diesem Zeitpunkt das Stimmverbot. Es wäre in der Tat nicht einsichtig, dass sich die Syndikatspartner bereits in den vorbereitenden Versammlungen absprechen bzw. der befangene Syndikatspartner die Meinungsfindung beeinflusst und erst bei der Abstimmung in der Hauptversammlung sich seiner Stimme enthält¹¹¹⁸. Wird das Stimmverbot nicht bereits auf Ebene des Syndikats berücksichtigt, muss hinsichtlich der Rechtsfolgen eine Differenzierung vorgenommen werden. Bei einem **Unterordnungssyndikat**, bei dem dem Syndikatsleiter eine Leitungs- oder Weisungsbefugnis zukommt, wird in der deutschen Lehre und Rechtssprechung vertreten, dass ein Stimmverbot alle Syndikatspartner trifft¹¹¹⁹. Dies soll der realen Gefahr der Unkenntnis der Syndikatspartner über die Befangenheit des befangenen Syndikatspartners und deren damit verbundene Abstimmung im Sinne des befangenen Syndikatspartners obwohl sie ohne Stimmbindung anders gestimmt hätten, entgegenwirken. Dem ist auch für das österreichische Recht aufgrund des Mangels an Wertungsunterscheiden zuzustimmen. Bei **Gleichordnungssyndikaten** mit Mehrheitsbeschlusserfordernis gilt das Syndikat als gesamtes nur dann als nicht stimmberechtigt, wenn die Stimme des befangenen Syndikatspartners innerhalb des Syndikats ausschlaggebend war. Wenn nämlich eine positive Beschlussfassung bereits ohne den befangenen Syndikatspartner herbeigeführt wurde, ist ein Stimmverbot für das gesamte Syndikat nicht notwendig¹¹²⁰.

1.2.5. Beschränkungen der Stimmverbote

Im Konzernbetrieb stellt sich die Frage, ob im Rahmen des **Gesellschaftsvertrages** oder der **Satzung Erweiterungen** oder **Einschränkungen** hinsichtlich der Stimmverbote bestimmt werden können. Während die herrschende Lehre eine Erweiterung für zulässig erklärt¹¹²¹, divergiert die Lehre hinsichtlich einer Einschränkung. *Koppensteiner* vertritt die Meinung, dass eine Einschränkung der Stimmverbote der „zwingenden Kraft“¹¹²² des § 39 Abs. 4 GmbH entgegensteht¹¹²³. Im deutschen Schrifttum und in der deutschen Judikatur¹¹²⁴ wird der Standpunkt vertreten, dass es zwingend verboten ist „*Richter in eigener Sache zu sein*“, dass bei Insichgeschäften jedoch eine stimmverbotsbefreiende Bestimmung aufgenommen werden könnte, wenn im individuellen Fall die Interessenkollision durch Einverständnis der

¹¹¹⁷ OGH 5 Ob 523 vom 24. März 1992, 524/91 mit RIS-Justiz RS0059938: „Der das GmbH - Recht prägende Trennungsgrundsatz muß ungeachtet des beherrschenden Einflusses einzelner Gesellschafter, hier des Geschäftsführers, um dessen Entlastung es geht, auf die beklagten Gesellschafter - Gesellschaften so weit als möglich und notwendig gewahrt bleiben. Selbst wenn alle Voraussetzungen für die Annahme eines Zurechnungsdurchgriffstatbestandes vorlägen, darf in Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Mittel zum Zweck der Funktionsfähigkeit der Gesellschaftsorgane den beherrschten Gesellschafter - Gesellschaften nicht das Stimmrecht entzogen werden. Es genügt, daß den unter einem beherrschenden Einfluß stehenden Vertretungsorganen (Geschäftsführern der Gesellschafter - GmbH) die Vertretungshandlung entzogen und für Vertretungen vorzusorgen ist, die das Stimmrecht ohne den beherrschenden Einfluß des von der Abstimmung über seine Entlastung betroffenen Geschäftsführers ausüben können.“

¹¹¹⁸ vgl. *Tichy* (2000), 98f

¹¹¹⁹ vgl. LG Köln 18. November 1999, 83 O 43/99: „Aufgrund des Syndikatsvertrags waren die übrigen Syndikatspartner verpflichtet, dem Syndikatsleiter, der keinen Weisungen des Syndikats unterlag, Stimmrechtsvollmachten zu erteilen. Darüber hinaus stand den Syndikatspartnern ein Erwerbsrecht an der Beteiligung eines Syndikatspartners zu, wenn dieser unter Missachtung der dem Syndikatsleiter eingeräumten Rechte in einer Gesellschafterversammlung das Stimmrecht selbst ausübte. Das LG Köln stellte hier fest, dass der Syndikatsleiter maßgeblichen Einfluss auf das Abstimmungsverhalten des Syndikats hatte.“

¹¹²⁰ gilt auch für das Gleichordnungssyndikat mit Einstimmigkeitserfordernis. vgl. *Tichy* (2000), 100

¹¹²¹ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 39 Rz 48

¹¹²² 236 BlgHH 17. Sess 1904, 70

¹¹²³ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 39 Rz 48

¹¹²⁴ vgl. BGH NJW, 1989, 2694, 2696, BGHZ 108, 21, 27

Interessensträger obsolet würde¹¹²⁵. Dies befürworten *Gaggl/Sigari-Majd* über die österreichische Judikaturlinie zu Insichgeschäften mit der Einschränkung, dass sie dann zulässig sind, wenn dem Vertretenen ausschließlich rechtliche Vorteile zuwachsen und somit keine Gefahr der Schädigung des Vertretenen besteht und der Vertretene vorher oder nachträglich ausdrücklich zustimmt. Warum ein Stimmverbot des (befangenen) Gesellschafters bei Vorteilhaftigkeit des (Insich-)Rechtsgeschäfts nicht anwendbar sein soll, obwohl, wenn das Rechtsgeschäft selbst nachweisbar Vorteile der Gesellschaft bringt und ein erwartungsgemäß gewinnorientierter Gesellschafter ohnedies eine positive Beschlussfassung (d.h. im Sinne des befangenen Gesellschafters) daher herbeiführen würde, ist meines Erachtens nicht ersichtlich. *Koppensteiners* Meinung, dass eine Aufweichung der Stimmverbote in der Unternehmensverfassung unzulässig ist, ist in diesem Sinne zu unterstützen.

Dieses Spannungsfeld materialisiert sich gerade bei Private Equity Gesellschaften, da die geschäftsführenden und kontrollierenden Organe üblicherweise auch mit persönlichen Investments in den Gesellschaften veranlagt sind (Solidaritäts- und Vertrauensfunktion).

2. Gestaltung der Leitungsmacht im Konzernbetrieb

Leitungsmacht wird in der Konzernsteuerung dadurch konsolidiert, dass das Ausmaß an Koordinierungsbedarf mit anderen Gesellschaftern niedrig gehalten wird. Das GmbHG und das AktG bieten umfassende Wahlrechte bzw. Gestaltungsmöglichkeiten (**mehrheitsverschärfende, mehrheitsabsenkende**), welche es im Rahmen der Konzernstrukturoptimierung bzw. in der kautelarjuristischen Praxis zu bedenken gilt. Das Gesetz sieht im Grunde für positive Beschlussfassungen in der Hauptversammlung die Mehrheit der abgegebenen Stimmen vor, soweit das Gesetz oder die Satzung keine **größere Mehrheit** oder noch **andere Erfordernisse** verlangt. **Größere Mehrheit** meint eine größere Stimmenmehrheit, während gesetzliche oder satzungsmäßige **andere Erfordernisse**, beispielsweise die Statuierung einer Kapitalmehrheit sind. Wird eine Kapitalmehrheit vereinbart so ist neben dieser immer auch die Stimmenmehrheit zu erreichen¹¹²⁶. Die einfache Mehrheit ist erreicht, wenn die Zahl der gültigen Ja-Stimmen die der gültigen Nein-Stimmen um wenigstens eine übertrifft. Stimmenthaltungen und ungültige Stimmen werden nicht gezählt¹¹²⁷.

Während die Konzernverfassungen sich üblicherweise durch gewachsene Strukturen kennzeichnen und gesellschaftsvertragliche Veränderungen koordinationspolitisch nur sehr schwierig herbeizuführen sind, kommt diesem gestalterischen Prozess gerade bei Private Equity Unternehmungen große Bedeutung zu, da diese auf Basis von potentiellen Transaktionen die Konzernstrukturen praktisch am Reißbrett entwerfen und somit zielgerichtet strukturieren können.

Bei Satzungen von juristischen Personen sind bei **individualrechtlichen Bestimmungen** die Auslegungskriterien des § 914 ABGB anzuwenden. Bei **organisationsrechtlichen Bestimmungen** sind diese jedoch nach ihrem Wortlaut und dem Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang objektiv

¹¹²⁵ vgl. *Gaggl/Sigari-Majd* (2003), 338ff.

¹¹²⁶ vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 113 Rz 5

¹¹²⁷ vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 113 Rz 2 und 9

auszulegen, was dazu führt, dass es auf den Parteiwillen in der Regel nicht ankommt. Unter die organisationsrechtlichen Bestimmungen fallen auch Satzungsbestimmungen über mehrheitsabsenkende und mehrheitsbeschränkende Maßnahmen¹¹²⁸. Wesentlich in der kautelarjuristischen Praxis ist die Berücksichtigung des **Deutlichkeitserfordernisses**. Das in der deutschen Literatur¹¹²⁹ und Rechtssprechung¹¹³⁰ entwickelte Auslegungsprinzip sieht vor, dass mehrheitsabsenkende Bestimmungen aufgrund der Gefährdung der Minderheit, deutlich zum Ausdruck kommen müssen. *Jud/Zierler* ist zu folgen, wenn sie sagen, dass das Deutlichkeitserfordernis nicht im Minderheitenschutz fußt, sondern im Grunde nur der Rechtssicherheit dienlich ist, denn die gewonnene Rechtssicherheit liegt darin, dass eine mehrheitsregelnde Klausel „dann dem Deutlichkeitserfordernis entspricht, wenn eine objektive Auslegung Klarheit darüber schafft, ob im konkreten Anlassfall abgesenkte oder verschärfte Mehrheitserfordernisse zum Tragen kommen. [...] Deutlichkeit einer Satzungsklausel [bedeutet] nichts anderes als das Vorliegen einer unzweifelhaften Bestimmung, die kein anderes objektives Auslegungsergebnis zulässt“¹¹³¹. So sehen *Jud/Zierler* für das Deutlichkeitserfordernis im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht keine dogmatische Grundlage und keine gesellschaftsrechtliche Notwendigkeit aufgrund eines ausreichenden Auslegungsinstrumentariums für mehrheitsabsenkende bzw. mehrheitsbeschränkende Satzungsbestimmungen¹¹³². Meines Erachtens ist gerade in der Konzernstrukturierungs- bzw. Konzernplanungsphase zu bedenken, dass **hinreichende Deutlichkeit** in der Statuierung mehrheitsregelnder Satzungsbestimmungen in der operativen Konzernführung von eindeutigem Vorteil ist¹¹³³, da sich die Notwendigkeit der objektiven Auslegung durch die eindeutige Normierung gar nicht stellt.

2.1 Mehrheitsabsenkende Maßnahmen

Mehrheitsabsenkende Maßnahmen sollen eine erleichterte Mehrheitsbildung bzw. positive Beschlussfassungen ermöglichen. Vor allem bei Eigentumsverhältnissen mit geringer Streuung sollen üblicherweise bei strategischem Interesse des Mehrheitseigentümers bzw. der gemeinsam vorgehenden einfachen Mehrheit, Blockierungsmöglichkeiten gering gehalten werden.

2.1.1. Die Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft fasst positive Beschlüsse gemäß § 121 Abs. 2 AktG mit der **Mehrheit der abgegeben Stimmen**, falls das Gesetz oder die Satzung nichts anderes bestimmen. Bei wichtigen Entscheidungen sieht das Aktienrecht oftmals als „anderes Erfordernis“ eine Kapitalmehrheit im Sinne einer **qualifizierten Kapitalmehrheit** vor¹¹³⁴. Eine **qualifizierte Stimmenmehrheit** sieht das

¹¹²⁸ OGH 1 Ob 61/97w, SZ 70/242; *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 3 Rz 17, vgl. etwa *Reich-Rohrwig* (1997), Rz 1/70

¹¹²⁹ Zöllner in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2. Auflage, § 179 Rz 154 sowie Wiedemann in *Großkommentar*, 4. Auflage, § 179 Rz 118

¹¹³⁰ siehe BGH II ZR 176/72, NJW 1975, 212; BGH II ZR 54/78, BGHZ 76, 191, siehe auch vergleichbare Judikatur zu Art 215 AHGB RG III 258/90, RGZ 27, 69f

¹¹³¹ vgl. *Jud/Zierler* (2003), 41ff. mit Verweis auf *Hoffman in Michalski*, GmbHG II § 53 Rz 100

¹¹³² vgl. *Jud/Zierler* (2003), 39ff.

¹¹³³ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 38 Rz 16; siehe auch OGH 6 Ob 36/85, SZ 59/172; vgl. *Nagele in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 146

¹¹³⁴ zu den gesetzlich geforderten Kapitalmehrheitserfordernissen siehe die Übersicht bei *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 280

Aktienrecht nur für die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern¹¹³⁵ und die Aufhebung oder die Beschränkung des Vorzugs stimmrechtsloser Vorzugsaktien¹¹³⁶ vor.

Mehrheitsabsenkende Gestaltungsstrukturen sieht das Gesetz selbst vor. So ist die **satzungsmäßige Absenkung gesetzlich bestimmter qualitativer Mehrheitserfordernisse**, beispielsweise bei der Satzungsänderung¹¹³⁷, bei der ordentlichen Kapitalerhöhung¹¹³⁸ und bei der Ausgabe von Wandel- oder Gewinnschuldverschreibungen sowie bei Gewährung von Genussrechten¹¹³⁹, möglich. Die qualifizierte Stimmenmehrheit bei der Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern kann für den Fall des Widerrufs der Bestellung vor Ablauf der Funktionsperiode abgesenkt werden¹¹⁴⁰. Ob eine Generalklausel¹¹⁴¹ über die Absenkung aller qualifizierten Stimmen/Kapitalmehrheiten auf die einfache Mehrheit des Kapitals oder der Stimmen in der Satzung ausreicht, ist zu befürworten, da die Generalklausel nur jene Fälle umfassen kann, zu denen das Gesetz keine andere Mehrheit als erforderlich normiert. Für die kauteljuristische Praxis wird dennoch vorgeschlagen, ausreichende Deutlichkeit walten zu lassen bzw. Fälle der Mehrheitsabsenkung ausdrücklich zu benennen.

Bei ausdrücklicher Statuierung in der Satzung können für Wahlen auch relative Mehrheiten maßgeblich sein („meisten Stimmen“)¹¹⁴².

2.1.2. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die Gesellschaft fasst positive Beschlüsse gemäß § 39 Abs. 1 GmbHG mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, falls das Gesetz oder die Satzung nichts anderes bestimmen. Der dispositive Normencharakter des § 39 Abs. 1 GmbHG ermöglicht es, Erfordernisse der einfachen Mehrheit der Stimmen durch jene der einfachen Mehrheit des Kapitals zu ersetzen. Bei wichtigen Entscheidungen sieht das GmbH-Recht oftmals eine qualifizierte Stimmenmehrheit vor.

Eine **qualifizierte Stimmenmehrheit** verlangen beispielsweise die Bestimmungen über die Genehmigung von Großinvestitionen, die Änderung des Gesellschaftsvertrages und des Unternehmensgegenstandes sowie die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds¹¹⁴³ und die Veräußerung von Gesellschaftsvermögen im Zuge der Liquidation¹¹⁴⁴.

Eine **qualifizierte Kapitalmehrheit** ist im Gegensatz zum Aktienrecht deutlich seltener. So sehen lediglich strukturelle Veränderungen, wie beispielsweise die Verschmelzung¹¹⁴⁵, eine qualifizierte Kapitalmehrheit vor. Die Möglichkeit der Absenkung gesetzlich bestimmter einfacher oder qualifizierter

¹¹³⁵ § 87 Abs. 8 AktG

¹¹³⁶ § 117 Abs 3 AktG

¹¹³⁷ §§ 146 AktG

¹¹³⁸ § 149 AktG vgl. OGH 22. Oktober 2003, ecolex 2004 285/137

¹¹³⁹ § 174 AktG

¹¹⁴⁰ § 87 Abs. 8 AktG

¹¹⁴¹ für den Fall, dass das Gesetz nicht zwingend eine andere Mehrheit vorschreibt, beschließt die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Für die Fälle, in denen eine Kapitalmehrheit erforderlich ist, wird ein Beschluss mit einfacher Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals gefasst werden.

¹¹⁴² vgl. § 87 Abs. 5 AktG

¹¹⁴³ § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG, § 50 Abs 1 und 3 GmbHG, § 90 Abs 4 GmbHG

¹¹⁴⁴ § 30b Abs 3 GmbHG

¹¹⁴⁵ 96 Abs 2 GmbHG

Mehrheiten wird in der Literatur uneinheitlich beantwortet. Herrschende Lehre ist, dass bei Änderung des Unternehmensgegenstandes gemäß § 50 Abs. 3 GmbHG, welcher im Grunde eines einstimmigen Beschlusses bedarf, die Herabsetzung auf eine Stimmmehrheit von drei Viertel möglich ist¹¹⁴⁶. Selbiges ist für die Abberufung von Mitgliedern des Aufsichtsrats¹¹⁴⁷ und bei Beschlussfassungen über Großinvestitionen nach Ablauf der Zweijahresfrist¹¹⁴⁸, die im Grunde eine qualifizierte Stimmenmehrheit bedingen, jedoch auf eine einfache Mehrheit abgesenkt werden können, der Fall¹¹⁴⁹. Genannte Möglichkeiten beziehen sich auf die Reduktion gesetzlich bestimmter Stimmmehrheiten. Das GmbH-Recht sieht keinen Fall vor, der die Reduktion einer vorgesehen Kapitalmehrheit zulassen würde¹¹⁵⁰.

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH kann eine Erhöhung der Stimmkraft gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG vorsehen. Während die Statuierung von Mehrstimmrechtsanteilen bei Gründung nach Parteineneinigung noch einfach erscheint, ist die Statuierung bei einer bereits bestehenden GmbH mit einer Satzungsänderung verbunden. Gemäß § 50 Abs. 1 GmbHG bedarf eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Da es sich in diesem Fall jedoch für den Teil der Gesellschafter, die in Genuss des Stimmrechtsmultiplikators kommen, um eine Ausweitung der Rechte und für die verbleibenden zu einer Verkürzung der Rechte kommt, ist gemäß § 50 Abs. 4 GmbHG die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter notwendig.

2.2. Mehrheitsbeschränkende Maßnahmen

Mehrheitsbeschränkende Satzungsgestaltungen werden üblicherweise dann konstruiert, wenn der Einfluss auch bei einer geringen Anteilsquote behalten werden soll. So kann die Anhebung der gesetzlichen Mehrheitserfordernisse die Minderheiten mittelbar schützen und die Sachgerechtigkeit von Gesellschaftsbeschlüssen heben, da die Beschlüsse besser koordiniert und abgesprochen sein müssen¹¹⁵¹.

2.2.1. Die Aktiengesellschaft

Die Satzung kann größere Mehrheiten oder noch andere Erfordernisse vorschreiben. So sind die zuvor genannten aktienrechtlichen Bestimmungen, die ex lege einer Erleichterung zugänglich sind auch einer Beschränkung zugänglich, d.h. einfache sowie qualifizierte Mehrheiten können erhöht werden. Generell wurden im Rahmen des Aktienrechtsänderungsgesetzes 2009 eine Vielzahl von Wahlrechten, die zugunsten der Minderheitsaktionäre gewählt werden können, positiviert¹¹⁵². So sieht § 105 Abs. 3 AktG, dass neben der Tatsache, dass Aktionäre die über 5 % des Grundkapitals verfügen, die Hauptversammlung schriftlich und begründet unter Vorlage der Tagesordnung und eines Beschlussvorschlages einberufen können, diesen auch weniger strenge Formen an die Einberufung gestellt werden können.

¹¹⁴⁶ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 50 Rz 3; vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 415; vgl. *Reich-Rohrwig* (1997) Rz 1/163

¹¹⁴⁷ § 30b Abs. 3 GmbH

¹¹⁴⁸ § 35 Abs. 1 Z. 7 GmbHG

¹¹⁴⁹ vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 389

¹¹⁵⁰ vgl. *Jud/Zierler* (2003), 40ff.

¹¹⁵¹ vgl. *Jud/Zierler* (2003), 40ff. mit Verweis hinsichtlich der praktischen Bedeutung der einzelnen mehrheitsregelnden Satzungsbestimmungen bei Aktiengesellschaften zu *Kaiblinger, Siegfried*: Die Praxis der Satzungsgestaltung österreichischer Aktiengesellschaften, 1985, 117f.

¹¹⁵² die Richtlinie 2007/36/EG (Aktionärsrechte-Richtlinie) des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11. Juli 2007 umzusetzen

Herrschende Meinung ist, dass eine Verschärfung in der Satzung jedoch in den Fällen nicht möglich sein kann, in denen das Gesetz ausdrücklich eine einfache Stimmenmehrheit verlangt. Diese wird beispielsweise bei der Vertagung der ordentlichen Hauptversammlung¹¹⁵³, Abberufung des ersten Aufsichtsrates¹¹⁵⁴ und Bestellung der Prüfer bei einer Sonderprüfung¹¹⁵⁵ verlangt. Diesfalls wäre eine Erhöhung des Beschlusserfordernisses mit einer Erschwerung verbunden, da es sich hierbei um Beschlussgegenstände handelt, bei denen die Hauptversammlung verpflichtet ist, Beschlüsse zu fassen und es nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann, diese Verpflichtung durch erhöhte Beschlusserfordernisse zu konterkarieren¹¹⁵⁶.

Strittig ist auch die Möglichkeit der Verschärfung der qualifizierten Beschlussmehrheit für die Aufhebung oder die Beschränkung des Vorzugs für stimmrechtslose Vorzugsaktien. So sagt § 129 Abs. 3 AktG, dass der Beschluss der Vorzugsaktionäre zur Aufhebung oder Beschränkung des Vorzugs einer Mehrheit bedarf, die mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen umfasst. Der Terminus „mindestens“ lässt zwar in erster Linie vermuten, dass ein höheres Beschlussquorum vereinbart werden könnte, dies ist jedoch nach herrschender Lehre nicht vom Willen des Gesetzgebers gedeckt¹¹⁵⁷. Der deutsche Gesetzgeber hat die Unzulässigkeit einer satzungsmäßigen Verschärfung ausdrücklich normiert¹¹⁵⁸. Dem ist zuzustimmen, denn eine Erhöhung der Beschlussmehrheit würde gerade im Desinteresse der Gesellschaft stehen, da die Einrichtung stimmrechtstragender Aktien bzw. das Wiederaufleben lassen von Stimmrechten gerade nicht behindert oder erschwert werden soll.

Höchststimmrechte sind gemäß § 12 Abs. 2 AktG zulässig. Bei einer bestehenden Aktiengesellschaft ist bei der Einführung von Höchststimmrechten eine positive Beschlussfassung durch qualifizierte Kapitalmehrheit herbeizuführen.

2.2.2. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die Verschärfung von Mehrheitsanforderungen ist nach herrschender Meinung uneingeschränkt möglich¹¹⁵⁹. Dies führt in der rechtsvergleichenden Analyse von Aktienrecht und GmbH-Recht zu nicht erklärbaren Divergenzen. So ist die zuvor betrachtete Verschärfung im Rahmen des § 87 Abs. 4 AktG (Abberufung des ersten Aufsichtsrates) nicht zulässig, jedoch legitimiert die uneingeschränkte Statuierung erhöhter Beschlusserfordernisse im GmbH-Recht anscheinend die Erhöhung der Beschlusserfordernisse der fast wortgleichen GmbH-Norm in § 30b Abs. 4 GmbHG.

Höchststimmrechte sind gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG möglich. Gemäß § 50 Abs. 1 GmbHG bedarf eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Betrifft die Änderung des Gesellschaftsvertrages einen Kernbereich (Kernbereichslehre), so ist die Zustimmung sämtlicher betroffener Gesellschafter notwendig. Da durch die Beschränkung der

¹¹⁵³ § 104 Abs. 2 Z. 3 AktG

¹¹⁵⁴ § 87 Abs. 4 AktG

¹¹⁵⁵ § 130 Abs. 1 AktG

¹¹⁵⁶ vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 280; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2007), § 113 Rz 3

¹¹⁵⁷ vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 279

¹¹⁵⁸ § 141 Abs. 3 dAktG

¹¹⁵⁹ vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 415 sowie *Jud/Zierler* (2003), 39ff. mit Verweis auf *Koppensteiner* Kommentar (1999), § 39 Rz 5

Stimmrechte in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingegriffen wird, muss ein Beschluss durch sämtliche Gesellschafter getroffen werden¹¹⁶⁰. *Zöllner* berücksichtigt in seinen Ausführungen über die nachträgliche Einführung von Höchststimmrechten den Gleichbehandlungsgrundsatz und betont, dass sie per se nicht zu einer Ungleichheit führt¹¹⁶¹. Selbiges argumentiert *Koppensteiner*, der ausführt, dass die nachträgliche Einführung zulässig ist, wenn sie in abstrakter Weise für alle Gesellschafter gleichermaßen formuliert ist und deutlich wird, dass es um die Verfolgung von Gesamtinteresse geht und nicht um eine Willkürmaßnahme gegenüber den betroffenen Gesellschaftern¹¹⁶². Ist daher die Einführung eines Höchststimmrechtes im Interesse der Gesellschaft erforderlich und verhältnismäßig, kann die Änderung des Stimmrechts auch gegen den Willen der betroffenen mit einer Mehrheit von drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals beschlossen werden.

2.3. Vorratsbeschlüsse

Vorratsbeschlüsse¹¹⁶³ sind ein Instrument, bei dem der Aufsichtsrat oder das zuständige Aufsichtsorgan im Voraus gewisse Arten von Geschäften bewilligt. Angeordnet wird daraufhin, wenn überhaupt, nur die nachträgliche Berichterstattung an das Aufsichtsorgan¹¹⁶⁴. Dieses Instrument erleichtert die Geschäftsführung, da langwierige Beschlusswege kurz gehalten werden können. Jedoch ist es notwendig, dieses Pouvoir eindeutig zu bestimmen. So enthalten Vorratsbeschlüsse vielfach den Zweck, eine betragsmäßige Begrenzung oder ressortübergreifende Prozesse, wie beispielsweise das Vieraugenprinzip, zwischen Vorstand "Markt" und Vorstand "Marktfolge" zu definieren.

Expressis verbis sind Vorratsbeschlüsse im Aktiengesetz und GmbHG nicht geregelt. Dennoch geht beispielsweise *Kastner* bei § 95 Abs. 5 AktG und § 30j Abs. 5 GmbHG ohne weitere Bedenken davon aus, dass Großunternehmungen, bei denen häufig zustimmungspflichtige Geschäfte entschieden werden müssen, Grundsatzbeschlüsse fassen können¹¹⁶⁵. § 95 Abs. 5 AktG und § 30j Abs. 5 GmbHG gehen davon aus, dass das Aufsichtsorgan in den Entscheidungsprozess einbezogen werden soll. Dieser Entscheidungsfindungsprozess hat im Idealfall unmittelbar vor der Durchführung der zustimmungspflichtigen Geschäftsführungsmaßnahme auf Basis sämtlicher zur Beurteilung notwendiger Information stattzufinden. Doch liegt es in der Tat in der Sorgfalt des Aufsichtsrates, welche Entscheidungskriterien dieser heranzieht und ob er für gewisse definierte Geschäfte einen Vorratsbeschluss etabliert. So geht auch der OGH davon aus, dass unterschiedliche Geschäftsfälle eine unterschiedlich intensive Befassung des Aufsichtsrats erfordern¹¹⁶⁶. So wird ein Aufsichtsrat bei Vergabe eines Großkredites an einen Aktionär besondere Prüfungspflichten bzw. einen anderen Grad der Detailliertheit in den zugrundeliegenden Unterlagen erwarten, als wenn er Geschäften mit geringerem

¹¹⁶⁰ vgl. *Koppensteiner/Rüffler GmbH Gesetz Kommentar* (2007), § 49 Rz 12; anderer Ansicht ist *Torggler* (1996) 117; in Deutschland: BGH 10. Oktober 1994, II ZR 18/94

¹¹⁶¹ *Zöllner, Wolfgang*: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München, Berlin 1963, 122

¹¹⁶² vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 49 Rz 12

¹¹⁶³ Terminus: Vorausbeschluss in *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 224

¹¹⁶⁴ vgl. *Jud, Waldemar*: Vorratsbeschlüsse im System zustimmungspflichtiger Geschäfte des Aufsichtsrates, ÖBA 1993, 773ff.

¹¹⁶⁵ Befürwortend ferner *Reich-Rohrwig* sowie *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 294; anderer Ansicht *Geppert/Moritz, Wunsch* vgl. *Jud* (1993), 774ff.

¹¹⁶⁶ OGH 5 Ob 306/76 vom 31. Mai 1977

Risiko für die Gesellschaft zustimmen soll. Jedoch ist der Vorratsbeschluss immer als explizit oder implizit auflösend bedingt anzuwenden, denn bei einer für das Unternehmen nachteiligen Veränderung der Beurteilungskriterien verliert der Vorratsbeschluss seine Gültigkeit¹¹⁶⁷. Ausdrücklich sind Vorratsbeschlüsse im Bankwesengesetz hinsichtlich der Großveranlagung verboten¹¹⁶⁸, womit deutlich wird welchen Stellenwert bzw. welche Gefahr das Bankwesengesetz in Großveranlagungen sieht. So sagen die entsprechenden Erläuterungen, dass das Vermögensverlustrisiko bei Veranlagungen relativ großen Umfanges eine besondere Gefährdung des Kreditinstitutes darstellt, denn das Haftkapital des Kreditinstitutes könnte dadurch in beträchtlichem Umfang vermindert werden¹¹⁶⁹. Auch die Organkredite sind im Hinblick auf Vorratsbeschlüssen gemäß § 80 AktG oder § 28 BWG eingeschränkt, da unter bestimmten Bedingungen diese nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats gewährt werden können. Vorratsbeschlüsse sind jedoch gemäß § 80 AktG oder § 28 BWG für gewisse Geschäfte, nämlich für solche die nach Rechtsgrund, Höhe und sonstigen Vertragsbestimmungen genau bestimmt sind oder nach ihrer Art, jedoch nicht nach der Höhe und Dauer bestimmt sind für maximal 3 Monate (AktG) bzw. ein Jahr (BWG) zulässig.

Vorratsbeschlüsse der Aktionäre oder der Generalversammlung sind nicht ausdrücklich geregelt. § 169 AktG sieht vor, dass die Satzung oder ein Hauptversammlungsbeschluss von mindestens drei Viertel des Kapitals den Vorstand ermächtigen kann innerhalb von höchstens 5 Jahren das Grundkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Aktien zu erhöhen (genehmigtes Kapital). Bei strukturellen Entscheidungen der Hauptversammlung oder der Generalversammlung, die eben nicht als originäre Geschäftsführungsmaßnahmen sondern als von der Hauptversammlung oder Generalversammlung abgeleitete Zuständigkeiten gelten, können meines Erachtens keine Vorratsbeschlüsse gefasst werden, da Veränderungen der Struktur ex lege der Zustimmung der Eigentümer bedingen und diese Beschlussfassung nicht dispositiven Gehaltes ist. In der Tat wäre es abträglich, wenn Vorratsbeschlüsse gefasst würden, die beispielsweise die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben können.

Mit Ausnahme der Fälle, in denen sie die Satzung ausdrücklich verbietet oder sie sondergesetzlich verboten sind¹¹⁷⁰, sind daher Vorratsbeschlüsse des Aufsichtsrats möglich. Daher ist in der Planungsphase für Investmentvehikel in der Satzung festzulegen, welche Beschlüsse oder operativen Geschäfte mit einer Zustimmungspflicht versehen werden sollen, um den Interessen des Unternehmens, der Aktionäre, der Arbeitnehmer, des öffentlichen Interesses gerecht zu werden, und welche unter welchen Bedingungen in der freien Geschäftsführungsgewalt des Leitungsgremiums liegen dürfen.

¹¹⁶⁷ vgl. Jud (1993), 778

¹¹⁶⁸ § 27 Abs. 6 BWG

¹¹⁶⁹ Erläuterungen zu § 27 BWG in 1130 BlgNR XVIII. GP, 136ff.

¹¹⁷⁰ § 27 Abs. 6 BWG

3. Treuepflichten

Nachdem festgestellt wurde, welche Agenden im Konzernbetrieb einer Beschlussfassung der Eigentümer zugeführt werden müssen, welche Organe oder Gesellschafter aufgrund Interessensdivergenzen einem Stimmverbot unterliegen und welche gesellschaftsvertraglichen Maßnahmen zur Konsolidierung der Leitung genutzt werden können, soll für die verbleibenden (unbefangenen) und stimmberechtigten Eigentümer betrachtet werden, welcher Maßstab an ihr Handeln gelegt werden muss.

3.1. Allgemein

Vertrauen ist das Lebenselixier demokratischer Wirtschaftssysteme. Unstrittig ist, dass die effektive Leitung eines Konzerns ohne Vertrauen nicht möglich sein kann. Vertrauen kann jedoch nur seine Wirkung entfalten wenn Treuepflichten existieren, die ein positives Ergebnis aus gegebenem Vertrauen erwarten lassen. Daher werden – in unterschiedlichen Ausprägungen – bei Verbänden Loyalitäts-, Zweckförderungs- und Interessenwahrnehmungspflichten vorausgesetzt¹¹⁷¹. In Österreich lassen sich die mitgliedschaftlichen Pflichten im Grunde auf Leistung der Einlage bzw. auf zulässigerweise eingeräumte Nebenleistungspflichten beschränken¹¹⁷². Aus dem positivierten Recht können daher ausdrücklich keine Treuepflichten abgeleitet werden, die engere Schranken ziehen als sich durch das Verbot des Rechtsmissbrauchs oder der sittenwidrigen Rechtsausübung ergeben. Jedoch kann die These aufgestellt werden, dass es positivierte Bestimmungen gibt, welche in einer Gesamtschau dem Komplex der Treuepflichten zuordenbar sind. Das Gesellschaftsrecht der Vereinigten Staaten betonte bereits am Anfang des letzten Jahrhunderts, „*all corporate powers are powers held in trust*“¹¹⁷³ und dort begann ebenfalls diese Entwicklung über die Judikatur vor allem über die **Treuebindung des Mehrheitsaktionärs bei faktischer Geschäftsführung**¹¹⁷⁴. Ausgangspunkt der allgemeinen Entwicklung zur abstrakten Treuepflicht in Deutschland war die **Viktoria-Entscheidung** im Jahr 1931, welche auf Basis des **Sittengebots** festhielt, dass „*aus der Befugnis, im Wege des Mehrheitsbeschlusses zugleich auch für die Minderheit zu beschließen und damit mittelbar über deren in der Gesellschaft gebundene Vermögensrechte zu verfügen, [...] sich ohne weiteres die gesellschaftliche Pflicht der Mehrheit [ergibt], im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen zu lassen und deren Rechte nicht über Gebühr zu verkürzen*“¹¹⁷⁵. Gefestigt wurde die deutsche Entwicklung durch die **ITT-Entscheidung**¹¹⁷⁶ und das **Linotype-Urteil**¹¹⁷⁷, welche bestätigten, dass die

¹¹⁷¹ vgl. Becker (1999), 7; bereits Rudolf von Jhering in „Der Zweck im Recht, Erster Band, 213f.: „Aber die Lage, in welche der Egoismus bei der Societät gelangt, ist eine wesentlich andere als bei den Tauschverträgen. Bei den letzteren sind sich die Interessen beider Theile polarisch entgegengesetzt - je unvorteilhafter der Kauf für den Käufer, um so vorteilhafter für den Verkäufer, und umgekehrt. Die Politik eines jeden Theils lässt sich in den Satz fassen: *sein Schaden mein Gewinn*. Niemand kann es mir verargen, dass ich nur für mich, nicht für ihn Sorge [...]. Jeder hat in diesen Verhältnissen für sich selber einzustehen. Ganz anders bei der Societät. Bei ihr geht das eigene Interesse mit dem Fremden Hand in Hand. Letzteres kann nicht leiden, ohne dass jenes ganz ebenso litte, - sein Vortheil mein Vortheil, mein Vortheil sein Vortheil. [...] Soll also die Societät ihren Zweck erreichen, so muß dieser Gedanke der Solidarität der Interessen beiden Theilen als Leitstern dienen; wer das Verhältnis ausnutzt, um statt des gemeinschaftlichen Vortheils den eigenen zu verfolgen, handelt gegen die Grundidee des ganzen Instituts - eine solche Handlungsweise als allgemeine gedacht, und diese Form würde für den Verkehr so gut wie beseitigt sein. Ein treuloser Gesellschafter ist der Feind im eigenen Lager“.

¹¹⁷² §§ 49, 50 AktG; §§ 6, 8 GmbHG

¹¹⁷³ Berle, Corporate Powers as Powers in Trust, 44 Harv. L. Rev 1049, 1930

¹¹⁷⁴ Donahue v Rodd Electrotype Co of New England, Inc., 328 N. E. 2d 505 (Mass. 1975) und Jones vs. H. F. Ahmanson & Co, 460 P 2d 464 (Cal. 1969)

¹¹⁷⁵ RGZ 132, 149, 163

¹¹⁷⁶ BGHZ 65, 15 in BB 1975, 1450

Möglichkeit „insbesondere der Gesellschaftsmehrheit, durch Einflussnahme auf die Geschäftsführung die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen“ die gesellschaftliche Pflicht auf dieses Interesse Rücksicht zu nehmen als Gegengewicht benötigt¹¹⁷⁸. Die Existenz von Treuepflichten sind bei Personengesellschaften¹¹⁷⁹ und Kapitalgesellschaften¹¹⁸⁰ heute unstrittig¹¹⁸¹. Maßgeblich sind Treuepflichten im Verhältnis der Eigentümer (Aktionäre, Gesellschafter) und der Verwaltungsorgane¹¹⁸² (Gesellschaft) einerseits aber andererseits auch im Verhältnis der Eigentümer untereinander¹¹⁸³. Dies bestätigt der OGH trotz mangelnder gesetzlicher Norm durch seine rechtliche Beurteilung, dass „auch der Gesellschafter einer GmbH [...] der Treuepflicht, und zwar nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Mitgesellschaftern gegenüber [unterliegt]. Sie orientiert sich an den Grundsätzen von Treu und Glauben sowie des redlichen Verkehrs und am Gebot der guten Sitten.“¹¹⁸⁴.

Wie durch den terminus „orientiert“ angedeutet, wird vereinzelt darauf hingewiesen, dass die gesellschaftliche Treuepflicht nicht mit dem Gebot des Handels nach Treu und Glauben koinzidiert, denn die Treuepflicht ist laut *Becker* eine Hauptpflicht, die sich aus jeder Mitgliedschafts- oder Organschaftsbeziehung ergibt und auf die Zweckerreichung gerichtet ist, während das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben lediglich eine (schuldrechtliche) Nebenpflicht hinsichtlich der Ausübung subjektiver Rechte im Allgemeinen ist¹¹⁸⁵. Neben der (einzuschränkenden) Ableitung der Treuepflichten aus Treu und Glauben bzw. den Grundsätzen des redlichen Verkehrs findet man in der Literatur die Treuepflichten auch über das **vom gegenseitigen Vertrauen getragene Gemeinschaftsverhältnis** hergeleitet. Diesbezüglich betont die Judikatur, dass die Gesellschafter über den Gesellschaftsvertrag eine persönliche Verbundenheit erleben und die begründete Rechtsgemeinschaft ein wechselseitiges Vertrauensverhältnis der Gesellschafter begründet¹¹⁸⁶. Dieses wechselseitige Vertrauensverhältnis wird von einer Treuepflicht beherrscht, die auf den Grundsätzen des redlichen Verkehrs und auf Treu und Glauben beruht¹¹⁸⁷. Das rechtsdogmatische Defizit, dass sich eine Treuepflicht aus einer „persönlichen Verbundenheit“ ableiten lassen soll, obwohl eine derartige Norm und eine darauf

¹¹⁷⁷ BGHZ 103, 184 in NJW 1988, 1579

¹¹⁷⁸ BGHZ 9, 157, 164; BGHZ 14, 25; BGHZ 32, 17, 34f: „Eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht besteht auch zwischen den Aktionären. Der Senat hat für die GmbH anerkannt, daß nicht nur die rechtlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern und der Ges., sondern auch die der Gesellschafter 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 Gesellschafter unterliegen und ihre Struktur daher der Personengesellschaft 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 verlange, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen“.

¹¹⁷⁹ 7 Ob 607/82, SZ 55/78 ua RIS-Justiz RS0061585

¹¹⁸⁰ vgl. *Koppensteiner/Rüffler* (1999), § 61 GmbHG Rz 20; vgl. *Torggler* (1996), 129 mwN

¹¹⁸¹ *Schärf, Wolf-Georg*: Die aktienrechtliche Treuepflicht zwischen den Aktionären, GesRZ 1999, 170; *Doralt in Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 271f.

¹¹⁸² BGHZ 9, 157, 164

¹¹⁸³ BGHZ 65 15, 18, 19; vgl. auch schon BGHZ 14, 25, 38

¹¹⁸⁴ RIS-Justiz RS0026106: „Auch der Gesellschafter einer GmbH unterliegt der Treuepflicht, und zwar nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Mitgesellschaftern gegenüber. Sie orientiert sich an den Grundsätzen von Treu und Glauben sowie des redlichen Verkehrs und am Gebot der guten Sitten“ (5 Ob 626/88, JBl 1989, 254). Siehe ferner 7 Ob 607/82, SZ 55/78 ua; RS0061585

¹¹⁸⁵ vgl. *Becker, Michael*: Treuepflichten im Körperschaftsrecht, ÖJZ 1999, 794

¹¹⁸⁶ *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 12; sowie vgl. auch *Becker* (1999), 794

¹¹⁸⁷ RIS-Justiz RS0061585 „Der Gesellschaftsvertrag führt zu einer engen persönlichen Verbundenheit der Beteiligten. Die durch die Gesellschaft begründete Rechtsgemeinschaft beruht auf einem wechselseitigen Vertrauensverhältnis der Gesellschafter. Sie wird von einer Treuepflicht beherrscht, die auf den Grundsätzen des redlichen Verkehrs und auf Treu und Glauben beruht.“ sowie 7 Ob 607/82; 8 Ob 580/82; 7 Ob 719/83; 6 Ob 695/87; 6 Ob 335/97a; 7 Ob 38/98h; 6 Ob 190/08x

aufbauende Pflicht *de lege lata* nicht existiert¹¹⁸⁸, kann meines Erachtens nicht darüber hinwegtäuschen, dass in realtà das österreichische Gesellschaftsrecht nicht auf eine bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs oder sittenwidrigen Rechtsausübung gehende Ignoranz legitimiert. In der Literatur sind auch Ansätze über eine ungeschriebene Legalordnung ersichtlich, wenn gesagt wird, dass Treuebindungen als ein Teil der ungeschriebenen Legalordnung im Gesellschaftsrecht eine vom Willen der Parteien unabhängige Rechtsgrundlage bilden¹¹⁸⁹. Beispielsweise hat *Ulmer* als einer der ersten die **Treuepflichten als auf Richterrecht** beruhende Generalklausel gesehen, da die Treuepflichten sich in mehreren Einzelentscheidungen zu einer richterlichen Generalklausel hinreichend verdichtet hatten¹¹⁹⁰. Für das österreichische Gesellschaftsrecht ist aufgrund der Tatsache, dass die Rechtssprechung nur als Rechtserkenntnisquelle fungiert, dadurch, außer einer weitergehenden Sensibilität, nichts erreicht. *Hüffer* entwickelte eine Generalklausel mit folgendem Inhalt: „Die Gesellschafter sind verpflichtet, in Ausübung ihrer im Gesellschaftsinteresse begründeten mitgliedschaftlichen Befugnisse diejenigen Handlungen vorzunehmen, die der Förderung des Gesellschaftszwecks dienen, und zuwiderlaufende Maßnahmen zu unterlassen. Bei der Ausübung eigennütziger Mitgliedsrechte sind die Schranken einzuhalten, die sich aus dem Verbot einer willkürlichen oder unverhältnismäßigen Rechtsausübung ergeben. Auf die mitgliedschaftlichen Interessen anderer Gesellschafter ist angemessen Rücksicht zu nehmen.“¹¹⁹¹.

Ein weiterer Ableitungsansatz resultiert aus der Annahme einer **Sonderverbindung und der mitgliedschaftlichen Förderpflicht**. Hinsichtlich dieser Sonderverbindung argumentiert *Zöllner*, dass zwar nicht jede objektive zweckwidrige Abstimmung eine Treuepflichtverletzung herbeiführt, dass jedoch dann eine vorliegt, wenn die Abstimmung, abhängig vom Beschlussgegenstand¹¹⁹², dem Verbandszweck zuwiderliefe¹¹⁹³. *Lutter* argumentiert auf der Linie der Förderpflicht, dass die Pflicht zur aktiven und passiven Förderung des gemeinsamen Zwecks die inhaltliche Hauptpflicht jeder Mitgliedschaft sei¹¹⁹⁴. Ferner betont dieser, dass Inhalt und Umfang dieser Förderpflicht von Rechtsform, Art und Inhalt des gemeinsamen Zieles sowie der Realstruktur des Verbandes bestimmt sind. Die passiven Förderpflichten¹¹⁹⁵ hängen hinsichtlich ihrer Dichte und Intensität vom Inhalt der Maßnahmen und der ausgeübten Befugnisse ab, denn je stärker diese mit der Geschäftsführung zusammenhängen, desto stärker sind diese. Dieser Meinung schließt sich für das österreichische Recht auch *Koppensteiner* an, wenn er sagt, dass die in der Satzung ausgedrückte gleichförmige Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse die Grundlage der Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft darstellen und er von einer wechselseitigen Abhängigkeit aus der gemeinsamen Mitgliedschaft ausgeht¹¹⁹⁶. Treuepflichten sind somit

¹¹⁸⁸ vgl. *Torggler* (1996), 35ff.

¹¹⁸⁹ vgl. *Zöllner*, Anpassung, 36

¹¹⁹⁰ vgl. auch *Hüffer* in *Hüffer*, Zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht als richterrechtlicher Generalklausel, in *Steindorff-FS* (1990), 59

¹¹⁹¹ vgl. *Hüffer*, *Uwe*: Gesellschaftsrecht, 7. Auflage, Wien 2007

¹¹⁹² Verbandinteressen sind bei Geschäftsführungsangelegenheiten dominierend; bei anderen Angelegenheiten kann die Bindung an Verbandinteressen auch eingeschränkt sein.

¹¹⁹³ vgl. *Zöllner* (1963), 318ff.

¹¹⁹⁴ vgl. *Lutter*, Mitgliedschaft, 102ff.

¹¹⁹⁵ Unterlassungs- und Loyalitätspflichten. Zu diesen Pflichten gehört beispielsweise bei allen Handlungen im Gründungsstadium mitzuwirken und allfällige Eintragungshindernisse zu beseitigen oder die Gesellschaft Dritten gegenüber nicht zu diskreditieren oder herabsetzende oder diskriminierende Äußerungen über Mitgesellschafter zu unterlassen. vgl. *Immenga, F.A.*: Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten, in *FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992*, 189 und 197.

¹¹⁹⁶ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 61 Rz 9.

die Bindung an das gemeinsame Interesse. Wie bereits zuvor angekündigt gibt es *expressis verbis* keine Treuepflichten, denn konkrete Inhalte dieser Pflicht lassen sich *ex ante* nicht eingrenzen, weil ihre Determinanten von ungewissen Zuständen und Entwicklungen in der Zukunft abhängen, wodurch sie zu einem Instrument werden, das Lücken aus der unvermeidbaren Unvollständigkeit von Gesellschaftsverträgen schließt¹¹⁹⁷.

Aufgrund dessen wurden Treuepflichten in der Literatur oftmals lediglich als Handlungsmaxime bzw. allgemein und generalklauselhafte Verhaltensrichtlinie bezeichnet¹¹⁹⁸. Für den Konzernbetrieb sind gerade die **Sanktionsmöglichkeiten** darzustellen, welche unter anderem Schadenersatzansprüche, Unterlassungsansprüche, Beschlussanfechtungsrecht¹¹⁹⁹, Verpflichtung zur positiven Stimmabgabe, Mitgliederausschluss und Gesellschaftsauflösung¹²⁰⁰ umfassen. Die **Anfechtungsklage**¹²⁰¹ als *actio negatoria* ermöglicht die Anfechtung eines gesetzes- oder statutenwidrigen Gesellschafts- bzw. Hauptversammlungsbeschlusses. Zu bedenken ist vor allem § 101 Abs. 3 AktG, der zwar die Ersatzpflicht gegenüber Gläubigern auf Basis des Handelns mittels Stimmrechtsausübung zum Schaden der Gesellschaft zwecks Erlangung gesellschaftsfremder Vorteile, ausschließt, jedoch einer Beschlussanfechtung zugänglich ist. Im Rahmen der **Schadenersatzansprüche**, welche laut überwiegender Auffassung die Anfechtung des Beschlusses voraussetzt¹²⁰², hat der treuwidrig handelnde Gesellschafter jenen Schaden, der der Gesellschaft oder den Mitgesellschaftern entstanden ist, zu ersetzen und hat von den verwaltungsbefugten Organen oder von den Mitgesellschaftern im Rahmen der *actio pro socio* zur Leistung des Ersatzes in das Gesellschaftsvermögen eingeklagt zu werden. Um nicht Gefahr zu laufen einen Ersatz bei einem nichtzahlungsfähigen Schädiger einzuklagen sind **Unterlassungsansprüche** zweckadäquater mit denen erreicht werden soll, dass der potentielle Schädiger zu zweckkonformen Verhalten angehalten wird. Überschreitet ein Verwaltungsorgan seine Kompetenzen hat jeder Gesellschafter einen Unterlassungsanspruch, denn eine Kompetenzüberschreitung bedarf gerade der

¹¹⁹⁷ vgl. *Koppensteiner*, 1. FS Mayer-Maly 311, 326f.

¹¹⁹⁸ vgl. *Torggler* (1996), 93

¹¹⁹⁹ OGH 5 Ob 649/80 vom 16. Dezember 1980: „Im Anfechtungsprozeß hat der Anfechtungskläger zwar grundsätzlich den behaupteten materiellrechtlichen Mangel als Klagegrund zu behaupten und zu beweisen. Da er jedoch in Ermangelung der erforderlichen Informationen und Unterlagen in unzumutbare und nicht zu rechtfertigende Schwierigkeiten käme, das Fehlen der dargelegten Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Bezugsrechtsausschlusses (insbesondere die Interessen der Gesellschaft und die Erforderlichkeit der Maßnahme) zu behaupten und zu beweisen, muß es genügen, wenn er das Vorliegen dieser Voraussetzungen bestreitet und die dann von der Gesellschaft dargelegten Gründe widerlegt“ OGH GesRZ 1981, 44, SZ 53/172, GmbHR 1984, 235, *Thöni, Wilfried*: Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1987, 93; sowie auch 1993 in Beschlusanfechtung und Schadenersatzhaftung im GmbH-Recht (I u II), *ecolex* 1993, 674ff.

¹²⁰⁰ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 61 Rz 14, 21

¹²⁰¹ § 195 AktG: (1) Ein Beschluß der Hauptversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden (Anfechtungsklage). (1a) Bei einer Verletzung der Bestimmungen des § 87 Abs. 1 zweiter Satz, Abs. 3, 4 und 6 können alle in derselben Hauptversammlung gefassten Beschlüsse über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern angefochten werden. (2) Die Anfechtung kann auch darauf gestützt werden, daß ein Aktionär mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich für sich oder einen Dritten gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. § 100 Abs. 3 gilt sinngemäß. (3) Stellt die Hauptversammlung den Jahresabschluß fest, so kann eine Anfechtung auf eine Verletzung der Vorschriften über die Gliederung des Jahresabschlusses nicht gestützt werden, wenn Klarheit und Übersichtlichkeit des Jahresabschlusses nur unwesentlich beeinträchtigt sind. (4) Wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen kann nur angefochten werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte. Auf unrichtige, unvollständige oder unzureichende Informationen in der Hauptversammlung über die Ermittlung, Höhe oder Angemessenheit des Umtauschverhältnisses (einschließlich barer Zuzahlungen), der Barabfindung oder einer sonstigen Kompensation kann eine Anfechtungsklage nicht gestützt werden, wenn für deren Überprüfung ein besonderes gerichtliches Verfahren vorgesehen ist.

§ 41 GmbHG (1) Die Nichtigerklärung eines Beschlusses der Gesellschafter kann mittels Klage verlangt werden: 1. wenn der Beschluß nach diesem Gesetze oder dem Gesellschaftsvertrage als nicht zu stande gekommen anzusehen ist; 2. wenn der Beschluß durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt oder, ohne daß bei der Beschlußfassung die Vorschriften über die Abänderung des Gesellschaftsvertrages eingehalten worden wären, mit letzterem in Widerspruch steht.

¹²⁰² entgegen der Meinung des Autors, vgl. *Harrer*, Haftungsprobleme, 212, 217; vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 61 Rz 15

Zustimmung des Gesellschafters in dessen Kompetenzbereich eingegriffen wird. Die **positive Stimmverpflichtung**¹²⁰³ strebt die Verhinderung der Verweigerung eines Gesellschafters an der Mitwirkung aus treuwidrigen Motiven an. Unbestritten ist die Autonomie des Stimmberechtigten, jedoch darf dieses Stimmrecht nicht dazu benützt werden, um die Gesellschaft beispielsweise dadurch zu gefährden, dass durch negative Abstimmung die notwendige Änderung des Gesellschaftsvertrages vollzogen werden kann¹²⁰⁴. Die ultima ratio der Sanktionierungsmöglichkeiten sind der **Ausschluss** eines sich beharrlich treuwidrig verhaltenden Gesellschafters oder die **Auflösung** der Gesellschaft. Der Gesellschafterausschluss¹²⁰⁵ ist im österreichischen Recht über das Instrument des GesAusG möglich¹²⁰⁶.

Generell muss man festhalten, dass der Inhalt der Treuepflicht sich nicht allgemein umschreiben lässt. Ob ein bestimmtes Verhalten eines Gesellschafters gegen seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft oder Mitgesellschaftern verstößt, hängt vielmehr regelmäßig von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab; auch hängt davon ab, ob eine bestimmte Handlungsweise geboten ist¹²⁰⁷.

3.2. Kapitalgesellschaften

Während die Treupflichten im Falle von Personengesellschaften¹²⁰⁸ unstrittig sind, ist die Herleitung von Treupflichten bei Kapitalgesellschaften schleppend vorangegangen. Argumentiert wurde mit dem Trennungsprinzip gemäß § 1 AktG, wodurch die Aktiengesellschaft eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ist, deren Gesellschafter mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligt sind ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften bzw. mit § 48 AktG bzw. § 61 GmbH, demnach für die Verbindlichkeiten der (Aktien)gesellschaften gegenüber den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet. So sagt *Immenga*, dass die Körperschaft Zurechnungspunkt aller rechtlichen Beziehungen ist und jede direkte Verbindung zwischen den Gesellschaftern zerschneidet¹²⁰⁹. Grund hierfür ist die kapitalistische Verbundenheit der Mitglieder, die bei inhomogenen und großen free float Strukturen gerade nicht eine enge Verbundenheit zwischen den einzelnen Mitgliedern vermuten lassen. Herrschende Meinung ist, dass Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern bestehen¹²¹⁰. Daher ist es unabhängig der Rechtsform nur konsequent für diese „Verrechtlichung der Verbandsbinnenordnung“ zwischen einer **personalistischen** und **kapitalistischen**

¹²⁰³ vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), vgl. *Reich-Rohrwig* (1992), 401f.; *ders.*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre in der Judikatur bejaht, WBI 1988, 141; *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 41 Rz 54

¹²⁰⁴ BGHZ 98, 276 hinsichtlich der Erhöhung des gesetzlichen Mindestkapitals. In diesem Fall wollte ein Gesellschafter durch negative Abstimmung erreichen, dass das durch Nichterhöhung des gesetzlichen Mindestkapitals die Gesellschaft aufgelöst und abgewickelt würde. „Dem hat der BGH mit dem Treupflichteinwand Einhalt geboten und jeden Gesellschafter für zur Mitwirkung verpflichtet erklärt, weil die bloße Änderung der nominellen Stammkapitalziffer dem Gesellschafter noch keinerlei Opfer abverlangt, wenn die Erhöhung aus Gesellschaftsmitteln zu bewerkstelligen oder wenn der fortsetzungswillige Gesellschafter den fehlenden Betrag allein aufzubringen bereit ist, ohne daß damit eine Veränderung der Mehrheitsverhältnisse einhergeht oder eine quotal andere Gewinnverteilung erfolgen müßte“. vgl. *Becker* (1999), 794ff., vgl. *Thöni* (1993), 675

¹²⁰⁵ außer den Fällen § 66 GmbHG und § 58 AktG

¹²⁰⁶ Bundesgesetz über den Ausschluss von Minderheitsgesellschaften, BGBl I 2006/75

¹²⁰⁷ 6 Ob 26/97k = SZ 70/43

¹²⁰⁸ „Der Gesellschaftsvertrag führt zu einer engen persönlichen Verbundenheit der Beteiligten. Die durch die Gesellschaft begründete Rechtsgemeinschaft beruht auf einem wechselseitigen Vertrauensverhältnis der Gesellschafter. Sie wird von einer Treuepflicht beherrscht, die auf den Grundsätzen des redlichen Verkehrs und auf Treu und Glauben beruht“ so in HS 14.077, 14.092 Nr. 2 S. 537. z.B. auch GesRZ 1982, 249, SZ 55/78, HS 12.111; HS 14.080, RdW 1984, 76

¹²⁰⁹ vgl. *Immenga, F.A.*: Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, 271

¹²¹⁰ vgl. *Reich-Rohrwig* (1992), 352ff.; vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 61 Rn 18 mwN; *Thöni* (1987), 89

Verbandsstruktur hinsichtlich Inhalt sowie Reichweite der Treuepflichten, zu unterscheiden¹²¹¹. D.h., dass Treuepflichten bei kapitalistisch-körperschaftlichen Strukturen weniger ausgeprägt sind, da die Eigentümer die Geschäftsführungsaufgaben des Managements nicht beeinflussen. Bei personalistisch ausgeprägten Gesellschaften sind oftmals aufgrund der Existenz von Gesellschaftergeschäftsführern die Treuepflichten stärker ausgeformt.

Die Frage ob des Inhaltes und der Reichweite von Treuepflichten lässt sich ferner nicht über eine bestimmte Beteiligungsquote festmachen. Die Frage, ob Treuepflichten im Einzelfall zu tragen kämen ist abhängig davon zu beantworten, welche Mittel der Macht den Beteiligten zukommen, um auf die Unternehmensführung, die Unternehmensverwaltung oder die Zweckerreichung bzw. deren Blockierung Einfluss auszuüben. Daraus ist ableitbar, dass es nicht nur um einen Schutzmechanismus für Minderheitenbeteiligte geht, sondern um die Verrechtlichung der Abwehr willkürlichen oder schikanösen Verhaltens. Doch auf Basis welcher Rechtsgrundlagen sind die Elemente der Treuepflicht abzuleiten?

Die Treuepflichten der **Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft** beruhen auf der Mitgliedschaft im Verband, der das gemeinsame Interesse mittels Gesellschaftsvertrag¹²¹² als Dauerrechtsverhältnis positiviert¹²¹³. Der Gesellschaftsvertrag gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 GmbHG bzw. die Satzung gemäß § 17 Z 2 GmbHG enthalten den Gegenstand des Unternehmens. Das österreichische Recht sieht das Verhältnis von Unternehmensgegenstand und Unternehmenszweck als jenes von Mittel und Zweck an, demnach der Unternehmensgegenstand der satzungsmäßig festgelegte, konkrete Tätigkeitsbereich der Gesellschaft ist, mittels dessen die Gesellschaft wirtschaftliche oder ideelle Zwecke verfolgt¹²¹⁴. Gemäß § 1 Abs. 1 GmbHG dürfen Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden, wodurch erkannt wird, dass die Mitglieder sich dem gemeinsamen Zweck unterwerfen. Während im deutschen Recht die Förderungspflicht in § 705 BGB ausdrücklich normiert ist¹²¹⁵, fehlt eine derart normierte Bestimmung im österreichischen Recht. Doch bietet das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch ausreichende Anhaltspunkte. Gemäß § 1175 ABGB können „*zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein, oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen*“ und ein gemeinschaftliches Erwerbe errichten. Die Erbringung des gleichen Beitrages erwähnt § 1185 ABGB mit der Bestimmung, dass „in der Regel [...] *alle Mitglieder verbunden [sind], ohne Rücksicht auf ihren größeren oder geringern Anteil, zu dem gemeinschaftlichen Nutzen gleich beizutragen*. Den eindeutigsten Beitrag leistet jedoch § 26 Satz 1 ABGB, wonach „*die Rechte der Mitglieder einer erlaubten Gesellschaft [...] durch den Vertrag oder Zweck [...] bestimmt*“ werden¹²¹⁶. Dass sich ausdrückliche Normen weder im AktG noch GmbHG finden lassen, bereitet meines Erachtens kein tiefgehendes Problem, denn die Förderpflicht der Gesellschafter ist eine Grundaussage für das

¹²¹¹ vgl. Becker (1999), 794f.

¹²¹² der Gesellschaftsvertrag gilt für alle Mitglieder unabhängig ob bei Gründung, Betritt, Rechtsnachfolge bzw. originärem oder derivativen Erwerb der Mitgliedschaft

¹²¹³ vgl. Lutter, Mitgliedschaft, 97 ff., vgl. Torggler (1996), 64

¹²¹⁴ Koppenscheider, GmbHG, § 1 Rz 5; Jabornegg, in Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar (1998), § 17 Rz 13; Krejci (1988), 272 ff.; ders., Zum Unternehmensgegenstand der Genossenschaft, eolox 1992, 849f.

¹²¹⁵ „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.“

¹²¹⁶ unscharf oftmals als Treuepflicht bezeichnet. Richtig ist Zweckbindung; vgl. Torggler (1996), 65ff.

gesamte Gesellschaftsrecht und diese ist auch Inhalt der Mitgliedschaft¹²¹⁷. Hinsichtlich der Reichweite betont *Immenga*, dass je mehr ein Gesellschafterbeschluss in seiner Wirkung einer unternehmerischen Entscheidung entspricht¹²¹⁸, desto stärker ist die Bindung an das Gesellschaftsinteresse.

Die Treuepflichten **unter den Gesellschaftern** beruhen ebenfalls auf dem Gesellschaftsvertrag.¹²¹⁹ So sagen die Materialien zum GmbHG, dass der Gesellschaftsvertrag auch maßgebliche Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses zwischen den Gesellschaftern untereinander ist¹²²⁰. Auch spricht § 26 Satz 1 ABGB, von den Rechten „unter sich“, wenn er normiert, dass die Rechte der Mitglieder einer erlaubten Gesellschaft durch den Vertrag oder Zweck und die besonderen für dieselben bestehenden Vorschriften bestimmt werden. Wie bereits eingangs erarbeitet, ist die Treuepflicht gerade bei inhomogenen Eigentumsstrukturen bzw. bei Existenz eines Mehrheitsgesellschafters bzw. bei Minderheitsgesellschaftern mit geringen Anteilspaketen maßgeblich. So arbeitete *Jhering* zutreffend heraus, dass „in der Societät alle Gesellschafter Front gegen denjenigen [machen], der auf Kosten der gemeinsamen durch den Vertrag festgestellten Interessen seine Nebeninteressen verfolgt oder sich der Erfüllung der von ihm im Vertrag übernommen Pflichten weigert [...] [S]ie vereinigen sämtlich ihre Macht gegen den Einen“¹²²¹. Daher hat in dieser Entwicklung die deutsche Judikatur¹²²² den (nicht einseitig geltenden) oft zitierten Satz der **Viktoria**-Entscheidung betont, dass es die „gesellschaftliche Pflicht der Mehrheit [ist], im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen zu lassen und deren Rechte nicht über Gebühr zu verkürzen“. *Koziol* verlangt eine erhöhte Sorgfaltspflicht für die Gesellschafter in ihren Agenden untereinander, denn die gesteigerten Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgüter und das bloße Vermögen des anderen Teils sind in der mitgliedschaftlichen Stellung inhärent. So ist *Koziol* der Meinung, dass erhöhte Sorgfaltspflichten zumutbar und im beiderseitigen Interesse der Vertragspartner liegen, wenn die Verfolgung eigener geschäftlicher Interessen andere einer besonderen Gefährdung aussetzen würde¹²²³.

3.2.1. Treuepflichten bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Während der OGH noch 1976 betonte, dass zwischen den Gesellschaftern einer GmbH keine Rechtsbeziehungen bestünden¹²²⁴, erkannte er 1988 deren Existenz an¹²²⁵. Den Ausgangsfall für die

¹²¹⁷ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), RZ 9 zu § 61; so schreibt auch *Koppensteiner*, dass sich Treuepflichten aus dem allgemeinen Grundsatz des Verbandsrechts ergeben. Wenn die Treuebindung die Pflicht ausdrückt, dass eigene Verhalten am gemeinsamen Interesse und den Belangen von Mitgesellschaftern zu orientieren, dann ist ihr Inhalt durch jenes Interesse schon fixiert, woraus folgt, dass Treuepflichten, soweit auf die Gesellschaft – das gemeinsame Interesse bezogen, wegen sonstiger Perplexität des Vertrages nicht disponibel sind. vgl. *Koppensteiner* (2009), Grenzen, 197ff.

¹²¹⁸ Darunter fallen unter anderem die Bestellung von Abschlussprüfern (§ 270 UGB), die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, die Entlastung der Geschäftsführer

¹²¹⁹ 5 Ob 626/88, JBl 1989, 254; RIS-Justiz RS0026106 zu 8 Ob 580/82, HS XIV/XV/2; 6 Ob 695/87, SZ 60/285

¹²²⁰ Bericht der Kommission des Herrenhauses zur Vorberatung der Gesetzesvorlage über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 272 BlgStP des Herrenhauses, XVII. Session, 1905, 57

¹²²¹ *Jhering, Rudolf von*: Der Zweck im Recht, Band 2, 1884, 295f.

¹²²² siehe zuvor *Viktoria*-Entscheidung, ITT-Entscheidung, *Linotype*-Entscheidung

¹²²³ vgl. *Koziol, Helmut*: Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209, 217

¹²²⁴ OGH 7. April 1976 SZ 49/51; Dazu führte der OGH ferner aus, dass der einzelne Gesellschafter die Einhaltung der gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Pflichten durch den Geschäftsführer der GmbH nicht erzwingen kann (siehe OGH 20. März 1924 SZ 6/120), dass er mangels Weisungsberechtigung nicht gegen den Geschäftsführer, die ihre Pflichten verletzen, vorgehen könne (siehe OGH 9. November 1977, SZ 50/140, GesRZ 1978, 34) und es auch keine Klage des einzelnen Gesellschafters gegen einen abberufenen Geschäftsführer auf Unterlassung weiterer Vertretungshandlungen für die GmbH gibt (siehe OGH 31. März 1977, SZ 50/51, EvBl 1977/240)

¹²²⁵ „Einen Meilenstein in der Entwicklung des Rechtes der Kapitalgesellschaften haben OGH und BGH fast gleichzeitig gesetzt. Hatte sich der OGH mit einer Klage auf Zustimmung zur Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers zu befassen, so der BGH mit Sondervorteilen, die

Entwicklung bildete die Thematisierung des **Bezugsrechtsausschlusses**. Die Gesellschafterversammlung der beklagten GmbH hat in einer außerordentlichen Generalversammlung eine Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechtes der Gesellschafter beschlossen, wodurch der durch die Kapitalerhöhung neu geschaffene Geschäftsanteil von einer mit dem Mehrheitsgesellschafter beteiligungsverbunden Bank übernommen werden sollte¹²²⁶. Beklagt wurde der Eingriff in das Bezugsrecht als wesentlichen Bestandteil des allgemeinen Mitgliedschaftsrechts, wodurch der OGH eine Beschränkung vornahm, indem er sagte, dass der Bezugsrechtsausschluss an das Gesellschaftsinteresse gebunden sei sowie erforderlich und verhältnismäßig sein müsse. Der OGH sprach in der rechtlichen Beurteilung, dass auch bei Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Norm „*der Entziehung des gesetzlichen Bezugsrechtes jedes Gesellschafters eine sachliche Schranke gesetzt ist, weil sein Ausschluss einen schweren Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte des Gesellschafters und damit eine Störung des gebotenen Ausgleichs zwischen dem Interesse der Gesellschaft an der Verbreiterung ihrer Kapitalbasis und dem Interesse der einzelnen Gesellschafter an der Aufrechterhaltung ihrer Beteiligungsquote und ihres wirtschaftlichen Wertes bedeutet, wenn er beliebig und nach Willkür beschlossen wird und nicht im überwiegenden Interesse der Gesellschaft eine sachliche Rechtfertigung findet; der Ausschluss dieses Rechtes muss im recht verstandenen Interesse der Gesellschaft erforderlich und - vom Ziel her gesehen - das einzig vertretbare Mittel sein, wobei nach dem Grundsatz der geringsten Last die Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck zu beachten ist*“.¹²²⁷ Im konkreten Fall sah es der OGH als nicht ausreichend an, wenn die Erwartungshaltung der GmbH es ist, dass der Gesellschafter nicht in der Lage und auch nicht bereit sei bei der Kapitalerhöhung mitzuziehen; eine prognostische Beurteilung ist der bezugsrechtsausschließenden Gesellschaft verwehrt¹²²⁸. Wenn demnach der Ausschluss des Bezugsrechtes nach Willkür beschlossen und nicht im überwiegenden Interesse der Gesellschaft eine sachliche Rechtfertigung findet, dann muss ein einstimmiger Beschluss der Gesellschafter vorliegen, andernfalls ist der Beschluss gemäß § 41 Abs. 1 Z. 2 GmbHG anfechtbar¹²²⁹. Während *Nowotny* in seiner Entscheidungsbesprechung aus der Argumentation des OGH schloss, dass nunmehr alle Eingriffe in das Mitgliedschaftsrecht, bei denen das Gesetz keine Vorkehr getroffen hat, einer materiellen Kontrolle unterliegen¹²³⁰ wurde dies in der Literatur eingeschränkt gesehen, wodurch

sich ein Großaktionär zu verschaffen suchte. Beide Höchstgerichte haben der willkürlichen Ausübung von Gesellschafterrechten durch die Bejahung einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht engere Schranken gezogen als sie durch das Verbot des Rechtsmißbrauchs oder sittenwidriger Rechtsausübung gezogen werden könnten“ *Reich-Rohrwig* (1988), 141f.

¹²²⁶ OGH 5 Ob 649/80 vom 16. Dezember 1980, SZ 53/172 und OGH 5 Ob 526/84 vom 15. Oktober 1985

¹²²⁷ RIS-Justiz RS0060247 „Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter ist auch bei der Kapitalerhöhung zu beachten. Durch einen Beschluß der Generalversammlung können zwar alle bisherigen Gesellschafter von der Übernahme der neuen Stammeinlagen ausgeschlossen werden, wenn sie nicht nach den Satzungen ein Bezugsrecht haben; ein Beschluß auf Ausschließung einzelner Gesellschafter bedeutet aber eine Verletzung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung aller Gesellschafter, dies zumindest dann, wenn ein solcher Beschluß sachlich nicht gerechtfertigt ist, wie zB bei Sacheinlagen, die nur bestimmte Gesellschafter einbringen können.“

¹²²⁸ Die Gesellschaft „darf im Kapitalerhöhungsbeschluß nicht schon von vornherein von diesem Recht ausgeschlossen werden, wenn nicht ein besonderer Rechtfertigungsgrund im Interesse der Gesellschaft vorhanden ist; dieser kann nicht darin liegen, daß die Gesellschaft prognostisch annimmt, der Gesellschafter werde diese Recht nicht ausüben können, etwa aus mangelnder finanzieller Potenz, denn es muß dem Gesellschafter selbst überlassen werden, ob und auf welche Weise er sich die für die Ausübung des Bezugsrechtes notwendigen Mittel beschaffen kann“. OGH 5 Ob 526/84 vom 15. Oktober 1985

¹²²⁹ OGH 5 Ob 526/84 vom 15. Dezember 1985, RIS-Justiz RS0060541: „Hat auch nur ein Gesellschafter auf sein Bezugsrecht nicht verzichtet, dann muß ihm die Möglichkeit, dieses Recht auszuüben, offen gehalten werden, dh er darf im Kapitalerhöhungsbeschluß nicht schon von vornherein von diesem Recht ausgeschlossen werden, wenn nicht ein besonderer Rechtfertigungsgrund im Interesse der Gesellschaft vorhanden ist“.

¹²³⁰ OGH 5 Ob 649/80 vom 16. Dezember 1980, SZ 53/172, GesRZ 1981, 44 sowie GmbHR 1984, 235

diese materielle Kontrolle auf das Bezugsrecht eingeschränkt wurde¹²³¹. Eine weitere Entscheidung des OGH betraf die **Zustimmungsverpflichtung zur Abberufung eines Geschäftsführers**¹²³², wobei der Sachverhalt sich so darstellte, dass die Minderheitsgesellschafter einen Beschluss zur Abberufung eines Gesellschaftergeschäftsführers aufgrund von Verstößen gegen § 24f. GmbHG herbeiführen wollten. Da der abzubrufende Gesellschaftergeschäftsführer gemeinsam mit einem weiteren Gesellschafter über die Mehrheit verfügte, konnte kein Mehrheitsbeschluss gefasst werden. Somit klagten die Minderheitsgesellschafter auf Zustimmung des den abzubrufenden Gesellschaftergeschäftsführer unterstützenden Gesellschafters. Der OGH führte aus, dass zwar die GmbHG-Novelle 1980 eingeführt wurde, um die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers, der über die Mehrheit oder über eine Sperrminorität verfüge, aus **wichtigen Gründen**, unter sinngemäßer Anwendung des § 117 Abs. 1 und 127 UGB¹²³³ zu ermöglichen, doch könne nicht daraus geschlossen werden, dass die Anwendung der genannten Bestimmung auf diesen Fall hätte beschränkt bleiben und nicht auch die Abberufung eines **treupflichtwidrig handelnden Gesellschafter-Geschäftsführers** ermöglicht werden sollen, der seine Abberufung durch die Generalversammlung mit Unterstützung weiterer Gesellschafter verhindere. Die Überlegungen zu § 117 und § 127 UGB bestätigen, dass der einzelne Gesellschafter nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat, ob die Entziehung der Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsbefugnis im Interesse der Gesellschaft notwendig ist. Er kann zur Mitwirkung im Klagewege verhalten werden, wenn die Mitwirkung ohne zureichenden Grund verweigert wird. Abgeleitet wird diese Mitwirkungspflicht aus der gegenseitigen Treuebindung der Gesellschafter aufgrund der engen gemeinschaftlichen Bindung der Gesellschafter, was in den nicht unstrittigen Worten des OGHs auf den Grundsätzen des redlichen Verkehrs sowie auf Treu und Glauben beruht, wodurch die Gesellschafter die Interessen der Gesellschaft, daneben aber auch die persönlichen Interessen der übrigen Gesellschafter zu beachten haben, soweit dies vom Gesellschaftszweck und der Zusammenarbeit der Gesellschafter erfordert wird. Aus dieser gegenseitigen Treuepflicht leitet sich auch die Verpflichtung ab, einer Änderung des Gesellschaftsvertrages oder einer Klage nach den §§ 117, 127 oder 140 UGB zuzustimmen, sofern dies die (wohlverstandenen) Interessen der Gesellschaft erfordern.

Der OGH bestätigte 2008¹²³⁴ seine Judikaturlinie, wonach **die treuwidrige Stimmabgabe nach § 41 GmbHG anfechtbar** ist, wenn sich die Verletzung von Treuepflichten zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern oder zwischen den Mitgesellschaftern bewegt. Die treuwidrig abgegebene Stimme ist zwar nicht nichtig, aber, wie erwähnt, anfechtbar¹²³⁵. **Treuwidrige Beschlüsse** sind somit einerseits wegen Verstoßes gegen **§ 1295 Abs. 2 ABGB** sowie wegen der **treuwidrigen Stimmabgabe**¹²³⁶ andererseits **anfechtbar**. *Thöni* konkretisiert zutreffenderweise, dass sich die Anfechtbarkeit nach § 41 GmbHG lediglich auf Gesellschafterbeschlüsse beschränke und die treuwidrige Stimmabgabe zwar im

¹²³¹ *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 102 Rz 10

¹²³² 6 Ob 695/87, SZ 60/285

¹²³³ § 16 Abs. 2 GmbHG

¹²³⁴ 6 Ob 37/08x vom 10. April 2008

¹²³⁵ vgl. *Koppensteiner/Rüffler* (1999), § 41 Rz 31, 6 Ob 130/05v; 6 Ob 139/06v

¹²³⁶ 6 Ob 130/05v; 6 Ob 139/06v

Grunde nach den zivilrechtlichen Bestimmungen¹²³⁷ zu behandeln sei, dies jedoch nicht notwendig sei, da die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als der Sittenwidrigkeit vorgeschaltete, bewegliche Stimmrechtsschranke agiere¹²³⁸. Er begründet diese Differenzierung mit ihren unterschiedlichen Reichweiten. So ist ein treuwidriger Beschluss anfechtbar, jedoch eine treuwidrige Stimmabgabe erst dann, wenn das Beschlussergebnis ohne deren Berücksichtigung bei der Ergebnisfeststellung anders gelautet hätte (Relevanzerfordernis), da die Nichtigkeit einer Stimmabgabe bedeutungslos ist, wenn sie keine Konsequenzen hat¹²³⁹. Fraglich ist ob die treuwidrige Stimmabgabe als nichtig anzusehen ist¹²⁴⁰, oder, wie es der OGH¹²⁴¹ und ein Teil der Lehre¹²⁴² erkennen, als grundsätzlich gültig, jedoch anfechtbar gemäß § 41 GmbHG. Trotz der vorteilhaften prozessualen Überlegungen¹²⁴³, dass bei Annahme der unmittelbaren Nichtigkeit der treuwidrigen Stimmabgabe, der Beschluss nicht erst angefochten werden muss, sondern bereits frei von treuwidrigen Stimmabgaben Gültigkeit erlangt, dominiert, wie bereits dargelegt, das Argument, dass dem Versammlungsleiter nicht die Feststellungskompetenz zukommen darf, um zu entscheiden, ob die Stimmabgabe nun treuwidrig ist. Ferner besteht innerhalb der Anfechtungsfrist die Möglichkeit die Anfechtungsklage mit einer Zustimmungsklage zu verbinden, wodurch dasselbe Ergebnis, jedoch zugegebenermaßen etwas umständlicher, erreicht wird.

3.2.2. Treuepflichten bei Aktiengesellschaften

Gegen Treuepflichten bei Aktiengesellschaften wird die kapitalistische Verbandsstruktur ins Treffen geführt¹²⁴⁴. So müssen die Aktionäre die Rechte aus der Satzung akzeptieren und ferner, dass einem einzelnen Aktionär der Einfluss auf die Geschäftsführung verwehrt ist¹²⁴⁵. So beweise die Anonymität des Streubesitzes weiters, dass kein Interesse an einer treuen Verbindung besteht. Daher sei die Fungibilität der Anteile höher geachtet als die Treuebindung¹²⁴⁶. All diesen Argumenten gemeinsam ist, dass sie zwar eine Einschränkung der Treuepflicht indizieren, jedoch kein Argument für die Nichtanwendbarkeit der Treuepflichten im Aktienrecht per se sind, denn die Treuepflicht resultiert aus dem möglichen Einfluss der Gesellschafter auf die Interessen der Gesellschaft und ihrer Mitgesellschafter einerseits und der Bindung der Gesellschafter an den Gesellschaftszweck andererseits. Abzustellen ist jedoch wieder auf die innere Ausgestaltung der Aktiengesellschaft (personalistisch, kapitalistisch)¹²⁴⁷.

¹²³⁷ u.a. § 870 f, § 879 ABGB

¹²³⁸ vgl. Thöni (2008), 346f.

¹²³⁹ ebd.

¹²⁴⁰ vgl. Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss (1990), § 114 Rz 82; vgl. Koppensteiner/Rüffler (1999), § 39 Rz 6

¹²⁴¹ OGH 6 Ob 53/06x vom 6. April 2006; "Bei Berechnung der abgegebenen Stimmen bleiben die Stimmen der mit einem Stimmverbot belegten Gesellschafter unberücksichtigt"; OGH 6 Ob 203/97i vom 12. Februar 1998; 6 Ob 139/06v vom 12. Oktober 2006 sowie OGH 6 Ob 53/06x vom 6. April 2006; 1 Ob 573/85 vom 22. Mai 1985

¹²⁴² vgl. *Umfahrer*, GmbH, 6. Auflage, Rz 478.

¹²⁴³ Zur Prozessökonomie im deutschen Recht hinsichtlich der Drittwirkung von Syndikatsverträgen siehe den BGH 20. Jänner 1983 z.B. in WM 1983, 334, BB 1983, 996 sowie BGH 27. Oktober 1986 in NJW 1987, 1890, WM 1987, 71 sowie BB 1987, 218 oder GmbHR 1987, 94

¹²⁴⁴ Martens argumentiert zusätzlich damit, dass die Treuepflichten zunehmend zur Korrektur, Einschränkung oder Ausweitung der gesetzlichen Vorschriften verwendet werden. Im Zuge dessen wird jedoch die innere Geschlossenheit des Aktiengesetzes mit einer Generalklausel überfrachtet, die sich als Regulativ für rechtspolitische Wunschvorstellungen erweise. vgl. Martens in Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 258

¹²⁴⁵ vgl. Meyer-Landrut in Häubling-FS, 253

¹²⁴⁶ vgl. Godin/Wilhelmi, AktG 4. Auflage, Rz 5 zu § 1

¹²⁴⁷ vgl. Reich-Rohrwig, Johannes: Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre, WBI 1988, 141ff.

Es stellt sich die Frage, welche aktienrechtlichen Bestimmungen einer Aggregation zur Treuepflicht zugänglich sind. § 47a AktG¹²⁴⁸ gilt zwischen Gesellschafter und Gesellschaft und besagt, dass Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln sind, d.h., der Gesellschafter hat Anspruch auf gleiche Behandlung wie ein anderer Gesellschafter. Doch schränkt sich § 47a AktG nicht darauf ein, dass Differenzierungen verboten sind. Differenzierungen sind natürlich möglich; was verboten ist, ist die willkürliche Differenzierung bzw. Ungleichbehandlung, welche dann vorliegt, wenn ein sachlich rechtfertigender Grund fehlt¹²⁴⁹. § 153 Abs. 5 AktG normiert, dass die Ausgabe von Aktien für Arbeitnehmer der Gesellschaft oder eines Konzernunternehmens einen ausreichenden Grund für einen Bezugsrechtsausschluss darstellt und die erläuternden Bemerkungen ergänzen, dass der gänzliche oder teilweise Ausschluss nur dann zulässig ist, wenn eine sachliche Rechtfertigung durch überwiegende Interessen der Gesellschaft vorliegt. Der OGH unterstützte die These eingeschränkter Treuepflichten bei der Aktiengesellschaft in einer Entscheidung¹²⁵⁰ als er feststellte, dass ein Aktionär, der nur durch Schädigung der Gesellschaft und die dadurch bedingte Verminderung seines Aktienwertes einen Schaden erleide, als bloß mittelbar Geschädigter gelte, der seinen Schaden nicht ersetzt verlangen könne.

Unstrittig unter die Treuepflicht subsummierbar ist jedoch die Pflicht zur Zustimmung zur Herabsetzung mitgliedschaftlicher Vermögensrechte in Notsituationen. So sprach auch der BGH im **Girmens-Fall**¹²⁵¹, dass auch die Machtpositionen eines Minderheitsaktionärs Treubindungen begründen können, welche es einem Aktionär verbieten, „eine sinnvolle und mehrheitlich angestrebte Sanierung der Aktiengesellschaft, selbst wenn sie mit einem schmerzlichen Kapitalschnitt verbunden ist, aus eigensüchtigen Motiven“ zu hintertreiben¹²⁵². Abgeschwächt wird im österreichischen Recht die Treuepflicht des Aktionärs vor allem durch die Bestimmungen der §§ 100, 101 AktG. Gemäß § 101 Abs. 3 AktG ist das Erlangen von gesellschaftsfremden Sondervorteilen durch die Ausübung des Stimmrechtes von einer Schadenersatzsanktion suspendiert.

Die Beschlussanfechtung besteht gemäß § 195 Abs. 2 AktG dennoch, was jedoch die rechtspolitische Problematik dieses gesellschaftsrechtlichen Haftungsausschlusses nicht schmälert. Ein Aktionär ist nicht verpflichtet, sein Stimmrecht allein zum Wohl der Gesellschaft auszuüben, sondern darf im Rahmen der Grundsätze von Treu und Glauben und der guten Sitten eigene Interessen verfolgen¹²⁵³.

3.2.3. Treuepflichten bei Genossenschaften und Sparkassen

§ 11 GenG normiert ausdrücklich, dass sich das Rechtsverhältnis der Genossenschafter untereinander nach dem Genossenschaftsvertrag richtet. Abweichungen sind nur in jenen Bereichen erlaubt, in denen es das Genossenschaftsgesetz ausdrücklich normiert. Einerseits wird die Urquelle der Treuepflichten durch

¹²⁴⁸ 2. RL vom 13. Dezember 1976 (77/191/EWG), Abl. EG Nr L 26 vom 31. Jänner 1977

¹²⁴⁹ vgl. *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 102

¹²⁵⁰ OGH 2 Ob 591/94 vom 22. Dezember 1994; RIS-Justiz RS0029390 „Soweit der Aktionär durch eine Schädigung der Gesellschaft und die dadurch bedingte Verminderung des Wertes seiner Aktien einen Schaden erleidet, kann er diesen Schaden nicht ersetzt verlangen, weil es sich um einen mittelbaren Schaden handelt.“

¹²⁵¹ BGHZ 129, 136. Eingehend dazu *Timm*, WM 1991, 481 und 487ff., zitiert in *Becker* (1999), 794ff.

¹²⁵² vgl. *Becker* (1999), 794ff.

¹²⁵³ siehe OGH 5 Ob 626/88, 4 Ob 2147/96f

§ 11 GenG ausdrücklich betont und andererseits ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, dass zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern der allgemeine unnormierte gesellschaftsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung seine Anwendung findet¹²⁵⁴. Dominierendes Argument für die Anwendbarkeit der Treuepflicht ist der grundlegende Gedanke des österreichischen Genossenschaftsrechts, nämlich der Wille zur freiwilligen Selbsthilfe, um bestimmte wirtschaftliche Bedürfnisse der Mitglieder besser zu befriedigen. So ist die Genossenschaft ausdrücklich Instrument der Förderung ihrer Mitglieder¹²⁵⁵, was erst recht einer Unanwendbarkeit der Treuepflichten auf die Genossenschaften den Boden entzieht.

Der Sparkasse als eigentümerloses Institut sind Treuepflichten systemfremd. Die Sparkassenorgane haben sich an die sparkassenrechtlich normierten Sorgfaltsmaßstäben zu halten. Bei der anteilsverwaltenden Sparkasse und Privatstiftung, bei denen der Bankbetrieb in eine Aktiengesellschaft ausgelagert ist, orientiert sich die Reichweite der Treuepflichten an den aktienrechtlichen Maßstäben, wie beispielsweise einer personalistischen Struktur, hinsichtlich ihrer Befürwortung. Fraglich ist, ob sogar eine gesteigerte Treuepflicht aufgrund der sparkassenrechtlichen Grundintention besteht. Untersuchungsgegenstand ist gegenständlich die unzweifelhaft kapitalistisch strukturierte Erste Group Bank AG. Eigentümern sind unter anderen „Die ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung“ sowie weiteren Sparkassen. Die „ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung“ haftet als einbringende Sparkasse gemäß § 92 Abs. 9 BWG mit ihrem gesamten Vermögen für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft im Falle ihrer Zahlungsunfähigkeit. Dies spricht einerseits für eine engere Bindung, da die Rechte der Aktionäre gemäß § 47a AktG zwar gleich sind, eine bestimmte Aktionärsgruppe jedoch weitergehende Haftungspflichten ex lege erfährt. Andererseits definiert § 92 Abs. 8 BWG, dass hinsichtlich des eingebrachten bankgeschäftlichen Betriebes der Gegenstand des Einbringenden auf die Vermögensverwaltung beschränkt ist, wodurch gerade nicht das personalistische *involvement* vorliegt bzw. der unternehmerische Wirkungsgrad erzielt wird, der weitergehende Treuepflichten rechtfertigen würde. Meines Erachtens liegt aus dieser Zusammenschau erst recht keine gesteigerte Treuepflicht vor und auch die aktienrechtliche Treuepflicht auf Basis einer kapitalistischen Struktur lässt Treuepflichten nur in Ausnahmefällen als Anspruchsgrundlage zu. Die Pflicht zur Haftung kann in Übereinstimmung mit § 47a AktG jedoch einen bevorzugten Informationszugang rechtfertigen, da aufgrund der weitergehenden Haftung ein weitergehender Anspruch auf Information vorliegt, da gerade rechtzeitige Information den Haftungsfall verhindern kann.

3.3. Kommanditgesellschaften, Miteigentumsgemeinschaften und Treuhandkonstruktionen

Gerade bei Investmentgemeinschaften in Form einer Kommanditgesellschaft stellt sich die Frage ob die Kommanditisten untereinander einer Treuepflicht unterliegen. In der Literatur zum Recht der **Personengesellschaft** wird überwiegend argumentiert, dass **jede Vertragsänderung, die gesellschafterliche Interessen beeinträchtigt, auf Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit hin zu**

¹²⁵⁴ vgl. Keinert, Richard: Österreichisches Genossenschaftsrecht, Wien 1988, Rz 192, vgl. OGH 5 Ob 29/86 SZ 60/62 vom 7. April 1987

¹²⁵⁵ § 1 Abs. 1 GenG

prüfen ist¹²⁵⁶. Dies gilt auch bei Personengesellschaften, welche im Gesellschaftsvertrag statt der gemeinschaftlichen Einstimmigkeit Mehrheitsentscheidungen zulassen. Kommanditgesellschafter sind von der Führung der Geschäfte ausgeschlossen¹²⁵⁷ und es steht ihnen lediglich ein Widerspruchsrecht zu, wenn die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgeht. Das in der **Kommanditgesellschaft** begründete Gesellschaftsverhältnis ist ebenfalls ein Unterfall einer durch einen Vertrag begründeten **Rechtsgemeinschaft**, die von einer **Treuepflicht beherrscht** wird, die auf dem Grundsatz des redlichen Verkehrs¹²⁵⁸ fußt¹²⁵⁹. So unterliegt der **Kommanditist** hinsichtlich seiner **Widerspruchsmöglichkeit** in § 164 UGB einer **Treuebindung**, welche im Sinne des gemeinsamen Gesellschaftszwecks auszuüben ist. *A minore ad majus* gilt dies für atypische Kommanditstrukturen, bei denen Kommanditgesellschafter weitergehende Rechte und Pflichten zugestanden werden. Ähnlich gelagert ist die Struktur der GmbH & Co KG. Gerade bei personeller Identität zwischen Kommanditisten und Gesellschaftern der GmbH vertritt der OGH die Meinung, dass die rechtliche Selbstständigkeit der beiden Gesellschaften nicht unnötig überdehnt werden soll und dass die Personengleichheit allseitige gesellschaftsrechtliche Treu-, Schutz- und Sorgfaltspflichten hervorruft.

Bei Liegenschaftsinvestments bilden die Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger – oft als Bauherren – eine Gemeinschaft qua Rechtsgeschäft (**Miteigentumsgemeinschaft**). Als Rechtsgrundlage kommt hierbei die im **Gemeinschaftsverhältnis** (*affectio societatis*) anzunehmende **Rücksichtnahmeverpflichtung** auf die Mitteilhaber in Betracht, denn das Handeln eines einzelnen Teilhabers hat unmittelbare Konsequenzen auf das Vermögen der anderen Teilhaber und vice versa¹²⁶⁰.

Bei obgenannten Fällen der Miteigentumsgemeinschaften bei Liegenschaftstransaktionen bzw. Investmentgemeinschaften zeugt die Praxis oftmals von umfassenden Treuhandkonstruktionen. Kürzlich hielt der OGH für eine Treuhandkonstruktion bei einem GmbH-Gesellschafter fest¹²⁶¹, dass die bloße Verletzung von Treuepflichten, die einen Gesellschafter gegenüber einem nicht an der Gesellschaft (unmittelbar) beteiligten Treugeber trifft, nicht zur Anfechtung nach § 41 GmbHG berechtigen, denn aus dem Trennungsprinzip¹²⁶² ergibt sich, dass die Gesellschaftsbeteiligung und das Treuhandverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber strikt voneinander zu trennen sind. Auch hat der Treugeber aufgrund seiner nicht aus der gesellschafterähnlichen Stellung abgeleiteten Position kein Recht zur Anfechtung aufgrund einer treuwidrigen Beschlussfassung, denn zwischen dem Treugeber und der Gesellschafter oder dem Mitgesellschafter besteht keine Rechtsbeziehung. Der Treugeber kann nur über den Treuhänder Einfluss üben. Der Treuhänder unterliegt daher als mitgliedschaftlicher Träger der Rechte und Pflichten aus der Beteiligung der Treuepflicht. Ist der eigene Handlungsbereich des Treuhänders derart

¹²⁵⁶ vgl. *Koppensteiner* (2009), 197ff. mit Verweis auf Ulmer in MünchKomm BGB, 5. Auflage, § 709 Rz 101

¹²⁵⁷ § 164 UGB

¹²⁵⁸ § 914 ABGB

¹²⁵⁹ vgl. *Enzinger* (2003), 679ff.

¹²⁶⁰ ebd.

¹²⁶¹ 6 Ob 37/08x vom 10. April 2008

¹²⁶² vgl. *Gruber, Michael*: Treuhandbeteiligung an Gesellschaften, Wien 2001, 8

eingeschränkt, dass dieser lediglich ausführendes Organ des Treugebers ist, dann wirken die Treuepflichten auch auf den Treugeber.

3.4. Finanzintermediäre

Die Frage, die hier untersucht werden muss ist, ob den Eigentümern von Finanzintermediären, gegenständlich Banken und Versicherungen, gesteigerte Treuepflichten zukommen. Die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen des BWG und des VAG haben umfassende idealtypische Organisationselemente normiert. So darf eine Konzession für den Betrieb von Bankgeschäften nur erteilt werden, wenn jene Personen, die eine qualifizierte Beteiligung am Kreditinstitut halten, den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Kreditinstitutes zu stellenden Ansprüchen genügen und keine Tatsachen vorliegen, aus denen sich Zweifel an der persönlichen Zuverlässigkeit dieser Personen ergeben. An den Geschäftsleiter werden ebenfalls Anforderungen, wie beispielsweise geordnete wirtschaftliche Verhältnisse, fachliche Eignung und erforderliche Erfahrungen gestellt¹²⁶³. Gerade im Falle des Erwerbes einer qualifizierten Beteiligung (10 % der Stimmen oder des Kapitals) werden Kriterien, wie beispielsweise die Zuverlässigkeit, Erfahrung und finanzielle Solidität zur Beurteilung herangezogen¹²⁶⁴, welche durch die Eigentümerkontrollverordnung der Finanzmarktaufsicht konkretisiert wurden. Ob sich daraus für die Eigentümer eines Kreditinstitutes gesteigerte Treuepflichten ergeben, ist soweit ersichtlich noch nicht thematisiert worden. Unstrittig ist, dass der Finanzmarktaufsicht durch diese Bestimmungen Handlungsmöglichkeiten im Rahmen der Konzessionsrücknahme oder des § 70 BWG zugeteilt werden, damit sie dem volkswirtschaftlichen Interesse an einem funktionierenden Bankwesen und der Finanzmarktstabilität Rechnung tragen kann. Eine erweiterte Treuepflicht des Aktionärs oder Gesellschafters an einem Kreditinstitut lässt sich jedoch nicht unmittelbar aus dem Gesetz ableiten. Fraglich ist, ob Gesellschafter oder Aktionäre beispielsweise bereits im Konzerneingang treuwidrig sind, wenn es ihnen u.a. an Zuverlässigkeit mangelt. Handlungsanweisungen und Beurteilungskompetenz sieht das Bankwesengesetz lediglich für die Finanzmarktaufsicht vor. Stimmverbote bzw. das Ruhen von Stimmrechten sind die Instrumente der Aufsichtsbehörden. Eine Treuepflicht zwischen den Eigentümern und der Gesellschaft oder zwischen den Eigentümern ist nicht vom Zweck des Bankwesengesetzes getragen. Ferner ist es uneinsichtig, warum die Akteure regulierter Unternehmen einer gesteigerten Treuepflicht unterliegen sollten – vielmehr unterstützen die aufsichtsrechtlichen Regulatorien die bereits durch das Körperschaftsrecht getragenen Treuepflichten durch Einbau einer weiteren Schranke, nämlich jener der nationalen Aufsichtsbestimmungen.

¹²⁶³ vgl. § 4 BWG

¹²⁶⁴ vgl. § 20b BWG

4. Der Syndikatsvertrag als Konzernsteuerungsmechanismus

Obwohl der Gesetzgeber bereits über die Treuepflichten ein enges Korsett für die Steuerung eines Konzerns vorgibt, soll zum Untersuchungsgegenstand werden, welche rechtlichen Möglichkeiten zur Optimierung der Strukturen im Konzern existieren. Weiters ob, um Meinungsverschiedenheiten durch klare Handlungsanweisungen und definierte Zielvorgaben hintanzuhalten, der Syndikatsvertrag ein nützliches Instrument sein kann. Dies ist unter noch darzustellenden Bedingungen zu bejahen und zeigt auch die konzernrechtliche Praxis, denn Syndikatsverträge sind bereits bei rund 85 % der konzernierten Gesellschaften Bestandteil in der rechtlichen Strukturierung.

An Komplexität und leitungsspezifischer Intensität gewinnt der Syndikatsvertrag, wenn er sich bestimmter Bedingungen (*covenants*) bedient, welche im Sinne der Leitungseffizienz Neuverhandlungen (bei M&As) und Eigentümerstreitigkeiten, verhindern sollen. Darunter fallen *put* und *call* Optionen, *tag-along* und *drag-along* Rechte, *demand* und *piggy-back rights* und *catch-up* Klauseln. Gemeinsam ist allen, dass sie in ihrer Konzeption keine potentiellen Äquivalenzstörungen¹²⁶⁵ und Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot enthalten dürfen. *Put* Optionen gewähren dem Inhaber das Recht seine Anteile an einen anderen zu verkaufen¹²⁶⁶. *Call* Optionen gewähren dem Inhaber das Recht Anteile des im Optionsvertrag Verpflichteten zu erwerben¹²⁶⁷. Beide genannten Optionen sollen das *hold-up* Problem verhindern, wodurch bei opportunistischem Verhalten eines Miteigentümers der andere Miteigentümer die Gesellschaft übernehmen (*call*) oder verlassen (*put*) kann¹²⁶⁸. *Drag-along* Rechte multiplizieren eine *call* Option Vereinbarung, dahingehend, dass wenn ein Eigentümer seine Anteile an einen Dritten veräußert, dieser von den anderen Eigentümern die Veräußerung an diesen zu gleichen Bedingungen verlangen kann. *Tag-along* Rechte ermöglichen im umgekehrten Fall dem (externen) Erwerber von Anteilen von den anderen Aktionären ebenfalls deren Anteile zu gleichen Bedingungen des Ersterwerbs zu erwerben. Durch diese Bestimmung soll verhindert werden, dass verbleibende Gesellschafter bei Neueintritt eines Gesellschafters ihre Anteile an Dritte veräußern, welche die Erwartung¹²⁶⁹ des neueingetretenen Gesellschafters konterkarieren. Bei *demand rights* sieht der Syndikatsvertrag vor, dass alle Eigentümer einem Börsengang zustimmen, wenn festzulegende Kriterien (Bilanzkennzahlen, Performancekennzahlen) erreicht werden. Dies soll verhindern, dass Gesellschafter einen Börsengang blockieren. *Piggy-back* Rechte ermöglichen einem Eigentümer auch nach dem Börsengang zu bestimmten Bedingungen an der Gesellschaft beteiligt zu bleiben. Bei *catch-up* Rechten behalten sich die Veräußerer von Anteilen, einen Gewinnanteil bei weiterem *trade sale* oder Börsengang vor¹²⁷⁰.

¹²⁶⁵ § 879 ABGB

¹²⁶⁶ Ross, Stephan A./Westerfield, Randolph W./Jaffe, Jeffrey: Corporate Finance, New York, 2002, 613ff.

¹²⁶⁷ ebd.

¹²⁶⁸ "A hold-up problem arises when relationship-specific investment makes a party vulnerable to opportunism on the part of its partner" vgl. Grossman/Hart (1986), Hart/Moore (1988, 1990) und Williamson (1985)

¹²⁶⁹ Synergiehebung, Restrukturierung

¹²⁷⁰ Als Beispiel für das Zusammenspiel mehrerer Klauseln: „the contract between General Motors (GM) and Fiat S.p.A (Fiat).⁶ The two companies entered into a joint venture in 2000. The venture was dissolved in early 2005. During the life of the joint venture, Fiat owned 80% of its auto division, Fiat Auto, and GM the remaining 20%. The contract granted Fiat the right to put its 80% stake in Fiat Auto to GM, for a period commencing 42 months and ending 9 years after the signing of the contract. In the event Fiat and GM could not agree on a strike price for the option, the price was to be set equal to Fair market value. Fair market value was to be based on the valuation conducted by two and possibly four investment banks, each bank having conducted its valuation alone. In case Fiat had offered its stake in Fiat Auto to a third party, the contract

Unstrittig ist, dass der Syndikatsvertrag Vereinbarungen auf schuldrechtlicher Basis treffen kann, die derart in der Satzung nicht vereinbart werden können¹²⁷¹. Jedoch ist es nicht möglich Bestimmungen, die bereits aufgrund der Satzung zwingend sind, durch einen Syndikatsvertrag zu konterkarieren¹²⁷².

Syndikatsverträge sind nichtig, wenn Gegenstand ihrer Vereinbarung Unmögliches gemäß § 878 ABGB ist, wie beispielsweise die Vereinbarung einer Weisung an den geschäftsleitenden Vorstand einer Kreditinstitutsaktiengesellschaft. Syndikatsverträge sind ferner nichtig, wenn die Vereinbarung gegen § 879 Abs. 1 ABGB verstößt¹²⁷³. Beiden letztgenannten Verstößen ist immanent, dass sie materielle Sicherungsmechanismen im Syndikatsvertrag (Konventionalstrafen) vernichten.

Das Aktienrecht kennt neben der Anfechtungsklage¹²⁷⁴ auch die Nichtigkeitsklage¹²⁷⁵, wobei letztere auch für das GmbH-Recht nach hA bei Vorlage bestimmter Voraussetzungen analog anwendbar ist¹²⁷⁶. Während die Anfechtung eines Beschlusses mittels befristeter Gestaltungsklage verfolgt werden kann, kann die Nichtigkeit eines Beschlusses weitgehend ohne zeitliche Beschränkung eingeredet werden. Das GmbH-Gesetz normiert die Anfechtbarkeit der Beschlüsse in § 41. Der Satzung widersprechende Syndikatsverträge sind (auch im Innerverhältnis) nichtig. Syndikatsverträge, die gegen Treuepflichten verstoßen, sind zwar nicht nichtig, jedoch trotzdem unter bestimmten Umständen anfechtbar.

Als Ausfluss des Trennungsprinzips wurde betont, dass der Syndikatsvertrag und die Kapitalgesellschaft streng voneinander zu trennende Rechtsbereiche sind¹²⁷⁷. Während zuvor vereinfacht festgehalten wurde, dass Verstöße gegen Syndikatsverträge schuldrechtliche Ansprüche der Syndikatspartner bewirken, welche auf dem Zivilrechtsweg (z.B. § 1295 ABGB sowie Leistungsklage, Vollstreckung und einstweiliger Rechtsschutz, was in weiterer Folge sogar die neuerliche Beschlussfassung zur Folge haben kann) betrieben werden müssen, soll an dieser Stelle ein differenzierteres Bild gezeichnet werden, um auf mögliche Konsequenzen (Nichtigkeit der Stimmabgabe oder Fehlerhaftigkeit des Beschlusses) in der Hauptgesellschaft einzugehen.

Grund für die Differenzierung ist, dass BGH¹²⁷⁸ und OGH im Bereich des GmbH-Rechts dieses Trennungsprinzip im Sinne einer „**korporativen Direktwirkung**“ des Syndikatsvertrages relativiert

granted Fiat the right to “drag GM along”—subject to what was akin to a right of first refusal by GM. Conversely, the contract granted GM the right to “tag Fiat along” in a sale to a third party. The contract could be extended up to a total period of 19 years. In case it was not, or at the conclusion of the 19-year period, the put option and the other rights expired. GM then would have the right to demand of Fiat the listing of Fiat Auto in an IPO. The purpose of our analysis is to shed light on the allocation of options and rights in contracts such as this”. zitiert in *Chemla, Gilles/Habib, Michel A/Ljungqvist, Alexander: An Analysis of Shareholder Agreements*, in *Journal of the European Economic Association*, 2007, 93 und 97; vgl. auch *Huber, Peter/Zandler, Dieter: Exit-Regelungen in Private Equity Transaktionen*, *ecolex* 2007, 832

¹²⁷¹ beispielsweise Nebenverpflichtungen des Aktionärs ohne Bindung an die Zustimmung der Gesellschaft gemäß § 50 Abs. 1 AktG

¹²⁷² So betont *Schiemer*, dass Personen, die nach § 114 Abs. 5 AktG oder § 39 Abs. 4 GmbHG vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, dies nicht durch Abschluss von Syndikatsverträgen (Stimmbindungsverträgen) umgehen dürfen. *Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 114

¹²⁷³ üblicherweise werden in Syndikatsverträgen salvatorische Klauseln aufgenommen.

¹²⁷⁴ § 195ff AktG

¹²⁷⁵ § 199ff AktG

¹²⁷⁶ *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 418

¹²⁷⁷ vgl. *Tichy* (2000), 204 mit Verweisen auf *Bondi in Staub/Pisko: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, Ausgabe für Österreich, 3. Auflage, I/2 (1936), 1094f.; sowie vgl. auch *Kastner, Walther: Syndikatsverträge in der österreichischen Praxis*, *ÖZW* 1980, 1

¹²⁷⁸ vgl. *Kerbnägel-Entscheidung BGH* am 20. Jänner 1983 u.a. in *WM* 1983, 334, *BB* 1983, 996, *DB* 1983, 827 oder *AG* 1983, 249 sowie *BGH* am 27. Dezember 1986 u.a. in *NJW* 1987, 1890, *WM* 1987, 71 und *ZIP* 1987, 293

hatten¹²⁷⁹. Der OGH¹²⁸⁰ sprach für den Fall einer GmbH, dessen Gesellschafter die Abberufbarkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers per Syndikatsvertrag beschränkten, dass ein Verstoß gegen einen von allen Gesellschaftern geschlossenen Syndikatsvertrag zur Fehlerhaftigkeit eines Gesellschafterbeschlusses führen könne. Der OGH betonte jedoch, dass dies nur ausnahmsweise in Frage komme, wenn sich die Stimmbindung darauf beschränkt, auch ohne Syndikatsvertrag gegebene Treuepflichten zu konkretisieren¹²⁸¹. Der zweite Senat brachte in der gegenständlichen Entscheidung vor allem die ausgeprägte personalistische Struktur der Gesellschaft ins Treffen. Die Treuepflicht kann ihren Geltungsgrund zwar aus der Satzung erfahren¹²⁸², jedoch ist diese nicht die ausschließliche Quelle für Treuepflichtinhalte somit hängt die Treuepflicht auch von der Realstruktur der Gesellschaft ab¹²⁸³, wodurch ferner Interessen der Mitgesellschafter bedacht werden müssen, welche sich nicht unmittelbar aus der Satzung ergeben¹²⁸⁴.

Daraus abgeleitet, kann ein Syndikatsvertrag, der **omnilateral** abgeschlossen wurde, durchaus Treuepflichten begründen, welche im Rahmen eines treuwidrigen Beschlusses als Anfechtungsgrundlage herangezogen werden können¹²⁸⁵. Die Elemente Omnilateralität und „*ausgeprägte personalistische Struktur*“ schließen die Anwendung dieser Rechtsüberlegung im Falle der Aktiengesellschaft nicht aus, beschränken diese jedoch. Diese Argumentation ist es auch, welche aus der Begründung des OGH ableiten lässt, dass Mehrheitssyndikate von der korporativen Drittwirkung ausgeschlossen sind, da gerade bei Mehrheitssyndikaten oder Gesellschaften mit einer heterogenen und breiten Gesellschafterstruktur nicht aus dem Syndikatsvertrag geschlossen werden kann, dass sie den gesamten gemeinsamen Willen der Gesellschafter tragen und Treuepflichten intensivieren¹²⁸⁶. Unstrittig ist, dass Regelungsinhalt des Syndikatsvertrages nur Bestimmungen sein dürfen, welche auch als Satzungsklausel zulässig sind, denn andernfalls würde einem schuldrechtlichen Vertrag ermöglicht, eine Beschlussanfechtung gemäß § 41 GmbHG zu legitimieren, obwohl ex lege die Beschlussanfechtung nur auf Verletzung eines Gesetzes oder

¹²⁷⁹ In der *Kernnägels*-Entscheidung wurde in der Generalversammlung einer GmbH der Mehrheitsbeschluss gefasst, eine Beteiligung an einem ausländischen Unternehmen zu erwerben, das in derselben Branche tätig war, wie die OHG, deren Gesellschafter die GmbH-Gesellschafter waren. Der Beschluss wurde angefochten, obwohl der Beteiligungserwerb von der Satzung gedeckt war. Die Gründer hatten bei Gründung der GmbH formlos vereinbart, dass sich diese nicht an Konkurrenzunternehmen der OHG beteiligen dürfen. vgl. *Tichy* (2000), 152

¹²⁸⁰ OGH am 5. Dezember 1995, u.a. *ecolx* 1996, 271, *RdW* 1996, 165, *wbl* 1996, 125

¹²⁸¹ Wichtig sind diesbezüglich die Ausführungen des 2. Senats des OGH zur Entscheidung vom 26. August 1999, 2 Ob 46/97 zur Entscheidung des 4. Senats vom 5. Dezember 1995: "In einigen Fällen erscheint es jedoch sachgerecht, auch darüber hinaus Gesellschafterbeschlüsse, die unter Verletzung von Stimmbindungsvereinbarungen, die von sämtlichen Gesellschaftern eingegangen wurden, zustande kamen, als anfechtbar zu betrachten und solche Regelungen daher - ohne daß sie Bestandteil der Satzung wären - als solche der Gesellschaft selbst zu behandeln [...], jedoch darf sich die Begründung für diese Durchbrechung des Trennungsprinzips zwischen schuldrechtlicher Vereinbarung und statutarischer Regelung keinesfalls alleine auf prozessökonomische Überlegungen stützen [...]. Auch darf dies nicht zu einer automatischen Anerkennung von von allen Gesellschaftern eingegangenen Stimmbindungsvereinbarungen führen. Vielmehr läßt sich dieser 'Durchgriff' nur rechtfertigen, wenn er in der *ausgeprägten personalistischen Struktur der Gesellschaft begründet* ist, da in einer solchen Gesellschaft aufgrund der geringen Zahl und der in der Person jedes einzelnen Gesellschafters gelegenen Bedeutung der Gesellschafter für die Gesellschaft selbst, diese nicht losgelöst von ihren Gesellschaftern betrachtet werden kann und daher die Berücksichtigung des einheitlichen Willens aller Gesellschafter insgesamt auch bei Handlungen, die der Gesellschaft allein zuzuordnen sind, geboten erscheint. Dies muß insbesondere für Stimmbindungsverträge gelten, in denen sich das personalistische Element manifestiert, da sich mit dem Grad der personalistischen Ausrichtung der Gesellschaft auch die Intensität der einzuhaltenden Treuepflichten steigert, deren Verletzung auch schon nach der bisherigen Rechtsprechung die Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen nach sich zog."

¹²⁸² Wie bereits dargestellt argumentiert insbesondere *Winter*, dass die Treuepflicht inter partes nach manchen auf einer auf Gesetz beruhenden organisationsrechtlichen Sonderverbindung beruht. Auch ist jedoch die Argumentation von *Hüffer* schlüssig wenn er argumentiert, dass die Annahme einer solchen Sonderverbindung entbehrlich ist, denn der Geltungsgrund beider Ausprägungen der Treuepflicht sind durch die Satzung gegeben.

¹²⁸³ vgl. *Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), § 102 Rz 10; beispielsweise OGH 22. November 1988 u.a. in *JB1* 1989, 253 und *wbl* 1989, 95; oder OGH 23. Februar 1999 u.a. in *ecolx* 1999, 550 oder *RdW* 1999, 470

¹²⁸⁴ vgl. *Tichy* (2000), in Kapitel 4 und 5

¹²⁸⁵ ebd.

¹²⁸⁶ vgl. *Tichy* (2000), 154

des Gesellschaftsvertrages forciert werden kann¹²⁸⁷. In diesem Sinne können in der Satzung keine Bestimmungen normiert werden, die gegen zwingendes Recht des Aktiengesetzes oder GmbH-Gesetzes verstoßen oder Bestimmungen, die zwingend einer Regelung im Gesellschaftsvertrag zugeführt werden müssen, um Gültigkeit zu erlangen, wodurch syndikatsvertragliche Vereinbarungen mit diesbezüglicher Wirkung auf die Syndikatsgesellschaft beschränkt bleiben.

Unstrittig ist, dass eine syndikatswidrige Stimmausübung dann keine Folgen für die Wirksamkeit der Beschlüsse in der Hauptgesellschaft hat, wenn sich die Vertragspartner bei Ausübung ihres Stimmrechts in der Hauptgesellschaft ohnehin nicht an den Syndikatsvertrag halten. Selbiges gilt, wenn der syndikatswidrig Abstimmende über die Gültigkeit des Syndikatsvertrages irrt¹²⁸⁸. Die **Stimmabgabe** ist nach der herrschenden Meinung ebenfalls dann **gültig**, wenn die **Syndikatspartner trotz unwirksamer bzw. nichtiger Syndikatsvereinbarung einen Beschluss fassen**¹²⁸⁹. Legitimiert wird dies mit Praktikabilitätsüberlegungen, denn es kann in der Beschlussfassung keine Motivforschung betrieben werden, ob nun der Syndikatsvertrag, der üblicherweise außer den Syndikatspartnern und gegebenenfalls der Aufsichtsbehörde keinem bekannt ist, Gültigkeit hat. Jedoch führt ein unwirksamer bzw. nichtiger Syndikatsvertrag, bei dem beispielsweise die Syndikatspartner die Gesellschaft zum eigenen Vorteil schädigen wollen, eine Treuepflichtverletzung herbei, was zur **Anfechtbarkeit** des Beschlusses führt¹²⁹⁰.

Würde der Gegenauffassung gefolgt werden, wonach die Stimmen aufgrund unwirksamer bzw. nichtiger Syndikatsvereinbarungen wegen Treuepflichtverletzungen, nicht mitzuzählen wären, dann müsste der Versammlungsleiter bei der jeweiligen Abstimmung feststellen, ob die Stimme treuepflichtswidrig abgegeben wurde, was gerade bei dem Facettenreichtum der Treuepflichten, welche auch von der Struktur des jeweiligen Verbandes abhängen, ungemein schwierig sein würde¹²⁹¹. Ein Gesellschafter, der in irriger Annahme der syndikatsvertraglichen Bindung abstimmt, kann den Beschluss anfechten, wenn der Willensmangel (Irrtum, List, Drohung) auf das Beschlussergebnis Einfluss hat¹²⁹². Dass die Stimme eines einem Stimmverbot unterliegenden Syndikatspartners bei der Beschlussfassung in der Hauptgesellschaft zwar mitzuzählen ist, jedoch der Beschluss ebenfalls gemäß § 195 Abs. 2 AktG bzw. § 41 Abs. 1 GmbHG anfechtbar ist, wurde bereits zuvor dargestellt. So normiert § 195 Abs. 2 AktG gerade den Anfechtungsgrund der gesellschaftsschädigenden Verfolgung von gesellschaftsfremden Sondervorteilen durch die Stimmrechtsausübung.

Neben Schadenersatzpflichten kann mittels Unterlassungsklage gegen einen Aktionär vorgegangen werden, der seine Stimmrechtsbindung bereits verletzt hat und wenn Wiederholdungsgefahr besteht. Die

¹²⁸⁷ vgl. *Tichy* (2000), 204ff.

¹²⁸⁸ für Deutschland: Schmidt in *Scholz*, GmbHG § 47 Rz 54

¹²⁸⁹ vgl. *Kastner/Doral/Nowotny* (1990), 415

¹²⁹⁰ Gemäß der herrschenden Meinung in Deutschland ist die treuepflichtswidrige Stimmabgabe unwirksam und daher bei der Beschlussfeststellung nicht mitzuzählen. vgl. *Zöllner* (1963), 366, *Koppensteiner*, *Hans-Georg*: Treuwidrige Stimmabgaben bei Kapitalgesellschaften, ZIP 1994, 1325

¹²⁹¹ vgl. *Koppensteiner* (1994), 1328

¹²⁹² vgl. *Schiemer* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar (1998), Rz 3 zu § 114 und § 195 Rz 8

rechtskräftige Stattgebung ermöglicht die Exekution nach § 354 Exekutionsordnung.¹²⁹³ Eine konkret drohende Verletzung der Stimmrechtsbindung kann mit vorbeugender Unterlassungsklage bekämpft werden¹²⁹⁴. Vertraglich wird der Syndikatsvertrag durch Konventionalstrafen abgesichert, was gerade im Gegensatz zum Schadenersatzanspruch nicht den Schaden und dessen Höhe notwendig werden lässt¹²⁹⁵.

Um die Syndikatsvereinbarung der laufenden Willensbildung des Syndikatspartners zu entziehen, kann vereinbart werden, dass die Stimmrechte durch einen Treuhänder ausgeübt werden sollen, der sich vertraglich verpflichtet das Stimmrecht in bestimmter Weise auszuüben¹²⁹⁶. Ferner sollte in den Syndikatsverträgen vereinbart werden, dass Mitglieder des Syndikats, welche auf Ebene der Hauptgesellschaften Beschränkungen erfahren (z.B. Stimmverbote), diesen auch in der Syndikatsgesellschaft zugrunde liegen.

¹²⁹³ ebd.

¹²⁹⁴ vgl. OGH vom 3. Dezember 1969 SZ 42/184; sowie 14. Mai 1974 JBL 1974, 523

¹²⁹⁵ vgl. Tichy (2000), 183ff.

¹²⁹⁶ vgl. Schiemer in *Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar* (1998), Rz 14 zu § 114. Gemäß § 114 Abs 3 AktG kann das Stimmrecht durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden und dieses kann durch die Satzung nicht ausgeschlossen werden.

5. Kapitalerhaltung

5.1. Der Grundsatz der Kapitalerhaltung

Das dominierende Thema im Konzernierungsprozess ist jenes der Kapitalerhaltung (Verbot der Einlagenrückgewähr), da es im Spannungsfeld der divergierenden Interessen im Konzern steht und in der österreichischen, konzernrechtlichen Diskussion das schärfste Instrument darstellt. Sie findet natürlich in jedweder Transaktion zwischen Gesellschafter und Gesellschaft unabhängig des Unternehmenslebenszyklusses Anwendung. Trotzdem wird dieses Thema im Stadium des Konzernbetriebes betrachtet, da die Wertschöpfung üblicherweise in dieser Phase stattfindet. Gerechtfertigt mit einem - rechtlich nur eingeschränkt möglichen - Konzerninteresse werden Verrechnungspreise, Liquiditätsmanagementsysteme, Konzernumlagen, Darlehen/Kredite¹²⁹⁷ und Sicherheitenmanagementkonzepte¹²⁹⁸ sowie Backofficeverlagerungen (Abschmelzungen) derart gestaltet, dass sie im Konzern optimiert werden. Dies kann vor dem Hintergrund des gesellschaftsrechtlichen Verbotes der Einlagenrückgewähr problematisch werden. Der Begriff der **verdeckten Gewinnausschüttung** findet sich im **Steuerrecht**¹²⁹⁹. Beiden ist immanent, dass eine Zuwendung von Vorteilen an die Gesellschafter vorliegt.

Die Bestimmungen des § 82 GmbHG und § 52 AktG (Verbot der Einlagenrückgewähr) verbieten Zuwendungen an Gesellschafter und Aktionäre, die nicht Gewinnverwendung sind¹³⁰⁰. Diese sind zwingend und unabdingbar¹³⁰¹ und umfassen grundsätzlich jede Vermögensverlagerung von der Gesellschaft zu den Eigentümern, wodurch das Vermögen der Gesellschaft geschützt werden soll¹³⁰². Dieser Grundsatz der **Vermögensbindung** ist auf europarechtlicher Ebene im Art. 15 der Kapitalerhaltungsrichtlinie verankert¹³⁰³. Zweck dieser Norm ist die Absicherung des „*dauernden Grundstockes der Gesellschaft*“¹³⁰⁴, welcher dem Gläubiger als freigegebenes Befriedigungsobjekt zugestanden wird¹³⁰⁵. Anders gesagt ist der Konzern kein Haftungsverbund und die Gläubiger der einzelnen Konzerngesellschaft sind darauf angewiesen, ihre Forderungen in dem Vermögen ihres

¹²⁹⁷ OGH 3 Ob 287/02f vom 22. Oktober 2003: „Das Berufungsgericht bejahte mit eingehender Begründung auf Grund des Drittvergleichs den Verstoß des Beklagten gegen das Ausschüttungsverbot des § 82 Abs 1 GmbHG wegen einer - die Existenz der Gesellschaft gefährdenden - Leistung einer Kreditsicherheit an [...] als eine den Gesellschaftern nahestehende Gesellschaft ohne Gegenleistung“.

¹²⁹⁸ *Fehringer-Entscheidung* OGH 4 Ob 2078/96h vom 25. Juni 1996: „Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr wird auch dann verstoßen, wenn die Zielgesellschaft nicht bloß eine fremde Verbindlichkeit sichert, sondern selbst einen Kredit aufnimmt, um dem Käufer die Mittel für den Anteilserwerb zur Verfügung zu stellen. Dass die Gesellschaft mit der Vorteilszuwendung an einen Gesellschafter eine (formell eigene) schuldrechtliche Verpflichtung erfüllt, kann einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nie ausschließen. Maßgebend ist, ob das Geschäft dem Fremdvergleich standhält und auch dann so geschlossen worden wäre, wenn kein Gesellschafter (kein einem Gesellschafter nahestehender Dritter) daraus einen Vorteil zöge“ RIS-Justiz RS0105540

¹²⁹⁹ § 8 Abs. 1 KStG 1996

¹³⁰⁰ Natürlich darf der Bilanzgewinn nicht durch Satzung oder nach Gesetz von der Verteilung ausgeschlossen sein, d.h. es zählt der ausschüttbare Gewinn.

¹³⁰¹ vgl. *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 52 Rz 1

¹³⁰² d.h. eine Beschränkung auf die Einlagen wie es expressis verbis bestimmt ist, gibt es nicht. *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss* (2003), AktG, § 52 Rz 9; vgl. *Krejci, Heinz*: Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, WBI 1993, 269; so auch OGH 6 Ob 271/05d am 1. Dezember 2005, SZ 2003/133

¹³⁰³ RL 77/91/EWG vom 13. Dezember 1976

¹³⁰⁴ 236 BlgHH 17. Sess 88

¹³⁰⁵ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 82 Rz 1; 3 Ob 287/02f; OGH 4 Ob 252/02s; „Die absolute Nichtigkeit einer Vereinbarung wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 82 Abs. 1 GmbHG ist nur dann von Amts wegen wahrzunehmen, wenn Anzeichen bestehen, dass von der Gesellschaft erbrachte Leistungen für den Gesellschafter nicht Gewinnverwendung sind und ihnen auch keine gleichwertige Gegenleistung des Gesellschafters gegenübersteht“ RIS-Justiz RS0117033; Zur Prüfung der betrieblichen Rechtfertigung durch die durch den Leistungsaustausch objektiv Benachteiligte siehe im Folgenden.

Schuldners gedeckt zu finden. Daher können Vermögensabflüsse nicht mit einem allgemeinen Konzerninteresse gerechtfertigt werden¹³⁰⁶. Entgegen vereinzelter Meinungen¹³⁰⁷, dass sich der Kapitalerhaltungsgrundsatz lediglich auf im Rahmen der Bilanzierung darstellbares Vermögen beziehe, konstatiert die herrschende Lehre¹³⁰⁸ und Rechtssprechung, dass der Kapitalerhalt bzw. die **Vermögensbindung** auch auf die **stillen Reserven**¹³⁰⁹ und die **Nutzungsüberlassung** anzuwenden ist. So spricht der OGH, dass unter die Kapitalerhaltungsvorschriften Zuwendungen und Vergünstigungen aller Art ohne Rücksicht darauf fallen, ob diese in der Handelsbilanz der Gesellschaft oder jener des Gesellschafters ihren Niederschlag finden¹³¹⁰. ME ist die Meinung des OGH zielführender, denn das Vorsichtsprinzip des Unternehmensgesetzbuches, welches gerade die stillen Reserven eines Unternehmens ausklammert, darf nicht dazu führen, dass der Haftungsfonds der Gläubiger geschmälert wird.

Privatstiftungen nach dem Privatstiftungsgesetz sind *expressis verbis* nicht zur dauernden Erhaltung des gewidmeten Vermögens verpflichtet, sondern können auch als Verbrauchsstiftungen konzipiert werden, wodurch die Vermögenssubstanz an Begünstigte zugewendet werden kann¹³¹¹. Bei Sparkassen-Privatstiftungen ist § 27a Abs. 4 Z. 4 SpG anwendbar, wonach das aus der Schlussbilanz sich ergebende Vermögen der Sparkasse der Privatstiftung auf Dauer gewidmet bleibt und zu erhalten ist und Begünstigungen nur aus Erträgen der Privatstiftung zugewandt werden dürfen. Daraus ist ersichtlich, dass die Sparkassen-Privatstiftung weitergehenden Bestimmungen als die gewöhnliche Privatstiftung unterliegt, da der Vorstand letzter lediglich durch § 17 Abs. 2 PSG beschränkt ist, wonach Leistungen an Begünstigte nur zur Erfüllung des Stiftungszwecks und ferner nur soweit vorgenommen werden dürfen, als dadurch Ansprüche von Gläubigern der Privatstiftung nicht geschmälert werden.

Unter die verbotene **Einlagenrückgewähr** fällt jedwede vermögensmindernde Leistung der Gesellschaft bzw. **jede wertmäßige Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens**. Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr liegt u.a. dann vor, wenn die Gesellschaft Leistungen an den Gesellschafter, an Schwesterngesellschaften oder an andere nahestehende Dritte erbringt, die erstens nicht Gewinnverwendung sind und denen zweitens keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Demzufolge würde dem *at-arms-length* Prinzip widersprochen, wenn das Geschäft mit einem Dritten unter den selben wirtschaftlichen Bedingungen nicht abgeschlossen worden wäre (**Fremdvergleich**)¹³¹². Ein Geschäft zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter ist zulässig, wenn es dem Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters entspricht¹³¹³. Es wird auf den objektiven

¹³⁰⁶ vgl. Saurer, Ulrich: Leveraged Management Buy-Out - Eine fallbezogene Analyse aus aktien-, handelsbilanz- und steuerrechtlicher Sicht, Dissertation, Graz (1995), 596; OGH 4 Ob 2078/96h vom 25. Juni 1996; Greindl, Georg: Verbotene Einlagenrückgewähr bei Umgründungen im Konzern, RdW 1999, 762ff.

¹³⁰⁷ vgl. Greindl (1999), 763

¹³⁰⁸ Zu den maßgeblichen Motiven des historischen (deutschen) Gesetzgebers zur Kapitalerhaltung im Aktienrecht siehe beispielsweise Cahn, Andreas: Kapitalerhaltung im Konzern, Habilitation, 1998, 13

¹³⁰⁹ vor allem in den immateriellen Vermögenswerten, welche auch in Zukunft an Wert gewinnen werden.

¹³¹⁰ OGH 4 Ob 2078/96h vom 25. Juni 1996, SZ 69/149; zuletzt OGH 6 Ob 271/05d vom 1. Dezember 2005

¹³¹¹ vgl. Doralt/Nowotny/Kalss (1995), § 1 Rz 45

¹³¹² vgl. Koppensteiner, Kommentar (1999), § 82 Rz 15f, vgl. Karollus, Martin: Gedanken zur Finanzierung im Konzern und zur Reichweite des Ausschüttungsverbot, ecolex 1999, 323f.

¹³¹³ vgl. Doralt, Maria: Management Buyout. Aktionärs- und Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung (2000), 62f.

Sorgfaltsmaßstab des § 70 AktG abgestellt, wonach Leistung und Gegenleistung dann gleichwertig sind, wenn unter Anwendung des objektiven Sorgfaltsmaßstabes nicht erkennbar war, dass ein nachteiliges Geschäft vorlag¹³¹⁴. Wenn sich demnach ein Vertrag ex post als ungünstig für die Gesellschaft herausstellt, jedoch ex ante dem objektiven Sorgfaltsmaßstab entsprochen wurde und das Gleichwertigkeitspostulat von Leistung und Gegenleistung erfüllt war, liegt kein Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot vor¹³¹⁵. Unproblematisch ist eine Leistungsbeziehung bei der es kein objektives Missverhältnis (**objektives Element**) zwischen Leistung und Gegenleistung (Geld, Waren, sonstige vermögenswerte Vorteile, betriebliche Rechtfertigung) zu Gunsten des Gesellschafters gibt und der Leistungsvertrag auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten in derselben Form abgeschlossen wurde (**subjektives Element**)¹³¹⁶. Neben dem objektiven Sorgfaltsmaßstab muss auch ein subjektives Element hinzukommen, welches dann vorliegt, wenn die Leistung ausschließlich aus der mittelbaren oder unmittelbaren Gesellschafterstellung resultiert - *causa societatis*. *Krejci* differenziert im subjektiven Element zwischen der Beachtlichkeit der Gesellschaftereigenschaft (*causa societatis*), der subjektiven Vorwerfbarkeit und bewusster Vorteilszuwendung¹³¹⁷. Meines Erachtens kann jedoch die Prüfung des subjektiven Elements unterbleiben, als das Gesetz eindeutig das objektive Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung unter das Verbot der Kapitalrückzahlung subsummiert und keine Anforderung an das bewusste Leisten über die Verwaltungsorgane verlangt. Denn der Absicherung des „dauernden Grundstockes der Gesellschaft“ ist eine Prüfung des subjektiven Elements abträglich, da es andernfalls den Fall geben könnte, dass trotz objektiven Sorgfaltsverstoßes der Mangel des subjektiven Elements Sanktionslosigkeit zur Folge hätte, was nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann¹³¹⁸.

Bei Konzernsachverhalten sind gerade konzerninterne Finanzierungen gefährdet den Tatbestand der Einlagenrückgewähr zu erfüllen. Diesbezüglich bietet sich ein Vergleich mit banktypischen Geschäften unabhängiger Banken an, um Fremdüblichkeit zu argumentieren. Dabei ist jedoch zutreffenderweise hinzuweisen, dass der Sollzinssatz konzernfremder Banken als Obergrenze eines fremdüblichen Zinssatzes gilt, da im Unterschied zu Bankengeschäften, bei denen die Erzielung eines gewerblichen Gewinnes angestrebt wird, bei konzerninternen Finanzierungen dies im Sinne einer ausgewogenen Konzernfinanzierung nicht im Vordergrund steht. Abgehend vom gesellschaftsrechtlichen Tatbestand müssen gerade im Steuerrecht generell alle Umstände berücksichtigt werden, mit denen die Finanzbehörden Steuervermeidungsintentionen verbinden können. In Übereinstimmung mit dem BFH¹³¹⁹ normiert das BMF, dass für die Abgeltung von Konzernfinanzierungen der Zinssatz für besicherte Kredite oder Darlehen maßgeblich ist, da gerade im Konzern Kredite unbesichert vergeben werden, denn zwischen Konzernunternehmen kann eine Beeinflussbarkeit der Kreditwürdigkeit angenommen werden,

¹³¹⁴ ebd.

¹³¹⁵ BGH, BB 1987, 22

¹³¹⁶ vgl. *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 52 Rz 11

¹³¹⁷ vgl. *Krejci* (1993), 272ff.

¹³¹⁸ so stellt der OGH nicht auf subjektive Element ab. vgl. OGH 4 Ob 2078/96h vom 25. Juni 1996

¹³¹⁹ BFH vom 21. Dezember 1994, I R 65/94

was eine weitergehende Risikoprämie ausschließt. Ebenfalls unter Bezugnahme auf den BFH¹³²⁰ wird als Untergrenze der Veranlagungszinssatz bei einer Bank vom BMF vertreten. Dies ist unter der Beschränkung zu befürworten, dass eine Risikodifferenzierung vorgenommen werden muss, weil Veranlagungen (Kreditgewährungen) von Konzernmitteln bei Konzernmitgliedern einer anderen Risikokategorie zuzuordnen sind als die Veranlagung bei Kreditinstituten. Aus all dem folgt, dass für eine fremdübliche Konzernfinanzierung ein Entgelt zwischen dem Sollzinssatz und Veranlagungszins ausbedungen werden muss¹³²¹.

Normadressaten der Kapitalerhaltungsbestimmungen sind **einerseits** die **Gesellschaft** bzw. deren Verwaltungsorgane und **andererseits** die **Gesellschafter**. Die unmittelbare Gesellschafterstellung im Zeitpunkt der Vermögensverlagerung ist nicht zwingend, denn es ist vielmehr auf die telos¹³²² der Norm abzustellen¹³²³. Demnach können auch ehemalige oder zukünftige Gesellschafter den Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr erfüllen, wenn die Einlagenrückgewähr in sachlichem Zusammenhang mit der ehemaligen oder zukünftigen Gesellschafterstellung steht. Auch können Leistungen an Dritte vom Verbot der Einlagenrückgewähr betroffen sein, wenn die Leistung wirtschaftlich gesehen einem Gesellschafter oder einer ihr nahestehenden Person (Strohmänner, Verwandte, Hintermänner) zurechenbar ist (Kollusion)¹³²⁴. Daher sind bei Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften (z.B. nicht fremdübliche Management- oder Outsourcingverträge) Geschäfte mit Dritten, wenn sie vorgenannte Voraussetzungen (Kollusion, Zurechenbarkeit, Schädigungsabsicht bzw. Sittenwidrigkeit) nicht erfüllen, grundsätzlich aufgrund der Einschränkung der Normadressaten gültig. Nicht unter das Verbot der Einlagenrückgewähr fallen die Dividendenzahlung, die Rückzahlung der Einlagen im Rahmen der Kapitalherabsetzung, Leistungen der Gesellschaft an die Eigentümer im Rahmen von zulässigen Geschäften und bei der Aktiengesellschaft der Erwerb eigener Aktien gemäß den gesetzlichen Vorschriften.

Die verbotene Einlagenrückgewähr lässt sich in die **offene** Einlagenrückgewähr, die **verdeckte** Einlagenrückgewähr und den unentgeltlichen Verzicht auf **corporate opportunities** (potentielle

¹³²⁰ BFH 28. Februar 1990, I R 83/87 sowie BFH 19. Jänner 1994, I R 93/93

¹³²¹ *Loukota, Walter*: Das Protokoll zum Internationalen Steuerrecht 2008. Eine Darstellung und Analyse ausgewählter Fragen, BMF 11. Juli 2008, BMF-010221/0869-IV/4/2007, FJ 2009, 142

¹³²² die Kapitalerhaltungsvorschriften sind die notwendige Klammer der Regelungen über die Kapitalaufbringung, denn sie bezwecken den Schutz der Gläubiger als auch den Schutz der Gesellschafter. Dieses strenge Regelwerk fungiert als Ausgleich für die fehlende persönliche Haftung bei Kapitalgesellschaften. OGH 6 Ob 4/99b vom 11. November 1999 und OGH 1 Ob 374/97z. vom 24. März 1998 sowie OGH 4 Ob 2078/96h vom 25. Juni 1996.

¹³²³ *Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar 1998, § 52 Rn 8 mwN

¹³²⁴ nach *Koppensteiner* ist für die Unwirksamkeit eines gegen § 82 GmbHG verstoßenden Geschäftes auch gegenüber dem Dritten zumindest eine Zurechnungsbeziehung zu verlangen, wodurch der Dritte als Gesellschafter zu behandeln wäre und vertritt, dass die Unwirksamkeit des mit einem Dritten geschlossenen Sicherungsgeschäftes nur bei Kollusion angenommen werden sollte vgl. *Koppensteiner* (1991), 107. *Jabornegg* erachtet Nichtaktionäre namentlich dann als rückgabepflichtig, wenn sie Hintermänner von Aktionären sind oder wenn es um ehemalige oder künftige Aktionäre geht und die verbotene Leistung im Zusammenhang mit deren Aktionärsenschaft steht. *Canaris* erstreckt den Rückgewähranspruch auf Zuwendungen an Dritte, die dem Aktionär "nahestehen" (Strohmänner, Verwandte, Hintermänner), und auf Zuwendungen an bösgläubige Dritte. Der Dritte müsse gewußt haben, dass sein Schuldner Aktionär der sicherungsgebenden Gesellschaft war, dass die Sicherheitenbestellung mit Rücksicht auf diese Eigenschaft erfolgt ist und daß es zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär an einem angemessenen Entgelt fehlt. *Canaris* verweist in diesem Zusammenhang auf den prima facie-Beweis und auf den Grundsatz, dass sich derjenige, der "geradezu die Augen vor der wahren Rechtslage verschließt", so behandeln lassen muss, als hätte er diese gekannt. vgl. *Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte, FS Robert Fischer, 1979, Berlin/New York, 32f.

Vermögenspositionen bzw. Erwerbschancen) gliedern¹³²⁵. Während die offene Einlagenrückgewähr in der Praxis selten vorkommt ist die verdeckte Einlagenrückgewähr sehr oft die Methode des Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften. Die verdeckte Einlagenrückgewähr ist üblicherweise eine vertraglich gedeckte, jedoch inequivalente Leistung zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern. Corporate opportunities kommen häufig in Konzernsachverhalten vor und sind Geschäftschancen, die einen Vermögenswert darstellen können¹³²⁶. Demnach ist ein unentgeltlicher Verzicht auf Geschäftschancen (Markenrechte, nicht bilanziertes Forschungs- und Entwicklungs-Know-How, Vertriebssystem für Finanzprodukte), beispielsweise zugunsten eines Gesellschaftergeschäftsführers, vom Verbot der Einlagenrückgewähr umfasst. Eine Definition der potentiellen Vermögensposition bzw. Erwerbschance gibt es nicht. Mit Verweis auf *Baumhoff/Bodenmüller* sieht *Hügel* darunter die Möglichkeit ein bestimmtes gewinnbringendes Einzelgeschäft abzuschließen¹³²⁷. *Hoenig/Stingl* definieren eine Geschäftschance als „das Ergebnis jeder externen oder internen Tätigkeit des Unternehmens, das der Markt als Wert ansieht und für das er daher bereit ist, etwas zu bezahlen, unabhängig davon, ob ein bilanzfähiges Wirtschaftsgut vorliegt, ob, und wenn ja, wie viel Aufwendungen seitens des Unternehmens getätigt wurden, ob eine hohe oder geringe Erfolgswahrscheinlichkeit vorliegt und ob die Geschäftschance einzeln veräußert werden kann oder nicht.“¹³²⁸

Verstößt ein Sachverhalt gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, das sich gerade in Konzernsachverhalten durch divergierende Interessen zu materialisieren droht, dann verbleibt nur noch die Prüfung der betrieblichen Rechtfertigung¹³²⁹.

5.2. Die betriebliche Rechtfertigung

Als Gegenleistung im weiteren Sinne ist die betriebliche Rechtfertigung zu verstehen. Demgemäß kann eine Leistung, die dem Fremdvergleich nicht standhält, weil sie beispielsweise trotz Adäquanz von Leistung und Gegenleistung mit einem Dritten nicht abgeschlossen worden wäre, auf Basis einer betrieblichen Rechtfertigung legitimiert werden¹³³⁰. So spricht auch der OGH¹³³¹ am 1. Dezember 2005, dass „eine verdeckte Einlagenrückgewähr [...] auch damit gerechtfertigt werden [kann] [...], 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

¹³²⁵ VwGH 6. Mai 1980, HS 11.288, *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar 2006, § 52 Rz 17, die Geschäftschancen als Vermögenswert sieht, wodurch ein unentgeltlicher Verzicht darauf zu Gunsten eines Aktionärs eine vermögensvermindernde Leistung darstellt, welche unter das aktienrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr fallen kann, wobei aber die Grenzziehung zwischen der zulässigen und unzulässigen Vermögensausschüttung schwierig ist. vgl. auch *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss* (2003), § 52 Rz 51 mwN.

¹³²⁶ damit ist jedoch nicht die bilanzielle Ansetzbarkeit gemeint.

¹³²⁷ vgl. *Hügel, Hanns*: Geschäftschancen und Konzernsynergien, 14 in *Gruber/Rüffler*: Gesellschaftsrecht – Wettbewerbsrecht – Europarecht, FS Koppenssteiner (2006), 11

¹³²⁸ vgl. *Hönig/Stingl* (2007), 25ff.

¹³²⁹ vgl. *Karollus* (1999), 323f.

¹³³⁰ dafür u.a. *Karollus und Saurer*; aA *Koppenssteiner, Rüffler, Doralt*; vgl. *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 52 Rz 13

¹³³¹ 6 Ob 271/05d

wäre.“¹³³² Auch Leistungen, welchen keine Gegenleistungen gegenüberstehen, können aus der Perspektive eines sorgfältigen und gewissenhaften Geschäftsleiters betrieblich gerechtfertigt sein¹³³³.

Die **betriebliche Rechtfertigung** wurde vor allem bei Sachverhalten der Darlehensgewährung und Sicherheitsbestellung diskutiert¹³³⁴. Ausgangspunkt der literarischen Auseinandersetzung war, dass ein wirtschaftlicher Vorteil für die sicherheitengebende oder eine Mithaftung übernehmende Gesellschaft konkret bewertet werden müsste und verlangt wurde, dass dieser Vorteil dem Wert der Sicherheit bzw. der übernommenen Kreditschuld entsprechen müsste¹³³⁵. Dies ist in der Praxis nicht umsetzbar, weil eine Bewertung ex ante nur sehr schwer möglich ist. Als Alternative bietet sich als Maßstab, wie realistisch der erwartete Vorteil, beziehungsweise wie hoch das Risiko des Fehlschlagens, ist¹³³⁶. Jedoch ist auch dieser Ansatz nicht zahlenmäßig konkretisierbar und nur scheinbar würde ein besseres Ergebnis erzielt werden. Allgemeingültig zur Beurteilung der betrieblichen Rechtfertigung ist das **kaufmännische Ermessen unter Bezugnahme auf die Sorgfalt der Geschäftsführung im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses**. Folgende Bewertungskriterien dienen der Orientierung am kaufmännischen Interesse:

1. ausreichender und realistischer Vorteil für den Leistenden,
2. angemessenes begrenztes Risiko unter Berücksichtigung der Vermögens- und Finanzlage und der ex ante zu erwartenden Bonität des Leistungsempfängers,
3. vernünftige Relation des erwarteten Vorteils zu dem übernommenen Risiko sowie
4. vernünftige Relation dieses Risikos in der Vermögens- und Finanzlage des Leistenden.

Es kommt daher nicht auf das Entgelt als risikoadäquater Kostensatz für die Leistung an¹³³⁷. Es wurde bereits mehrfach in dieser Arbeit die Meinung unterstützt, dass die Ausrichtung am Konzerninteresse zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nicht herangezogen werden kann. Jedoch kann nicht verleugnet werden, dass Einschränkungen vorzunehmen sind und dass ein Konzern, dessen Tatbestand im Gesellschaftsrecht vorgesehen ist, einen Spielraum ergeben muss. Die einzig argumentative Adaption, die vorgenommen werden muss, ist jene, dass die leistende Konzerngesellschaft an der Orientierung des sorgfältig agierenden Geschäftsführers am Konzerninteresse ein Interesse hat, wodurch die betriebliche Rechtfertigung sichergestellt ist. Demnach sind Konzernfinanzierungsmaßnahmen zulässig, die aus Sicht der leistenden Gesellschaft unter Berücksichtigung ihrer Stellung im Konzern wirtschaftlich sinnvoll sind. Allerdings ist es nicht unbedingt notwendig, dass konkret so viele Vermögensvorteile zufließen wie es dem eingegangenen Risiko entspricht, sondern es ist vertretbar, dass die Maßnahme unter Berücksichtigung aller Umstände als sorgfältige Geschäftsführungsmaßnahme bewertet wird¹³³⁸. Anwendungsbereiche sind vor allem Kreditaufnahmen durch die Holding, um günstige Paketkonditionen

¹³³² RIS-Justiz RS0120438

¹³³³ zu denken ist an Werbegeschenke, Leasingauto an den Großaktionär

¹³³⁴ vgl. Artmann in Jabornegg/Strasser, Kommentar (2006), § 52 Rz 13

¹³³⁵ vgl. Karollus (1999), 323f.

¹³³⁶ vgl. Saurer (1998), 597

¹³³⁷ Karollus betont, dass für eine Nicht-Bank risikoadäquate Entgelte zur Beurteilung nicht ausreichen.

¹³³⁸ Karollus (1999), 323f; Karollus betont, dass ein derart strenger Maßstab nicht generell gilt und somit nur offensichtlich unrichtige Auskünfte zurechenbar sein dürfen.

zu erhalten, und deren Verteilung, die Bereitstellung von Sicherheiten durch die Töchterunternehmen sowie auch die aus der Praxis nicht mehr wegzudenkenden Cashmanagementsysteme (Cash-Pooling)¹³³⁹.

In der **Fehringer**-Entscheidung¹³⁴⁰ wurde der Fall der Finanzierung des Anteilserwerbs im Rahmen von MBO/LBO-Modellen behandelt. Das grundlegende Beispiel des *Management* oder *Leverage Buy Outs* ist, dass eine Kapitalgesellschaft mit einem hohen Fremdkapitalanteil gegründet wird, die die Anteile an einer Gesellschaft übernimmt und mit dieser schlussendlich verschmolzen wird. Die verbleibende Gesellschaft wird mit den Verbindlichkeiten belastet, die anlässlich des Erwerbsvorgangs entstanden sind¹³⁴¹. Es gilt der Grundsatz, dass die Gesellschaft nicht auf ihre Gesellschafterstruktur Einfluss nehmen darf. Die Finanzierung im erwähnten Fall ist kein Akt sorgfältiger Geschäftsführung und der Anteilserwerb ist demnach unzulässig¹³⁴². In der *Fehringer*-Entscheidung wurde konstatiert, dass das Kapitalerhaltungsgebot auch gegen den dritten Kreditgeber gilt und folglich unter Umständen zur Nichtigkeit oder zumindest Undurchsetzbarkeit der Kreditforderung bzw. der Sicherheit führen kann, wobei grobe Fahrlässigkeit gegeben sein muss. Der OGH bestätigt eine Erkundigungspflicht des Kreditgebers, auch bei „nicht offenkundig unrichtigen“ Auskünften der beteiligten Gesellschaft¹³⁴³. Zu prüfen ist demnach, ob ein gewissenhafter Vorstand bzw. Geschäftsführer ex ante, d.h. zeitlich vor oder zumindest während der Leistungserbringung, die fehlende betriebliche Rechtfertigung erkennen hätte können. Keine betriebliche Rechtfertigung liegt in den Fällen vor, in denen es zu einer krassen Benachteiligung der Einzelgesellschaft und vor allem ihrer Gläubiger kommt, beispielsweise dann, wenn Finanzierungshilfen geleistet werden und deren Rückforderungswahrscheinlichkeit aufgrund der Vermögens- und Finanzlage der betroffenen Gesellschaft sehr gering ist. Ein weiteres Beispiel ist gegeben, wenn die Finanzierungsmittel im Konzern aufgenommen werden und diese nicht im betrieblich

¹³³⁹ vgl. 6 Ob 271/05d vom 1. Dezember 2005 „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.“ ferner „Für den gemeinsamen Kontokorrentkredit einer Gesellschaft und eines ihrer Gesellschafter als Solidarkreditnehmer, bei dem die Gesellschaft für die Rückzahlung auch dann haftet, wenn die Kreditvaluta dem Gesellschafter zufließen, liegt ein rechtfertigendes Eigeninteresse der Gesellschaft vor. Dafür sprechen (gewiss nicht ausschlaggebend) die geringeren Kreditspesen; vor allem aber die festgestellten Aspekte der wirtschaftlichen Zusammenarbeit beider Unternehmen.“

¹³⁴⁰ OGH 4 Ob 2078/96h vom 25. Juni 1996

¹³⁴¹ vgl. *Koppensteiner, Hans-Georg*: Verschmelzung und Vermögensbindung, Wbl 1999, 333

¹³⁴² Ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften kann auch in der Bestellung von Sicherheiten für Dritte am Gesellschaftsvermögen oder an Teilen davon für Forderungen gegen Gesellschafter liegen, vgl. *Reich-Rohrwig* (1997) mwN; „Die Bestellung einer Sicherheit für eine Schuld des Gesellschafters (Aktionärs) ist zulässig, wenn die Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung erhält, wie sie bei vergleichbaren Bankgeschäften üblich ist“ zur Angemessenheitsprüfung siehe *Krejci* (1993) 276ff. mwN

¹³⁴³ vgl. *Karollus* (1999), 323f.; Saurer verweist darauf, daß „die Organe mit dem Abschluß eines verbotswidrigen Rechtsgeschäfts immer auch ihre Vertretungsmacht mißbrauchen. Der Dritte sei weniger schutzwürdig als der Vertretene, wenn er mit dem Vertreter absichtlich zum Schaden der Gesellschaft zusammenwirke (Kollusion) oder wenn das vertretungsbefugte Organ bewußt zum Nachteil der Gesellschaft handle und der Dritte davon wisse“. Der Dritte könne sich aber auch dann nicht auf die Vertretungsmacht des Organs berufen, "wenn der Mißbrauch für jeden Einsichtigen evident ist, dem Dritten es sich also geradezu aufdrängen muß, daß der Vertreter bei Geschäftsabschluß mit Schädigungsvorsatz zum Nachteil des Vertretenen handelt". „Bei der Bestellung von Sicherheiten für eine Gesellschafterschuld werde der Dritte nicht schutzwürdig sein, wenn er erkennen konnte oder es für ihn evident sein mußte, daß die Sicherheitenbestellung aufgrund einer negativen Prognose über die Leistungsfähigkeit der Zielgesellschaft gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt. Der Kreditgeber dürfe weder absichtlich an dem für die Gesellschaft nachteiligen Geschäft mitwirken noch vom nachteiligen Geschäft Kenntnis haben und die Unkenntnis dürfe auch nicht auf grob fahrlässigem Verhalten beruhen. Verstöße die Sicherheitenbestellung nur wegen einer nicht adäquaten Gegenleistung gegen § 52 AktG, so sei nur das Geschäft zwischen Zielgesellschaft und Obergesellschaft nichtig, weil der Dritte die internen Vereinbarungen kaum kennen werde. Kenne er sie, so bleibe die Frage offen, ob sich eine solche Kenntnis auf das Sicherungsgeschäft auswirke“. Auch der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr fordert eine Abwägung der Interessen des Kreditgebers und der durch die verbotene Einlagenrückgewähr geschädigten Gesellschaft und ihrer Gläubiger. Die Interessen der Gesellschaft und ihrer Gläubiger müssen jedenfalls auch den Interessen jenes Kreditgebers vorgehen, der weiß, daß er den Kredit einem (mittelbaren) Gesellschafter gewährt, der damit den Anteilskauf finanziert, und daß die Sicherheit am Gesellschaftsvermögen bestellt wird. Das gleiche muß auch für jenen Kreditgeber gelten, dem sich dieses Wissen "geradezu aufdrängen" muß, dessen Unkenntnis demnach auf grober Fahrlässigkeit beruht. *Saurer* (1995), 103ff.

gerechtfertigten Konzerninteresse in profitable Projekte investiert werden, sondern der Ausschüttung an Konzerneigner dienen¹³⁴⁴.

5.3. Konsequenzen bei Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr

§ 82 GmbHG und § 52 AktG sagen nichts darüber aus, ob die verbotswidrigen Geschäfte nichtig sind¹³⁴⁵. Der Zweck des Verbots der Einlagenrückgewähr rechtfertigt es jedoch, diese Geschäfte unter § 879 Abs. 1 ABGB¹³⁴⁶ zu subsumieren, weshalb herrschende Ansicht ist, dass der Verstoß die grundsätzliche Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses zur Folge hat¹³⁴⁷ und ein entsprechender Rückleistungsanspruch, der im Falle, dass der Anspruch gegen den ungerechtfertigt Begünstigten uneinbringlich wird, gegen die Geschäftsführer der leistenden Gesellschaft zu richten ist, welche persönlich und unbeschränkt dafür haften¹³⁴⁸. Bei Verstößen gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften haben die Gesellschafter keinen Anspruch auf Vertragserfüllung und die Gesellschaft darf derartige Verträge nicht erfüllen¹³⁴⁹. Systematisiert sind die Rechtsfolgen der Einlagenrückgewähr a) gesellschaftsrechtliche Rückgewähransprüche, b) die Nichtigkeit des die Ausschüttung verbergenden Rechtsgeschäftes und c) die Strafbarkeit¹³⁵⁰.

Absolut¹³⁵¹ nichtig sind Leistungen gemäß § 879 Abs. 1 ABGB, wenn strafrechtliche Tatbestände, wie beispielsweise jene der Untreue gemäß § 159 StGB, erfüllt sind. Nichtig sind ferner offene verbotene Ausschüttungen, denn diesfalls lautet der Vertragszweck bereits unmittelbar auf Vermögensauszahlung bzw. Einlagenrückgewähr¹³⁵². Die Konsequenzen bei verdeckten Ausschüttungen sind umstritten. Konsequenterweise müsste bei absoluter Nichtigkeit geschlossen werden, dass der Rückleistungsanspruch als Ausfluss der zivilrechtlichen Nichtigkeit auf gegenständliche Rückgewähr der erhaltenen Leistung gerichtet ist (Sachherausgabe)¹³⁵³. Die Gegenmeinung argumentiert jedoch, dass die zivilrechtliche Nichtigkeit mit der Rückabwicklungsfolge (aus wirtschaftlichen Überlegungen) nicht dem Willen des Gesetzgebers zugeschrieben werden kann, wodurch bei verdeckten Ausschüttungen lediglich der

¹³⁴⁴ vgl. Karollus (1999), 323

¹³⁴⁵ vgl. Koppensteiner, Kommentar (1999), § 82 Rz 19, vgl. Krejci (1993), 272

¹³⁴⁶ „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“

¹³⁴⁷ OGH 6 Ob 2110/96d am 13. Februar 1997: „Der Umgründungsvorgang dürfe nicht zwingenden handelsrechtlichen Regelungen zuwiderlaufen und damit nichtig sein. Ein Spaltungsvorgang nach dem UmgrStG setze die Einhaltung zwingender gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen voraus. Der beabsichtigte Umgründungsvorgang solle eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Aktiengesellschaft herbeiführen, die als Gegenleistung zu gewährenden neuen Anteile sollten aber nicht der abspaltenden GmbH zukommen, sondern an deren Gesellschafter durchgeschleust werden. Dadurch erfolge ein Wertverlust bei der abspaltenden GmbH, der durch die dafür gewährten neuen Anteile nicht ausgeglichen werde. Damit werde gegen zwingende Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 82f GmbHG) zur ungeschmälerten Erhaltung des Gesellschaftskapitals als Haftungsfonds für die Gläubiger verstoßen.“

¹³⁴⁸ vgl. Karollus (1999), 323, vgl. Jabronegg in Schiemer/Jabronegg/Strasser, Kommentar (1998), § 52 Rn 1, auch § 56 Rn 9, vgl. Koppensteiner, Kommentar (1999), § 82 Rn 19, der betont, dass in Österreich aus der Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts auch die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts folgt.

¹³⁴⁹ vgl. Koppensteiner/Rüffler (1999), 90

¹³⁵⁰ vgl. Pilz (1994), 44

¹³⁵¹ absolute im Gegensatz zur „geltendzumachenden“ Nichtigkeit liegt vor, wenn Gesetzesverstöße vorliegen, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheiten dienen, wobei diese von Amts wegen wahrzunehmen ist. vgl. Krejci (1993), 272

¹³⁵² vgl. Doralt (2000), 71

¹³⁵³ Jedoch gibt es auch diesbezüglich differenzierende Tendenzen in der Literatur. Ein Teil des Schrifttums sieht Nichtigkeit ohne Rückabwicklung, d.h. das verbotene Geschäft ist zwar nichtig, jedoch die Rückabwicklung soll nicht stattfinden vgl. Kastner/Doralt/Nowotny, (1990), 295; Doralt (2000), 71ff. oder Koppensteiner, Kommentar (1999), § 83 Rz 9. Eine andere Meinung sieht Nichtigkeit mit modifizierter Rückabwicklung, d.h. die Rückabwicklung findet zwar statt jedoch über das Instrument des gesellschaftsrechtlichen Rückerstattungsanspruches wird von Jabronegg in Schiemer/Jabronegg/Strasser, Kommentar (1998), § 52 Rz 1

Wertausgleich in Höhe des zuviel Geleisteten verlangt werden sollte¹³⁵⁴. Der Autor schließt sich der letztgenannten Argumentation an, wonach es zu einer vollständigen **Verdrängung** der **zivilrechtlichen Nichtigkeitsfolgen** kommt¹³⁵⁵ und daher der Gesellschaft nur ein Wertausgleich in Höhe des zu viel Geleisteten bzw. zu wenig Erhaltenen zusteht¹³⁵⁶, denn es scheint überschießend bei geringer Äquivalenzstörung von einer Nichtigkeit auszugehen¹³⁵⁷. Unstrittig muss der Schutzzweck des Kapitalerhaltes gesichert sein, doch soll in der konzernrechtlichen Praxis nicht jegliches Geschäft grundsätzlich verboten bzw. in seiner Konsequenz (absolut) nichtig sein¹³⁵⁸. Eine weitere Meinung, welche das Ergebnis unverändert lässt, jedoch deren Basisargumentation dreht, sieht vor, dass eine umfassende Verdrängung der zivilrechtlichen Nichtigkeitsfolgen nicht geboten sei. Vielmehr seien schuldrechtliche Vereinbarungen, welche gegen die Kapitalerhaltungsgrundsätze verstoßen, gemäß § 879 ABGB nichtig, jedoch könne der Gesellschafter die Nichtigkeitsfolgen dadurch abwehren, wenn Wertausgleich in Höhe des zu wenig Geleisteten bzw. zu viel Empfangenen geleistet wird¹³⁵⁹. Zugestimmt wird darin, dass das Gesellschaftsrecht der Nichtigkeit gemäß § 879 ABGB nicht entgegensteht, doch darf aus einem gesellschaftsrechtlichen Verbot nicht zwangsläufig die Nichtigkeit § 879 ABGB angenommen werden. In diesem Zusammenhang sind die Bestimmungen zum Erwerb eigener Aktien über die im Gesetz vorgesehenen Schwellenwerte zu bedenken.

Hauptversammlungsbeschlüsse, die sich über § 52 AktG hinwegsetzen, sind nichtig. Ein Beschluss der Generalversammlung, welcher auf die Verhinderung dieses Anspruches abzielt, ist gemäß § 83 Abs. 4 GmbHG nichtig.

Eine Regelung zur **Rückforderung** bei der **Aktiengesellschaft** gibt es *expressis verbis* nicht, denn § 56 Abs. 1 AktG normiert nur eine Haftung der Aktionäre (Außenhaftung)¹³⁶⁰, soweit sie verbotene Zahlungen von der Gesellschaft erhalten haben, wobei nicht nur Barzahlungen, sondern jede Leistung der Gesellschaft, die eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt¹³⁶¹ und soweit sie gemäß Abs. 3 nicht in gutem Glauben waren maßgeblich sind¹³⁶². Der Anspruch auf Rückforderung wird jedoch nach hA aus § 56 Abs. 3 AktG e contrario abgeleitet, demnach die Gesellschafter Beträge nicht zurückfordern dürfen, die Aktionäre im guten Glauben als Gewinnanteile bezogen haben¹³⁶³. Der Rückgewährungsanspruch ist verschuldensunabhängig, wodurch es bei verbotener Einlagenrückgewähr nicht auf die schuldhafte Pflichtverletzung ankommt. Nur im Falle des guten Glaubens sieht der Gesetzgeber einen Rückgewährungsverzicht vor. Der gute Glaube als Instrument, das der völligen Schuldlosigkeit und der Schutzwürdigkeit Rechnung tragen soll, beschränkt sich systematisch auf Beträge, die über Gewinnanteile

¹³⁵⁴ vgl. Böhler, Elisabeth: Nichtigkeit des Geschäfts bei verdeckter Einlagenrückgewähr, ÖBA 2004, 433ff.

¹³⁵⁵ gemeint sind damit Kondiktion und Vindikation; vgl. auch Koppensteiner/Rüffler (1999), 89f.

¹³⁵⁶ vgl. Artmann in Jabornegg/Strasser, Kommentar (2006), § 52 Rz 72, vgl. Kastner/Doral/Nowotny (1990), 295

¹³⁵⁷ vgl. § 934 ABGB (leasio enormis), wodurch der Verkürzende das Recht hat den Vertrag aufrechtzuerhalten, wenn er den Abgang bis zum gemeinen Wert zu ersetzen bereit ist.

¹³⁵⁸ anderer Ansicht Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar (1998), § 52 Rn 1; Die absolute Nichtigkeit kollidiert jedoch im Aktienrecht mit § 56 Abs. 4 AktG, welche eine Anspruchsverjährung vorsieht.

¹³⁵⁹ vgl. Böhler (2004), 433ff.

¹³⁶⁰ auch diese Norm kann auf frühere oder künftige Aktionäre anwendbar sein sowie bei Dritten, welche Aktionärsenschaften erlangen.

¹³⁶¹ im deutschen Recht wurde der Begriff Zahlungen 1965 durch den Begriff Leistungen ersetzt. vgl. Lutter in KK § 62 Rn 16

¹³⁶² bereits leichte Fahrlässigkeit schadet

¹³⁶³ zum Umkehrschluß Kastner/Doral/Nowotny (1990) 294 f; Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar (1998), § 56 Rz 1

oder Zinsen¹³⁶⁴ bezogen werden¹³⁶⁵. Gläubiger ist die Aktiengesellschaft¹³⁶⁶. Die Geltendmachung des (ungeschriebenen) Rückgewährungsanspruches obliegt dem Vorstand und im Konkursfall gemäß § 56 Abs. 2 AktG dem Masseverwalter. Eine weitere Anspruchsnorm ist die Haftung gemäß §§ 100f AktG. Es haftet derjenige, der vorsätzlich unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrates dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, um für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Vorteile zu erlangen. Dadurch wird dem einzelnen Aktionär ermöglicht, einen Ersatzanspruch durchzusetzen, wenn er unmittelbar geschädigt wurde.

Eine **Rückzahlungsverpflichtung** ergibt sich bei der **GmbH** aus § 83 Abs. 1 GmbHG (Rückersatz der verbotswidrig geleisteten Zahlung) und die Rückersatzansprüche sind durch die Geschäftsführer geltend zu machen. Macht der Geschäftsführer derartige Ansprüche nicht geltend, macht er sich schadenersatzpflichtig. Eine weitere Haftung von den Leitungsgremien resultiert aus der Sorgfaltspflichtverletzung.

5.4. Kapitalerhalt bei Finanzintermediären

Primär dienen die Kapitalerhaltungsvorschriften dem Gläubigerschutz als Ausgleich für die beschränkte Haftung des Gesellschaftsvermögens. Daher ist auch die zwingende Kapitalaufbringung¹³⁶⁷ untrennbar mit den Kapitalerhaltungsvorschriften verknüpft. Demnach soll das Vermögen der Gesellschaft als „dauernder Grundstock der Gesellschaft“ und als einziges „dem Zugriff der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt“ gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abgesichert sein¹³⁶⁸. Zusätzlich zu diesem primären Normzweck sollen die Kapitalerhaltungsvorschriften auch die Gesellschaft sowie deren Gesellschafter schützen, denn einerseits können die Gesellschafter ihren Gewinnanspruch auf Basis der Kapitalerhaltungsvorschriften transparent ermitteln und eine Ungleichbehandlung durch Begünstigung eines anderen Gesellschafters vermeiden und andererseits verbleibt für die operative Geschäftsführung notwendiges Vermögen in der Gesellschaft, womit der Gesellschaftszweck erreicht werden soll. Es wäre in der Tat der Zweckerfüllung abträglich, wenn Mittel, die aufgebracht werden um den Gesellschaftszweck zu erreichen, wiederum an die Gesellschafter (verbotenerweise) ausgeschüttet würden¹³⁶⁹. Von den gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsvorschriften des Aktienrechts und GmbH-

¹³⁶⁴ der gute Glaube durchbricht demnach auch § 54 AktG, der normiert, dass Zinsen den Aktionären weder zugesagt noch ausbezahlt werden dürfen.

¹³⁶⁵ diese Lösung trägt den Interessen der Rechtssicherheit und Kapitalerhaltung Rechnung. Einerseits gibt es Rechtssicherheit für die schutzwürdigen Anleger (Gutgläubensschutz der empfangenden Aktionäre bei Empfang einer Zahlung als Dividende oder Zinsen) und auf der anderen Seite gibt es Rechtssicherheit für die Gläubiger und nicht an der Rückgewähr partizipierender Aktionäre, denn der Gutgläubensschutz der empfangenden Aktionäre gilt nur bei Empfang einer Zahlung als Dividende oder Zinsen. vgl. Doralt (2000), 77 mit Verweis auf Schlegelberger/Quassowski, Aktiengesetz, 3. Auflage, Berlin 1937, § 56 Anmerkung 5.

¹³⁶⁶ vgl. Kastner/Doralt/Nowotny (1990), 294f, vgl. Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar (1998), § 56 Rn 4

¹³⁶⁷ die Gründe für die Kapitalaufbringung sind vielfältig und umfassen: Ernsthaftigkeitstest, Auslese und Vermeidung von unsoliden Gründungen bzw. Vermeidung der Konkursanfälligkeit von Gesellschaften, Vermeidung von Gründungsschwindel, Haftungsfonds, Preis für die Gewährung der Haftungsbeschränkung; vgl. Bauer, Markus: Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer – kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept? Frankfurt am Main 1995, 134ff.

¹³⁶⁸ OGH 4 Ob 2078/96h vom 25. Juni 1996 unter Hinweis auf 236 BlgHH 17. Sess, 88

¹³⁶⁹ vgl. Koppensteiner/Rüffler (1999), 86 ff; vgl. Koppensteiner, Hans-Georg: Gruppenbesteuerung, Verlustvortrag und Gesellschaftsrecht, GeS 2005, 404; auch Doralt (2000), 91

Rechts, welche nun auch auf die Kommanditgesellschaft ohne persönlich haftenden Komplementär angewandt werden müssen¹³⁷⁰, sind die Eigenmittelvorschriften der Finanzintermediäre zu unterscheiden.

5.4.1. Kreditinstitute und Versicherungen

Die **Eigenmittelvorschriften** der Kreditinstitute sind im Bankwesengesetz¹³⁷¹ geregelt und sind für Kreditinstitute maßgeblich. Kreditinstitute müssen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, einer Genossenschaft oder einer Sparkasse geführt werden¹³⁷². Die Eigenmittelvorschriften des BWG stehen bei Kreditinstituten in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft neben den gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsvorschriften, wobei betont werden muss, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften sich nach herrschender österreichischer Ansicht auf das gesamte Vermögen beziehen, während die Eigenmittelvorschriften die **ausreichende Solvabilität** des Kreditinstitutes sicherstellen sollen. In anderen Worten sieht das BWG eine Berechnungsmethodik¹³⁷³ für die notwendigen Eigenmittel vor, wodurch die Zahlungsfähigkeit gewährleistet und Verluste abgefangen werden können. Solvabilität meint die Relation zwischen der Summe der Bilanzaktiva und außerbilanzmäßigen Geschäfte und dem sich daraus ergebenden Ausmaß an notwendigermaßen vom Kreditinstitut zu haltenden Eigenmitteln¹³⁷⁴. Das österreichische Aktienrecht und GmbH-Recht definiert dahingehend zwar Mindestkapitalien doch hinsichtlich der ausreichenden Kapitalisierung verweist der österreichische Gesetzgeber auf die **Verantwortung** eines „ordentlichen und gewissenhaften“ **Geschäftsleiters**.

Die Funktionen ausreichenden Eigenkapitals bei Kreditinstituten sind die **Finanzierungsfunktion** (Errichtung, Investitionen in das Anlagevermögen), die **Insolvenzschutzfunktion** (Wachstumsbremse, Verlustausgleich), die **Vertrauens-** und **Werbefunktion** (Kreditwürdigkeit, Gewinnung neuen Eigenkapitals), die Herrschaftsfunktion, die Erfolgsermittlungs- und Verteilungsfunktion (Messung des Unternehmenserfolges und Erfolgsverteilung)¹³⁷⁵ und die **bankaufsichtsrechtliche Steuerungsfunktion** (Bewilligungen, Beschränkungen¹³⁷⁶).

Kreditinstitute haben zusätzlich zum Eigenkapital über ausreichend anrechenbare Eigenmittel zur Sicherung der kontinuierlichen Tätigkeit bzw. für die Sparer und Anleger zu verfügen. Entsprechend dem Verbot der Einlagenrückgewähr, welches primär Gläubigerschutzgedanken Rechnung trägt, zielt das Bankwesengesetz auf die Verhinderung einer Bankinsolvenz bzw. auf den Gläubigerschutz – Sparer und Anleger – ab. Diese Eigenmittel als (risikogewichtete) Verhältniszahl zur aktivischen Bilanzsumme fungiert auch als Wachstumsschranke, als jedes weitere Geschäft entsprechend den Solvabilitätsbestimmungen mit entsprechenden Eigenmitteln hinterlegt werden muss, was die Versorgung entsprechender Eigenmittel in der Gesellschaftssphäre durch erwirtschaftete Gewinne und in der

¹³⁷⁰ dazu siehe im Folgenden

¹³⁷¹ § 22ff. BWG

¹³⁷² Konzessionsvoraussetzung vgl. § 5 Abs. 1 Z. 1

¹³⁷³ Standardansatz, IRB Ansatz

¹³⁷⁴ Solvabilität meint die Relation zwischen der Summe der Bilanzaktiva und außerbilanzmäßigen Geschäfte und dem sich daraus ergebenden Ausmaß an notwendigermaßen vom Kreditinstitut zu haltenden Eigenmitteln. vgl. *Borns* (2006), 63

¹³⁷⁵ *Gaumert, Uwe*: Eigenkapital-Management in deutschen Kreditinstituten, Berlin 1997, 26

¹³⁷⁶ u.a. § 27 BWG Großveranlagungen

Gesellschaftersphäre durch Mittel der Eigentümer oder institutioneller Investoren (Partizipationskapital, Ergänzungskapital, nachrangiges Kapital) voraussetzt.¹³⁷⁷ Im Spannungsfeld zur Wachstumsschranke, die die Bestrebung speist, die Eigenkapitalkosten durch geringeren Unterlegungsbedarf zu reduzieren, ist die Insolvenzschutz- und Vertrauensfunktion zu sehen, denn die Refinanzierungskosten, welche bei Kreditinstituten, die sich nicht ausschließlich über Primärmittel refinanzieren, über den Kapitalmarkt beschafft werden müssen, orientieren sich am Rating des Kreditinstitutes, welches auch von den vorhandenen Eigenmitteln maßgeblich beeinflusst wird. Kreditinstitute mit hohen Eigenmitteln und korrespondierenden guten Ratings erhalten Passivmittel zu günstigeren Konditionen. Das absolute Mindestkapital gemäß § 5 Abs. 1 Z 5 BWG muss zumindest EUR 5 Millionen betragen. Wie viel Eigenmittel mindestens verfügbar sein müssen, folgt aus § 22ff BWG, wobei unterschieden werden muss, ob die Berechnung nach dem Kreditrisiko-Standardsatz oder gemäß dem auf internen Ratings basierenden Ansatz ermittelt wird¹³⁷⁸.

Den Bestrebungen des Kapitalerhaltungsgrundsatzes entsprechend sind die Eigenmittelbestandteile Partizipationskapital¹³⁷⁹ und Ergänzungskapital konzipiert, denn beiden ist gemein, dass Ausschüttungen im Jahresgewinn Deckung finden müssen. **Partizipationskapital**¹³⁸⁰ basiert auf einer schuldrechtlichen Beteiligung und ist wie ein Genussrecht konzipiert. Der Zeichner des Partizipationskapitals ist im Grunde Gläubiger der Gesellschaft, jedoch in einer gesellschafterähnlichen Stellung, denn neben dem Teilnahme-¹³⁸¹ und Auskunftsrecht¹³⁸² in der Generalversammlung ist die Verlustteilnahmepflicht und die Nachrangigkeit der Beteiligung charakteristisch. Partizipationskapital ist eingezahltes Kapital, das dem Unternehmen auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche oder außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird und wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt. Es darf nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften herabgesetzt oder gemäß den Bestimmungen des § 102a BWG eingezogen werden. Nicht unter die Kapitalherabsetzungsvorschriften fällt der Erwerb eigenen Partizipationskapitals, der jedoch in analoger Anwendung der §§ 65 und 66a AktG nur dann erfolgen darf, wenn dies zur Abwehr eines drohenden schweren Schadens notwendig ist und das von der Bank erworbene eigene Partizipationskapital 10 % des gesamten (emittierten) Partizipationskapitals der betreffenden Bank nicht übersteigt¹³⁸³. Die Erträge aus dem Partizipationskapital sind gewinnabhängig, wobei als Gewinn das Ergebnis des Geschäftsjahres nach Rücklagenbewegung anzusehen ist. Um als Kernkapital qualifiziert zu werden, darf keine Verpflichtung zur Nachzahlung der Dividende aufgrund unterbliebener Dividendenzahlungen aufgrund etwaiger Verlustjahre in Jahren der Deckung im Gewinn geleistet werden¹³⁸⁴. Dadurch wird erreicht, dass Ausschüttungen auf das Partizipationskapital nicht zu einem bilanzmäßigen Verlust führen. Partizipationskapital enthält das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös, darf jedoch erst nach

¹³⁷⁷ vgl. *Borns* (2006), 66f

¹³⁷⁸ § 22 Abs. 2 BWG

¹³⁷⁹ § 23 Abs. 4 BWG

¹³⁸⁰ Partizipationskapital mit Dividendennachzahlungsverpflichtung gilt als ergänzende Eigenmittel; jene ohne als Kernkapital.

¹³⁸¹ § 23 Abs. 5 BWG

¹³⁸² § 23 Abs. 5 BWG iVm § 118 AktG

¹³⁸³ § 23 Abs. 16 BWG

¹³⁸⁴ § 23 Abs. 3 Z 8 BWG; besteht Dividendennachzahlungspflicht, handelt es sich um ergänzende Eigenmittel, § 23 Abs 14 BWG

Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden. Weitere Eigenmittelbestandteile sind z.B. das Ergänzungskapital¹³⁸⁵. Dieses steht vereinbarungsgemäß dem Kreditinstitut auf mindestens acht Jahre zur Verfügung und ist von Seiten des Gläubigers nicht vor Ablauf dieser Frist kündbar. Auch beim Ergänzungskapital dürfen lediglich Zinsen ausbezahlt werden, soweit sie im Jahresüberschuss (vor Rücklagenbewegung) Deckung finden. Bei Rückzahlung des Ergänzungskapitals sind während der Laufzeit gegebenenfalls eingetretene Verluste in Abzug zu bringen¹³⁸⁶.

Bei Gefährdung der Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstitutes gegenüber seinen Gläubigern, was angenommen wird, wenn die Mindesteigenmittelerfordernisse nicht erfüllt werden können, kann die Finanzmarktaufsicht zur Abwendung dieser Gefahr befristete Maßnahmen durch Bescheid anordnen. Diese Maßnahmen umfassen beispielsweise die Untersagung von Kapital- und Gewinnentnahmen sowie Kapital- und Gewinnausschüttungen, die Bestellung eines Regierungskommissärs (fachkundige Aufsichtsperson) sowie die (auch teilweise) Untersagung des Geschäftsbetriebes¹³⁸⁷.

5.4.2. Investmentgesellschaften

Investmentgesellschaften in Österreich finden sich in unterschiedlichen Rechtsformen. Die Mittelstandsfinanzierungsgesellschaften¹³⁸⁸ sowie die Mehrheit der Beteiligungsgesellschaften sind als Kapitalgesellschaften organisiert. Jedoch zeugt die Beteiligungsbranche auch von Investmentvehikeln, welche als Kommanditgesellschaften strukturiert sind. Während bei der OG die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner unbeschränkt haften¹³⁸⁹, haften die Kommanditisten bei einer KG den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe der im Firmenbuch eingetragenen Haftsumme unmittelbar, somit beschränkt. Es wurde bereits die herrschende Meinung dargelegt, dass nur der Schutz des dauernden Grundstockes der Gesellschaft als freigegebenes Befriedigungsobjekt mittels der Kapitalerhaltungsvorschriften Rechtfertigung für den Mangel persönlicher Haftung sein kann¹³⁹⁰. Bei der Kommanditgesellschaft, welche kein verpflichtendes Mindestkapital kennt, gilt die Einlage, wenn diese den Kommanditisten zurückgezahlt wird, als gegenüber den Gläubigern nicht geleistet. Selbiges gilt, wenn der Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, obwohl frühere Verlustzuweisungen noch nicht durch spätere Gewinne ausgeglichen wurden¹³⁹¹. Somit gilt jede Rückzahlung der Pflichteinlage im Ausmaß der Unterschreitung der Haftsumme als Haftungsmasse des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Die Haftung der Kommanditisten gilt unmittelbar gegenüber den Gläubigern¹³⁹². Während jedoch Transaktionen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 GmbHG bzw. § 52 AktG nichtig sind, sind Zahlungen an die Kommanditisten mit der Konsequenz, dass die (entsprechende) Haftung wieder auflebt, möglich. Bei der

¹³⁸⁵ § 23 Abs. 7 BWG

¹³⁸⁶ vergleiche für nachrangiges Kapital bzw. hybrides Kapital § 23 Abs. 8f. BWG

¹³⁸⁷ § 70 BWG

¹³⁸⁸ § 6 b KStG

¹³⁸⁹ § 128 UGB

¹³⁹⁰ vgl. *Koppensteiner* (2005), Gruppenbesteuerung, 404

¹³⁹¹ § 172 Abs. 2 UGB

¹³⁹² vgl. *Kalss/Eckert/Schörghofer* (2009), 65ff.

Kapitalgesellschaft ist die Rückzahlung der Einlage nur im Zuge des Gläubigeraufgebotsverfahrens, in dem den Gläubigern die Möglichkeit Befriedigung oder Sicherstellung zu erlangen eingeräumt wird, möglich, nach deren Durchlauf die Rückzahlung der Einlage keine Haftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft oder dem Gläubiger auslöst¹³⁹³. Der OGH hat jedoch am 29. Mai 2008¹³⁹⁴ in entsprechender Fortsetzung des Judikaturtrends¹³⁹⁵ entschieden, dass die analoge Anwendung der §§ 82f. GmbH auf eine KG, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, möglich ist und argumentierte, dass der Gesetzgeber in mehreren Gesetzen Personengesellschaften ohne natürliche Person als persönlich Haftenden den Kapitalgesellschaften gleichgestellt hat. Im gegenständlichen Fall¹³⁹⁶ klagte der Masseverwalter einer insolventen GmbH & Co KG nicht den Kommanditisten sondern die durch die verdeckte Gewinnausschüttung begünstigte Bank auf Basis der Grundsätze aus der Fehring-Entscheidung¹³⁹⁷. Die Auswirkungen dieser Entscheidung sind vielschichtig. Demnach dürfen aufgrund der § 82ff. GmbHG Ausschüttungen an Kommanditisten bzw. in der Komplementär-GmbH nur in Höhe des Bilanzgewinnes erfolgen und die Rechtsgeschäfte zwischen der GmbH & Co KG und dem Kommanditisten bzw. der Komplementär GmbH sind lediglich dann zulässig, wenn einem Drittvergleich entsprochen wird. Bei Herabsetzung der Haftsumme¹³⁹⁸ muss konsequenterweise das kapitalgesellschaftsrechtliche Kapitalherabsetzungsprozedere eingehalten werden, wodurch auch die Anwendbarkeit des § 54 GmbHG maßgeblich wird. Die herrschende Judikatur hat bei der Liquidation der GmbH & Co KG den Vorrang der Gläubigerbefriedigung vor Liquidationserlösverteilung als zwingend erachtet¹³⁹⁹. Eine Ausdehnung der Kapitalerhaltungsvorschriften auch auf die atypisch stillen Gesellschaften ist naheliegend, da diese den Kommanditisten in ihrer atypischen Konstruktion nahestellt werden und weil der OGH bereits mehrmals die atypisch stillen Gesellschafter den Kommanditisten einer GmbH & Co KG gleichgestellt hatte. Die Gleichstellung erfolgte beispielsweise hinsichtlich des Konkursteilnahmeanspruchs im Konkurs des Geschäftsherren¹⁴⁰⁰, der Auszehrung des Gesellschaftskapitals von Publikumsgesellschaften durch Schadenersatzansprüche¹⁴⁰¹, bei eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, der Erhaltung der Substanz der Gesellschaft¹⁴⁰² und

¹³⁹³ ebd.

¹³⁹⁴ 2 Ob 225/07p

¹³⁹⁵ In der OGH E 8 Ob 2124/96b vom 24. Juli 1996 wies OGH *obiter* darauf hin, "dass Lehre und deutsche Rechtsprechung noch weiter gegangen sind und auch den an der Komplementär-GmbH nicht beteiligten 'Nur-Kommanditisten' bezüglich der strengen, dem Gläubigerschutz dienenden Kapitalerhaltungsvorschriften (insbesondere §§ 74, 82 und 83 GmbHG entsprechend den §§ 30 und 31 dGmbHG) den Gesellschaftern der Komplementär-GmbH gleichgestellt haben." Zur deutschen Rechtsprechung siehe BGH 19. Februar 1990 NJW 1990, 1725, wodurch die deutsche Lehre und Rechtsprechung vertritt, dass das Ausschüttungsverbot in der GmbH & Co KG auch für den an der GmbH nicht beteiligten Kommanditisten gilt.

¹³⁹⁶ Es findet durch die BE GmbH & Co KEG im Jahr 2001 eine Kreditaufnahme bei der beklagten Bank statt. Mit diesen Mitteln wird ein Geschäftsanteil von 99,8 % an der P-GmbH erworben. 0,2 % der Geschäftsanteile werden von der BE GmbH, einer Schwestergesellschaft der BE GmbH & Co KEG, erworben. Folglich wird die P GmbH in die P GmbH & Co KG gemäß § 5 UmwG errichtend umgewandelt. An dieser P GmbH & Co KG ist die BE GmbH als alleinige Komplementärin und die BE GmbH & Co KEG als alleinige Kommanditistin (Haftsumme iHv Euro 49.900,-) beteiligt. Im Jahre 2003 leistet die P GmbH & Co KG Zahlungen auf jenes Konto ihrer Kommanditistin, von dem der Kredit der beklagten Bank rückzuführen ist. Nach Konkurseröffnung über das Vermögen der P GmbH & Co KG ficht der Masseverwalter unter anderem die zur Rückführung des bei der beklagten Bank aufgenommenen Kredits geleisteten Zahlungen aufgrund eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr an. vgl. *Grossmayer, Clemens*: Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 2008, 1023

¹³⁹⁷ Lt. OGH 4 Ob 2078/96h vom 25. Juni 1996 ist Dritten gegenüber das verbotswidrige Geschäft bei Kollusion, bei Kenntnis des Dritten um die Verbotswidrigkeit oder bei grob fahrlässiger Unkenntnis nichtig

¹³⁹⁸ §§ 174ff. UGB

¹³⁹⁹ vgl. OGH 2 Ob 594/95 vom 21. Dezember 1995 sowie 2 Ob 184/97s vom 9. Oktober 1997

¹⁴⁰⁰ OGH SZ 68/28, OGH SZ 68/176, OGH SZ 68/166

¹⁴⁰¹ OGH SZ 63/124, OGH SZ 66/111, OGH SZ 69/166

¹⁴⁰² siehe OGH 8 Ob 2124/96b vom 24. Juli 1996

der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Abfindungsklauseln betreffend das Ausscheiden eines atypisch stillen Gesellschafters¹⁴⁰³ aus einer Kapitalgesellschaft¹⁴⁰⁴.

Bei Private Equity Gesellschaften sind die akquirierenden Gesellschaften oftmals Verlusthüllen. Dadurch sollen die vorgetragenen Verluste die erwartete Steuerbemessungsgrundlage aufgrund erwarteter Gewinne aus dem Betrieb oder der Verwaltung der Beteiligungen oder aufgrund erwarteter Gewinne aus dem geplanten exit reduzieren (tax shield¹⁴⁰⁵). Unter dem Blickwinkel des Verbotes der Einlagenrückgewähr stellt sich hier die Frage, ob diese Verlustvorträge einen geschützten Vermögenswert darstellen. Zur Diskussion gestellt wurde u.a., dass der Verlustvortrag ein Teil des Gesellschaftsvermögens ist, denn erwartete Gewinne können mit diesen verrechnet werden und reduzieren daher die erwartete Steuerbelastung. Dieser Argumentation schließt sich der Autor an, da es herrschende Wirtschaftspraxis ist unter bestimmten Umständen Verlusthüllen zu erwerben, womit ein Wert, sei dieser nun marktkonform oder nicht, zugerechnet wird. *Koppensteiner* vertritt diesbezüglich eine andere Meinung, wenn er unterstellt, dass Verluste nicht verpfändbar seien und dass durch deren Übertragung auf ein anderes Unternehmen, das den Gläubigern zur Pfändung zur Verfügung stehende Vermögen nicht geschmälert werde. Einschränkend muss jedoch festgehalten werden, dass sich Verluste durch Ausgliederung oder Spaltung zur Aufnahme¹⁴⁰⁶ verselbstständigen können und dass auch ein Kapitalgeber, der sich mit Gesellschaftsanteilen besichert hat, gegebenenfalls die Verluste nutzen kann¹⁴⁰⁷.

6. Ergebnis

Der Konzern ist so effizient, wie es die Grundlagenverträge oder der Nexus der konzernspezifischen Vertragskonvolute erlauben.

Kapitalgesellschaften, für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet, sind an das **Gesellschaftsinteresse** gebunden. Die zwei maßgeblichen Facetten des Gesellschaftsinteresses sind die **Gewährleistung der gesellschaftlichen Zweckerfüllung**, welche sich aus dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Realverfassung ergibt, sowie der **Erhalt des Gesellschaftsvermögens als Haftungsmasse** der Gesellschaftsgläubiger als Rechtfertigung der beschränkten Haftung. Im österreichischen Recht ist das Konzerninteresse nicht ausdrücklich normiert, jedoch kann dem Konzerninteresse innerhalb des von der Tochtergesellschaft vorgegebenen Rahmens gefolgt werden. Der Förderzweck einer herrschenden Genossenschaft wirkt auf ihre Beteiligungen, jedoch ebenfalls lediglich in dem Rahmen, den die Tochtergesellschaft vorgibt.

Verstößt ein **Gesellschafter gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes**, treffen diesen die schadenersatzrechtlichen Normen der §§ **1294** und **1297 ABGB**. Diese sind in Verbindung mit § **1299**

¹⁴⁰³ siehe OGH 10 Ob 73/04i vom 11. Jänner 2005

¹⁴⁰⁴ vgl. *Oberndorfer, Klaus/Leitner, Nikola*: Ausdehnung des Einlagenrückgewährverbots auf atypisch stille Gesellschafter, *ecolex* 2009, 956f

¹⁴⁰⁵ in der Unternehmensbewertung wirkt der tax shield als „ersparte Steuer“ durch Zinsen auf fremdes Kapital und Steuern sowie vorgetragenen Verlusten kaufpreiserhöhend.

¹⁴⁰⁶ siehe jedoch die Kapitalerhaltungsgrundsätze im Spaltungsgesetz; Verlustgesellschaften zur Gläubigerschädigung sind sittenwidrig.

¹⁴⁰⁷ vgl. *Hoenig/Stingl* (2007), 27ff.

ABGB anzuwenden, wenn ohne Not ein Geschäft übernommen wurde. Den Gesellschafter trifft auch die Beweislast, dass er dennoch pflichtgemäß gehandelt hatte (**Veranlassungsvermutung**). Ein **Nachteilsausgleich** wie im deutschen Recht besteht im **österreichischen Recht nicht**. Aus einem Nachteilsausgleich darf nicht geschlossen werden, dass die Veranlassung einer nachteiligen Maßnahme durch die herrschende oder verbundene Gesellschaft „geheilt“ würde. Vielmehr ist eine Haftung, beispielsweise aus Spätschäden, aus später ausgeglichenen nachteiligen Maßnahmen sehr wohl begründbar.

Jede **Vertragsänderung** im **Personengesellschaftsrecht**, die **Interessen** der Gesellschafter **beeinträchtigt**, muss auf **Erforderlichkeit** und **Verhältnismäßigkeit** hin geprüft werden. Bei **Kapitalgesellschaften beschränkt** sich dies auf **Grundlagenänderungen**, welche beispielsweise die Änderung der Machtverhältnisse oder die Änderung des Unternehmensgegenstandes oder des Unternehmenszweckes durch Übertragung wesentlichen Gesellschaftsvermögens umfassen. **Keiner Rechtfertigung** über die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit bedürfen jene Beschlüsse deren Konsequenz darin besteht, dass der damit **verbundene Rechtsverlust wertentsprechend kompensiert** wird.

Aufsichtsrechtlich wirken **Anzeige-** und **Bewilligungspflichten** auf die Beschlussfassung der Gesellschaft. So sieht das Bankwesengesetz in § 20 vor, dass die Veräußerung oder der Erwerb von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten der FMA anzuzeigen ist. Der Bewilligung gemäß § 21 BWG unterliegen u.a. die Verschmelzung oder Vereinigung oder die Spaltung von Kreditinstituten, die Erweiterung des Geschäftsgegenstandes, die Änderung der Rechtsform und die Forcierung qualifizierter Beteiligungen an Kreditinstituten mit Sitz im Drittland. Selbiges gilt gemäß VAG. Somit gibt es keine aufsichtsrechtlichen Anzeige- und Bewilligungspflichten im Banken- oder Versicherungskonzern, außer die betroffenen Töchtergesellschaften fallen unter die aufsichtsrechtlichen Normen, beispielsweise weil sie selbst Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen oder Kapitalanlagegesellschaften sind. Davon zu unterscheiden sind **Meldeverpflichtungen** über **Vermögen, Erfolg und Risiko** (§§ 74f. BWG, 79b iVm 85a VAG, sowie entsprechende Meldeverordnungen der Finanzmarktaufsicht).

Das **Aktienrecht** und das **GmbH-Recht** enthalten **Stimmverbotsnormen**, welche im **GenG** sowie bei der anteilsverwaltenden Sparkasse(nprivatstiftung) **analog** Anwendung finden. Diese tragen der Überlegung Rechnung, dass bei bestimmten Spannungsfeldern das **Stimmrecht** des Gesellschafters nicht nur einer Inhaltskontrolle zugänglich sein sondern **ex lege ausgeschlossen** werden soll. Dadurch soll **verhindert** werden, dass ein Gesellschafter bei einem Konflikt zwischen **persönlichen Interessen** und **Interessen der Gesellschaft** sein Stimmrecht zum **Nachteil** der Gesellschaft ausübt. Stimmverbotssachverhalte sind daher in jenen Konstellationen intensiv zu analysieren, in denen einerseits rechtsformimmanent die Interessen der Gesellschafter (Förderzweck) tangiert sind oder andererseits opportunistisches Potential durch die Minderheitengesellschafter ersichtlich ist. Unterschiede in den Tatbestandselementen des Stimmverbotes im Aktiengesetz und im GmbH-Recht sind im Grunde struktureller Natur, wodurch beide

Stimmverbotsnormen überwiegend dieselben Sachverhalte umfassen. Der herrschenden Ansicht folgend gilt das Stimmverbot auch für Tochtergesellschaften, die eine Beteiligung an der Muttergesellschaft halten.

Wird trotz der Erfüllung eines Stimmverbotstatbestandes eine Stimme abgegeben, so ist diese nichtig, wobei sie, sofern maßgeblich für eine positive oder negative Beschlussfassung (**Relevanzerfordernis**), anfechtbar ist. Demnach ist die **Stimme im ersten Schritt mitzuzählen** – da es oftmals zum Zeitpunkt der Beschlussfeststellung nicht eindeutig ist, ob ein Stimmverbotstatbestand erfüllt ist oder nicht – ist jedoch einer **Anfechtung** zugänglich. Der abstimmende Gesellschafter macht sich ferner durch **Verschweigen oder mutwillige Verletzung** eines **Stimmverbotes schadenersatzpflichtig**, wobei meines Erachtens der Anspruch auf Schadenersatz keine Anfechtung voraussetzt, als andernfalls der ausgleichende Rechtsschutz beschränkt würde. Bei Gefahr, dass die Aktionärsgesellschaft aufgrund der Befangenheit ihres Gesellschafters unsachlich hinsichtlich der Entscheidung zur Ausübung ihrer Stimme beeinflusst wird, gilt das Stimmverbot als anwendbar. Meines Erachtens muss ein Beherrschungsverhältnis vorliegen, um einen Interessenskonflikt auch im Interesse des Befangenen durchzusetzen, doch ist eine Beschränkung des Beherrschungstatbestandes im Sinne des § 15 Abs. 2 AktG nicht zu rechtfertigen. Es kommt daher gerade nicht auf die Beteiligungshöhe, sondern auf das potentielle Ergebnis an. Bei nicht geschlossenen Beteiligungsketten, muss neben dem reinen finanziellen Interesse auch eine unternehmerische Funktion wahrgenommen werden, denn erst dieses Zusammenspiel bietet eine ausreichende Indizwirkung für eine bevorzugte Wahrnehmung der Interessen der Drittgesellschaft. Auf eine (bloß) mögliche Beherrschung kommt es jedoch in diesem Kontext nicht an, denn es reicht aus, festzustellen an welcher Gesellschaft der Gesellschafter ein größeres Interesse hat, was einerseits durch (relative und absolute) Betrachtung der Beteiligungsquote und durch die weitergehende Bindung zur Gesellschaft andererseits festgestellt werden kann. Ein Stimmverbot liegt bei der juristischen Person, deren Organ befangen ist, dann vor, wenn das befangene Organmitglied maßgeblichen Einfluss auf das Geschäftsführungsorgan (interne Entscheidungsmodalitäten) hat oder in der Lage ist die juristische Person zu beherrschen. Bei mehrgliedrigen Strukturen ist es notwendig die Einschränkung dahingehend vorzunehmen, dass die anderen unbefangenen Organmitglieder stimmberechtigt sind, außer sie werden maßgeblich durch das befangene Organmitglied beeinflusst oder durch den Befangenen als Gesellschafter beherrscht. Der in der Literatur erwähnten Gefahr eines Solidaritätshandelns kann entgegengehalten werden, dass sich die Organmitglieder bei Hintanhaltung der mitgliedschaftlichen Interessen einer potentiellen Haftung gegenüber der Gesellschaft aus pflichtwidrigem Verhalten aussetzen.

Stimmbindungsvereinbarungen (Syndikatsverträge) sind nach herrschender Lehre **nichtig**, wenn die Weisung eines **befangenen Syndikatspartners** vorliegt, was aus § 879 Abs 1 ABGB iVm § 125 AktG bzw. § 39 Abs. 4 GmbH abgeleitet wird. In der Praxis wird im Syndikatsvertrag eine salvatorische Klausel aufgenommen, welche das Ruhen des schuldrechtlichen Verhältnisses zum Befangenen zur Folge

hat. Um die Beeinflussung des befangenen Syndikatspartners bereits in der „**Syndikatsversammlung**“ zu verhindern, gilt bereits zu diesem Zeitpunkt das Stimmverbot. Bei einem **Unterordnungssyndikat**, bei dem Syndikatsleiter eine Leitungs- oder Weisungsbefugnis zukommt, trifft ein Stimmverbot alle Syndikatspartner. Dies soll der realen Gefahr der Unkenntnis der Syndikatspartner über die Befangenheit des befangenen Syndikatspartners und deren damit verbundene Abstimmung im Sinne des befangenen Syndikatspartners, obwohl sie ohne Stimmbindung anders gestimmt hätten, entgegenwirken. Bei **Gleichordnungssyndikaten** mit Mehrheitsbeschlusserfordernis gilt das Syndikat als Gesamtes nur dann als nicht stimmberechtigt, wenn die Stimme des befangenen Syndikatspartners innerhalb des Syndikats ausschlaggebend war. Während die herrschende Lehre eine Erweiterung von Stimmverboten für zulässig erklärt, divergiert die Lehre hinsichtlich einer Einschränkung. Meines Erachtens ist eine Einschränkung des Stimmverbotes aufgrund des zwingenden Normcharakters nicht möglich.

Zur effektiven Konzernsteuerung kann durch satzungsvertragliche Optimierungsschritte viel gewonnen werden – gerade bei der Konzernierung durch Neugründung. So sehen das Aktiengesetz und GmbHG umfassende Wahlrechte und mehrheitsverschärfende oder mehrheitsabsenkende Gestaltungsmöglichkeiten vor, die vor dem Hintergrund höherer Flexibilität im Veränderungsprozess oder eben vor dem Hintergrund eines höheren Bedarfs an umfassender Legitimation entsprechend eingesetzt werden müssen. Dabei muss auf hinreichende Deutlichkeit, welche Beschlussgegenstände geänderten Beschlussmehrheiten unterliegen sollen, geachtet werden. Vorratsbeschlüsse sind Grundlagenbeschlüsse des gesellschaftsrechtlichen Aufsichtsorgans, womit dem geschäftsführenden Organ langwierige Beschlusswege erspart werden sollen. Sie sind im österreichischen Gesellschaftsrecht nicht ausdrücklich geregelt, sind jedoch nach herrschender Ansicht zulässig, wenn kein gesondertes Verbot normiert ist (z.B. § 27 Abs. 6 BWG). Vorratsbeschlüsse sind immer als explizit oder implizit auflösend bedingt anzusehen, denn bei jeder nachteiligen Veränderung der Beurteilungskriterien verliert der Vorratsbeschluss seine Gültigkeit. Vorratsbeschlüsse der Eigentümer sind nur eingeschränkt möglich, da dadurch die vollständige Dispositionsgewalt über das Unternehmen nicht zum geschäftsführenden Organ wandern darf.

Treuepflichten, welche aus dem Vertrauen und der engen persönlichen (mitgliedschaftlichen) Verbundenheit zur gemeinsamen Zweckerreichung aus dem Gesellschaftsvertrag resultieren, sind im österreichischen Gesellschaftsrecht bei Personengesellschaften und bei Kapitalgesellschaften im Verhältnis Gesellschaft zu Gesellschafter und im Verhältnis der Gesellschafter untereinander anwendbar. Die Reichweite der Treuepflichten hängt jedoch von der Verbandsstruktur – personalistisch oder kapitalistisch - ab, denn die Treuepflichten wirken umso stärker, je stärker der potentielle Mitwirkungsgrad und der potentielle Wirkungsgrad der Gesellschafter ist. So ist ein Gesellschafterbeschluss, der in seiner Wirkung einer unternehmerischen Entscheidung entspricht umso stärker an das Gesellschaftsinteresse gebunden. Dies gilt vielmehr wenn eine Satzung eine Förderpflicht normiert oder die Förderpflicht rechtsformimmanent ist. Treuwidrige Beschlüsse sind auf Basis des §

1295 Abs. 2 ABGB sowie aufgrund der treuwidrigen Stimmabgabe anfechtbar. Aufgrund der treuwidrigen Stimmabgabe ist der Beschluss jedoch erst dann anfechtbar, wenn das Beschlussergebnis ohne deren Berücksichtigung bei der Ergebnisfeststellung anders gelautet hätte (Relevanzerfordernis), wodurch im ersten Schritt die treuwidrige Stimmabgabe als grundsätzlich gültig gilt. Treuepflichten adressieren grundsätzlich lediglich jene Organe, denen Mitwirkungsbefugnisse zukommen und überhaupt in der Lage sind, treuwidriges Verhalten mit Auswirkungen auf die Gesellschaft oder andere Gesellschafter zu setzen. Dies setzt mitgliedschaftliche Rechte voraus. Bei mediatisierten Beteiligungen (Treuhandskonstruktionen) oder Beteiligungen, bei denen Kapitalisierungsüberlegungen im Vordergrund stehen (Kommanditgesellschaften, stille Beteiligungen), hängen die Wirkungen von Treuepflichten auf die dahinterstehenden Personen oder Gesellschaften davon ab, ob diesen direkter Einfluss oder Blockierungspotential zukommt (Vertragsgestaltung).

Der Syndikatsvertrag ist eine taugliche Plattform um Konzernstrategien festzuschreiben, die in dieser Art nicht in die Satzung Eingang finden können oder sollen. Syndikatsverträge wirken **üblicherweise obligatorisch** und können daher keine dingliche Wirkung jedoch bei entsprechender Konzeption (Konventionalstrafen) faktisch große Bedeutung entfalten. Syndikatsverträge vermögen nicht Satzungen oder das Gesetz zu konterkarieren. Mittels Syndikatsvertrag sind satzungsmäßig definierte Höchststimmrechte oder Vinkulierungsklauseln aufgrund der Nachweisbarkeit anfällig für Umgehungen. Mittels Stimmrechtsvertrag, welcher 51 % der Stimmen in der Hauptgesellschaft vereinigt, kann ein Mehrheitsbeschluss in der Syndikatsgesellschaft dazu führen, dass ein Gesellschafter mit 26 % der Stimmen seinen Willen in der Syndikatsgesellschaft und auch in der Hauptgesellschaft verwirklichen kann. Treuwidrige Syndikatsvereinbarungen können im Zuge der **korporativen Direktwirkung** dingliche Wirkung entfalten, wenn in ihr Treuepflichten normiert sind, welche auch ohne Syndikatsvertrag Gültigkeit hätten und es sich um eine omnilaterale Vereinbarung in einer personalistischen Struktur handelt. Andernfalls (Mehrheitssyndikate, kapitalistische Strukturen) kann aus dem Syndikatsvertrag die breite Wirkung einer Treuepflicht auf Gesellschaft und sämtliche Gesellschafter nicht abgeleitet werden.

Allgegenwärtiges Spannungsfeld in der Konzernstrukturierung ist jenes des Kapitalerhalts. Der Grundsatz des Verbotes der Einlagenrückgewähr als jedwede Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens gilt für alle Rechtsformen, die eine beschränkte Haftung vorsehen. Die Bestimmungen des § 82 GmbHG und des § 52 AktG verbieten bestimmte Zuwendungen an (auch ehemalige, zukünftige) Gesellschafter und Aktionäre sowie gegebenenfalls auch Dritte (causa societatis), um den dauernden Grundstock der Gesellschaft zu schützen. Neben dem Vermögen sind stille Reserven, corporate opportunities und die Nutzungsüberlassung maßgeblich. Ein Geschäft zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter ist zulässig, wenn es dem Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters entspricht. Dies ist gegeben, wenn das Geschäft unter denselben wirtschaftlichen Bedingungen mit einem Dritten abgeschlossen würde (Fremdvergleich). Meines Erachtens ist die Prüfung auf das objektive Missverhältnis zu beschränken. Ein subjektives Element (bewusste Einlagenrückgewähr) ist nämlich

gerade nicht den diesbezüglichen Bestimmungen immanent. Eine betriebliche Rechtfertigung als Gegenleistung zur Erfüllung des Fremdvergleichs kann die Realisierung des Tatbestandes der Einlagerückgewähr verhindern, wenn sie im kaufmännischen Ermessen unter Bedachtnahme der Sorgfaltspflichten der Geschäftsführung zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses vorliegt.

Absolut nichtig sind Leistungen gemäß § 879 Abs. 1 ABGB, wenn strafrechtliche Tatbestände, wie beispielsweise jene der Untreue gemäß § 159 StGB, erfüllt sind. Nichtig sind ferner offene verbotene Ausschüttungen, denn diesfalls lautet der Vertragszweck bereits unmittelbar auf Vermögensauszahlung bzw. Einlagenrückgewähr. Während bei der absoluten Nichtigkeit die Rückgewähr der erhaltenen Leistung maßgeblich ist, kommt es meines Erachtens jedoch zur Verdrängung der zivilrechtlichen Nichtigkeitsfolge dahingehend, dass der Gesellschaft nur ein Wertausgleich in Höhe des zu viel Geleisteten bzw. zu wenig Erhaltenen zustünde. Denn es ist bei geringer Äquivalenzstörung überschießend von einer Nichtigkeit auszugehen, da in der konzernrechtlichen Praxis nicht jegliches Geschäft grundsätzlich verboten bzw. in ihrer Konsequenz (absolut) nichtig sein sollte. Eine Regelung zur verschuldenunabhängigen Rückforderung bei der Aktiengesellschaft gibt es *expressis verbis* nicht, wird jedoch aus § 56 Abs. 3 AktG *e contrario* abgeleitet. Eine Rückzahlungsverpflichtung ergibt sich bei der GmbH aus § 83 Abs. 1 GmbHG (Rückersätze der verbotswidrig geleisteten Zahlung). Diese Rückersatzansprüche sind durch die Geschäftsführer geltend zu machen. Macht der Geschäftsführer derartige Ansprüche nicht geltend, macht er sich schadenersatzpflichtig. Ein Haftungsanspruch gegenüber den Leitungsgremien resultiert aus der Sorgfaltspflichtverletzung.

Vom Kapitalerhalt sind die Eigenmittelvorschriften der beaufsichtigten Finanzintermediäre zu unterscheiden. Während das Gesellschaftsrecht keine weitergehenden Normen außer den Mindestkapitalien zur ausreichenden Kapitalisierung einer Gesellschaft vorsieht und diese Verantwortung den ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleitern überträgt, sehen das VAG und BWG ein umfassendes Regelwerk zur geschäftsspezifischen Solvabilität vor. Bei Gefahr der Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstitutes gegenüber seinen Gläubigern, was dann angenommen wird wenn die Mindesteigenmittelerfordernisse nicht erfüllt werden können, kann die Finanzmarktaufsicht zur Abwendung dieser Gefahr befristete Maßnahmen durch Bescheid anordnen. Diese Maßnahmen umfassen beispielsweise die Untersagung von Kapital- und Gewinnentnahmen sowie Kapital- und Gewinnausschüttungen, die Bestellung eines Regierungskommissärs (fachkundige Aufsichtsperson) und die (teilweise) Untersagung des Geschäftsbetriebes.

KAPITEL VII

HAFTUNG IM KONZERN

1. Haftungsdurchgriff

Finanzintermediäre sind durchdringende Pfeiler des Wirtschafts- und Finanzsystems. Daher ist es die Aufgabe des Gesellschaftsrechtes dieser Bedeutung unter der Nebenbedingung, dass unternehmerisches Risiko nicht verhindert wird, auch Verantwortung zuzuordnen. Zusätzlich unterliegen Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen der laufenden staatlichen Aufsicht wodurch verhindert werden soll, dass sie auch nur in die Nähe der Realisierung der für den Haftungsdurchgriff maßgeblichen Tatbestände gelangen¹⁴⁰⁸. Die Kapitalgesellschaft ist die für Finanzintermediäre dominierende Rechtsform, welche auch der Ansteckungsgefahr entgegenwirken soll.

§ 5 BWG bestimmt als Voraussetzung für die Konzessionserteilung, dass es sich bei dem Kreditinstitut um eine Kapitalgesellschaft, eine Genossenschaft oder eine Sparkasse handeln muss. Im Konzernverbund wirkt das gesellschaftsrechtliche Prinzip der beschränkten Haftung wie Schotten in einem angeschlagenen Konzernschiff, die verhindern, dass der Misserfolg eines Konzernteils den Untergang eines ganzen Unternehmensverbundes bedeutet. Die Entwicklungen der letzten 18 Monate im internationalen Finanzsystem haben uns verdeutlicht, wie schnell die Existenz von Finanzintermediären, vor allem aufgrund der mangelnden Eigenmittel bzw. der damit in Verbindung stehenden kostenintensiven Liquidität, gefährdet sein kann und dass gerade im Finanzsystem die Frage nach der ultimativen Verantwortung, der Verantwortung des Eigentümers (Gesellschafter oder Aktionär) bzw. der Verantwortung des Staates, welcher zum Zwecke der Aufrechterhaltung des öffentlichen Vertrauens in die Stabilität des Finanzsystems die Rolle des Eigentümers bzw. eigentümersnahen Investors übernehmen musste. Betrachtet werden muss die Verantwortung des Eigentümers einer Kapitalgesellschaft sowie die verstärkten Verantwortungsfelder und gesetzlichen Mechanismen zur Aufrechterhaltung eines ausreichenden Haftungsfonds bei Finanzintermediären.

§ 61 Abs. 2 GmbHG u. § 48 AktG

Für die Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen.

In ständiger reichsgerichtlicher Rechtsprechung wurde bereits die Tatsache, dass eine juristische Person im Verkehr mit Dritten ihre Selbstständigkeit verliere, wenn sie aufgrund der „*Wirklichkeiten des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen es dem Richter gebieten, die juristische Konstruktion hintanzusetzen*“¹⁴⁰⁹ betont. Denn je stärker ein Gesellschafter die Verbands- und auch die Vermögenssphäre beherrscht, desto ausgeprägter ist die Vorstellung, wonach der herrschende

¹⁴⁰⁸ § 69 BWG: „Die FMA hat [...] zu überwachen und dabei auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Bankwesen und an der Finanzmarktstabilität Bedacht zu nehmen. (2) Die FMA hat unter Bedachtnahme auf die Art, den Umfang und die Komplexität der betriebenen Bankgeschäfte der Kreditinstitute und Kreditinstitutsgruppen die Angemessenheit des Kapitals, welches zur quantitativen und qualitativen Absicherung aller wesentlichen bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zur Verfügung steht, sowie die Angemessenheit der Verfahren [...] zu beaufsichtigen.“. Gemäß § 99 Abs. 1 VAG hat die FMA im Umfang der gemäß § 4 Abs. 1 VAG erteilten Konzession „die gesamte Geschäftsgebarung der Versicherungsunternehmen, insbesondere die Einhaltung der für den Betrieb der Vertragsversicherung geltenden Vorschriften, zu überwachen“.

¹⁴⁰⁹ vgl. Jabornegg, Peter: Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, Teil I/II, WBl 1989, 1 bzw. 43; Reich-Rohrwig (1983), 555, BGH BGHZ 22, 226, 230; 29, 385, 392; 54, 222, 224

Gesellschafter die Rechtsfolgen zu tragen hat und diese nicht am formal selbstständigen Sondervermögen auszurichten sind¹⁴¹⁰. Obwohl die Gesellschaft als Unabhängige im Rechtsverkehr auftritt, liegt das öffentliche Empfinden darin, dass die Gesellschaft, welche wesentlich im Besitz einer anderen steht, als dahinter stehender Garant agiert. Bezeichnend war für die in den letzten Jahren offensichtlichen Finanzstrukturen, „Versprechungen“ und Verbriefungen als Instrumente heranzuziehen. Verbriefungen, als Maßnahme der Minimierung von Verantwortung aufgrund des weiteren Verkaufs von – als uneinbringlich erwarteten – Forderungen und Versprechungen (Garantien) und als Maßnahme zur Verschleierung einer „produktspezifischen“ Suboptimalität, indizieren den tiefen Graben zwischen den Interessen der am Wirtschaftsleben Teilnehmenden. Es ist nahe liegend, dass ein Abgang von den formalrechtlich getrennten Rechtskreisen hin zu einer wirtschaftlichen Identität als Einheit bei einer Überschneidung von Interessenssphären zu erwarten ist¹⁴¹¹, wobei es auch immer stärker in der Verantwortung des Gesetzgebers liegen muss die Prüfung (Eignung, Haftungsvermögen) der Gesellschafter voranzutreiben.

Die Rechtfertigung der Etablierung eines geschlossenen Haftungsfonds bzw. die Normierung eines Haftungsausschlusses ist die zwingende Orientierung am Gesellschaftsinteresse, welches auch Grundlage für die Kapitalerhaltung ist. Bei Verstoß ist die Haftung der Gesellschafter logisches und interessensgerechtes Korrelat für die Verselbstständigung des Vermögens¹⁴¹².

Erwähntes ist jedoch nicht ein Widerspruch zur Propagierung vernünftiger Konzerngliederungen. Ein Konzern ist nicht per se rechtswidrig, sondern hat nur weitergehende Pflichten (Rechnungslegung/Berichterstattung, Aufsicht/Kontrolle, Eigenmittel im BWG/VAG) zur Folge. Unbestritten ist die Notwendigkeit strategische Entscheidungen zu treffen, ohne unmittelbar durch das Damoklesschwert der unbeschränkten Haftung bedroht zu sein. Denn wirtschaftliche Tätigkeit soll mit beschränktem Kapitaleinsatz und demzufolge begrenztem Risiko möglich sein¹⁴¹³. *„Es geht daher nicht an, die Gesellschafter für jede Fehlentwicklung strafrechtlich zu belangen. [...] darf umgekehrt auch kein Instrument der Gläubigerschädigung, kein Hort für völlig rücksichtslose, die Interessen der Außenwelt negierende Interessensverfolgung. Wo die Grenzen der tolerablen wirtschaftlichen Risikofreudigkeit und der bereits damit verbundenen, sozialadäquaten Gläubigergefährdung überschritten werden, da versagt auch das Haftungsprivileg, dass das Eingehen verbotener Risiken und die daraus resultierende sozial inadäquate Gläubigergefährdung wertungsmäßig nicht mehr zu decken vermag“*¹⁴¹⁴.

Der Oberste Gerichtshof vertritt in mehreren Entscheidungen, dass unter bestimmten Umständen ein Durchgriff entgegen der Bestimmungen des § 48 AktG bzw. § 61 GmbHG möglich ist. Dieser Meinungsstand erfuhr durch die Entscheidung vom 12. April 2002, bei der sich der OGH mit der

¹⁴¹⁰ vgl. Dennler (1984), 25

¹⁴¹¹ vgl. Dennler (1984), 33

¹⁴¹² vgl. Vanis (1991), 96

¹⁴¹³ vgl. Artmann in Kalss/Rüffler (2003), 95

¹⁴¹⁴ Karollus, Martin: Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig“-Erkenntnissen, 1990, ÖBA 1990, 337ff.

Durchgriffshaftung bei faktischer Beherrschung einer Tochtergesellschaft auseinandergesetzt hat sowie durch die Entscheidung vom 29. April 2004, bei der einem Gläubiger Durchgriff auf die GmbH Gesellschafter ermöglicht wurde¹⁴¹⁵ und durch die drei Urteile des BGH (*Bremer Vulkan*¹⁴¹⁶, *Ausfallhaftung*¹⁴¹⁷, *KBV*¹⁴¹⁸ bzw. *TBB*¹⁴¹⁹), welche die ursprünglichen Entscheidungen *Autokran*¹⁴²⁰, *Tiefbau*¹⁴²¹ und *Video*¹⁴²² konkretisierten¹⁴²³, seine Begründung. Vier grundsätzliche Fälle, welche innerhalb des Haftungsdurchgriffs der Klassifikation dienen, sind

1. die qualifizierte Unterkapitalisierung,
2. die Vermögens- und Sphärenvermischung,
3. der Missbrauch der Leitungsmacht¹⁴²⁴ (Existenzvernichtungshaftung) und
4. der Rechtsformmissbrauch¹⁴²⁵.

Im Zusammenhang mit Finanzintermediären ist die qualifizierte Unterkapitalisierung bei Private Equity Unternehmungen ein oft anzutreffendes Gefahrenbild. Hoch verschuldete Akquisitionvehikel werden aufgesetzt um Unternehmensübernahmen durchzuführen. Bleiben jedoch die erwarteten Ausschüttungen aus dem erworbenen Unternehmen aus oder entwickelt sich der Business Plan derart, dass weitere equity calls notwendig würden, welche aber nicht geleistet werden, dann wird der Ruf nach Haftung der Gesellschafter auf Basis der qualifizierten Unterkapitalisierung laut¹⁴²⁶. Während die Vermögens- und Sphärenvermischung als Tatbestand bei Finanzinstitutionen zur Begründung eines Haftungsdurchgriffs eher die Ausnahme darstellt, ist aus der „Natur der Sache“ der Missbrauch der Leitungsmacht und der Rechtsformmissbrauch häufiger Gegenstand der inhaltlichen Diskussion: Rechtsformmissbrauch aufgrund von Optimierungsbedürfnissen hinsichtlich der Steuerthematik (Umsatzsteuer, Leasing-Konstruktionen) und Missbrauch der Leitungsmacht aufgrund der Kapitalgebereigenschaft und dem inhärenten Interesse an einer entsprechenden rendierten Rückführung der ausgereichten Kapitalien.

¹⁴¹⁵ OGH 6 Ob 313/03b vom 29. April 2004 u.a. in GesRZ 2004, 379, GeS 2005, 19 und ecolex 2004/444

¹⁴¹⁶ BGHZ 149, 10

¹⁴¹⁷ BGHZ 150, 61

¹⁴¹⁸ BGHZ 151, 181

¹⁴¹⁹ BGHZ 122, 123

¹⁴²⁰ 16. September 1985; BGHZ 95, 330; BGHZ 151, 181

¹⁴²¹ BGHZ 107, 7

¹⁴²² BGHZ 115, 187

¹⁴²³ vgl. *Artmann in Kalss/Rüffler* (2003), 88

¹⁴²⁴ vgl. *Mader* (2002), 45.

¹⁴²⁵ vgl. *Torggler* (2006), 85ff.

¹⁴²⁶ Akquisitionsvehikel mit Verlustvorträgen

1.1. Der Haftungsdurchgriff

„Unter Durchgriffshaftung wird die private Zusatzhaftung von Verbandsmitgliedern für Schulden der Verbandsperson verstanden. Aus Anlass der Haftungserstreckung wird das mit der selbständigen Rechtsperson verbundene Schutzschild der Haftungsbeschränkung zur Seite geschoben, so dass Gesellschaftsgläubiger zusätzlich die Mitglieder der Gesellschaft persönlich mit ihrem Privatvermögen in Anspruch nehmen können [...]; der Rechtsgrund der betriebenen Forderung bleibt demnach gleich, nur die Haftung wird erstreckt“¹⁴²⁷.

Haftungsdurchgriff ist die Beseitigung der rechtlichen Selbstständigkeit der juristischen Person, der grundsätzlicher Ausgangspunkt für die Verselbstständigung der Gesellschaft von ihren Mitgliedern ist¹⁴²⁸. Dennoch wird die Selbstständigkeit nicht verneint und die Vermögenstrennung zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern nicht generell aufgehoben, sondern es wird nur die Haftung erstreckt, um weiteres Kapital zu erschließen, wodurch der Grundsatz der Haftung der Gesellschaft für Gesellschaftsschulden durchbrochen wird. Es geht somit um „die private Zusatzhaftung von Verbandsmitgliedern für Schulden der Verbandsperson“, um die Worte des OGH zu nutzen¹⁴²⁹. Der Durchgriff begünstigt einerseits die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft, hat jedoch Nachteile für den Gläubiger der herrschenden Gesellschafter, weil deren Haftungssubstrat zugunsten der abhängigen Gesellschaft geschmälert wird. Betont werden soll jedoch nichtsdestotrotz der Ausnahmecharakter des Haftungsdurchgriffs und dass dessen Inanspruchnahme erst nach Versuch aller anderen Möglichkeiten, z.B. durch die Erstattung gemäß § 83 GmbHG bzw. § 56 AktG, zur Befriedigung der Gläubiger zu prüfen ist¹⁴³⁰. Als weitere Anspruchsgrundlagen seien strafrechtliche Bestimmungen (§§ 156, 159 StGB), ein Schadensersatzanspruch aus § 1295 Abs. 2 ABGB, aus Schutzgesetzverletzung (§ 159 iVm § 1311 ABGB)¹⁴³¹, § 25 S. 2 URG, die Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile (§ 100f. AktG), die *culpa in contrahendo* oder Haftungen aus Verträgen (Garantien, Erklärungen etc.) zu nennen, die als unechte Durchgriffe in der Literatur genannt werden¹⁴³².

¹⁴²⁷ OGH 1 Ob 617/91 vom 20. November 1991, JBl 1992, 444ff., RdW 1992, 142 und ecolex 1992, 853

¹⁴²⁸ vgl. Artmann, Eveline: Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, RdA 2002, 370; Schopper, Alexander/Strasser, Christian: Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176.; OGH 8 Ob A 98/002: „Als Durchgriff pflegt man eine Methode zu bezeichnen, mit der die rechtliche Selbstständigkeit einer Rechtsperson beiseite geschoben, also gleichsam hinwegfingiert wird. Rechtspolitisch geht es darum, Konsequenzen oder vermeintliche Konsequenzen auszuschalten, die sich aus der Selbstständigkeit des Rechtsträgers ergeben. Das juristische Problem besteht darin, unter welchen Voraussetzungen Rechtsverhältnisse und rechtlich relevante Tatsachen über die Grenzen des Rechtsträgers hinweg zugerechnet werden sollen. Hier hat sich eine ständige Rechtsprechung herausgebildet, die vom folgenden, meist stereotyp formulierten Grundsatz ausgeht: Es dürfe zwar über die juristische Person nicht leichtfertig hinweggegangen werden, aber dies sei eben doch möglich und erforderlich, wenn "die Wirklichkeiten des Lebens und die Macht der Tatsachen" ein solches Hinweggehen über die Selbstständigkeit des Rechtsträgers gebieten. Die Literatur spricht meist von dem der juristischen Person zu Grunde liegenden "Trennungsprinzip", das in Durchgriffsfällen durchbrochen wird: Verband und Verbandsmitglied werden behandelt, als sei eine Trennungslinie nicht vorhanden“.

¹⁴²⁹ OGH 8 Ob A 98/00w; RIS-Justiz RS0009098: „Der Grundgedanke der "Durchgriffshaftung" liegt darin, daß sich niemand der Rechtsform einer juristischen Person zu dem Zweck bedienen dürfe, Dritte zu schädigen oder Gesetze zu umgehen. Unter gewissen Umständen, die im Übrigen nicht einheitlich beurteilt werden, sei es im Interesse des Gläubigerschutzes erforderlich und erlaubt, auf die "hinter" der juristischen Person stehenden Personen durchzugreifen und diese zur Erfüllung der Verbindlichkeiten heranzuziehen, die die juristische Person nicht erfüllen könne“; weiters „der mit der selbständigen Rechtsperson verbundene Schutzschild der Haftungsbeschränkung zur Seite geschoben“ siehe 1 Ob 562/92; SZ 65/76; RIS-Justiz RS0009107: „Unter Durchgriffshaftung wird die private Zusatzhaftung von Verbandsmitgliedern für Schulden der Verbandsperson verstanden. Aus Anlaß der Haftungserstreckung wird der mit der selbständigen Rechtsperson verbundenen Schutzschild der Haftungsbeschränkung zur Seite geschoben, so daß Gesellschaftsgläubiger zusätzlich die Mitglieder der Gesellschaft persönlich mit ihrem Privatvermögen in Anspruch nehmen können; der Rechtsgrund der betriebenen Forderung bleibt demnach gleich, nur die Haftung wird erstreckt, es geht somit um die Frage, wem seine Schuld zuzuordnen sei.“

¹⁴³⁰ vgl. Dennler (1984), 24ff.

¹⁴³¹ RS-Justiz RS0026351: „Auch § 1311 ABGB setzt ein Verschulden dessen, der die Schutzvorschrift übertreten hat, voraus“.

¹⁴³² vgl. Artmann in Kalss/Rüffler (2003), 91; vgl. Torggler (2006), 85; OGH 1 Ob 617/91, SZ 64/160: Geschäftsführerhaftung aus Schutzgesetzverletzung keine Durchgriffshaftung; OGH 1 Ob 562/92, SZ 65/76 (387f): deliktische Haftung kein Durchgriff; OGH 1 Ob 240/03f. vom 12. Oktober 2004: Haftung aus Vertrag kein Durchgriff

1.2. Rechtsgrundlage des Haftungsdurchgriffs

Obwohl in der Literatur mit mehreren Lehren argumentiert wird, die an subjektive¹⁴³³ und objektive¹⁴³⁴ Elemente anknüpfen, ist es sinnvoll, den Haftungsdurchgriff methodisch als nichts anderes als durch eine teleologische Reduktion der Norm, die die Gesellschafterhaftung verneint (§ 48 AktG, § 61 Abs. 2 GmbHG) oder begrenzt (§ 171 UGB) bzw. die unbeschränkte Haftung gemäß § 128 UGB in einer Analogie heranzieht, begründbar zu sehen¹⁴³⁵. Die Diskussion des Haftungsdurchgriffs kann sich lediglich auf einen faktischen Konzern beziehen, da die Erfüllung der unten darzustellenden Tatbestände bei einem Vertragskonzern bereits entweder der Sittenwidrigkeit zuzurechnen wäre oder aufgrund des Vertrages nicht durchsetzbar wäre.

Die Rechtsgrundlagen für den Haftungsdurchgriff unterscheiden sich im deutschen und österreichischen Recht. Der **Oberste Gerichtshof** folgt der Meinung *Jaborneggs*, der als **maßgebliche Rechtsgrundlage** den **Sorgfaltsmaßstab des § 25 GmbHG bzw. § 84 AktG** heranzieht und demzufolge eine **Einflussnahme am Maßstab** misst, welcher auch für die **Leitungsorgane** selbst gilt. Somit wird die These vertreten, dass jene Gesellschafter, die unmittelbar oder mittelbar auf die Leitung der Gesellschaft Einfluss nehmen, dies nur nach den Maßstäben tun dürfen, die ex lege von den Leitungsorganen ebenfalls einzuhalten sind, weil sowohl für Gesellschafter als auch für Geschäftsführer das Gesellschaftsvermögen fremdes Vermögen ist¹⁴³⁶. *Jabornegg* konkretisiert den Haftungsfall dahingehend, dass jenen Gesellschaftern, die sich im Wesentlichen auf die Kapitalbeteiligung und die damit zusammenhängenden Befugnisse in und außerhalb der Gesellschafterversammlung beschränken, das Haftungsprivileg zukommt, doch dass jene Gesellschafter, die unmittelbar (Weisungen) oder mittelbar (Einflussnahmestruktur bei AG) auf die Leitung der Gesellschaft Einfluss nehmen, am Maßstab der Sorgfaltspflichten gemessen werden¹⁴³⁷.

Demgegenüber bezieht sich der **BGH** auf eine **teleologische Reduktion** des § 13 Abs. 2 dGmbHG der dem **§ 61 Abs. 2 GmbHG** entspricht; folglich darauf, dass der **Haftungsdurchgriff** dann gilt, wenn die **Gesellschafter** unter **Außerachtlassung** der **gebotenen Rücksichtnahme** auf die **Zweckbindung** des **Gesellschaftsvermögens** Vermögenswerte entziehen und deshalb die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten beeinträchtigen und der insgesamt zugefügte Nachteil nicht ausgeglichen wird¹⁴³⁸.

Die Argumentation mit teleologischer Reduktion des § 61 Abs. 2 GmbHG ist meines Erachtens zweckmäßig, weil sie offensichtliche Wertungswidersprüche des OGH bzw. *Jaborneggs* aufgrund der

¹⁴³³ der Durchgriff beruht darauf, dass objektiv und subjektiv ein Missbrauch der juristischen Person vorliegt, vgl. *Jahraus* (1988), 13

¹⁴³⁴ der Durchgriff beruht auf einer ordnungswidrigen, funktionswidrigen oder zweckentfremdeten Verwendung der juristischen Person; vgl. ebd

¹⁴³⁵ vgl. *Jabornegg* (1989), 1ff.; vgl. *Torggler* (2006), 85; Normanwendungstheorie

¹⁴³⁶ vgl. *Jabornegg* (1989), 49; 8 Ob A 98/00w, RdA 2002, 401ff., RIS-Justiz RS0115008: "Ein Haftungsdurchgriff im (faktischen) Konzern auf die Muttergesellschaft kommt nicht bereits dann in Betracht, wenn die Muttergesellschaft von ihrem pflichtgebundenen Leitungsrecht und Weisungsrecht Gebrauch macht, sondern nur dann, wenn diese bei der Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft die Sorgfaltspflichten bei der Verwaltung fremden Vermögens verletzt hat", 8 Ob 629/92, ÖJZ 1994/144

¹⁴³⁷ vgl. *Jabornegg* (1989), 49; vgl. *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 1 Rz. 74

¹⁴³⁸ vgl. *Artmann* in *Kalss/Rüffler* (2003), 89

Tatsache vermeidet, dass der Gesellschafter als Quasi-Fremdgeschäftsführer nämlich strenger haften würde als der Geschäftsführer selbst, beispielsweise auf Grundlage des URG oder weil dieser bei Befolgung verbindlicher Weisungen entlastet wird¹⁴³⁹.

Generell kann konstatiert werden, dass aufgrund des österreichischen Instrumentariums zum Kapitalerhalt (§ 52 AktG und § 82 GmbHG) eine Vielzahl an Sachverhalten umfasst sind, um die Schädigung der Gesellschaft zu sanktionieren. Ausschüttungen stehen dann den §§ 82 GmbHG oder 52 AktG entgegen, wenn sie nicht auf Leistungen aus dem Bilanzgewinn basieren und nicht dem *at-arms-length* Prinzip entsprechen. Demzufolge sind folgende konzernrelevante Fälle von den Kapitalerhaltungsnormen umfasst: Liquidation im kalten Wege (GmbH-Stafetten), Abzug von Liquidität der abhängigen Gesellschaft zu unangemessenen Bedingungen, Entnahme von wichtigen Produktionsmitteln, Belastung von Tochtervermögen für Schulden der Muttergesellschaft bzw. Kreditgewährung der Tochtergesellschaft an das herrschende Unternehmen ohne angemessene Gegenleistung bzw. bei nicht ausreichender Bonität ohne Sicherheiten, der Abschluss von nachteiligen Verträgen, Verträge zur Überleitung von Anlagevermögen auf die Konzernmutter¹⁴⁴⁰. Bedeutend ist die Erkenntnis, dass es keinen so genannten echten verschuldensunabhängigen Durchgriff gibt. Die erwähnten Fallgruppen werden durch allgemeine Anspruchsgrundlagen gelöst. Es sei angemerkt, dass im Vordergrund der folgenden Analyse nicht die rechtsdogmatische Lösung steht, sondern die Aufdeckung des normativen Gestaltungspotentials zur Konzernstrukturoptimierung.

1.3. Fallanalysen

1.3.1. Deutsche Entwicklung

Der 2. Zivilsenat des BGH hat in seinen drei Leitentscheidungen „Autokran“, „Tiefbau“ und „Video“ die Haftungsstruktur zum qualifiziert faktischen Konzern entwickelt. Ein qualifiziert faktischer Konzern liegt vor, wenn ein herrschendes Unternehmen die Geschäfte der abhängigen GmbH in qualifizierter Weise somit dauernd und umfassend führt. Auf diesen qualifiziert faktischen Konzern sollen das Instrument des Verlustausgleiches nach § 302 dAktG und § 303 dAktG analog, für den Fall der Insolvenz, wenn der Ausfall der Gesellschaftsgläubiger bereits feststeht¹⁴⁴¹, anwendbar sein. Die deutsche Literatur suchte qualifizierte faktische Konzernverhältnisse zu formalisieren. So soll unter Abstellung auf die Art der Einwirkung ein qualifiziert faktischer Konzern dann vorliegen, wenn das Eigeninteresse des abhängigen Unternehmens infolge eines von dem herrschenden Konzernunternehmen ausgeübten Einflusses nachhaltig beeinträchtigt wird. Ferner wird ausgehend von dem betriebsorganisatorischen Ergebnis ein qualifiziert faktischer Konzern angenommen, wenn die abhängige Gesellschaft der Sache nach wie eine Betriebsabteilung des herrschenden Unternehmens geführt wird. Stellt man auf die Kontrollierbarkeit der Einwirkungen ab, ist von einem qualifiziert faktischen Konzern auszugehen, wenn durch die Breite und

¹⁴³⁹ ebd.

¹⁴⁴⁰ ebd., 94

¹⁴⁴¹ vgl. Reiner (1996), 223f.

Häufigkeit der Einwirkungen das Ausgleichssystem der §§ 311ff. dAktG außer Funktion gesetzt wird¹⁴⁴². Ohne Einschränkung auf diese Formel, welche üblicherweise die Tücke des Einzelfalls nicht zu umfassen vermag, ist die höchstgerichtliche Argumentation zu untersuchen:

Autokran¹⁴⁴³

Eine Leasinggesellschaft, die Autokräne zwischenzeitlich an sieben vermögenslose GmbHs überlassen hatte, war die Klägerin, weil die Leasingraten ausstehen. Beklagter war der Gesellschafter (Einzelperson) der sieben GmbHs, die über Geschäftsführer verfügten, die aber keinen eigenständigen Handlungsspielraum hatten. Der BGH schrieb einer Einzelperson die Unternehmenseigenschaft zu, wenn diese ein anderes Unternehmen maßgeblich beeinflusste wodurch der Gedanke des qualifiziert faktischen Konzerns bestärkt wurde. Im gegenständlichen Fall erkannte der BGH, dass das beherrschende Unternehmen zu Lasten der eigenen Existenz- und Entwicklungsfähigkeit der einzelnen GmbH die Geschäftstätigkeit (breitflächig) dem Konzerninteresse unterworfen hatte. Der Zahlungsverkehr lief über die GmbH des beklagten Gesellschafters und die Gesellschaften wurden nicht auseinander gehalten¹⁴⁴⁴. D.h., dass die Betriebsmittel der abhängigen Gesellschaft nach Maßgabe des jeweiligen Konzernbedarfs ohne Rücksicht auf ihre vermögensmäßige Zuordnung zum Vermögen der jeweiligen Gesellschaft eingesetzt worden war. Der BGH nahm eine qualifizierte Konzernverbindung an, wenn das herrschende Unternehmen die Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens dauernd und umfassend an sich zöge, woraus die Vermutung resultiert, dass die Eigeninteressen der abhängigen Gesellschaft zugunsten von Konzerninteressen verletzt werden¹⁴⁴⁵. Der Konzern wurde demnach ertrags- und vermögensmäßig zu einer wirtschaftlichen Einheit, da ein gesellschaftliches Eigeninteresse nicht isoliert werden konnte. Ergebnis dieser Entscheidung war, dass den GmbH-Gläubigern gegen das herrschende Unternehmen Direktansprüche zugestanden wurden, wenn das herrschende Unternehmen nicht beweisen kann, dass ein pflichtgemäß handelnder Geschäftsführer gleich gehandelt hätte. Mit anderen Worten muss das maßgeblich beeinflussende bzw. beherrschende Unternehmen beweisen, dass der pflichtgemäß handelnde Geschäftsleiter einer selbstständigen Gesellschaft deren Geschäfte unter den gegebenen Umständen nicht anders geführt hätte.

Tiefbau¹⁴⁴⁶

Kläger war im Falle der Tiefbau-GmbH der Masseverwalter. Beklagter war die Hausbank. Gesellschafter waren einerseits der frühere Alleineigentümer eines Tiefbauunternehmens und andererseits zwei Gesellschafter, die als Treuhänder der S-GmbH fungierten, deren einzelner Gesellschafter der Vorstandsvorsitzende¹⁴⁴⁷ der Hausbank war. Der Beklagte war zum Schluss mittelbarer 95%-iger Gesellschafter der geschädigten Tiefbau-GmbH. Weil die Gesellschafter gleichzeitig Geschäftsführer

¹⁴⁴² vgl. Henze (1994), 392ff mit Verweis auf Kropff, Bruno: Bilanz- und Konzernrecht, Festschrift für Reinhard Goerdeler, Hrsg. von Havermann, Düsseldorf 1987, 259, 264 mit weiteren Nachweisen in den FN 15 bis 17

¹⁴⁴³ BGH Urteil vom 16. September 1985, II ZR 275/84; BGHZ 95, 330

¹⁴⁴⁴ vgl. Jahraus (1988), 121

¹⁴⁴⁵ vgl. Kandut (1990), 182

¹⁴⁴⁶ BGH Urteil vom 20. Februar 1989, II ZR 167/88, BGHZ 107, 7 Tiefbau

¹⁴⁴⁷ der BGH sprach am 20. Februar 1989 zur Haftung einer AG für eine deliktische Handlung ihres Vorstandsvorsitzenden nach § 826 BGB, dass es darauf ankommt, ob das Verhalten des Geschäftsleiters „in einem inneren Zusammenhang mit seiner Organstellung“ steht.

waren, hatten diese uneingeschränkten Handlungsspielraum und Handlungsmacht. Der entstandene Schaden war auf schädigende Weisungen (überhöhter Pachtzins, Verträge ohne angemessene Gegenleistung) der Gesellschafter zurückzuführen. Die schädigenden Weisungen waren einerseits die nachgewiesenen Fälle der unzulässigen Vermögensverlagerung und auch andere Fälle verdeckter Gewinnausschüttungen, welche rund ein Drittel des eingeklagten Konkursausfalles ausmachten. Andererseits erkannte der BGH auch Ansprüche aus nicht einzeln nachweisbaren Fremdsteuerungsakten an, welche einer Rückabwicklung zugänglich sind. Beide Punkte waren Anknüpfungspunkte, da der Beklagte die Agenden im finanziellen Bereich vollständig an sich gezogen hatte und nach seinem Gutdünken und in seiner Verantwortung strukturieren und durchsetzen konnte.

Nach der Begründung des BGH ist wie bei Autokran **nicht** der **Zustand** der **Beherrschung** durch Leitungsmacht **haftungsauslösend**, **sondern** eine Haftung kommt dann in Frage, wenn es einen **kausalen Zusammenhang** von **Leitungsmacht** und **Schadenseintritt** gibt. Im Tiefenbau-Fall sprachen die von der Geschäftsleitung unternommen Maßnahmen dafür, dass die Geschäftsleitung bzw. die auf diese Einfluss nehmende Beklagte das Gesellschaftsinteresse der beherrschten Gesellschaft als Richtschnur ihrer Willensbildung einen sehr geringen Stellenwert zuordnete.

Video¹⁴⁴⁸

Im BGH Urteil vom 23. September 1991 war die Klägerin Gläubiger der wegen Vermögenslosigkeit aus dem Handelsregister gelöschten GmbH. Beklagter war der Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer dieser GmbH, der als Einzelunternehmer in der gleichen Branche tätig war. Die Klägerin argumentierte, dass der Beklagte das Geschäft und damit alle Kundenbeziehungen von der wegen Vermögenslosigkeit gelöschten GmbH in die Schwesterngesellschaft¹⁴⁴⁹ verlagert hatte und ließ sich die Ansprüche der GmbH gegen den Einzelunternehmer pfänden und überweisen. Nach der Video-Entscheidung haftet ein Allein- oder Mehrheitsgesellschafter einer GmbH, der gleichzeitig Alleingeschäftsführer ist, für Verbindlichkeiten, wenn er sich als Einzelkaufmann oder an einem anderen Unternehmen maßgeblich betätigt, da dieser zu seiner anderweitigen unternehmerischen Betätigung einen Interessenskonflikt hervorruft. Eine Haftung entfielen nur dann, wenn dieser Gesellschafter nachweisen könnte, dass die Verluste auf Umständen beruhen, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben¹⁴⁵⁰. Wie in den Vorentscheidungen betonte der BGH, dass die dauernde und umfassende Leitung durch ein Unternehmen nicht alleiniger Haftungsgrund sei, dass jedoch eine **Vermutung** damit in Verbindung stehe, dass nicht ausreichend auf die Belange der abhängigen GmbH Rücksicht genommen wurde. Auch in diesem Fall war der Problemkreis der **Unaufklärbarkeit** evident, als die **Einzeleingriffe** nicht isoliert festgemacht werden konnten und die Löschung der GmbH wegen Vermögenslosigkeit lediglich der „*Endpunkt einer Kette von Entscheidungen*“¹⁴⁵¹ bildete. Die interessante Facette an diesem Fall ist, dass

¹⁴⁴⁸ II ZR 135/90 BGHZ 115, 187

¹⁴⁴⁹ Diese befand sich in den gleichen Geschäftsräumlichkeiten, hatte die gleichen Telexanschlüsse, ähnliche Briefbögen etc. (Indizien für die Vermögensvermischung).

¹⁴⁵⁰ AG 1993, 485

¹⁴⁵¹ BGH Urteil vom 23. September 1991, II ZR 135/90 BGHZ 115, 187

der BGH durch sein Urteil eine Haftung für Vermischungen bzw. organisatorische Verflechtungen von Gesellschaft und herrschendem Unternehmen gesehen hat.

TBB¹⁴⁵²

Die Klägerin war Gläubiger einer Werkvertragsforderung. Beklagter war der alleinige Geschäftsführer einer nach Vermögensverfall aufgelösten Bau- und Immobiliengesellschaft, deren Gesellschafterin die Ehefrau des Beklagten war. Der Beklagte war an anderen Gesellschaften beteiligt oder führte dort die Geschäfte und schloss mit seiner Hausbank eine Vereinbarung, durch die alle Gesellschaften als Gesamtschuldner für Verbindlichkeiten gegenüber der Bank haften. In der **TBB**-Entscheidung des BGH wurde als Tatbestandsmerkmal des qualifiziert faktischen Konzerns die Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft definiert¹⁴⁵³. Ferner wurde nicht mehr auf den Konzernbegriff des § 18 dAktG abgestellt. In Abkehr von der früheren Definition über einheitliche Leitung wurde das Merkmal der „konzernspezifischen Gefährdungen bzw. Gefahr“ herangezogen. Mit Verweis auf ein BGH Urteil vom 16. Februar 1981 ist der herrschende Gesellschafter Unternehmer, wenn außerhalb der Gesellschaft eine derart starke wirtschaftliche Interessenverbindung zur Begründung ernsthafter Besorgnis über die nachteilige Einflussnahme des herrschenden Gesellschafters zu Lasten der abhängigen Gesellschaft besteht. Das **TBB**-Urteil entschärfte die Video-Haftungsregel und betonte, dass für ein (pflichtwidriges) Verhalten gehaftet werde. Demnach ist der Haftungstatbestand nicht die dauernde und umfassende Leitung der abhängigen Gesellschaft, sondern die Beeinträchtigung ihrer Interessen¹⁴⁵⁴. Es muss demnach ein **objektiver Missbrauch** durch den herrschenden Gesellschafter vorliegen. Verzichtet wurde auf eine widerlegliche Vermutung, die in praxi schwer zu erbringen gewesen wäre. Erleichterungen wurden in der Darlegungs- und Beweislast durch den BGH erreicht, wodurch der Kläger nur Beweise vorzulegen hat, die „die Annahme zumindest nahe legen, dass bei der Unternehmensführung im Hinblick auf das Konzerninteresse die eigenen Belange der GmbH über bestimmte, konkret ausgleichsfähige Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt worden sind“¹⁴⁵⁵. Die Substantiierungslast trägt jedoch nicht der Kläger, weil sich ein außenstehender Gläubiger üblicherweise Informationsasymmetrien ausgeliefert sieht.

Bremer Vulkan¹⁴⁵⁶

In diesem Urteil ging es um die Haftung der Vorstandsmitglieder einer insolventen Konzernmutter. In Abkehr von der zuvor dominierenden Rechtssprechung zum qualifiziert faktischen Konzern wurde der Durchgriff auf die Gesellschafter unter der Bedingung zugestanden, dass dieser die Zahlungsunfähigkeit durch einen entsprechenden Eingriff in das Gesellschaftsvermögen verursacht hatte. D.h. Fokus der Diskussion ist nicht mehr der haftungsrechtliche bedeutende Konzernsachverhalt, sondern lediglich der Bestandsschutz der betroffenen Gesellschaft. Eine Ostseewerft-GmbH war Tochter der

¹⁴⁵² BGH Urteil vom 29. März 1993, II ZR 265/91, BGHZ 122, 123

¹⁴⁵³ GmbHR 1993, 283 und AG 1993, 371 sowie AG 1993, 485

¹⁴⁵⁴ AG 1993, 486

¹⁴⁵⁵ ebd.

¹⁴⁵⁶ BGH Urteil vom 17. September 2001, II ZR 178/99, BGHZ 149, 10

Konzernobergesellschaft Bremer Vulkan Verbund AG. Die Konzernobergesellschaft verpflichtete sich, finanzielle Mittel für Investitionsprojekte der Tochter an diese weiterzuleiten, leitete diese lebensnotwendige Liquidität von der Tochtergesellschaft aber an ein zentrales Cashmanagementsystem, was den Zusammenbruch einer Tochtergesellschaft zur Folge hatte. Kernsatz des Urteiles für die hier zu analysierende Konzernthematik ist: *„Der Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingeschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktienrechts (§§ 291ff, 311ff. [d]AktG), sondern ist auf die Erhaltung ihres Stammkapitals und die Gewährleistung ihres Bestandsschutzes beschränkt, der eine angemessene Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der GmbH erfordert. An einer solchen Rücksichtnahme fehlt es, wenn die GmbH infolge der Eingriffe ihres Alleingeschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann“*¹⁴⁵⁷.

KBV¹⁴⁵⁸

Der Kläger im KBV-Fall war der Gläubiger einer Werkleistung gegen die S-GmbH, an der A mit 40 % und B mit 60 % beteiligt war. Die S-GmbH mietete Geschäftsräume von A (A-GmbH). Der Geschäftsbetrieb der S-GmbH wurde aufgelöst. Die A-GmbH übernahm den gesamten Warenbestand und die Forderungen der S-GmbH. Ein Konkurs der S-GmbH wurde mangels Masse abgelehnt und demnach wurde in diesem Urteil die Liquidation einer GmbH „auf kaltem Wege“ beklagt. Die klagenden Gläubiger beanstandeten die Bevorzugung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern. Der BGH war nicht nur der Meinung, dass § 826 BGB¹⁴⁵⁹ erfüllt sei, sondern, dass auch ein existenzvernichtender Eingriff, wie er beim *Bremer Vulkan*-Urteil erstmalig auftrat, vorlag. Kernsatz war in diesem Fall, dass obwohl die GmbH keinen Anspruch gegen ihre Gesellschafter auf Gewährleistung ihres Bestandes aufgrund der Tatsache habe, dass diese im Wege der Liquidation oder eines Konkursverfahrens abgewickelt werden könne, es unzulässig sei, eine Abwicklung außerhalb dieser Verfahren durch Entzug von Vermögen, welches als Haftungsfonds für Gläubiger bereitstehe, zu vollziehen. Der BGH erkannte, dass die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens durch die Gesellschafter negiert wurde und diese es auch an der angemessenen Rücksichtnahme haben fehlen lassen. Ferner wurde die Subsidiarität des Kapitalerhaltungsrechts zum Haftungsdurchgriff im Insolvenzfall festgehalten. Zur Vermeidung eines Durchgriffs ist es demnach notwendig, dass ein Rückersatzanspruch nach § 31 GmbHG besteht und auch erfüllt werden muss.

Der gleichen Argumentation folgte die Entscheidung vom 20. September 2004¹⁴⁶⁰, da sich der Sachverhalt ähnlich gestaltete. Der beklagte Klinikbetreiber hatte der A-GmbH sämtliche Ressourcen für ihren Geschäftsbetrieb zur Verfügung gestellt. Diese Ressourcen wurden, um sie der Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger zu entziehen, in die N-GmbH übertragen¹⁴⁶¹. Unbestritten war auch das Recht der Einflussnahme des herrschenden Gesellschafters; in diesem Fall hinsichtlich der Übertragung des Vermögens und der Beendigung der Gesellschaft. Kritikpunkt des BGH war jedoch, dass die Handlungen

¹⁴⁵⁷ Leitsatz BGHZ 149, 10; *Torggler* (2006), 85ff; *Schopper/Strasser* (2005), 176ff.

¹⁴⁵⁸ BGH Urteil vom 24. Juni 2002, II ZR 300/00, BGHZ 151, 181

¹⁴⁵⁹ „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet“.

¹⁴⁶⁰ BGH 20. September 2004, II ZR 302/02.

¹⁴⁶¹ dazu kam, dass nicht die korrespondierenden Schulden in die N-GmbH übertragen wurden.

nicht gemäß dem im Gesetz vorgesehenen Prozedere vorgenommen wurden. Der BGH ergänzte ferner, dass nicht nur der unmittelbare Gesellschafter zur Verantwortung und somit zu einer Haftung herangezogen werden kann, sondern, dass auch der mittelbar Beteiligte (über eine Holding), der Einfluss auf die Gesellschaftstätigkeit nehmen kann, einer Haftung zuführbar ist.

Trihotel¹⁴⁶²

In dieser Entscheidung zum haftungsrechtlichen Durchgriff des BGH vom 16. Juli 2007 vollzog dieser einen weiteren Trendwechsel.

Der Insolvenzverwalter bzw. Masseverwalter der deutschen C-GmbH klagt das beklagte Vorstandsmitglieder der C-AG, welche die 100 %ige Gesellschafterin der C-GmbH ist, unter dem Titel der faktischen Geschäftsführung sowie des existenzvernichtenden Eingriffs in das Vermögen der C-GmbH. Die faktische Geschäftsführung konnte von der klagsführenden Partei nicht bewiesen werden, womit der Klagegrund des existenzvernichtenden Eingriffs verblieb. Hauptvorwurf war, dass die C-AG Forderungen der C-GmbH auf ein auf die C-AG lautendes Konto überweisen ließ. Rechtsgrundlage gegen den existenzvernichtenden Eingriff ist § 826 BGB (Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung): „*Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet*“. Der Bezug auf § 826 BGB sorgte daher für eine neue Dynamik in der Diskussion, als sie eine **schadenersatzrechtliche Innenhaftung** darstellt und somit das frühere konzernrechtliche Modell (vgl. Bremer Vulkan¹⁴⁶³) zum existenzvernichtenden Eingriff geändert hat. Die Sittenwidrigkeit war gegenständlich argumentiert worden, weil es zu einer insolvenzverursachenden oder vertiefenden Selbstbedienung des Gesellschafters vor den Gläubigern der Gesellschaft gekommen sei. Diese vertiefende Selbstbedienung sei durch planmäßige Entziehung von Gesellschaftsvermögen vollzogen worden, welches der vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger der C-GmbH dienen sollte.

Der BGH verneinte die schadenersatzrechtliche Innenhaftung aufgrund eines existenzvernichtenden Eingriffs im konkreten Fall, denn der beklagte Vorstand der C-AG hatte insgesamt betrachtet, Maßnahmen getroffen, die die Schuldnerin retten sollten und die der C-AG überwiesenen Beträge nicht für eigene bzw. gesellschaftsfremde Zwecke verwendet. Die C-AG hatte die Mittel vielmehr dazu verwendet Verbindlichkeiten der Schuldnerin zu tilgen und hat ferner auch eigenes Kapital zur Rückführung der Schulden der Tochtergesellschaft eingesetzt.

Die rechtsdogmatische Änderung in der Argumentation des BGH war, dass früher der Fall des existenzvernichtenden Eingriffs unter der teleologischen Reduktion des Haftungsprivilegs der Gesellschafter nach § 13 Abs. 2 dGmbHG, der dem § 61 Abs. 2 GmbHG entspricht, geprüft worden war.

¹⁴⁶² BGH 16. Juli 2007, BGHZ 173, 246 in GeS 2008, 317 mit Verweisen auf *Gehrlein*, Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung, WM 2008, 761; *Dauner-Lieb*, Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB, ZGR 2008, 34; *Habersack*, Trihotel - Das Ende der Debatte?, ZGR 2008, 533; *Schopper/Strasser*, Entscheidungsanmerkung, KTS 2007, 504

¹⁴⁶³ BGH 17. September 2001, BGHZ 149, 10, vgl. auch BGH 25. Februar 2002, BGHZ 150, 61; BGH 24. Juni 2002, BGHZ 151, 181 KBV; BGH 13. Dezember 2004, NZG 2005, 214; dazu ebenfalls zur Entscheidungsbesprechung des BGH 2. Juni 2008 in GeS 2008, 317 mit Verweisen zu *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Auflage, (2006) § 13 Rz 17 ff; *Raiser* in *Ulmer/Habersack/Winter*: GmbHG Großkomm (2005) § 13 Rz 134ff.

Das Haftungsprivileg dürfe demgemäß, wie bereits zuvor erwähnt, lediglich dann als Schutzschild fungieren, wenn die Gesellschafter die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger anerkennen. Tun sie dies nicht, und agieren sie ohne angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit die gesellschaftlichen Verbindlichkeiten zu bedienen, dann ist das haftungsvermeidende Schild beiseite zu schieben und der Gläubiger kann seine Ansprüche außerhalb eines Insolvenzverfahrens unmittelbar gegen den Gesellschafter geltend machen. Diese Außenhaftung auf Basis der teleologischen Reduktion, welche ansetzt, wenn der Gläubiger keine Befriedigung von der Gesellschaft nehmen kann und ein Nachteilsausgleich gemäß §§ 30, 31 dGmbH (Einlagenrückgewähr) nicht vorgenommen wird, wurde vom BGH nicht thematisiert und sieht den existenzvernichtenden Eingriff lediglich als Fallgruppe des § 826 BGB, wodurch eine neue rechtsdogmatische Grundlage geschaffen wurde. Der evidente große Nachteil des neuen Modells ist, dass der Gläubiger nunmehr keine direkten Ansprüche gegen den die Haftung auslösenden Gesellschafter hat, sondern sich die Ansprüche der Gesellschaft pfänden und überweisen lassen muss, was gerade im Insolvenzfall problematisch ist.

Während der Vorsatz in der Rechtsfigur der verschuldensunabhängigen Außenhaftung nicht relevant war, womit lediglich auf das Ergebnis abgestellt wurde, ist auf Basis des § 826 BGB zumindest, der vom Kläger zu beweisende¹⁴⁶⁴, *dolus eventualis*, somit das billigende Inkaufnehmen des Schadens und die Kenntnis der sittenwidrigkeitsbegründenden Umstände, notwendig. Während ferner die Außenhaftung den Einlagenrückgewähransprüchen gemäß §§ 30 und 31 dGmbH nachgelagert waren, ist die Innenhaftung nicht mehr subsidiär, sondern steht im Verhältnis der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz¹⁴⁶⁵. Die deutsche Existenzvernichtungshaftung auf Basis des § 826 BGB soll wie *„eine das gesetzliche Kapitalerhaltungssystem ergänzende, aber deutlich darüber hinausgehende Entnahmesperre wirken, indem sie die sittenwidrige, weil insolvenzverursachende oder -vertiefende Selbstbedienung des Gesellschafters vor den Gläubigern der Gesellschaft durch die repressive Anordnung der Schadensersatzpflicht in Bezug auf das beeinträchtigte Gesellschaftsvermögen ausgleichen“*¹⁴⁶⁶.

Charakteristisch ist für die deutschen Einlagenrückgewährsnormen, dass sie nicht so weit gehen, wie es das österreichische Kapitalerhaltungssystem vorsieht. § 30 Abs. 1 dGmbH sieht beispielsweise lediglich den Erhalt des Stammkapitals vor. Ferner basiert das deutsche System auf einer bilanziellen Betrachtungsweise, wodurch beispielsweise die österreichischen Figuren des *„dealing at arms lengths“* nicht anwendbar sind.

Gamma¹⁴⁶⁷

Der BGH äußerte sich in einer weiteren aktuellen Entscheidung im Sinne des geänderten Haftungsmodells. Der Masseverwalter klagte den Gesellschaftergeschäftsführer der Gesellschaft für Personalentwicklung und Qualifizierung mbH (GPQ) sowie die zwei (mittelbaren) Gesellschafter der A-

¹⁴⁶⁴ BGH 7. Jänner 2007, GmbHR 2008, 257f.

¹⁴⁶⁵ vgl. *Haberer, Thomas*: Entscheidung BGH 2. Juni 2008, II ZR 104/07 in GeS 2008, 317

¹⁴⁶⁶ BGH 28. April 2008 Randzahl 18, online unter <http://lexetius.com/2008,1352> (21. Oktober 2009).

¹⁴⁶⁷ BGH, Urteil vom 28. April 2008, II ZR 264/ 06 - *Gamma*; OLG Düsseldorf

GmbH, welche eine Tochtergesellschaft der GPQ war. Arbeitnehmer, für die ein Sozialplan aufgrund krisenbedingter Kündigungen bereitgestellt wurde, traten zu einer eigenen Gesellschaft über, welche öffentliche Gelder und (zu leistende und nicht durch Bankgarantien oder sonstige gleichwertige Sicherheiten abgesicherte) Gelder des ehemaligen Arbeitgebers zur Erfüllung des Sozialplanes verwaltete. Da Zahlungen des ehemaligen Arbeitgebers aufgrund seiner Insolvenz ausblieben, klagte der Masseverwalter aus dem Titel der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs bzw. materieller Unterkapitalisierung. Der BGB betonte wieder die Existenzvernichtungshaftung, welche über das deutsche Kapitalerhaltungssystem hinausgeht und eine weitergehende Entnahmesperre bewirkten, indem sie die sittenwidrige, weil insolvenzverursachende oder vertiefende Selbstbedienung des Gesellschafters vor den Gläubigern der Gesellschaft durch die repressive Anordnung der Schadenersatzpflicht in Bezug auf das beeinträchtigte Gesellschaftsvermögen ausgleichen solle¹⁴⁶⁸. Der BGH entschied, dass ein Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung keine Fallgruppe des § 236 BGB sei und argumentiert, dass es unter anderem keine gesetzliche Norm für eine Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen unzureichender Kapitalisierung der Gesellschaft¹⁴⁶⁹ gebe und keine richterrechtliche Rechtsfortbildung als gesellschaftsrechtlich fundiertes Haftungsinstitut anerkannt sei¹⁴⁷⁰. Dies korrespondiert einerseits mit dem Gesetzesentwurf der deutschen Bundesregierung zur GmbH-Novelle von 1980, in der festgehalten wurde, dass die Haftung der Gesellschafter aufgrund einer nachträglichen Berechnung über eine angemessene Eigenkapitalausstattung nicht mit dem Gebot der Rechtssicherheit vereinbar wäre und könnte die GmbH als solche in Frage stellen¹⁴⁷¹. Diese Überlegungen fließen auch in den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MOMIG¹⁴⁷²) ein, bei dem eine Reduktion des Stammkapitals forciert wird.

1.3.2. Österreichische Entwicklung

Tourismusverbände¹⁴⁷³

In der OGH-Entscheidung vom 29. April 2004 ermöglichte der Oberste Gerichtshof, u.a. unter Berufung auf die Durchgriffshaftung, einem Masseverwalter direkten Zugriff gegen einen GmbH-Gesellschafter. Die gegenständliche GmbH wurde durch drei öffentlich-rechtliche Körperschaften (Tourismusverbände) zur Auslagerung bestimmter Aufgaben¹⁴⁷⁴ gegründet. Die beklagten Gesellschafter waren sich bewusst, dass die gegründete Gesellschaft jedenfalls zu Beginn nicht überlebensfähig sei und verpflichteten sich jährliche Zahlungen bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit zu leisten. Der OGH entschied auf drei Haftungsgrundlagen. Erstens hatte die Auslagerung von öffentlichen bzw. landesgesetzlich bestimmten Aufgaben auf die GmbH das Motiv spezifische Gläubigerschutzbestimmungen des Salzburger

¹⁴⁶⁸ BGH 28. April 2008 Randzahl 18, online unter <http://lexetius.com/2008,1352> (21. Oktober 2009).

¹⁴⁶⁹ ungeachtet, ob in Form zu geringer Eigenkapitalausstattung oder in Gestalt einer allgemeinen Mangelhaftigkeit der Vermögensausstattung.

¹⁴⁷⁰ BGH 28. April 2008 Randzahl 22

¹⁴⁷¹ BT-Drucks. 8/ 1347, 39

¹⁴⁷² <http://www.bgbportal.de/BGBL/bgb11f/bgb1108s2026.pdf> (24. Oktober 2009)

¹⁴⁷³ OGH 6 Ob 313/03b vom 29. April 2004 u.a. GesRZ 2004, 379, GeS 2005, 19 und ecolex 2004/444

¹⁴⁷⁴ dazu gehörten Maßnahmen im Interesse des Fremdenverkehrs wie Werbung, Verkaufsförderung und Öffentlichkeitsarbeit für Fremdenverkehr, Koordination von Werbung, Verkaufsförderung und Öffentlichkeitsarbeit zwischen den örtlichen Fremdenverkehrsorganisationen und die Durchführung von Veranstaltungen

Tourismusgesetzes zu umgehen. Ohne eine Auslagerung der Aufgaben wären die Tourismusverbände verpflichtet gewesen, vor ihrer Auflösung alle Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die Gesellschaftsvereinbarung bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit Zahlungen an die Gesellschaft zu leisten, ist als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu interpretieren¹⁴⁷⁵. Zweitens lagen die Voraussetzungen der **EUMIG-Entscheidung**¹⁴⁷⁶ vor, die eine „faktische Geschäftsführung“ zur Folge hatten. Die Obmänner der Tourismusverbände waren gleichzeitig Mitglieder des Aufsichtsrates und gaben die Weisung an den Geschäftsführer, dass dieser bei den Verhandlungen mit der Bank die besondere Bonität der Gesellschafter bzw. der dahinter stehenden Tourismusverbände (sowie deren Verpflichtung zur Leistung von Zahlungen) hervorzuheben hatte. Durch das Verhalten der Tourismusverbände im Sinne einer Einmischung in die Geschäftsführung wurde die Handlungsverpflichtung ausgelöst, die notwendigen Schritte zur Vermeidung einer Insolvenz zu unternehmen. Drittens verstießen die Gesellschafter gegen die Konkursabwendungspflicht, weil sie die Zahlung des Subventionsbeitrags an die a priori nicht lebensfähige GmbH einstellten und diese in den Konkurs schickten, wodurch sie gegen Handlungs- und Sorgfaltspflichten verstießen¹⁴⁷⁷, denn die Verletzung der Konkursabwendungsverpflichtung führt eine Schadenersatzverpflichtung ebenfalls herbei, wie eine fahrlässig verschuldete Konkursverschleppung.

Existenzvernichtungshaftung¹⁴⁷⁸

In der Entscheidung 8 Ob A 98/00w beschäftigte sich das Gericht mit Arbeitnehmeransprüchen einer ausgegliederten GmbH gegen die frühere Arbeitgeber-Aktiengesellschaft, die eine Betriebspension zugesagt hatte. Ursprünglich wurde die Betriebspension von der beklagten Aktiengesellschaft zugesagt. Im Rahmen der Restrukturierung wurde ein Konzern gestaltet, wobei die Tochtergesellschaften im Unterordnungskonzern divisional angeordnet wurden. In die Tochtergesellschaften wurden Arbeitnehmer und deren Ansprüche (Arbeitgeber-Betriebsinhaber-Wechsel; die GmbH verpflichtete sich, all bei der beklagten Partei zugebrachten Dienstzeiten und alle Rechte, die sich daraus ergeben, voll zu übernehmen), sowie Ressourcen zur Aufgabenbewältigung eingebracht. Die Ausgliederung in die GmbH war jedoch nicht mit der Absicht getätigt worden sich finanzieller Altlasten zu entledigen (keine Schädigungsabsicht). Die divisional aufgestellten GmbH-Tochtergesellschaften waren zwar keine Strohmänner und es lag auch keine bloße pro-forma-Geschäftsführung oder gar ein willenloses Werkzeug vor, sondern sie stand lediglich unter beherrschendem Einfluss der beklagten Partei. Der beherrschende Einfluss wurde durch einheitliche Leitung der Konzernbetriebe in Form des Weisungsrechts so stark ausgestaltet, dass die Geschäftsführung der GmbH nur solche (wesentlichen) Maßnahmen umsetzte, die vom Aufsichtsrat der GmbH bzw. dem Vorstand der Muttergesellschaft „nach Überzeugungsarbeit der GmbH-Geschäftsführung“ abgesegnet wurden.

¹⁴⁷⁵ Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird dann angenommen, wenn jemand einem anderen rechtlich zur Fürsorge verpflichtet ist. vgl. u.a Ob 553/92; SZ 69/229

¹⁴⁷⁶ dazu im Folgenden

¹⁴⁷⁷ vgl. *Schopper/Strasser* (2005), 176ff.

¹⁴⁷⁸ 8 Ob A 98/00w vom 12. April 2001

Es kam aufgrund umfassender Verschlechterung der wirtschaftlichen Gebarung zu einem Konkursantrag der Tochter-GmbH. Die von der beklagten Mutter-Aktiengesellschaft versprochene Betriebspension konnte daher von der Tochter-GmbH nicht erbracht werden¹⁴⁷⁹. Die Kläger führten ins Treffen, dass die Ausgliederung der GmbH rechtsmissbräuchlich erfolgt sei, um in Form einer unterkapitalisierten Gesellschaft den Misserfolg eines wirtschaftlich nicht mehr stabilen Unternehmens abzuwälzen. Die beklagte Partei sei faktische Geschäftsführerin der GmbH gewesen, weil sie sämtliche wesentliche Entscheidungen getroffen habe. Die Kläger seien von der beklagten Partei über die tatsächlichen Verhältnisse getäuscht worden und hätten daher einen Schadenersatzanspruch. Qualifizierte Unterkapitalisierung war vom OGH verneint worden, da die Ausgliederung nicht von Schädigungsabsicht getragen war. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich: „*Ein Haftungsdurchgriff auf die Muttergesellschaft kommt nur in Betracht, wenn diese bei der Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft die Sorgfaltspflichten bei der Verwaltung fremden Vermögens verletzt hat*“¹⁴⁸⁰. So dürfen Gesellschafter die unmittelbar, beispielsweise kraft Ausübung des Weisungsrechts in der GmbH, oder mittelbar, beispielsweise durch Einflussnahme des beherrschenden oder alleinigen Gesellschafters in der AG, auf die Leitung der Gesellschaft Einfluss nehmen, dies, unter Verweis auf die Grundformel von *Jabornegg*, nur nach Maßgabe jener Sorgfaltspflichten, die kraft Gesetzes auch von den Leitungsorganen selbst einzuhalten sind, tun. In der deutschen Rechtsprechung sind als Elemente für die Außerachtlassung der Sorgfaltspflichten anerkannt, dass eine dauernde nachhaltige Schädigung vorliegt oder dass das herrschende Unternehmen keine Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen GmbH nimmt oder dass sie unter Außerachtlassung ihrer rechtlichen Selbstständigkeit die Tochter wie eine Betriebsabteilung führt. Dies wurde im gegenständlichen Falle verneint. Hätte man sie bejaht, hätte sich aber daraus nur eine Innenhaftung ergeben, wobei die Ansprüche pfändbar und im Konkurs der GmbH verwertbar wären. Ein direkter Zugriff der Gläubiger wird nur bei masseloser Insolvenz anerkannt. Im gegenständlichen Fall gab es eine 40%ige Konkursquote, womit masselose Insolvenz nicht vorlag.

Qualifizierte Unterkapitalisierung¹⁴⁸¹

Der OGH schloss in seiner Entscheidung am 19. Dezember 2002, dass eine Unterkapitalisierung eine Haftung begründen kann. Ausgangspunkt war eine Klage gegen eine Gesellschaft, die Blutplasma abnahm und bei der es durch mangelnde hygienische Bedingungen zu einer Hepatitis-C-Virus Infektion kam. Zweitbeklagte war jene Gesellschaft, welche hinter der Gesellschaft stand, die die Plasmapheresestelle (ohne Gewerbeberechtigung) betrieb. Ins Treffen geführt wurde, dass sich die Zweitbeklagte der Erstbeklagten bedient hätte, um eine Vorfeldorganisation zu schaffen und bei

¹⁴⁷⁹ RIS-Justiz RS0021610: Nimmt der Arbeitgeber bei Abschluß eines auf langfristige Sicherung des Arbeitnehmers abzielenden Pensionsvertrages auf allfällige Rechtsnachfolger Bezug, dann ist dies als Zusicherung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer zu werten, bei Veräußerung des Unternehmens nicht nur die Übernahme des Arbeitsvertrages, sondern auch jene der Pensionszusage durch den Betriebsnachfolger zu vereinbaren. Stimmt überdies der Arbeitnehmer der Übernahme des Dienstvertrages und Pensionsvertrages zumindest konkludent zu, ist damit der bisherige Arbeitgeber nach Veräußerung gemäß § 1405 ABGB endgültig aus dem bisherigen Vertragsverhältnis ausgeschieden und haftet für die nach der Betriebsübernahme fällig gewordenen Entgelte nicht mehr.

¹⁴⁸⁰ RIS-Justiz RS0115008: „Ein Haftungsdurchgriff im (faktischen) Konzern auf die Muttergesellschaft kommt nicht bereits dann in Betracht, wenn die Muttergesellschaft von ihrem pflichtgebundenen Leitungsrecht und Weisungsrecht Gebrauch macht, sondern nur dann, wenn diese bei der Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft die Sorgfaltspflichten bei der Verwaltung fremden Vermögens verletzt hat“.

¹⁴⁸¹ OGH 2 Ob 308/02m vom 19. Dezember 2002

Beibehaltung der Einflussmöglichkeiten die Haftung zu beschränken. In der Begründung wurde betont, dass eine Haftung im Konzern nicht bereits dadurch schlagend werde, dass die Muttergesellschaft von ihrem Weisungsrecht Gebrauch mache, sondern erst dann, wenn durch Einfluss auf die Tochtergesellschaft die Sorgfaltspflichten, die bei Verwaltung fremden Vermögens vorausgesetzt werden, verletzt würden. Hinsichtlich der zweitbeklagten Gesellschaft wurde vorgebracht, dass sie über die katastrophalen hygienischen Zustände informiert gewesen wäre, jedoch keine Maßnahme zu deren Verbesserung gesetzt hätte. Im gegenständlichen Fall drang der Kläger mit einem direkten schadenersatzrechtlichen Anspruch durch, wodurch eine Durchgriffshaftung nicht weitergehend thematisiert wurde.

Eumig-Entscheidungen¹⁴⁸²

Die Eumig-GmbH erwirtschaftete zwischen 1977 und 1979 erhebliche Verluste, was die beklagte Bank im Zuge der Sanierung 1980 veranlasste, selbst und über eine hundertprozentige Tochtergesellschaft alle Gesellschaftsanteile der Eumig-GmbH zu übernehmen und sie so in den eigenen Konzern einzugliedern. Kläger waren Lieferanten im Jahr 1981¹⁴⁸³. Aufgrund der schlechten Unternehmensentwicklung beschloss der Vorstand der beklagten Bank keine weiteren Finanzmittel mehr zur Verfügung zu stellen. Am 18. August 1981 wurde der Konkurs eröffnet. Die beklagte Bank war erstens kreditgebende Bank mit Einfluss auf die Geschäftsführung der GmbH, zweitens Gesellschafter der GmbH und drittens Konzernmutter. Der beklagten Bank wurde fahrlässige Krida des Geschäftsführers¹⁴⁸⁴ vorgeworfen und eine Haftung für die durch die Konkursverschleppung verursachten Schäden der Gläubiger bejaht.

In der ersten Entscheidung stützte der OGH die Haftung auf die Kreditgeberstellung und die gleichzeitige Macht auf Grund des starken faktischen Einflusses auf die Geschäftsführung, welche spezifische Sorgfaltspflichten bedingt.

Die zweite Entscheidung besagte, dass die beklagte Bank nicht als außenstehender Geschäftspartner, sondern als Eigentümerin im Konzernverhältnis anzusehen sei, die einen maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung, stärker noch als der formell bestellte Geschäftsführer, ausüben könne¹⁴⁸⁵. Diese Außerachtlassung der Sorgfaltspflicht wurde bejaht, denn bereits § 36 Abs. 2 GmbHG normiert die Verpflichtung, dass die Generalversammlung einzuberufen ist, wenn die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist. Fahrlässig wurde im Sinne des § 159 Abs. 1 Z. 2 StGB dahingehend gehandelt, als keine Maßnahmen ergriffen wurden, obwohl eine sorgfältige Prüfung der Sanierungschancen eine Fortführung des Betriebes als nicht aussichtsreich erscheinen ließ.

Es wurde im gegenständlichen Fall mit schadenersatzrechtlichen Ansprüchen gegen den Gesellschafter argumentiert, der die Geschäftsführung übernimmt. So haftet dieser neue „*Steuermann*“ für konkursverschleppende und konkursverursachende Einflussnahmen. Diese Handlungspflichten resultieren

¹⁴⁸² OGH 1 Ob 571/86, JBL 1986, 713, OGH 6 Ob 508, 509/86, ÖBA 1988, 828

¹⁴⁸³ vgl. *Mautner, Andreas*: Kridadelikte in Konzernen unter strafrechtlichen und zivilrechtlichen Aspekten, Dissertation, Graz 2000, 173

¹⁴⁸⁴ zu den strafrechtlichen Argumenten siehe im Folgenden

¹⁴⁸⁵ vgl. *Karollus* (1990), 337f.

nicht aus den originären Gesellschafterrechten, sondern sind aus dem strafrechtlichen Prinzip der Garantenstellung – freiwillige Pflichtenübernahme oder gefahrenbegründendes Vorverhalten – abzuleiten.

Im Folgenden werden die vier Fallgruppen besprochen, in denen ein Haftungsdurchgriff möglich ist, jedoch im Ergebnis nicht zwangsläufig zu einer Gesellschafterhaftung analog zu den §§ 128f. UGB führen müssen. Auch in diesen Fällen steht nicht die rechtsdogmatisch einzig wahre Lösung im Vordergrund, sondern es soll durch die systematische Erarbeitung der potentiell einen Haftungsdurchgriff begründenden Facetten „unternehmerischen“ Handelns eine Sensibilität für dieses Spannungsfeld erreicht werden.

1.4. Die materiellen Facetten des Haftungsdurchgriffs

Eine grundsätzliche Charakterisierung zur Haftung im Konzern kann wie folgt vorgenommen werden: Durchgriffshaftung und deliktische Haftung.

Im Falle einer **deliktischen Haftung** hat ein Gesellschafter gegen seine gesetzlichen oder satzungsmäßigen bzw. gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungen verstoßen oder allgemeine Haftungstatbestände verwirklicht. Auch haftet der Gesellschafter aus dem selbstständigen Rechtsgrund einer (deliktischen) Haftung aus eigenem schuldhaften Verhalten (verschuldensabhängig). Er haftet demnach nicht für Schulden der Gesellschaft, sondern für den durch schuldhaftes und rechtswidrig gesetztes Verhalten eingetretenen Schaden¹⁴⁸⁶. Bei der deliktischen Haftung wird das Trennungsprinzip nicht tangiert.

Bei der **Durchgriffshaftung** haftet der Gesellschafter auf Grundlage einer Forderung des Gläubigers gegen die Gesellschaft und nicht aufgrund eigenem schuldhaften Verhaltens. Die Ansprüche sind jedoch verhaltensabhängig und eine Haftung orientiert sich an der Haftungsstruktur der §§ 128f. UGB¹⁴⁸⁷.

Der Vorteil der Durchgriffshaftung resultiert daraus, dass sie ihre Wurzeln im Gesellschaftsrecht hat und auf die Kapitalerhaltungsgrundsätze fokussiert. Dadurch wird der argumentative Umweg über strafrechtliche Normen und Sorgfaltspflichten (§ 25 GmbHG bzw. § 84 AktG) vermieden¹⁴⁸⁸.

1.4.1. Die Leitungsmacht - Existenzvernichtungshaftung

Die Leitungsorgane einer Kapitalgesellschaft haften auf Grundlage der gesetzlichen Sorgfaltspflichten¹⁴⁸⁹ auch zwingend für Gläubigeransprüche¹⁴⁹⁰ unabhängig davon, ob sie ferner Aktionäre oder Gesellschafter der Gesellschaft sind. Bei Verstößen gegen Gläubigerschutzvorschriften (§ 156ff. StGB) wird ein

¹⁴⁸⁶ beispielsweise Weisung zur Bilanzfälschung zur Vertuschung von Verlusten aus Derivatetransaktionen.

¹⁴⁸⁷ vgl. *Schopper/Strasser* (2005), 176ff.

¹⁴⁸⁸ ebd.

¹⁴⁸⁹ § 84 AktG, § 25 GmbHG

¹⁴⁹⁰ § 84 Abs. 5 AktG, § 25 Abs. 5 GmbHG

Schadensersatzanspruch auf Grundlage einer Schutzgesetzverletzung gemäß § 1311 ABGB¹⁴⁹¹ ermöglicht¹⁴⁹².

Leitungsmacht ist das Recht, die eigenen Interessen gegenüber derer der Mitgesellschafter durchzusetzen. Leitungsmacht liegt entweder bei konkreter Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und bei faktischer Macht durch Stimmrechtsausübung oder Beherrschungsmöglichkeit vor.

Als Maßnahmen, die den Missbrauch von Leitungsmacht verursachen und eventuell eine Existenzvernichtungshaftung begründen, sind Verstöße gegen die fundamentalen Spielregeln der Kapitalgesellschaft, beispielsweise das Verbot der Einlagenrückgewähr, zu nennen. Darunter lassen sich der Abzug von Kapital, Ressourcen, Geschäftschancen¹⁴⁹³ und Märkten aber auch die Verlagerung von Risiken, der Abschluss nachteiliger Verträge, Verlagerung von *core assets* ohne oder mit nur unzureichender Gegenleistung (Fondsverschiebungen zwischen verbundenen Unternehmen) oder auch die Gewährung von Darlehen und Sicherheiten, die betrieblich nicht gerechtfertigt sind, subsumieren. Demnach handelt es sich um Eingriffe in das Vermögen oder in die Interessen der Gesellschaft (Nachteilszufügung), welche ohne angemessene Rücksicht auf die Fähigkeit der Verbindlichkeitsbefriedigung durchgeführt werden.

Der OGH argumentiert hinsichtlich des Haftungsdurchgriffs bei Missbrauch der Leitungsmacht mit der grundlegenden These *Jan Wilhelms*, dass Gesellschafter, die unmittelbar (Mehrheitsbeteiligung und Weisungsrecht gemäß § 20 Abs. 1 GmbHG) oder mittelbar (beherrschender Einfluss) auf die Leitung der Gesellschaft Einfluss nehmen, dies nur nach Maßgabe jener Sorgfaltspflichten tun dürfen, die kraft Gesetzes auch von den Leitungsorganen selbst einzuhalten sind¹⁴⁹⁴. Demzufolge seien laut *Wilhelms* die Rechtsgrundlagen § 25 GmbHG und § 84 AktG, an denen *Jabornegg* argumentativ anknüpft¹⁴⁹⁵. Während dieser Grundsatz argumentativ unproblematisch für Gesellschafter ist, die allein oder im Zusammenwirken mit anderen „geschäftsführend, leitend oder beherrschend die Geschicke der Gesellschaft bestimmen können“, sieht unter anderem *Torggler* zutreffenderweise die Befürwortung der analogen Anwendbarkeit der umfassenden Tätigkeits- und Überwachungspflichten der Geschäftsführer auf die Gesellschafter mit der daraus folgenden Konsequenz der Bindung an den Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsleiters als problematisch an. Problematisch deshalb, weil in diesem Fall der „bestimmungsmächtige“ Gesellschafter strenger haften würde als der Geschäftsführer, der, wenn er einer verbindlichen Weisung folgt, grundsätzlich nicht haften müsste¹⁴⁹⁶. Des Weiteren wird argumentiert, dass einem „bestimmungsmächtigen“ Gesellschafter nicht automatisch die „Haftungskeule“ drohen dürfe, weil

¹⁴⁹¹ § 1311 ABGB. Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt; hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten; oder, sich ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt; so haftet er für allen Nachtheil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.

¹⁴⁹² vgl. *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 1 Rz 70

¹⁴⁹³ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 82 Rz 17, Vgl. *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 52 Rz 17, *Hügel*, Geschäftschancen und Konzernsynergien, in FS *Koppensteiner*, 2006, 11; *Hoenig, Christian/Stingl, Harald*: Geschäftschancen - Gedanken zur Reichweite des Einlagenrückgewährverbots, *GesRZ* 2007, 23

¹⁴⁹⁴ vgl. *Jabornegg* (1989), 49; 8 Ob A 98/00w, RdA 2002, 401ff., RIS-Justiz RS0115008, 8 Ob 629/92, ÖJZ 1994/144

¹⁴⁹⁵ vgl. *Jabornegg* (1989), 49

¹⁴⁹⁶ vgl. *Mader* (2002), 24, *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 25 Rz 17ff. und auch *Harrer, Friedrich*: Haftungsprobleme bei der GmbH, Wien 1990, 140f.

ihm in Anlehnung an § 1187 ABGB („...keine Verbindlichkeit [...] auf eine andere Art zu dem gemeinschaftlichen Erwerbe mitzuwirken“) ein Recht auf Passivität zusteht und ihm somit aufgrund eines Weisungsrechts nicht unmittelbar die Haftungsgefahr drohen dürfte¹⁴⁹⁷. Eine Argumentation über die teleologische Reduktion des § 61 Abs. 2 GmbHG ist zweckmäßig, weil sie offensichtliche Wertungswidersprüche des OGH bzw. *Jaborneggs* aufgrund der Tatsache vermeidet, dass der Gesellschafter als Quasi-Fremdgeschäftsführer strenger haftet als der Geschäftsführer selbst, beispielsweise auf Grundlage des URG oder weil dieser bei Befolgung verbindlicher Weisungen entlastet würde¹⁴⁹⁸.

Die Existenzvernichtungshaftung wurde durch das deutsche Urteil *Bremer-Vulkan* des BGH eingehend diskutiert, bei dem die Tochtergesellschaft liquide Mittel in ein von der Obergesellschaft zentral geführtes Cash-Managementsystem auch dann noch einbrachte, als die Rückzahlungswahrscheinlichkeit sehr gering war¹⁴⁹⁹. Der BGH bestätigte, dass Eingriffe des Alleingesellschafters dahingehend, dass die Gesellschaft ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann, nach den Kapitalerhaltungsvorschriften und Bestandsschutzbestimmungen zu lösen sind. Das erste Folgeurteil bestätigt die Innenhaftung und das so genannte *KBV-Urteil*¹⁵⁰⁰ bewertete eine Außenhaftung als zulässig¹⁵⁰¹. Das *KBV* Urteil erklärte eine Abwicklung außerhalb der ordentlichen Verfahren (KO, Abwicklung, Auflösung), somit auf „kaltem Wege“, für unzulässig, weil der Haftungsfond für die Gläubiger geschmälert würde und dieser aber unabdingbare Voraussetzung für den Haftungsausschluss sei. Dies gemäß dem Grundsatz, dass, sobald durch Entzug von Vermögenswerten die Fähigkeit der Gesellschaft zur Befriedigung ihrer Gläubiger „in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß“ beeinträchtigt wird, ein Rechtsformmissbrauch vorliegt, der, wenn er nicht vollständig ausgeglichen wird, zum Verlust des Haftungsprivilegs führt¹⁵⁰². Zusammengefasst muss gemäß diesem Haftungsmodell nun erstens ein Eingriff in das Gesellschaftsvermögen ohne angemessene Rücksichtnahme auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens vorliegen, zweitens die Gesellschaft in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß beeinträchtigt werden ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen und drittens die Unterlassung eines Nachteilsausgleiches gemäß §§ 30, 31 dGmbHG (§§ 82, 83 GmbHG) vorliegen¹⁵⁰³. Der BGH bekräftigte und konkretisierte in zwei weiteren höchstgerichtlichen Entscheidungen eine potentielle Außenhaftung¹⁵⁰⁴, welche zusätzlich folgende Erkenntnis brachten: Die Haftung setzt nicht schon bei unternehmerischen Fehlleistungen (Managementfehlern) ein, sondern setzt den gezielten, betriebsfremden Zwecken dienenden Entzug von Vermögenswerten, wie wirtschaftlich verwertbaren Geschäftschancen oder anderen Ressourcen (Vertriebssystem, Kundenstamm), ohne angemessene Gegenleistung voraus, was dem Gedanken des Rückstattungsanspruchs zwecks Kapitalerhaltung¹⁵⁰⁵ entspricht¹⁵⁰⁶. Des Weiteren ist nach dem Ausspruch des Senates vom 25. Februar

¹⁴⁹⁷ vgl. *Torggler* (2006), 87f.

¹⁴⁹⁸ ebd.

¹⁴⁹⁹ BGH II ZR 178/99, BGHZ 149, 10

¹⁵⁰⁰ BGH II ZR 300/00, BGHZ 151, 181ff., BGH II ZR 390/03 in BB 2005, 2144

¹⁵⁰¹ vgl. *Artmann*, RdA 2002, 370ff.

¹⁵⁰² vgl. *Koppensteiner* (2004), Anh § 318 Rz 90

¹⁵⁰³ vgl. *Artmann* in *Kalss/Rüffler* (2003), 91

¹⁵⁰⁴ BGH II ZR 206/02, GmbHR 2005, 225 – Autohaus FZ; BGH II ZR 256/02 in GmbHR 2005, 299 und 257

¹⁵⁰⁵ § 82 iVm. § 83 GmbHG bzw. § 52 iVm. § 56 AktG

2002 hinsichtlich des *KBV*-Urteils auch der Gesellschafter den Gläubigern für Ausfälle unter dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs haftbar, wenn er selbst nichts empfangen, jedoch durch sein Einverständnis mit dem Vermögensabzug an der Existenzvernichtung der Gesellschaft mitgewirkt hat¹⁵⁰⁷. Wie bereits dargelegt, änderte der BGH jedoch die rechtsdogmatische Grundlage der Existenzvernichtungshaftung spätestens durch BGH 2. Juni 2008¹⁵⁰⁸, die er zuvor in der teleologischen Reduktion des Haftungsprivilegs der Gesellschafter nach § 13 Abs. 2 dGmbH (§ 61 Abs. 2 GmbHG) sah, wenn der Gesellschafter die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht respektiert und keine angemessene Rücksicht auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten nimmt. Nunmehr sieht der BGH die Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe des § 826 BGB (vorsätzlich sittenwidrige Schädigung) im Sinne einer Innenhaftung.

Dies wird auch die österreichische Diskussion über die rechtliche Bewertung des Haftungsdurchgriffs wieder anfachen, denn während eine Gruppe die alte deutsche Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff auch in Österreich zur Rechtsauslegung angewandt sehen wollte¹⁵⁰⁹, sah die andere Gruppe auf Basis der österreichischen Rechtsgrundlage keinen Anwendungsbereich für die teleologische Reduktion bzw. existente Bestimmungen als ausreichend um dem Schutzbedürfnis der Gläubiger zu entsprechen an¹⁵¹⁰.

Torggler beispielsweise argumentiert, dass aus dem Verstoß gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze keine unbeschränkte Haftung ableitbar sei. Auch spielt seiner Meinung nach der Ausgleich des Nachteiles im österreichischen Recht im Sinne der § 56 AktG und § 83 GmbHG keine Rolle, weil rechtswidrige Empfangnahmen oder rechtswidrige Mitwirkung bei der Auskehr von Vermögenswerten per se rechtswidrig sind und Schadenseratzansprüche gemäß § 1191 ABGB nach sich ziehen¹⁵¹¹. Ein von *Artmann* vertretener Ansatz ist der Bezug auf § 1311 ABGB in Verbindung mit § 159 StGB als Haftungsgrundlage. § 159 Abs. 5 StGB enthält als Tatbestandsmerkmal das „grob unwirtschaftliche und leichtfertige Verhalten“, welches den „Mindeststandards des seriösen unternehmerischen Verhaltens widerspricht“, die es vor Zahlungsunfähigkeit im Gläubigerinteresse einzuhalten gilt. *Röhricht* beschreibt den Haftungseintritt durch grobe Fahrlässigkeit, wenn „der kompensationslose Abzug von Vermögen und Ertragschancen die Gesellschaft [...] in den voraussehbaren wirtschaftlichen Zusammenbruch treiben muss“¹⁵¹². Die Haftung für Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen im Strafrecht ist auf grobe

¹⁵⁰⁶ OGH 26. Februar 2002 bestätigt durch OGH 22. Mai 2003, 8 Ob 262/02s „Der Fehlschlag unternehmerischer Entscheidungen ist nicht schon an sich pflichtwidrig; nur die Verletzung der Pflicht zur branchen-, größen- oder situationsadäquaten Bemühung kann dem Organ als Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Dies gilt für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat“.

¹⁵⁰⁷ *Artmann* in *Kalss/Rüffler* (2003), 92

¹⁵⁰⁸ II ZR 104/07

¹⁵⁰⁹ vgl. *Schopper/Strasser* (2005), 176 und *Koppensteiner, Hans-Georg*: Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, *GesRZ* 2005, 176; *Koppensteiner, Hans-Georg*: Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, *JB1* 2006

¹⁵¹⁰ vgl. *Torggler* (2006), 85, vgl. auch *Artmann* in *Kalss/Rüffler* (2003), 87

¹⁵¹¹ vgl. *Torggler* (2005), 88f.

¹⁵¹² vgl. *Röhricht* (2000), 116f

Fahrlässigkeit¹⁵¹³ beschränkt. Für *Jabornegg* lässt sich festhalten, dass der relevante Sorgfaltsmaßstab für einen Gesellschafter, der außerhalb der Generalversammlung, demnach unmittelbar „faktisch“ die Geschäfte führt, jener des § 25 GmbHG bzw. § 84 AktG ist. Wenn der Gesellschafter jedoch mittels Weisungen in der Generalversammlung seine Interessen durchzusetzen strebt, dann werden die Haftungsnormen der §§ 1294, 1297 ABGB schlagend¹⁵¹⁴. *Torggler* argumentiert, dass die Heranziehung der Sorgfaltspflichten nicht im Gesetz fundiert ist und verlangt eine Orientierung an den §§ 1294, 1297 mit Strafverschärfung bei § 1299 ABGB bzw. § 25 GmbHG bei initiativem Einfluss auf die Geschäftsführung. Unstrittig ist die deliktische Haftung nach § 156ff. StGB aufgrund „*nachhaltiger Beeinträchtigung der Belange der abhängigen Gesellschaft*“ bzw. durch „*die rechtswidrige, die abhängige Gesellschaft unangemessen benachteiligende, Ausübung der Konzernleitung*“, und der damit verbundene Schadenersatzanspruch aus der Verbindung mit § 1311 ABGB¹⁵¹⁵. §§ 159 StGB iVm. 1311 ABGB sorgt für die Altgläubiger dafür, dass ihnen das Erfüllungsinteresse zugesprochen wird, wenn sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen oder wenn der Zustand vor dem schädigenden Verhalten nicht wieder hergestellt werden kann.

Die Argumentation, dass den Fällen des existenzvernichtenden Eingriffs bereits durch bestehende Normen (einerseits Schadenersatzrecht und Strafrecht, andererseits Kapitalerhaltungsgrundsätze) entgegengetreten werden kann und durch die Abkehr der Anwendung des Sorgfaltsmaßstabes auch für den mittelbar oder unmittelbar bestimmenden Gesellschafter rechtliche Wertungsprobleme¹⁵¹⁶ hintangehalten werden, ist zuzustimmen, jedoch gibt es eine Vielzahl von Suboptimalitäten, welche durch den Ansatz einer teleologischen Reduktion des § 61 Abs. 2 GmbHG vermieden werden könnten. Die Ratio aus der Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung als Außenhaftung war gerade der Schutz der Gläubiger. Der evidente große Nachteil des neuen Modells (Innenhaftung) für den Gläubiger ist, dass der Gläubiger nunmehr keine direkten Ansprüche gegen den die Haftung auslösenden Gesellschafter hat, sondern sich die Ansprüche der Gesellschaft pfänden und überweisen lassen muss, was gerade im Insolvenzfall problematisch ist. Ferner scheint die Überlegung der Innenhaftung nicht ganz unproblematisch, da eine Haftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft als Ersatz für die (direkte) Haftung eines Gesellschafters gegenüber dem Gläubiger installiert wird, obwohl der Gesellschaft kein eigenes Interesse zugestanden wird; denn Überlegungen zur GmbH als fremdes Vermögen oder „*rudimentäres Eigeninteresse*“ der Einpersonen-GmbH wurden in der rechtlichen Diskussion verneint¹⁵¹⁷.

Unbestritten ist, dass die Kapitalerhaltungsgrundsätze eine Vielzahl von praxisrelevanten Fällen umfassen. Das Strafrecht sanktioniert in § 156ff. StGB die Fälle der betrügerischen Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Gläubigerbegünstigung sowie grob fahrlässige Beeinträchtigung von

¹⁵¹³ BGBl I 200/58; RV 92 BlgNr 21. GP 3, 4 mit dem Ziel nur „echte Misswirtschaft und (gläubiger-) schädigendes Verhalten [...] zu pönalisieren“ aber „die Bereitschaft zu wirtschaftlichem Risiko und Gewinnstreben als notwendiges movens einer Marktwirtschaft zu respektieren“.

¹⁵¹⁴ *Jabornegg* (1989), 43ff., vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 1 Rz 72f.

¹⁵¹⁵ vgl. *Torggler* (1996), 306

¹⁵¹⁶ vgl. *Jabornegg* (1989), 49

¹⁵¹⁷ vgl. *Koppensteiner* (2006), Haftung, 681, 683; zum Theorienstreit des 19. Jahrhunderts über das "Wesen" der Juristischen Person hinsichtlich "Eigenwert" oder „rechtstechnisches Mittel zur Verwirklichung bestimmter Zwecke“ siehe v.a. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, 191ff.

Gläubigerinteressen. §§ 159 StGB iVm 1311 ABGB sorgt für die Altgläubiger dafür, dass ihnen das Erfüllungsinteresse zugesprochen wird, wenn sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen oder wenn der Zustand vor dem schädigenden Verhalten nicht wieder hergestellt werden kann. § 1295 Abs. 2 ABGB umfasst die Fälle der absichtlichen Schadenszuführung gegen die guten Sitten. *Koppensteiner* ist jedoch zuzustimmen, dass Fälle wie beispielsweise der Entzug unentbehrlichen Führungspersonals, die Kündigung einer überlebensnotwendigen Lizenz, das Eingehen hoher Risiken¹⁵¹⁸ bei einer GmbH oder die Auflösung freier Rücklagen zum Zwecke der Ausschüttung, in bestimmten Konstellationen nicht durch das vorgenannte Normenwerk gelöst würden. Auf dieser Basis wäre es möglich, dass die GmbH, als unter dem Schutzschild der Haftungsbeschränkung befindlich, zu einem Gläubigerschädigungsinstrument avancieren kann¹⁵¹⁹.

Die Existenzvernichtung auf Basis einer Außenhaftung impliziert, wie bereits dargelegt, eine Pflichtverletzung. *Koppensteiner* ist beizupflichten, wenn auf Basis von allgemeinen Grundsätzen das zum Kennen oder Kennenmüssen möglicher Konsequenzen, objektive Fahrlässigkeit ausreichend sein muss. Ob ein Widerspruch zu dem Grundsatz des Rechts auf Passivität besteht kann verneint werden, da gegenständlich der bestimmungsmächtig agierende Gesellschafter einer Haftung zugeführt werden sollte¹⁵²⁰.

1.4.2. Qualifizierte Unterkapitalisierung

Die Durchgriffshaftung wurde am häufigsten im Rahmen von Fällen mit unterkapitalisierten Gesellschaften diskutiert¹⁵²¹. Die qualifizierte Unterkapitalisierung ist von der **nominellen Unterkapitalisierung** zu unterscheiden, die vorliegt, wenn der Kapitalbedarf der Gesellschaft dem Grunde nach, jedoch vorwiegend mit Fremdkapital, gedeckt ist¹⁵²².

Der interessierende Fall ist die **qualifizierte Unterkapitalisierung**, welche nach *Ulmer* dann vorliegt, wenn eindeutig und für Insider klar erkennbar ist, dass die unzureichende Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft einen Misserfolg zu Lasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender, Wahrscheinlichkeit erwarten lässt¹⁵²³. Ob die qualifizierte Unterkapitalisierung bereits bei Gründung vorliegen muss (anfängliche qualifizierte Unterkapitalisierung) oder ob auch eine nachträgliche Unterkapitalisierung ausreichend ist, ist umstritten. Letzteres wäre meines Erachtens zwar aus Gläubigerschutzaspekten eventuell wünschenswert, weil der Handlungsunwert bestehen bleibt bzw. der gläubigerschädigende Zweck trotzdem angestrebt wird, doch hat der Gesetzgeber bewusst keine Sperre eines bestimmten Geldbetrages vorgesehen, sondern war sich durchaus bewusst, dass dieses Geld sofort in die Geschäftsaktivität zur Verwirklichung der

¹⁵¹⁸ Aschenputtelgesellschaften

¹⁵¹⁹ vgl. *Koppensteiner* (2008), 749

¹⁵²⁰ ebd.

¹⁵²¹ vgl. *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 1 Rz 74f.

¹⁵²² für den Problemkreis der nominellen Unterkapitalisierung wurde das Rechtsinstitut des Eigenkapitalersatzrechtes installiert.

¹⁵²³ *Jabornegg* (1989), 43ff; *Torggler* (2006), 86;

gesellschaftlichen Zwecke einfließt, wodurch es unter Umständen in kürzester Zeit nach Gründung bereits konsumiert sein könnte.

Die daraus resultierende Rechtsfolge sei eine unbeschränkte und solidarische Ausfallhaftung der Gesellschafter, wenn diesen die Tatbestandserfüllung zurechenbar ist¹⁵²⁴. Der BGH hat mit seiner Entscheidung „**Gamma**“¹⁵²⁵ vom 28. April 2008 seine haftungsbegründende Modelländerung nach „**Trihotel**“ konsequent weitergeführt. Er verneinte einen Haftungsdurchgriff aufgrund Unterlassens einer hinreichenden Kapitalausstattung im Sinne einer materiellen Unterkapitalisierung und argumentierte, dass eine Haftung wegen unzureichender Kapitalausstattung nicht gesetzlich normiert sei und nicht als Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung in Frage komme. Auch hat der Gesetzgeber bei seinen Bestrebungen zur Rechtsmodernisierung¹⁵²⁶ auf die tatbestandsmäßige Erfassung einer Haftung aufgrund Unterkapitalisierung verzichtet¹⁵²⁷.

Für das österreichische Recht vertritt *Reich-Rohrwig* die Meinung, dass die Gesellschafter bei qualifizierter Unterkapitalisierung eine persönliche und verschuldensunabhängige Differenzhaftung für einen allfälligen Fehlbetrag zwischen dem tatsächlich zur Verfügung gestellten und bei ordentlicher kaufmännischer Beurteilung vertretbaren Mindestmaß an Eigenkapitalausstattung treffe¹⁵²⁸. Auch hinsichtlich dieses Themenkreises haben sich zwei Strömungen entwickelt¹⁵²⁹, wobei eine Haftung wegen qualifizierter Unterkapitalisierung obiter von der Judikatur akzeptiert zu sein scheint.

Die offensichtlichen Probleme der Tatbestandsbeschreibung, wie sie *Ulmer* bei der qualifizierten Unterkapitalisierung umschreibt, sind die unbestimmten Merkmale der offenkundigen Unterkapitalisierung und die, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigende, Wahrscheinlichkeit einer Gläubigerschädigung. Auch liegt hier ein das nunmehr bekannte rechtsdogmatische Defizit einer ausdrücklichen Norm mit Verweis zu den § 7 AktG und § 6 GmbHG vor, die eine Wertung einer angemessenen Kapitalausstattung dem Unternehmer nicht aufbürden und stattdessen ein gesetzliches Grund- bzw. Stammkapital zum Zwecke der Rechtssicherheit für den risikoaversen Unternehmer festlegen. Daraus müsste man schließen, dass die unbeschränkte Haftung gemäß § 48 AktG, § 61 Abs. 2 GmbHG und § 171 UGB nicht unter der Bedingung steht, dass die Gesellschaft angemessen finanziert ist. Dies würde zum verwunderlichen Ergebnis führen, dass bei qualifizierter Unterkapitalisierung unbeschränkt gehaftet würde, jedoch die Haftung nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz für verschuldete Verzögerung des Reorganisationsverfahrens nach § 22 Abs. 1 nur beschränkt wäre, was in einem unbegründbaren Wertungswiderspruch stünde. Demzufolge muss auch hier wieder von einem unechten Durchgriff gesprochen werden, der seine Lösung aus § 1295

¹⁵²⁴ ebd.

¹⁵²⁵ ZIP 2008, 1232 siehe auch den *Gamma*-Fall

¹⁵²⁶ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)

¹⁵²⁷ wahrscheinlich wohlweislich, dass eine absolute Grenze nicht allgemein gültig Anwendung finden könnte und die Tatbestandselemente nur sehr unbestimmte Eigenschaften aufweisen würden.

¹⁵²⁸ vgl. *Jabornegg* (1989), 43ff.

¹⁵²⁹ ebd., vgl. auch *Koppensteiner/Rüffler* (2007), vgl. *Harrer* (1990)

Abs. 2 ABGB bezieht¹⁵³⁰. Daraus folgt, dass der Lösungshebel nicht in der unzureichenden Kapitalausstattung, sondern im Verhalten des Gesellschafters zu sehen ist. Wenn der Gesellschafter positiv darauf hinwirkt, dass die eingegangenen Geschäftsrisiken in einem auffallenden Missverhältnis zum Gesellschaftseigenkapital stehen, dann begeht dieser eine Sorgfaltspflichtverletzung¹⁵³¹.

1.4.3. Vermögens- und Sphärenvermischung

§ 61 GmbHG und § 48 AktG normieren die Trennung des Gesellschaftsvermögens vom Gesellschaftervermögen. Ein Verstoß gegen diese Norm zur strikten Trennung führt zur Aufhebung dieses Schutzschildes¹⁵³². In dieser Gruppe¹⁵³³ verlangt der OGH eine „**generelle Vermögensvermischung**“. Der BGH konkretisiert den Tatbestand indem er erwartet, dass „*die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert* [worden sei], [sodass] *die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung ein unverzichtbarer Ausgleich für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen [sei], nicht funktionier[e]*“¹⁵³⁴.

Vom vorgenannten Tatbestand ist die so genannte „**gegenständliche Vermögensvermischung**“ zu unterscheiden. Diese ist dann gegeben, wenn ein Gesellschafter die Unaufklärbarkeit der Eigentumsverhältnisse und die daraus resultierende Unsicherheit zu verantworten hat, was im Ergebnis auf eine Haftung *cum viribus* aber nicht auf einen Durchgriff hinauslaufen kann. Zum selben Ergebnis kommt man, wenn ein Gesellschafter aufgrund verwechselbarer Firmen, Geschäftsanschriften oder durch andere Maßnahmen, die zur Folge haben, dass unklar ist, ob im Namen eines Verbandes oder eines Gesellschafters gehandelt worden ist, agiert, weil dies ein Problem der Offenlegung und nicht des Haftungsdurchgriffs ist¹⁵³⁵. Daraus könnte Außenhaftung nach den Regeln über die OG oder GesbR in Betracht kommen¹⁵³⁶.

Um nun den Tatbestand der Vermögens- und Sphärenvermischung zu erfüllen, muss eine „generelle Vermögensvermischung“ vorliegen, die jedoch nur zu Lasten der Gesellschafter geht, die diese Vermögensvermischung verursacht haben¹⁵³⁷. *Torggler* stellt richtigerweise die Frage, wie man eine Brücke vom Tatbestand der undurchsichtigen Buchführung zur Haftung nach § 128f. UGB baut, weil die Rechtsfolgen aus § 128 UGB keine Konsequenz mangelnder Buchführung sind. Für *Torggler* ist es entsprechender, von einer Strukturhaftung zu sprechen, die dazu führt, dass der Gesellschafter das Risiko der ihm zurechenbaren Unaufklärbarkeit trägt und demnach vermutet wird, dass eine Überschuldung durch Vermögensverlagerung in das Privatvermögen entstanden ist. Die Rechtsfolgen richten sich nach § 56 AktG, § 83 GmbHG bzw. §§ 171, 172 Abs. 4 UGB¹⁵³⁸.

¹⁵³⁰ vgl. *Torggler* (2006), 87ff.

¹⁵³¹ vgl. *Jabornegg* (1989), 50; ders. in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 1 Rz 74

¹⁵³² vgl. *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 1 Rz 78f.

¹⁵³³ 8 Ob A 98/00w, RdA 2002, 401 (404); 6 Ob 313/03b, ÖZW 2005, 21 (22), Ges 2005, 19, GesRZ 2004, 379ff.

¹⁵³⁴ vgl. *Torggler* (2006), 85ff.; BGH II ZR 16/93, BGHZ 125, 366 (368); BGH II ZR 250/83, WM 1985, 54 (55); BGH II ZR 275/84, BGHZ 94, 330ff., *Autokran*; BGH II ZR 300/00, BGHZ 151, 181 (186f) – KBV.

¹⁵³⁵ vgl. *Torggler* (2006), 86

¹⁵³⁶ vgl. *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 1 Rz 78f.

¹⁵³⁷ vgl. *Reich-Rohrwig* (1997), Rz 2/483

¹⁵³⁸ vgl. *Torggler* (2006), 86f.

1.4.4. Rechtsformmissbrauch

Eine persönliche Haftung soll ebenfalls eintreten, wenn ein Missbrauch der Rechtsform vorliegt. Ziel ist es laut dem OGH¹⁵³⁹, die Durchgriffshaftung dann zuzulassen, wenn sich jemand der Rechtsform der juristischen Person zu dem Zweck bedient, um Dritte zu schädigen oder Gesetze zu umgehen. Die Überlegung Gesellschaften zu gründen und diese aufgrund mangelnder gesetzlicher Regelung mit zu geringem Kapital auszustatten, wäre jedoch bereits nach § 1295 ABGB lösbar und könnte bei verschuldetem „*grob unwirtschaftlichen und leichtfertigen Verhalten*“ auch § 159 Abs. 5 StGB auslösen.

1.3.5. Umfang der Haftung und Beweislast

Wie bereits erwähnt, ist bei Annahme einer Durchgriffshaftung diese bei Existenzvernichtung bzw. Missbrauch der Leitungsmacht den Rechtsfolgen aus den Kapitalerhaltungsgrundsätzen zwecks Gläubigerschutzes nachgelagert. Erst wenn der zugefügte Nachteil nicht durch § 83 GmbHG bzw. § 56 AktG ausgleichbar ist, trifft den Gesellschafter unmittelbar für den Fehlbetrag die Außenhaftung¹⁵⁴⁰. Anspruchsgrundlage ist die offene Forderung des Gläubigers gegen die Gesellschafter. Die Haftung ist in Anlehnung an § 128 UGB unbeschränkt, wobei der BGH dem Gesellschafter gestattete nachzuweisen, dass der Gesellschaft auch bei redlichem Verhalten nur ein begrenzter Nachteil entstanden wäre (*Quotenschaden*)¹⁵⁴¹.

Werden die Gesellschafter beispielsweise nach den Regelungen des § 1311 ABGB in Verbindung mit § 159 StGB (grob fahrlässig) in Anspruch genommen, so muss den Gläubigern das *Erfüllungsinteresse* ersetzt werden, da ohne die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit die Gläubiger die volle Befriedigung ihrer Forderung erlangt hätten¹⁵⁴². Zum selben Ergebnis kommt *Artmann* bei teleologischer Reduktion des § 61 Abs. 2 GmbHG bzw. § 48 AktG (Durchgriffshaftung). Demzufolge führt der pflichtwidrige Eingriff in das Gesellschaftsvermögen zu einem vollständigen Verlust des Haftungsprivilegs, sodass sich die Gesellschafter so behandeln lassen müssen, als hätten sie das von der GmbH betriebene Handelsgeschäft selbst ohne Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen geführt; sie haften somit analog nach §§ 128f. UGB persönlich und unbeschränkt, auch weit über das durch den pflichtwidrigen Eingriff Erlangte hinaus¹⁵⁴³. Jedoch sollten meines Erachtens dem Gläubiger nur jene Verluste abgenommen werden, die dem Gesellschafter zurechenbar sind, was dem Quotenschaden entspricht. Dies liegt beispielsweise dann vor, wenn die Krise durch die allgemeine Wirtschaftslage oder Know-how-Mangel verursacht worden ist, demzufolge sich das Kreditrisiko bereits materialisierte und das rechtswidrige Verhalten erst nach diesem Zeitpunkt durch den Gesellschafter gesetzt wurde.

¹⁵³⁹ RIS-Justiz RS0009098: „Der Grundgedanke des Begriffes der "Durchgriffshaftung" liegt darin, daß sich niemand der Rechtsform einer juristischen Person zu dem Zweck bedienen dürfe, Dritte zu schädigen oder Gesetze zu umgehen. Unter gewissen Umständen, die im Übrigen nicht einheitlich beurteilt werden, sei es im Interesse des Gläubigerschutzes erforderlich und erlaubt, auf die "hinter" der juristischen Person stehenden Personen durchzugreifen und diese zur Erfüllung der Verbindlichkeiten heranzuziehen, die die juristische Person nicht erfüllen könne“;

¹⁵⁴⁰ vgl. *Artmann* in *Kalss/Rüffler* (2003), 91f.

¹⁵⁴¹ vgl. *Schopper/Strasser*, GesRZ 2005, 176ff; BGH, BB 2005, 232, 234; BGH, BB 2005, 286, 288

¹⁵⁴² vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 25 Rz 45, vgl. *Artmann* in *Kalss/Rüffler* (2003), 104

¹⁵⁴³ vgl. *Artmann* in *Kalss/Rüffler* (2003), 104

1.5. Strafrechtliche Aspekte in Anlehnung an die Eumig-Entscheidungen

Karollus setzte sich mit den **Eumig-Entscheidungen**¹⁵⁴⁴ auseinander, welche als grundlegend für die deliktsspezifische Haftungsbegründung im österreichischen Recht angesehen werden. Im Ausgangsfall war die beklagte Bank auf dreierlei Hinsicht mit der Eumig-GmbH verbunden. Die beklagte Bank war erstens kreditgebende Bank mit Einfluss auf die Geschäftsführung der GmbH, zweitens Gesellschafter der GmbH und drittens Konzernmutter. In der ersten Entscheidung stützte der OGH die Haftung auf die Kreditgeberstellung und die gleichzeitige Macht auf Grund des starken faktischen Einflusses auf die Geschäftsführung, welche spezifische Sorgfaltspflichten bedingen würde. Der OGH setzt keine verbindliche Weisung des Gesellschafters voraus, denn die Haftung setzt schon bei bloß faktischer Einflussnahme an. Der OGH hat die Haftung nicht nur aus der Gesellschafterstellung der kreditgewährenden Bank gerechtfertigt, sondern auch dadurch, dass zwei Vorstandsmitglieder der Bank in Personalunion dem Aufsichtsrat der insolventen GmbH angehörten. Die zweite Entscheidung bestätigte, dass die beklagte Bank nicht als außenstehender Geschäftspartner anzusehen ist, sondern als Eigentümer im Konzernverhältnis, der einen maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung, stärker noch als der formell bestellte Geschäftsführer, ausüben kann¹⁵⁴⁵.

Grundsätzlich kann unbestritten festgehalten werden, dass Gesellschafter mit relevanter Machtposition (bestimmungsmächtiger Gesellschafter) dann verantwortlich sind, wenn sie die Geschäftsführung durch Weisungen eindeutig bestimmen können. Bei der Frage über die Haftung ist es nicht unmittelbar wichtig, wie die Konzernbeziehung gewesen ist, sondern es kommt vielmehr auf den Einfluss auf die gemeinschuldnerische Geschäftsführung an¹⁵⁴⁶. Interessant ist, wie weit den Gesellschafter auch Handlungspflichten treffen würden, obwohl bekanntermaßen ein Recht zur Passivität besteht, weil eine allgemeine Verpflichtung zur Überwachung der Geschäftsführung oder zur Einmischung in diese dem Trennungsprinzip fundamental widersprechen würde. Unbestritten ist die Haftung für konkursverschleppende Weisungen¹⁵⁴⁷. Demnach haften die Gesellschafter, die den Geschäftsführer bei Eintritt der Insolvenz ohne Vorlage einer ernstlichen, alsbaldig zur realisierenden Sanierungschance zur Fortführung des Geschäftsbetriebes anhalten bzw. von der Einleitung des Insolvenzantrages abhalten. Eine derartige Weisung gegenüber dem Geschäftsführer ist gemäß § 879 ABGB nichtig. Wichtig ist in diesem Fall die Kausalität; unabhängig davon, ob die Insolvenz durch tatsächliche Einflussnahme oder Unterlassung verursacht wurde¹⁵⁴⁸. In dieselbe Richtung geht eine Haftung für konkursverursachende Einflussnahmen, beispielsweise durch konkursverursachende Beschlussfassung einer außergewöhnlichen Geschäftsführungsangelegenheit (z.B. Herabsetzung des Stammkapitals), wenn diese auf Verschulden basiert. Nichts gesagt wurde jedoch in beiden Fällen über die Pflicht zum Eingreifen durch den Gesellschafter. Fundamentalen Gerechtigkeitsprinzipien entspricht jedenfalls das **Ingerenzprinzip**, somit die Tatsache, dass der Gesellschafter ein gefahrenbegründendes Vorverhalten gesetzt hat oder er die

¹⁵⁴⁴ 14. Juli 1986 und 9. Februar 1988, OGH 1 Ob 571/86, JBL 1986, 713, OGH 6 Ob 508, 509/86, ÖBA 1988, 828

¹⁵⁴⁵ vgl. *Karollus* (1990), 337ff, *Mautner* (2000), 157ff.

¹⁵⁴⁶ vgl. *Koppensteiner, Hans-Georg*: Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, WBI 1988, 833

¹⁵⁴⁷ vgl. *Koppensteiner* (1988), 8ff.

¹⁵⁴⁸ vgl. *Karollus* (1990), 339f.

Pflicht freiwillig, beispielsweise weil keine eigenständige Geschäftsführung vorlag und der Gesellschafter deshalb die Rolle des Steuermannes einnahm, übernommen hat. Ein Kernpunkt zur Haftungs begründung ist im Zuge des § 36 Abs. 2 GmbHG, der in der ersten Eumig-Entscheidung hervorgehoben wurde, zu analysieren. Die Haftung tritt jedenfalls nach Einberufung der Gesellschafterversammlung dann ein, wenn die Zustimmung zur rechtswidrigen Geschäftsführung gegeben wird. In dieser qualifizierten Situation geht die Literatur von einer Entscheidungspflicht aus, weil durch § 36 Abs. 2 GmbHG die Entscheidungsbefugnis auf die Gesellschafter verlagert wurde. In diesem Zusammenhang kann auch gesehen werden, dass Sanierungsmaßnahmen ohne formellen Sanierungsbeschluss als gefahr begründendes Vorverhalten zu werten sind. Dies darf nicht unter dem Aspekt der Unterdrückung des unternehmerischen Gedankens betrachtet werden, sondern soll nur festhalten, dass Sanierungen aus wirtschaftlichen Überlegungen heraus vorgenommen werden und Verluste (Haftung) zwangsläufig mit Gewinnen zusammenhängen. Obwohl es keine Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführung gibt, kann eine solche angenommen werden, wenn der Geschäftsführer offensichtlich überfordert oder kriminell ist bzw. dem Gesellschafter die Bestellung des Geschäftsführers als gefahr begründendes Vorverhalten bei objektiv vorliegender *culpa in eligendo* zuzurechnen ist. Dies aus der Überlegung heraus, dass der Gesellschafter die Gesellschaft trotz Offensichtlichkeit nicht als „führerloses Schiff“ dahin treiben lassen darf¹⁵⁴⁹. Für Konzernverhältnisse ist das eben geschriebene maßgeblich. Im faktischen Konzern gilt, dass je dominierender die Stellung des Gesellschafters und je stärker dieser seinen Einfluss auf die Geschäftsführung tatsächlich ausübt, desto intensiver treffen ihn die Sorgfaltspflichten¹⁵⁵⁰. Auch ist dies für Vertragskonzerne relevant, wenn die grundsätzlichen Fragen der Geschäftsführung auf die Konzernspitze verlagert werden.

1.6. Verbandshaftung

Seit 1. Jänner 2006 gilt das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG)¹⁵⁵¹ und bestimmt die Adressaten des Unternehmensstrafrechtes. Dieses Gesetz soll den Haftungskreis nicht auf natürliche Personen beschränken, sondern bestimmt als potentiell es Strafsjekt auch „Verbände“. Verbände werden definiert als alle Unternehmensträger, welche der strafrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen. Darunter fallen juristische Personen¹⁵⁵², eingetragene Personengesellschaften sowie Europäische wirtschaftliche Interessensvereinigungen¹⁵⁵³. Der die Verbandsverantwortlichkeit begründende Personenkreis sind Entscheidungsträger und Mitarbeiter¹⁵⁵⁴, denn nur diese können Straftaten durch ihr menschliches Handeln begehen. Als Entscheidungsträger werden natürliche Personen verstanden, die eine

¹⁵⁴⁹ ebd., vgl. auch Dellinger (1993), 201

¹⁵⁵⁰ „Die bloße Ausübung von Kontrollrechten - und daher auch die Entsendung von Bankenvertretern in den Aufsichtsrat - wird allein noch keinen ausreichend starken faktischen Einfluss auf die Geschäftsführung begründen. Die Entsendung eines Vertrauensmannes in die Geschäftsführung mit Dirimierungsrecht spricht aber jedenfalls schon für einen verstärkten Einfluss auf die Geschäftsführung“. ÖBA 1986, 571.

¹⁵⁵¹ BGBl I Nr. 151/2005

¹⁵⁵² privatrechtlich: AG, GmbH, Vereine, die Societas Europaea, politische Parteien, Sparkassen somit wohl auch Genossenschaften sowie Stiftungen und Fonds; ungeklärt Wohnungseigentümergeinschaft / Miteigentümergeinschaft; öffentlichrechtlich: inländische Gebietskörperschaften, Kammern, Universitäten, ORF etc.; nicht jedoch Verlassenschaft

¹⁵⁵³ § 1 Abs. 2 VbVG

¹⁵⁵⁴ wobei Entscheidungsträger auch Mitarbeiter sein können.

Führungsposition dadurch inne haben, dass sie den Verband nach Außen vertreten¹⁵⁵⁵ und Entscheidungs- und Kontrollbefugnisse haben, welche die Verbandsphilosophie sowie deren Willen beeinflussen¹⁵⁵⁶ können. Dazu gehören Manager, denen ein selbstständiger Wirkungskreis sowie Aufsichts- und Organisationsverantwortung zukommt¹⁵⁵⁷. Mitarbeiter erbringen auf Basis eines Arbeits-, Lehr- oder anderen Ausbildungsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses Arbeitsleistungen für den Verband. Ferner gehören hierzu überlassene Arbeitskräfte sowie Mitarbeiter auf Grund des Heimarbeitsgesetzes und Mitarbeiter auf Grund eines Dienst- oder sonst eines besonderen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses¹⁵⁵⁸.

Der Verband wird dann unmittelbar zur Haftung herangezogen, wenn der Entscheidungsträger eine Straftat begangen hat oder wenn eine (nicht unbedingt schuldhaft) begangene Mitarbeitertat durch einen (nicht unbedingt schuldhaften) Sorgfaltsverstoß des Entscheidungsträgers erst entstehen konnte. Als Zurechnungsparameter für eine Verbandsverantwortlichkeit gelten die Folgenden: Es muss eine Tat zu Gunsten des Verbandes begangen worden sein¹⁵⁵⁹. Daraus folgt, dass eine Bereicherung oder Aufwandsersparnis geplanterweise eintreten hätte sollen¹⁵⁶⁰, wobei betont werden muss, dass die geplante Besserstellung nicht unmittelbar finanzieller Natur sein muss, jedoch im Endeffekt materielle Auswirkungen hat. Ferner ist der Verband verantwortlich, wenn durch die Tat Pflichten, welche funktionell in seinem spezifischen Tätigkeitsbereich liegen und daher den Verband treffen, verletzt worden sind¹⁵⁶¹. Der Verband haftet dann für die Taten des Entscheidungsträgers, wenn der Verband es unterlassen hat, die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt anzuwenden, um strafrechtlich sanktionierte Taten zu unterlassen. Entsprechend gilt die Verbandshaftung auch für Mitarbeitertaten. D.h., der Verband haftet für das Verhalten eines oder mehrerer Mitarbeiter, wenn der Verband die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen hat, was durch ein Organisationsdefizit auf Entscheidungsträgerebene ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde¹⁵⁶².

Aus gerade Dargestelltem seien drei typische Fälle skizziert: Der erste Fall soll zeigen, dass maßgeblicher Einfluss bei Finanzintermediären problematische Anknüpfungspunkte auslösen kann. Wenn beispielsweise ein Kreditinstitut aufgrund eines defaults des Kreditnehmers (z.B. GmbH) die Geschäftsanteile übernimmt, dann gilt dieses als faktischer Beherrscher des Unternehmens. Beherrscht das Kreditinstitut die GmbH, dann trifft sie eine spezifische Sorgfaltspflicht bei Einflussnahme auf die insolvente Geschäftsführung¹⁵⁶³, was bei Vernachlässigung zur Verwirklichung des Tatbestandes der

¹⁵⁵⁵ Geschäftsführer, Vorstandmitglied, Prokurist oder andere Träger von Vertretungsmacht nach Außen.

¹⁵⁵⁶ maßgeblich Einfluss auf die Geschäftsführer, d.h. auch faktische Geschäftsführer.

¹⁵⁵⁷ d.h. Außenvertretungsbefugnis, Kontrollbefugnis in leitender Stellung oder maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung des Verbandes, vgl. *Zirm, Maximilian*: Rechtspolitische Visionen zur Verbandsverantwortlichkeit auf Basis einer praxisbezogenen Analyse des VbVG, Dissertation, Graz 2008, 34

¹⁵⁵⁸ § 2 VbVG

¹⁵⁵⁹ § 3 Abs. 2 Z. 1 VbVG

¹⁵⁶⁰ ErläutRV 994 Blg NR XXII GP 21

¹⁵⁶¹ § 3 Abs. 1 Z. 2 VbVG

¹⁵⁶² ErläutRV 994, BIG NR XXII GP 23

¹⁵⁶³ OGH 1 Ob 571/86 vom 14. Juli 1986, JBL 1986, 713

betrügerischen Krida¹⁵⁶⁴ führen kann. Dies wiederum führt zur Verbandsverantwortlichkeit für die insolvente GmbH, da der faktische Beherrscher maßgeblichen Einfluss ausübte.

Für den zweiten Fall sei der Vertrieb von Investmentfondsanteilen dargestellt: Lukriert der Entscheidungsträger (z.B. Vertriebsleiter) durch den Verkauf von Investmentfondsanteilen Verkaufsprovisionen und andere leistungsabhängige Bonifikationen für das Kreditinstitut, welches gemäß § 1 Abs. 1 Z. 7 BWG das Wertpapiergeschäft betreibt, und unterlässt er die Sorgfalt, die für die Kunden vermittelten Produkte ausreichend dahingehend zu prüfen, dass die im Prospekt angeführten Eigenschaften (Veranlagungsstrategie etc.) auch tatsächlich vorliegen, dann kann dies haftungsbegründend gemäß dem Verbandhaftungsgesetz wirken.

Der dritte Fall ist aus dem Private Equity-Geschäft entnommen. Eine ManagementgmbH hat einen Managementvertrag mit einer Fonds Eins GmbH, welcher die Gelder privater Investoren in dieser Gesellschaft, zu Veranlagungszwecken, poolt. Die Verbandsverantwortung kann dadurch ausgelöst werden, als ein Entscheidungsträger der ManagementgmbH Gelder der Fonds Eins GmbH für zugesicherte Ausschüttungen an die Fonds Zwei GmbH ausschüttet, um daraus einerseits seine Performance-Bonifikationen zu lukrieren und andererseits den Anlegern der Fonds Zwei GmbH nicht kommunizieren zu müssen, dass das veranlagte Geld durch Missperformance verlustigt wurde.

Wie bereits aus den konstruierten Fällen ersichtlich, potenziert sich das Problem der Verbandsverantwortlichkeit bei Konzernen. Die Verhaltensweisen, welche eine Verbandsverantwortung auslösen können, überschreiten in der realen Wirtschaftswelt oftmals jene von der Rechtsordnung geschaffenen Konstrukte, denn die inhärenten Motive zu kriminogenen Verhaltensweisen lassen sich nicht an übergeordneten Konstrukten (Verbänden) festhalten, da Weisungen und Einflussnahmen in strafrechtlichen Sachverhalten ebenfalls keine Rücksicht vor selbstständigen rechtlichen Einheiten nehmen. Das VbVG kennt keine Verantwortlichkeit von Konzernen, denn der Terminus Verband umfasst, wie bereits erläutert, lediglich juristische Personen und Personengesellschaften als individuelle Einheiten. Dies im Gegensatz zum deutschen Ordnungswidrigkeitengesetz bei dem *Rogall* auch Konzerne als Strafsubjekt sieht¹⁵⁶⁵. Jedoch gilt für Österreich, dass Konzerne ein Zusammenschluss mehrerer rechtlich selbstständiger Unternehmen sind und aufgrund der Tatsache, dass sie eben keine rechtliche Einheit begründen, nicht in den Verbandsbegriff des § 1 VbVG fallen. Dennoch leuchtet aus den Sachverhalten der Realität ein, dass eine Verbandsverantwortlichkeit nicht aus der Konstruktion von Konzernen konterkariert werden sollte, denn es ist offensichtlich, dass es bei Konzernen dieselben Willensbildungssysteme wie bei Verbänden des VbVG gibt. D.h., auch wenn der Gesetzgeber Konzerne vom Durchgriff auf der Rechtsgrundlage der Verbandsverantwortung ausnimmt, so kann auf einzelne Verbände im Konzern das VbVG durchaus anwendbar sein. Wenn somit ein Aufsichtsrat der Muttergesellschaft die Aufsichtspflichten gegenüber den Geschäftsführern der Tochtergesellschaften grob

¹⁵⁶⁴ § 156 StGB

¹⁵⁶⁵ *Rogall*, §§ 30 und 130 OWIG, in *Senge, Lothar* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Auflage, München 2006

vernachlässigt und diese eine strafrechtliche Delinquenz begehen, dann kann neben dem Aufsichtsrat auch der Vorstand der Muttergesellschaft (Personalunion Vorstand Muttergesellschaft und Aufsichtsrat Tochtergesellschaft) und auch die Muttergesellschaft pönalisiert werden. Daher beschränkt sich das VbVG auf jene Konzernteile, bei denen die Organe als Urheber strafrechtlicher Delinquenzen agierten¹⁵⁶⁶.

1.7. Haftung der Eigentümer bei Finanzintermediären

Unabhängig obgenannter Anspruchsgrundlagen zum Ersatz entstandenen Schadens stellt sich bei Finanzintermediären, gerade bei Versicherungen und Banken, die Frage nach einer erweiterten Haftung. Im Grunde sieht das BWG und VAG keine erweiterten Haftungsgrundlagen für Eigentümer von Banken und Versicherungen vor. Jedoch sieht der Gesetzgeber für wirtschaftliche Fehlentwicklungen nicht nur den Haftungsfonds der juristischen Person als einzig verbleibende Haftungsmasse an, sondern installiert ein weitergehendes Schutznetz unabhängig vom Grund des auslösenden Moments. Sozialpolitische Überlegungen zur Bildung von öffentlichem Vertrauen waren Gründe für die Etablierung eines Sicherheitsnetzes (Sicherungseinrichtung, eigener Kapitalstock), welche Funktions- und auch Gläubigerschutz gewährleisten sollen. Funktionsschutz soll der Gefahr eines *bank-runs* entgegenwirken. Die Gläubigerschutzfunktion trägt der Überlegung Rechnung, dass der einzelne Bankkunde in der Regel nicht die wirtschaftliche Bonität des Kreditinstitutes prüfen kann. Es soll im Extremfall zumindest eine teilweise Absicherung ermöglicht werden.

1.7.1. Kreditinstitute

Kreditinstitute, die sicherungspflichtige Einlagen entgegennehmen bzw. sicherungspflichtige Wertpapierdienstleistungen gemäß § 93 Abs. 1 BWG erbringen, müssen im Rahmen ihres Fachverbandes einer Sicherungseinrichtung angehören. Diese Sicherungseinrichtung wird in Form einer Haftungsgesellschaft als juristische Person betrieben. Es handelt sich um eine verpflichtende Mitgliedschaft, andernfalls würde die Berechtigung zur Entgegennahme sicherungspflichtiger Einlagen¹⁵⁶⁷ bzw. zur Durchführung sicherungspflichtiger Wertpapierdienstleistungen¹⁵⁶⁸ im Sinne des § 7 Abs. 2 BWG entzogen. Die österreichischen Sicherungseinrichtungen verfügen über keinen Fonds der bereits vor Eintritt des Sicherungsfalles gespeist wird. Die Kreditinstitute haben lediglich zum Zeitpunkt des Sicherungsfalles zu leisten, wobei die Mittelabrufung mehrstufig erfolgt.

Im ersten Schritt muss die Sicherungseinrichtung des durch den Sicherungsfall betroffenen Fachverbandes nach Verpflichtung ihrer Mitglieder, leisten, wenn die Auszahlung gesicherter Einlagen oder die Entschädigung für gesicherte Wertpapierdienstleistungen bevorsteht. Die fünf sektoralen Sicherungseinrichtungen sind für die Volksbanken der Schulze-Delitzsch Haftungsgenossenschaft reg.

¹⁵⁶⁶ vgl. Zirm (2008), 163

¹⁵⁶⁷ gesichert sind: Einlagen gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG (Einlagengeschäft) und § 1 Abs. 1 Z 12 BWG (Bauspargeschäft), Guthaben, die sich aus auf einem Konto verbliebenen Beträgen oder aus Zwischenpositionen im Rahmen von Bankgeschäften ergeben und vom Kreditinstitut nach den geltenden gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen zurückzuzahlen sind, sowie Forderungen, die vom Kreditinstitut durch Ausstellung einer Urkunde verbrieft sind, ausgenommen Pfandbriefe, Kommunalschuldverschreibungen und fundierte Bankschuldverschreibungen.

¹⁵⁶⁸ Gesichert ist: Depotgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 5, der Handel auf eigen oder fremde Rechnung mit Instrumenten gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 lit. b bis f, das Loroemissionsgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z. 11, das Mitarbeitervorsorgekassengeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 21 BWG

GenmbH, für die Raiffeisenbanken die Österreichische Raiffeisen-Einlagensicherung reg. GenmbH, für die Sparkassen die Sparkassen-Haftungs AG, für die Aktienbanken und Bankiers die Einlagensicherung der Banken und Bankiers GesmbH und für die Hypothekenbanken die Hypo Haftungsgesellschaft mbH. Da die Mitgliedsinstitute im Geschäftsjahr insgesamt höchstens zu Beitragleistungen im Ausmaß von 0,83 % der Bemessungsgrundlage gemäß § 22 Abs. 2 BWG verpflichtet werden können, müssen, falls diese Mittel im ersten Schritt nicht ausreichen, die Sicherungseinrichtungen der übrigen Verbände anteilmäßige Beiträge leisten, welche jedoch in weiterer Folge Rückgriffsansprüche gegen die betroffene Sicherungseinrichtung haben. Reicht auch der zweite Schritt nicht zur vollständigen Bedienung aus, so hat die erste betroffene Sicherungseinrichtung Schuldverschreibungen auszugeben, für die das Bundesministerium für Finanzen nach Maßgabe besonderer gesetzlicher Ermächtigung die Bundeshaftung übernehmen kann.

1.7.2. Versicherungen

Wie bei Kreditinstituten gibt es auch bei Versicherungsunternehmen keine weitergehende Haftung. Einen beschränkten Schutz bietet jedoch die Regelung des § 92 VAG, wonach im Konkurs der Deckungsstock eine Sondermasse bildet. Der Deckungsstock ist zur Bedeckung des Deckungserfordernisses mit Ausnahme des in Rückversicherung übernommenen Geschäfts heranzuziehen. Das gesamte aufgrund einer Konzession betriebene Geschäft¹⁵⁶⁹ ist Bezugspunkt des Deckungserfordernisses, welches grundsätzlich die Deckungsrückstellung umfasst. In der Lebensversicherung umfasst das Deckungserfordernis auch die Prämienüberträge, die Rückstellung für noch nicht abgewickelte Versicherungsfälle und die Rückstellung für erfolgsabhängige Prämienrückerstattung. In der Krankenversicherung muss eine Deckungsrückstellung für die mit zunehmendem Alter steigenden Krankheitskosten gebildet werden¹⁵⁷⁰.

Um im Konkursfall die eindeutige Zuordnung zum Deckungsstock gesichert zu haben müssen die zum Deckungsstock gehörenden Vermögensgegenstände gesondert vom übrigen Vermögen der Versicherungsunternehmen verwaltet werden. Die diesbezügliche Widmung von Vermögensgegenständen zum Deckungsstock erfolgt durch die Eintragung der Vermögenswerte in die Deckungsstockverzeichnisse. Hinsichtlich Liegenschaften, liegenschaftsgleichen Rechten und Hypothekendarlehen ist die Widmung erst durch Eintragung in das Grundbuch zulässig. Dem Sicherheitsbedürfnis dieses Vermögens Rechnung tragend, muss für die Überwachung dieses Deckungsstockes die Versicherungsaufsichtsbehörde einen Treuhänder sowie einen Stellvertreter bestellen, welche darauf zu achten haben, dass das Deckungserfordernis durch geeignete, dem Deckungsstock ordnungsgemäß gewidmete Vermögensgegenstände, welche vom Vorstand ausgewählt sind, stets voll erfüllt ist.

¹⁵⁶⁹ § 4 Abs. 1 VAG somit das gesamte im Europäischen Wirtschaftsraum betriebene Geschäft

¹⁵⁷⁰ Alterungsrückstellung

1.8. Graphische Systematisierung des Haftungsdurchgriffs

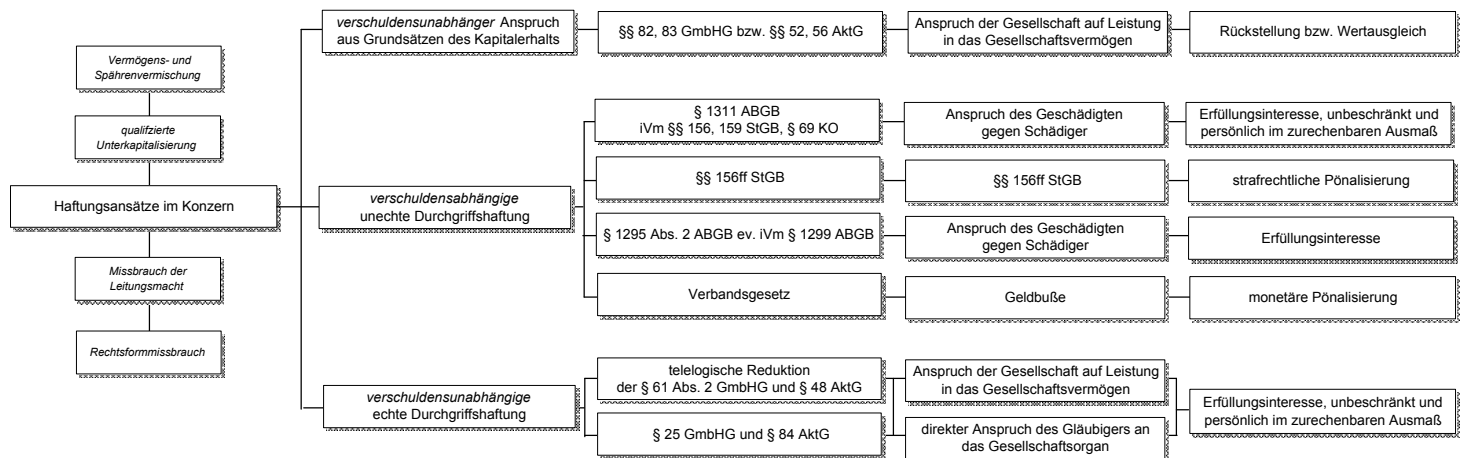


Abbildung 20 Graphische Systematisierung des Haftungsdurchgriffs, Quelle: Eigene Darstellung

2. Organhaftung

Die Leitungsgremien von Finanzintermediären stehen immer wieder im Mittelpunkt der öffentlichen Kritik. Sei dies bei der Höhe deren Vergütung¹⁵⁷¹ oder der Frage der Verantwortung (Verantwortung für anvertrautes Kapital) bei einer wirtschaftlichen Schieflage. Folgend soll der Rechtsrahmen der Verantwortung der bei Finanzintermediären agierenden Organe dargestellt werden. Dies unter besonderer Berücksichtigung des hohen Grades an personeller Verflechtung und durch die Aufsichtsreform¹⁵⁷² erneuerte Corporate Governance für Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen.

2.1. Vertretungsorgane und Geschäftsführungsorgane

2.1.2 Der Vorstand

Der Vorstand fördert mit allen Ressourcen der Gesellschaft die Erreichung des Gesellschaftszweckes im definierten Rahmen des Unternehmensgegenstandes, beispielsweise durch den Betrieb von Bankgeschäften oder Versicherungsgeschäften. In einer globalisierten Welt wird das Ziel der Erwirtschaftung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, auch durch die Beteiligung an anderen Rechtsträgern erreicht¹⁵⁷³. Der AG gegenüber sind die Vorstandsmitglieder verpflichtet bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden, die jener Sorgfalt entspricht, die ordentliche Geschäftsleute in verantwortlich leitender Position bei selbstständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen wahrnehmen müssen¹⁵⁷⁴. Aus dem

¹⁵⁷¹ Regel 27 ÖCGK „Die Vergütung des Vorstands richtet sich nach dem Umfang des Aufgabenbereichs, der Verantwortung der Erreichung der Unternehmensziele sowie der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens. Sie enthält fixe und erfolgsabhängige Bestandteile. Erfolgsabhängige Bestandteile knüpfen insbesondere an langfristige Performancemaße an. Diese Grundsätze sind auch bei der Vergütung leitender Mitarbeiter entsprechend anzuwenden“.

¹⁵⁷² Änderung des Börsegesetzes, des Versicherungsaufsichtsgesetzes, des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007 und des Pensionskassengesetzes BGBl I 2007/107 und Änderung des Bankwesengesetzes, des Sparkassengesetzes, des Finanzmarktaufsichtsbehördengesetzes und des Nationalbankgesetzes 1984 BGBl I 2007/108

¹⁵⁷³ vgl. Hommelhoff, Peter: Konzernleitungspflicht: Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, 1982, 71ff.

¹⁵⁷⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser, Kommentar 2001, §§ 70 bis 84

Corporate Governance Kodex ergibt sich, dass „*der Vorstand seine Beschlüsse frei von Eigeninteressen und Interessen bestimmender Aktionäre, sachkundig und unter Beachtung aller relevanten Rechtsvorschriften [fasst] sowie dass er wesentliche persönliche Interessen an Transaktionen der Gesellschaft und der Konzernunternehmen sowie sonstige Interessenskonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber offen[zu]legen [hat]. Sie haben außerdem die anderen Vorstandsmitglieder unverzüglich zu informieren*“¹⁵⁷⁵. Wird einem Vorstandsmitglied durch die Satzung oder durch Hauptversammlungsbeschluss ein bestimmter Aufgabenbereich übertragen, dann haftet es im Grunde nur für diesen Bereich (Ressort) für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes¹⁵⁷⁶. **Schadenersatzpflichtig** sind die Vorstandsmitglieder gemäß § 84 Abs. 2 AktG **der Gesellschaft**, wenn sie schuldhaft ihre Obliegenheiten verletzen (die Gesellschaft hat Tatsachen zu beweisen, aus denen ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Geschäftsführers gezogen werden kann¹⁵⁷⁷) und ihnen der Entlastungsbeweis nicht gelingt¹⁵⁷⁸. Demnach ist wie im Strafrecht rechtswidriges Handeln maßgeblich, was ein Tun oder ein Unterlassen umfassen kann¹⁵⁷⁹. Ein Schaden muss nicht eingetreten sein, wodurch beispielsweise bei Abberufung eines Vorstandsmitgliedes einer AG aufgrund großer Pflichtverletzung gemäß § 75 Abs. 4 1. Fall AktG¹⁵⁸⁰ ein eingetretener Schadenseintritt nicht vorausgesetzt wird. D.h., der Nichteintritt eines Schadens beseitigt die Rechtswidrigkeit, welche als haftungsauslösend gilt, nicht. Den Vorstand trifft keine Erfolgshaftung¹⁵⁸¹. Er agiert innerhalb des unternehmerischen Ermessens und verstößt nur dann gegen seine Obliegenheiten, wenn er gegen branchen-, größen-, oder situationsadäquates Bemühen handelt. Daher kann das rechtswidrige Verhalten durch Verstoß gegen eine gesetzliche oder eine vertragliche Norm entstehen, jedoch auch, wenn es zum Abweichen von der „standardisierten Maßfigur“ (z.B. wie üblicherweise Vorstandsdirektoren eines Bankunternehmens handeln) kommt¹⁵⁸².

Die Entscheidungsfindung, deren Auswirkungen weder im Guten noch im Schlechten auch nur ansatzweise abgeschätzt werden kann, entspricht einem Handeln nach dem Prinzip des „*trial and error*“, welches jedenfalls dem aktienrechtlichen Sorgfaltsmaßstab widerspricht¹⁵⁸³. Abgegrenzt wird der Ermessensspielraum durch die Anwendung der Grundsätze der *Business Judgement Rule*¹⁵⁸⁴, welches eine durch das American Law Institute entwickelte systematisierte Prüfungsschema darstellt und in *Principles*

¹⁵⁷⁵ Regel 22 und 23 Österreichischer Corporate Governance Kodex als L-Regel.

¹⁵⁷⁶ gilt für alle Kapitalgesellschaften

¹⁵⁷⁷ siehe OGH 24. Juni 1998, 3 Ob 34/97i in ecolex 1998, 774ff.

¹⁵⁷⁸ OGH 6 Ob 34/07d vom 16. März 2007: Es ist Sache des Geschäftsführers, zu behaupten und zu beweisen, dass sein Verhalten weder subjektiv noch objektiv sorgfaltswidrig war; er hat sich sowohl hinsichtlich des Verschuldens als auch der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu entlasten. (T5); Beisatz: Dabei handelt es sich um eine echte Beweislastumkehr; daher reicht es für die Entlastung des Geschäftsführers nicht aus, dass dieser Umstände dartut, die seine Verantwortlichkeit ernstlich in Frage stellen. (T6); SZ 2007/36

¹⁵⁷⁹ vgl. Schima, Georg: Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93

¹⁵⁸⁰ siehe auch § 84 Abs. 3 deutsches Aktiengesetz

¹⁵⁸¹ Kapsch, Ingo/Grama, Bernd: Business Judgment Rule: Pflichtwidrige oder bloß unglückliche Geschäftsentscheidung, ecolex 2003, 524; OGH 1 Ob 144/01k vom 26. Februar 2002, ecolex 2003/22, GesRZ 2002, 86, wbl 2002, 325, Ges 2002, 26, RdW 2002/350; so zuvor auch schon OGH 3 Ob 34/97i vom 24. Juni 1998, ecolex 1998, 774, RdW 1998, 671, RWZ 1999, 37, wbl 1999, 37; vgl. auch OGH 1 Ob 179/73 vom 31. Oktober 1973, ÖJZ 1974/83 (EvBl), SZ 46/113; „Ein unternehmerisches Handeln schließt auch Fehlentscheidungen mit ein und auch dem Vorstand soll für die Leitung der Geschäfte ein weiter Handlungsspielfeld zugestanden werden, ohne den unternehmerischen Handelns schlechterdings nicht denkbar ist“, Leitsatz 2 Abs. 2 des Urteils des BGH vom 21. April 1997, II ZR 175/95 und ZIP 1997, 883 zitiert in Harrer (1999), 222 FN 762

¹⁵⁸² vgl. Schima (2007), 93 und Schlosser, Lothar: Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, Wien 2002, 28ff; Strasser in Jabornegg/Strasser (2001), §§ 77 bis 84 Rz 95ff; vgl. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar (2003), § 84

¹⁵⁸³ vgl. Jabornegg/Strasser, Kommentar (2006), § 84, OGH 5 Ob 699/78 vom 2. Jänner 1979, GesRZ 1979, 122

¹⁵⁸⁴ Torggler, Ulrich: Business Judgment Rule und Unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002, 133, 140; vgl. Kapsch/Grama (2003), 524

of Corporate Governance verarbeitet wurde¹⁵⁸⁵. Obwohl nicht im österreichischen Recht positiviert¹⁵⁸⁶, wonach die Rechtsgrundlagen für eine objektive Sorgfaltswidrigkeit der § 84 AktG und der § 25 GmbHG sind, unterstützt die *Business Judgment Rule* die Sensibilität in der Rechtsanwendung. Demgemäß hat jedes Organmitglied seine Pflichten im guten Glauben mit der Sorgfalt, die eine vernünftige Person in ähnlicher Stellung und unter vergleichbaren Umständen walten lassen würde, sowie in einer Art, von der sie berechtigterweise annimmt, dass sie im besten Interesse der Gesellschaft erfolgt, wahrzunehmen¹⁵⁸⁷. Die Tatbestände der *Business Judgment Rule* sind, dass Geschäftsentscheidungen bewusst, sachkundig, d.h. im vernünftigen Maße muss sich die Geschäftsleitung informieren¹⁵⁸⁸, unbefangen, d.h., es darf ein Interessenskonflikt (Familienunternehmen) nicht vorliegen, und im guten Glauben, d.h., es dürfen beispielsweise keine unlauteren Motive verfolgt und Gesetze gebrochen werden, getroffen werden müssen¹⁵⁸⁹.

Dem § 84 AktG ist immanent, dass der Haftungsanspruch, sei dies seitens der Gesellschaft oder von einem Gläubiger begehrt, immer auf Leistung in das Gesellschaftsvermögen lautet¹⁵⁹⁰ (**Innenhaftung**). § 84 Abs. 3 AktG normiert besondere Haftungsfälle, wie beispielsweise die Einlagenrückgewähr, die Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen an Aktionäre und den Erwerb eigener Aktien entgegen dem Gesetz, die Ausgabe von Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrages, die Verteilung des Gesellschaftsvermögens, die Leistung von Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Kreditgewährung entgegen dem Gesetz und wenn entgegen dem Gesetz bei der bedingten Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder vor der vollen Leistung des Gegenwertes Bezugsaktien ausgegeben werden. Neben der Gesellschaft können auch die Gläubiger Ersatzansprüche geltend machen, wenn sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können, jedoch hinsichtlich der genannten besonderen Haftungsfälle nur, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben. Eine **Außenhaftung** gegenüber den Gläubigern kommt auf Basis einer Schutzgesetzverletzung (u.a. § 69 KO) oder durch ausdrücklich normierte gesellschaftsrechtliche Normen (§ 227 AktG) zum Tragen.

Beschlussfassungen der Hauptversammlung sind für den Vorstand verbindlich. Problematisch ist die Situation, wenn der Beschluss, beispielsweise aufgrund eines Verstoßes gegen das Gesellschaftsinteresse, als Interesse am Fortbestehen und Gedeihen des Unternehmens anfechtbar ist. Ein anfechtbarer Beschluss ist vor Ablauf der Anfechtungsfrist vorläufig wirksam. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist wird ein zunächst noch anfechtbarer Beschluss grundsätzlich verbindlich. In beiden Fällen stellt sich die Frage nach einer Anfechtungsobliegenheit. Meines Erachtens kommt dem Vorstand lediglich das Anfechtungsrecht, jedoch nicht die Anfechtungspflicht zu. Das Anfechtungsrecht wird dieser ausüben, wenn er von einer potentiellen Haftung bedroht ist. Dies kann dann vorliegen, wenn ein potentieller

¹⁵⁸⁵ vgl. Riss, Olaf: Doppelorganschaft, Kollision von Treuepflichten und Business Judgment Rule, *ecolx* 2010, 156

¹⁵⁸⁶ jedoch erst kürzlich diskutiert in 6 Ob 28/08y

¹⁵⁸⁷ § 8.30 Revised Model Business Corporation Act (RMBCA); vgl. Kapsch/Grama (2003), 524ff.

¹⁵⁸⁸ 488 A.2d 858 (Del. 1985) - Smith v. Van Gorkom: Eine sachkundige Entscheidung wird dann vermutet, wenn sich die Organe eines nachvollziehbaren Entscheidungsfindungsprozesses z.B. Beschaffung von Informationen unter verhältnismäßigem Aufwand, bedienen

¹⁵⁸⁹ vgl. Kapsch/Grama (2003), 524ff.

¹⁵⁹⁰ vgl. Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz Kommentar (2007), § 25

Schaden durch die Gesellschaft allein die Gläubiger nicht schadlos hält. Aus der Organhierarchie ergibt sich, dass die Hauptversammlung oberstes Willensbildungsorgan ist, wodurch eine Innenhaftung aufgrund eines anfechtbaren Beschlusses entfällt, jedoch kann im Aussenverhältnis nicht mit der angeblich systemimmanenten Willenlosigkeit und Werkzeugfunktion eines Vorstandes argumentiert werden, wodurch gegenüber den Gläubigern ersatzpflichtig wird.

Das Haftungsrisiko erhöht sich im Konzern für die Geschäftsleitung der herrschenden Gesellschaft, weil neben gesetzlichen Normen auch Unternehmensverträge und sonstige vertragliche Abreden (Schuldübernahmen, Bürgschaften) eingehalten werden müssen¹⁵⁹¹. Gerade bei der Aktiengesellschaft als Strukturträgerin von Konzernen kommt dem Vorstand als Geschäftsführungsorgan einer Holdinggesellschaft bei sonstigem Sorgfaltsverstoß, gesamthaft die originäre Pflicht zur Laufenden Überwachung des Geschehens der Unternehmensgruppe¹⁵⁹², was neben der Planung und Gestaltung des unternehmerischen Geschehens auch „*impact assessment*“ bzw. Risikomanagement umfasst, zu¹⁵⁹³.

Der Konzern wird vom Vorstand vor allem hinsichtlich des Grades der Zentralisierung oder Dezentralisierung in dessen unternehmerischen Ermessen geleitet. Die Regelungen des § 79 Abs. 1 AktG sowie die damit verbundenen Regeln 25 und 26 ÖCGK ermöglichen die zentrale und enge Leitung von Konzernunternehmen durch Personaleinheit in den Organen der Mutter und der Tochter. Jedoch besteht ein zu beachtendes Spannungsverhältnis zwischen *Hommelhoffs* Konzernleitungspflicht und der Grenze der erlaubten Einflussnahme auf Konzernglieder. Der Vorstand muss sich bei der Konzernleitung folgender Grenzen der erlaubten Einflussnahme bewusst sein:

- Das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der Aktiengesellschaft, der Vorstand, hat sich am Wohl des eigenen Unternehmens unter Berücksichtigung der Aktionärsinteressen, der Arbeitnehmerinteressen und des öffentlichen Interesses auszurichten¹⁵⁹⁴.
- Die vorsätzliche Ausnutzung des Einflusses auf Vorstand oder Aufsichtsrat zur Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile löst gemäß § 100 AktG den Ersatz des daraus entstandenen Schadens aus.
- Ein Konzernwohl wie es früher angenommen wurde gibt es nicht¹⁵⁹⁵.
- Leistungen zwischen verbundenen Gesellschaften haben sich am Maßstab des *at-arms-length*-Prinzips zu messen (Kapitalerhaltungsgrundsätze – Verbot der Einlagenrückgewähr)¹⁵⁹⁶.
- Aktionäre unterliegen Treuepflichten¹⁵⁹⁷.

Der Vorstand der Konzerntochtergesellschaften hat die Leitungsmaßnahmen der herrschenden Gesellschaft dahingehend zu prüfen, ob diese nicht dem Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand widersprechen, den Anforderungen einer hinreichend sorgfältigen Geschäftsführung in der Konzernuntergesellschaft genügen und die Interessen der beherrschten

¹⁵⁹¹ vgl. *Harrer* (1999), 225

¹⁵⁹² vgl. *Lutter* (1995), § 5 und vgl. *Griehser, Peter*: Überwachungsmöglichkeiten einer Holding, *ecolex* 2007, 257

¹⁵⁹³ vgl. *Griehser* (2007), 257ff.

¹⁵⁹⁴ § 70 AktG

¹⁵⁹⁵ vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 100, 101 Rn 17; *Krejci* (1988), 65, 69f.; *Doralt in MünchKomm, AktG* § 15 Rn 50; *Kalss in MünchKomm AktG* § 117 Rn 89

¹⁵⁹⁶ vgl. Kapitel VI Punkt 5.

¹⁵⁹⁷ vgl. *Mader* (2002), 75ff.

Gesellschaft nicht auf unzumutbare Weise missachten. Gegebenfalls sind diese Leitungsmaßnahmen als nichtig anzusehen. „Die Pflicht des Vorstandes, die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten, gestattet eben nicht die uneingeschränkte Rücksichtnahme auf die Interessen des beherrschenden Großaktionärs, weil die Unabhängigkeit des Vorstandes auch in einem notwendigen Zusammenhang mit seiner, durch die Eingliederung im Konzern nicht aufgehobenen, Haftung steht“¹⁵⁹⁸. Die gleichen **Grenzen** gelten **auch** für den **faktischen Konzern**¹⁵⁹⁹. Leitungsmaßnahmen, die das Eigeninteresse der abhängigen AG nachhaltig beeinträchtigen, haben ein Abhängigkeitsverhältnis zur Folge, welches erstens rechtswidrig ist und zweitens die Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestandes in der Insolvenz zur Folge haben kann. Treuebindungen materialisieren sich vor allem in jenen Fällen, in denen sich Gesellschaften durch personalisierte Strukturen charakterisieren und Interessensdivergenzen vorliegen. Daraus folgt, dass sobald außenstehende Anteilseigner vorhanden sind, es die Treuebindung verbietet, ausschließlich im Interesse der Konzernobergesellschaft zur Erfüllung der Konzerninteressen, die sich hauptsächlich bei der Konzernobergesellschaft materialisieren, zu agieren. Daraus folgt aber nicht, dass eine 100 % Beteiligung zum Ausschluss des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft führt.

Im Grunde hat der Vorstand die Aktiengesellschaft gemeinschaftlich zu vertreten, falls die Satzung nichts anderes normiert¹⁶⁰⁰. In Konzernsachverhalten und bei mehrgliedrigen Vorständen wird üblicherweise eine **Ressortverteilung** vorgenommen (z.B. die Verantwortung über ein bestimmtes Tochterunternehmen oder Konzernsegment – Personal). Diese wird, wenn nicht bereits in der Satzung normiert, im Rahmen einer Geschäftsordnung, für die sich der Aufsichtsrat zuständig zeichnet, implementiert¹⁶⁰¹. Wurde eine Ressortverteilung vorgenommen darf die Gesamtverantwortung nicht so weit gehen, dass das nicht zuständige Vorstandsmitglied gleich haftet wie das zuständige Vorstandsmitglied (Vertrauensgrundsatz)¹⁶⁰². Jedoch existieren Geschäftsbereiche in denen eine Ressortverteilung nicht möglich ist und somit die Zuständigkeit beim Gesamtvorstand verbleibt (Kernbereich von Gesamtgeschäftsführungsangelegenheiten oder **Kardinalpflichten**). Dazu zählen einerseits die ausdrücklich normierten Bereiche des Aktiengesetzes¹⁶⁰³ und andererseits jene Agenden, die sich aus der Natur der Sache ergeben, da es sich beispielsweise um eine ressortübergreifende Angelegenheit handelt. Trotz Ressortverteilung besteht eine umfassende **Kontrollbefugnis** der Vorstandsmitglieder untereinander, was eine entsprechende Information voraussetzt (**Überwachungspflicht**)¹⁶⁰⁴. Die Verletzung der Informationspflicht sowie die

¹⁵⁹⁸ Reich-Rohrwig (1990), 285f.

¹⁵⁹⁹ ebd.

¹⁶⁰⁰ § 71 Abs. 1 und 2 AktG

¹⁶⁰¹ eine Ressortverteilung durch den Vorstand wirkt nach hM nicht entlastend. Für die GmbH selbiges vgl. etwa Reich-Rohrwig (1997), Rz 2/266; aA Kastner/Doralt/Nowotny (1990), 381; für den Fall der Einzelgeschäftsführung Koppenteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz Kommentar (2007), § 21

¹⁶⁰² RIS-Justiz RS0023854: „Die Geschäftsverteilung kann einen Geschäftsführer exculpieren, wenn dieser nach den Umständen des Falles sich auf die ordnungsgemäße Buchführung von dem hierfür zuständigen Geschäftsführer bzw deren Veranlassung und Überwachung verlassen durfte und die wahre Lage nicht kannte. An die Überwachungspflicht des Geschäftsführers, die die Erfüllung der gesetzlich zwingenden Pflichten gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft gewährleisten soll, sind besonders strenge Anforderungen zu stellen“.

¹⁶⁰³ zB §§ 81, 95 Abs 2, 96, 103 Abs. 2, § 104, 105 Abs 1 und Abs. 3, 171 Abs 1, 172 Abs 2, 192 Abs 6, 196 Abs 1 Z 4, 201 Abs 1 AktG Einrichtung eines Rechnungswesens und eines internen Kontrollsystems, Aufstellung des Jahresabschlusses sowie dessen Überprüfung, Anmeldungen und Einreichungen zum Firmenbuch, rechtzeitige Anmeldung eines Insolvenzverfahrens bzw "im Vorfeld der Insolvenz" Einleitung eines Reorganisationsverfahrens, Entscheidungen über grundsätzliche Fragen der Geschäftspolitik, Einberufung der Generalversammlung bei Verlust von mehr als der Hälfte des Stammkapitals.

¹⁶⁰⁴ RIS-Justiz RS0023825: „Eine Arbeitsaufteilung zwischen mehreren Geschäftsführern bewirkt nicht, daß ein Geschäftsführer sich nur noch auf sein eigenes Arbeitsgebiet beschränken darf und sich um die Tätigkeit der anderen Geschäftsführer nicht mehr zu kümmern braucht. Auch bei

Nichtausübung des Auskunftsrechts können Haftungsfolgen auslösen. Auf Verlangen eines Vorstandsmitgliedes oder Widerspruch gegen eine Maßnahme des Vorstandsmitgliedes kann der relevante Geschäftsbereich zur Beschlussfassung in den Gesamtvorstand transferiert werden, wodurch wieder Gesamtverantwortung herrscht¹⁶⁰⁵.

Ob eine Haftung für mangelnde Konzernleitung besteht, kann erst nach der Frage beantwortet werden, ob tatsächlich eine **Konzernleitungspflicht** besteht. Konzernleitung umfasst grundsätzlich die aktive Wahrnehmung der Eigentümerrechte in der Untergesellschaft. Eine aktive Organtätigkeit in der Untergesellschaft führt dazu, dass die Maßnahmen als Geschäftsführungstätigkeiten der Obergesellschaft gelten, wodurch sie wieder in den Überwachungsbereich des Aufsichtsrates fallen. Einsichtig ist die Erkenntnis, dass eine Konzernleitungspflicht nicht zwingend für jede Untergesellschaft anzunehmen ist, weil auch die Strategie der Obergesellschaft von „dauernd dem Geschäftsbereich dienlich“ bis hin zu einer einfachen (strategischen) Finanzbeteiligung¹⁶⁰⁶ lauten kann. Dementsprechend ist eine Konzernleitungspflicht umso eher anzunehmen, je stärker der potenzielle Einfluss (Sensitivitätsanalysen) auf die Rentabilität und Liquidität des Gesamtkonzerns ist. Aufgrund der gesicherten Judikatur nun unbestritten ist die Konzernüberwachungspflicht, welche die Konzernrechnungslegung (Finanzierungspläne, -vereinbarungen) und die Einrichtung eines konzernweiten internen Kontrollsystems (IKS), somit eines konzernumfassenden Dokumentations- und Berichtswesens¹⁶⁰⁷, welches in Praxis durch Erlass entsprechender Konzernrichtlinien sichergestellt werden kann, umfasst und die bei Verstoß als Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten gemäß § 84 AktG zu werten ist.

In der Praxis hat sich hinsichtlich der Haftung des Vorstandes der Abschluss von D&O Versicherungen (Directors' and Officers' Liability Insurance) etabliert. Somit ist es möglich, zur Abdeckung von Schäden der AG und dritter Personen, welche aufgrund der Tätigkeit des Vorstands entstanden sind, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen, welche üblicherweise mit einer Rechtsschutzversicherung verbunden ist. Einerseits kann diese Versicherung durch das Vorstandsmitglied selbst bezahlt werden und andererseits kann die Prämie von der Aktiengesellschaft als Teil des Gesamtbezuges im Sinne des § 78 Abs. 1 AktG, in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Mitglieds und der Lage der AG, geleistet werden, wobei letzteres problematisch wird, wenn sich die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft verschlechtert. Abschließend sei jedoch betont, dass D&O Versicherungen hinsichtlich wissentlicher Verstöße keinen Schutz vor Schadenersatzansprüchen bewirken¹⁶⁰⁸.

einer - zulässigen - Geschäftsverteilung obliegt jedem Geschäftsführer die Pflicht zur Überwachung der anderen. Von den jedem Geschäftsführer obliegenden gesetzlichen zwingenden Pflichten kann eine Geschäftsverteilung niemals befreien. Hierher gehören die Pflicht der Geschäftsführer, für die Führung der erforderlichen Bücher der Gesellschaft Sorge zu tragen sowie die Pflichten zur Aufstellung des Geschäftsabschlusses (§ 22 Abs 1 GmbHG) und zur rechtzeitigen Anmeldung eines Insolvenzverfahrens nach § 85 Abs 1 GmbHG.“

¹⁶⁰⁵ vgl. *Strasser, Rudolf*: Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBL 1990 477 (Teil 1) und 552 (Teil 2); 552ff. und *Straube, Manfred/Rauter, Roman*: Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-Geschäftsführer, JAP 2007/2008/15

¹⁶⁰⁶ unter den Beschränkungen des § 29 BWG

¹⁶⁰⁷ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar (2003), § 82 AktG Rn 3

¹⁶⁰⁸ vgl. *Ginhör, Oliver/Brodey, Martin*: Der AG-/SE-Vorstand. Rechte und Pflichten, Wien 2008, 140

2.1.3. Geschäftsführender Direktor und der Verwaltungsrat in der SE

Hinsichtlich der geschäftsführenden Direktoren ist im Falle der Innenhaftung zwischen weisungsgebundenen und weisungsfrei gestellten geschäftsführenden Direktoren zu unterscheiden. Ist der geschäftsführende Direktor weisungsfrei, spricht nichts gegen die Anwendung des Maßstabes gemäß § 84 AktG. Ist der geschäftsführende Direktor weisungsabhängig, hängt die haftungsrechtliche Beurteilung davon ab, ob er dem Verwaltungsrat angehört (Interner) oder nicht (Externer). Ein externer, weisungsabhängiger, geschäftsführender Direktor haftet im Innenverhältnis für Schäden nicht, die durch sein Handeln aufgrund einer rechtsgültigen¹⁶⁰⁹ Weisung entstanden sind. Um eine Haftung auch im Außenverhältnis zu vermeiden, muss er zivil-, straf- oder verwaltungsrechtswidrige Weisungen ignorieren, potenziell schadensbegründende Weisungen bekämpfen (Dokumentation und Bewegung des Verwaltungsrats zur Aufhebung) und bei Beharren durch den Verwaltungsrat gezwungen sein, sein Mandat niederzulegen. Dies aufgrund der Tatsache, dass der (interne und externe) Weisungsabhängige nicht die Möglichkeit eines GmbH-Geschäftsführers nach § 41 Abs. 3 GmbHG hat, den Weisungsbeschluss anzufechten. Der interne geschäftsführende, weisungsabhängige Direktor wird dann jedoch im Innenverhältnis haftbar, wenn er als Mitglied des Verwaltungsrates nicht gegen die schadensbegründende Weisung gestimmt hat. Ansatzpunkt ist demzufolge die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat¹⁶¹⁰.

2.1.4. Geschäftsführer

Geschäftsführer müssen gemäß § 25 Abs. 1 GmbHG die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anwenden und die Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen, die für den Geschäftszweck der GmbH üblicherweise erforderlich sind. Sie werden ersatzpflichtig, wenn durch diesbezüglichen Verstoß der Gesellschaft ein Schaden zugeführt wird (**Innenhaftung**). Mit Einschränkungen gilt das beim Vorstand Gesagte¹⁶¹¹. § 25 Abs. 3 und 4 GmbHG normieren besondere Haftungsfälle: Verteilung von Geschäftsvermögen, Rückzahlung von Gewinnanteilen, Erwerb, Pfandnahme oder Einziehung eigener Geschäftsanteile, Zahlungen nach dem Zeitpunkt, in dem der Konkurs hätte eröffnet werden müssen, sowie Selbstkontrahieren ohne Zustimmung des Aufsichtsrates oder der anderen Geschäftsführer. Die Geschäftsführer haften zur ungeteilten Hand. Grundsätzlich gibt es keinen unmittelbaren Anspruch, den die Gläubiger der Gesellschaft direkt geltend machen können¹⁶¹². Neben der Innenhaftung sind die Geschäftsführer auch den Gesellschaftern und den Gläubigern haftbar, wenn sie Schutzgesetze zugunsten dieser Personengruppen¹⁶¹³ oder andere (gesellschaftsrechtliche) Haftungsbestimmungen¹⁶¹⁴ verletzen (**Außenhaftung**).

¹⁶⁰⁹ d.h. er macht sich nicht zivil-, straf-, oder verwaltungsrechtlich haftbar

¹⁶¹⁰ vgl. Egermann/Heckenthaler (2004b), 256; vgl. Baums/Vogel, in Lutter/Scheffler/Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, Köln 1998

¹⁶¹¹ u.a. keine Haftung für Unternehmerrisiko

¹⁶¹² vgl. Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz Kommentar (2007), § 25

¹⁶¹³ § 69 KO (Konkurrenzeröffnungspflicht), § 122 GmbHG (Strafbestimmung über unrichtige Widergabe, Verschleierung und Verschweigen von Informationen zu taxativ aufgezählten Sachverhalten)

¹⁶¹⁴ § 96 Abs. 2 GmbHG iVm § 227 AktG

Das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung wird als legitimes Mittel der Ausübung einheitlicher Leitung angesehen¹⁶¹⁵. Geregelt ist die Weisungsbefugnis eines Gesellschafters in § 20 Abs. 1 GmbHG. Unabhängig einer gesellschaftsvertraglichen Basis ist die Geschäftsführung gehalten, Weisungen zu befolgen. Die Weisung muss auf einem Gesellschafterbeschluss basieren, falls eine Übertragung an ein anderes Organ im Gesellschaftsvertrag (z.B. Aufsichtsrat) nicht normiert wurde¹⁶¹⁶; ausgenommen von diesem Grundsatz ist die GmbH mit einem einzigen Gesellschafter, da diesfalls die formlose Weisungserteilung ausreichend ist. Eine Weisung des Aufsichtsrates bzw. einer unzuständigen Person sowie die Zustimmungen des Aufsichtsrates im Rahmen des § 30j Abs. 5 GmbHG entfalten keine haftungsentlastende Wirkung im Innenverhältnis.

Bei **anfechtbaren Weisungsbeschlüssen** entfällt eine Schadenersatzverpflichtung im Innenverhältnis; wenn sie zur Befriedigung der Gläubiger dient, nicht¹⁶¹⁷. In anderen Worten entfällt nach überwiegender Meinung die Haftung aufgrund einer Geschäftsführung auf Basis einer Weisung, nur soweit sie nicht zur Gläubigerbefriedigung dient.¹⁶¹⁸ Anfechtbare Weisungen sind beispielsweise Weisungen, die gegen den Sorgfaltsmaßstab verstoßen (wirtschaftlich unzumutbares Verhalten). Anfechtbar wäre eine Weisung ferner dann, wenn sie Treuepflichten eines Gesellschafters verletzen würde. Meines Erachtens kann jedoch aus der Anfechtbarkeit eines Weisungsbeschlusses keine Verpflichtung zur Anfechtung gemäß § 41 Abs. 3 GmbHG¹⁶¹⁹ gesehen werden, da sonst die haftungsbefreiende Wirkung von Gesellschafterweisungen (Gesellschafterwille) sinnlos wäre, wenn lediglich die Sorgfalt eines ordnungsgemäßen Geschäftsmannes Inhalt einer Weisung sein dürfte. Jedoch hat der Geschäftsführer die Wahrscheinlichkeit einer Beschlussanfechtung beispielsweise durch den Aufsichtsrat oder einen Gesellschafter zu ermessen und auf Basis des pflichtgemäßen Ermessens abzuschätzen ob der anfechtbare Beschluss unmittelbar oder erst nach entgeltlicher und eindeutiger Bildung der Gesellschaftermeinung¹⁶²⁰ umzusetzen ist¹⁶²¹. Daraus folgt, dass der Geschäftsführer anfechtbare Weisungen zu befolgen hat, wenn eine Anfechtung nicht mehr möglich ist und eine Gesellschaftermeinung gebildet wurde¹⁶²².

Nichtige somit rechtswidrige **Weisungsbeschlüsse**, also beispielsweise Beschlüsse, die mit Normen des Gläubigerschutzes kollidieren, gegen das öffentliche Interesse verstoßen, an zivilrechtliche, strafrechtliche

¹⁶¹⁵ vgl. *Torggler* (1996), 286 mit Verweis auf *Stimpel*, Bemerkungen zur BGH-Rechtssprechung zum Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern in *GmbH-Konzernrecht - ZGR Sonderheft 6*, 1986, 39; BGHZ 65, 15

¹⁶¹⁶ vgl. *Reich-Rohrwig* (1997), Rz 2/256 und auch *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbH-Gesetz Kommentar* (2007), § 20

¹⁶¹⁷ vgl. *Koppensteiner*, *Kommentar* (1999), § 25 Rz 17 sowie auch *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 396

¹⁶¹⁸ § 25 Abs. 5 GmbHG; andere Ansicht *Koppensteiner*, *Kommentar* (1999), § 25, Rz 19; RIS-Justiz RS0026773: „Der Geschäftsführer einer GmbH hat nicht bloß für die in eigenen Angelegenheiten geübte Sorgfalt einzustehen; der Maßstab der Diligenzpflicht ist vielmehr ein objektiver, wobei diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten vorausgesetzt werden, die für den Geschäftszweig der GmbH üblicherweise erforderlich sind. Handelt ein Geschäftsführer in Befolgung einer Gesellschafterweisung, wird er - soweit dadurch nicht Gläubigerrechte verkürzt werden (§ 25 Abs. 5 GmbHG) - in der Regel von seiner Haftung gegenüber der GmbH befreit sein. Dies gilt auch bei konkludenter Zustimmung oder Genehmigung des Geschäftes durch die Gesellschafter“.

¹⁶¹⁹ § 41 Abs. 3 GmbHG normiert ein Anfechtungsrecht

¹⁶²⁰ OGH 6 Ob 786/82 bzw. RIS-Justiz RS0060124 „Die Nichtigkeitklage des § 41 GmbHG ist ihrem Wesen nach eine Anfechtungsklage; das ihr stattgebende Urteil ist ein Rechtsgestaltungsurteil. Wird die Frist zur Erhebung der Klage versäumt, dann kann der Generalversammlungsbeschluss nicht mehr umgestoßen werden; er bleibt trotz etwaiger Gesetzeswidrigkeit oder Satzungswidrigkeit wirksam

¹⁶²¹ vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbH-Gesetz Kommentar* (2007), § 20 Rz 9; vgl. *Harrer* (1990) sowie *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbH-Gesetz Kommentar* (2007), § 20, § 25

¹⁶²² vgl. *Koppensteiner*, *Kommentar* (1999), § 20 Rz 9

und verwaltungsrechtliche Strafbestände geknüpft sind¹⁶²³, muss der Geschäftsführer **nicht vollziehen**. Werden diese dennoch durchgeführt, tritt eine Haftung, beispielsweise auf Basis von Schutzgesetzverletzungen nach §§ 69 KO und 159 StGB ein (**Außenhaftung**). Ob eine **Innenhaftung** trotz nichtiger Weisung in Frage kommt ist in der Literatur strittig jedoch meines Erachtens zu **bejahen**, da die eigene Verantwortung über gesellschaftsrechtlich pönalisiertes Verhalten nicht konsequenterweise auf rechtswidrige Weisungen geschoben werden soll - der Geschäftsleiter darf kein unreflexierendes, willensfreies Instrument sein.

2.1.5. Der Geschäftsleiter gemäß Bankwesengesetz

Der Geschäftsleiter, von denen das BWG zum Betrieb von Bankgeschäften zumindest zwei vorsieht¹⁶²⁴, ist jene natürliche Personen die nach dem Gesetz oder der Satzung zur Führung der Geschäfte und zur organschaftlichen Vertretung des Kredit- oder Finanzinstitutes nach außen vorgesehen ist. Nachdem § 5 Abs. 1 Z. 1. BWG verlangt, dass Kreditinstitute in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, einer Genossenschaft oder einer Sparkasse geführt werden müssen, gilt hinsichtlich erst genannter bereits zuvor Ausgeführtes¹⁶²⁵. In § 39 BWG wird ausdrücklich wiederholt normiert, dass die Geschäftsleiter die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 84 Abs. 1 AktG anwenden müssen, wodurch dieser Maßstab auch für Kreditinstitute anderer Rechtsformen maßgeblich ist. Konkretisierend wird verlangt, dass die ordentliche Sorgfalt verlangt, dass sie sich über die bankgeschäftlichen¹⁶²⁶ und bankbetrieblichen¹⁶²⁷ Risiken zu informieren haben und Risiken durch angemessene Strategien und Verfahren steuern, überwachen und begrenzen müssen. Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters beschränkt sich jedoch nicht auf rein eigenes Verhalten, sondern bedingt die Summe von Vorkehrungen, die erreichen sollen, dass auch die Mitarbeiter des Kreditinstitutes bei der Führung der ihnen anvertrauten Geschäfte die ordentliche Sorgfalt an den Tag legen¹⁶²⁸.

Um dem volkswirtschaftlichen Interesse an einem funktionsfähigen Bankwesen und der Finanzmarktstabilität gerecht zu werden, ist die Erfüllung folgender Eigenschaften des Geschäftsleiters zur Konzessionerteilung gemäß § 5 BWG notwendig (*fit-and-proper test*), denn die Kreditwirtschaft setzt eine höhere Sensibilität für die Fähigkeiten der handelnden Personen und die Integrität der am Markt agierenden Unternehmen voraus: a) Es darf kein Ausschließungsgrund im Sinne des § 13 Abs. 1 bis 3, 5 und 6 Gewerbeordnung vorliegen und über das Vermögen keines der Geschäftsleiter oder über das Vermögen keiner maßgeblich beeinflussten nicht natürlichen Person darf ein Konkurs eröffnet worden sein, außer es wurde ein Zwangsausgleich geschlossen; b) Der Geschäftsleiter muss über geordnete

¹⁶²³ OGH 6 Ob 786/82 oder konkretisiert in OGH 3 Ob 287/02f, demnach „für eine Freistellung der Haftung [...] ferner [notwendig ist], dass es sich um keine rechtswidrige Weisung handelt. Im Fall eines Gesetzesverstößes, der zur Nichtigkeit des Weisungsbeschlusses führt, ist der Geschäftsführer nicht gebunden [...]. Nichtige Weisungsbeschlüsse lassen demnach die Haftung, weil nicht verbindlich, unberührt“. siehe auch VwGH vom 6. Juli 1981, 705/80

¹⁶²⁴ Vier-Augen-Prinzip, § 4 Abs. 6 BWG

¹⁶²⁵ § 70 AktG

¹⁶²⁶ Verhältnis Kunde - Kreditinstitut

¹⁶²⁷ beispielsweise operationelles Risiko innerhalb des Kreditinstitutes

¹⁶²⁸ Laurer/Borns/Strobl/Schütz M./Schütz O. (2008), § 39

wirtschaftliche Verhältnisse verfügen und es dürfen keine Tatsachen vorliegen, aus denen sich Zweifel an der persönlichen, für den Betrieb der im BWG normierten Geschäfte erforderlichen Zuverlässigkeit ergeben; c) Die Geschäftsleiter müssen auf Grund ihrer Vorbildung fachlich geeignet sein und die für den Betrieb des Kreditinstitutes erforderlichen Erfahrungen haben. Dies umfasst eine praktische und eine theoretische Eignung. Die fachliche Eignung wird dann widerlegbar angenommen, wenn eine zumindest dreijährige leitende Tätigkeit bei einem Unternehmen vergleichbarer Größe und Geschäftsart nachgewiesen wird; d) Mindestens ein Geschäftsleiter muss den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich haben und mindestens ein Geschäftsleiter muss der deutschen Sprache mächtig sein; e) Kein Geschäftsleiter darf einen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen ausüben.

Dieser Normenmechanismus soll ein Tätigkeitsverbot für instabile Vorstandsmitglieder zur Folge haben (*director's disqualification*). Bei Aktiengesellschaften stellt die Weisungsunabhängigkeit des Vorstandes oder des Geschäftsleiters kein Problem dar. Widersprüchlich scheint der Fall, dass ein Kreditinstitut in der Rechtsform einer GmbH geführt wird. Diesfalls ist der Vorstand der GmbH weisungsabhängig von der Generalversammlung¹⁶²⁹. Jedoch wäre der Wertungsunterschied evident, wenn das BWG einerseits umfassende Regelungen zum *fit-and-proper-test* normierte und auf der anderen Seite die Mehrheit der Generalversammlung verbindliche Weisungen an den Vorstand oder den Geschäftsleiter¹⁶³⁰ tätigen könnte, wodurch die Weisungsunabhängigkeit des Geschäftsleiters im Bankbetrieb konstatiert wird.

Die Konsequenz der Vortäuschung *fit-and-proper*-Eigenschaften ist die Konzessionsrücknahme. Liegen die Voraussetzungen für die Geschäftsleitereigenschaft zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung vor und materialisiert sich einer der genannten Ausschlussgründe in weiterer Folge, dann ist im Einzelfall zu prüfen. Sofern beide Geschäftsleiter keinen Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich haben, ist das Kreditinstitut aufsichtsrechtlich angehalten neue Geschäftsleiter zu bestellen. Herrschende Meinung hinsichtlich des Ausschlussgrundes „Konkurs“ ist, dass eine diesbezügliche Analyse nicht auf die Feststellung eines Konkurses beschränkt ist, sondern dass eine Einzelfallprüfung stattzufinden hat, welche feststellen soll, ob der Konkurs dem Verhalten des designierten Geschäftsleiters zuzurechnen war (verschuldete und zurechenbare Fehlentscheidung – Fahrlässigkeit) oder ob der Konkurs die persönliche Zuverlässigkeit unberührt lässt (z.B. Katastropheninsolvenz, Rechtsänderungsinsolvenz etc.)¹⁶³¹.

2.1.5.1 Der Geschäftsleiter bei Kreditgenossenschaften

Kreditgenossenschaften unterliegen dem Genossenschaftsgesetz¹⁶³². Zusätzlich werden bei Kreditgenossenschaften auch Bankgeschäfte betrieben, wodurch das Bankwesengesetz Maßgeblichkeit erlangt. Geschäftsleiter bei Kreditgenossenschaften sind natürliche Personen, die vom Vorstand¹⁶³³, dem

¹⁶²⁹ § 25 Abs. 3 und 4 GmbHG

¹⁶³⁰ üblicherweise ist der Geschäftsleiter auch Mitglied des Vorstandes.

¹⁶³¹ vgl. Holoubek, Michael/Kalss, Susanne/Kwapil, Eva-Viktoria/Raschauer, Nikolas: Der „qualifizierte Konkurs“ im Finanzdienstleistungsbereich, ÖBA 2005, 192

¹⁶³² § 1 Abs. 1 GenG

¹⁶³³ d.h. der Geschäftsleiter kann dem Vorstand angehören oder auch nicht.

Aufsichtsrat oder der Generalversammlung mit der Führung der Geschäfte betraut sowie als Geschäftsleiter namhaft gemacht wurden. § 19 GenG normiert, dass der genossenschaftliche Vorstand¹⁶³⁴ der Genossenschaft gegenüber verpflichtet ist, die Beschränkungen einzuhalten, welche im Genossenschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Generalversammlung festgesetzt sind. Auch § 34 Abs. 1 GenG betont wiederholt, dass der Vorstand zur Beobachtung und Ausführung aller Bestimmungen des Genossenschaftsvertrages und von der Generalversammlung gültig gefassten Beschlüsse verpflichtet und dafür der Genossenschaft verantwortlich ist. Aus dem schließt die hL, dass, obwohl nicht *expressis verbis* festgelegt, der **Vorstand einer Genossenschaft weisungsabhängig** ist¹⁶³⁵.

Verschärft wird dies durch die Haftungsnorm in § 23 GenG durch den Mitglieder des Vorstandes, welche in ihrer Eigenschaft außerhalb der Grenzen ihres Auftrages oder den Vorschriften des GenG oder des Genossenschaftsvertrages handeln, persönlich und solidarisch für den daraus entstandenen Schaden haften. D.h., sie haften persönlich mit ihrem gesamten Vermögen und auf den Grad des Verschuldens kommt es nicht an, wodurch bereits aus leichter Fahrlässigkeit des Vorstandes eine schadenersatzrechtlich relevante Haftung entstehen kann. Der Grad des Verschuldens ist lediglich für das Innenverhältnis hinsichtlich des Regresses maßgeblich. Der relevante Sorgfaltsmaßstab des GenG basiert auf § 1299 ABGB, wobei hinsichtlich der Haftung die Beweislastumkehr des § 84 Abs. 2 AktG angeordnet wird¹⁶³⁶. Demnach muss die Genossenschaft den Schaden und dessen Verursachung durch ein Tun oder Unterlassen beweisen und einen Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens vortragen (**substantiierte Behauptung**), wohingegen der Vorstand sich von der Haftung freibeweisen kann, wenn er nachweist, dass er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Vorstandsmitgliedes gehandelt hatte¹⁶³⁷. Gläubiger der Genossenschaften können die Vorstandsmitglieder nicht unmittelbar in Anspruch nehmen, jedoch vertritt die herrschende Lehre, dass § 84 Abs. 5 AktG analog anwendbar ist, wodurch der Ersatzanspruch der Genossenschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern von Gläubigern geltend gemacht werden kann, wenn diese von der Genossenschaft keine Befriedigung erhalten können¹⁶³⁸.

Die Geschäftsleiter der Kreditgenossenschaft haften im Grunde analog zu den Vorstandsmitgliedern gemäß § 23 GenG und ferner im Rahmen ihrer bankwesenrechtlichen Tätigkeit für die in §§ 27 Abs. 1 und 39 BWG normierte Sorgfalt. Diese umfassen insbesondere die notwendige Informationsbeschaffung über die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken und die Begrenzung dieser Risiken. Weiters hat der Geschäftsleiter der Kreditgenossenschaft die Gesamtertragslage der Kreditgenossenschaft zu berücksichtigen¹⁶³⁹.

¹⁶³⁴ der Vorstand kann aus ehrenamtlichen Mitgliedern (siehe auch § 15 Abs. 2 GenG), aus hauptberuflichen Mitgliedern, oder aus ehrenamtlichen und hauptberuflichen Mitgliedern (gemischter Vorstand) bestehen.

¹⁶³⁵ vgl. *Dellinger* (2005), § 17 Rz 14

¹⁶³⁶ vgl. *Dellinger* (2005), § 23 Rz 4 und 13

¹⁶³⁷ vgl. OGH 3 Ob 34/97i vom 24. Juni 1998

¹⁶³⁸ vgl. *Dellinger* (2005), § 23 Rz 18ff.

¹⁶³⁹ ebd. Rz 27ff.

Wie bei der GmbH darf sich die Generalversammlung nicht die operative Leitung anmaßen; ausdrückliches Ausführungsorgan ist der Vorstand¹⁶⁴⁰. Haftungspotential enthält somit der Fall von konfligierenden „Aufträgen“ von BWG und GenG. Diesfalls ist *Krejci* zuzustimmen, der den Widerspruch zwischen potentieller Weisungsabhängigkeit von der Generalversammlung (als höchstes Organ der Genossenschaft) und dem bankwesenrechtlichen Bedarf an fachlicher Eignung und Erfahrung sowie persönlicher Integrität zur eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte aufzeigt und zur Auflösung dieses Widerspruchs von einer Weisungsunabhängigkeit des Geschäftsleiters im Bankbetrieb ausgeht¹⁶⁴¹. Folglich ist einerseits zu untersuchen, ob der Geschäftsleiter auch dem Vorstand angehört und wenn ja, wo die Grenze zwischen (weisungsunabhängiger¹⁶⁴²) Banktätigkeit und (weisungsabhängigen) Aufgaben der Kreditgenossenschaft zu ziehen ist. Agenden der Kreditgenossenschaften, die nicht Banktätigkeiten sind, sind zumindest die Bestellung und Abberufung und Überwachung von Geschäftsleitern, die Entbindung vom Revisionsgeheimnis, Firmenbuchanmeldungen, Aufnahme und Ausschluss von Mitgliedern, Zustimmung zur Zeichnung weiterer Geschäftsanteile durch die Genossenschafter und zur Übertragung von Geschäftsanteilen, die Führung des Mitgliederregisters, die Einberufung und Vorbereitung der Generalversammlung, sofern die Satzung nichts anderes regelt, die Feststellung der Zahl der Arbeitnehmer, die Mitwirkung an der Aufstellung des Jahresabschlusses in Kooperation mit den Geschäftsleitern, die Mitunterfertigung des Jahresabschlusses, die Behandlung des Revisionsberichts in Zusammenarbeit von Vorstand, Aufsichtsrat und den Geschäftsleitern, der Abschluss von Verschmelzungsverträgen in Zusammenarbeit mit den Geschäftsleitern, die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte bei genossenschaftlichen Verbänden, bei Zentralgenossenschaften und beim Zentralinstitut, sowie Liegenschaftsangelegenheiten, wenn diese nicht unternehmensstrategischer Bedeutung (Headquarter, Filialnetz) sind¹⁶⁴³.

2.1.5.2. Der Geschäftsleiter bei Sparkassen

Im Gegensatz zum Vorstand der Kreditgenossenschaft ist die Unabhängigkeit des Vorstandes der Sparkasse ausdrücklich in § 16 SpG normiert. Der Vorstand hat aus zumindest zwei jedoch maximal sieben Mitgliedern zu bestehen auf die gemäß § 15 Abs. 1 SpG die *fit-and-proper*-Ansprüche gemäß § 5 Abs. 1 BWG Anwendung finden. Die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 BWG über die besonderen Qualifikationserfordernisse eines Geschäftsleiters ist hinsichtlich der Vorstandsmitglieder einer anteilsverwaltenden Sparkasse jedoch teleologisch zu reduzieren, da das Bankwesengesetz lediglich bankgeschäftlich tätige Sparkassen im Fokus hat¹⁶⁴⁴. Korrespondierend mit dem Aktienrecht haben die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters anzuwenden, wobei sie bei einer Pflichtverletzung zum Ersatz des Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet sind, sofern sie nicht beweisen können, dass sie ihre Sorgfaltspflicht erfüllt haben. Das Ausmaß an anzuwendender Sorgfalt des

¹⁶⁴⁰ vgl. *Krejci, Heinz*: Zur Weisungsfreiheit bankrechtlicher Geschäftsleiter von Kreditgenossenschaften, ÖBA 2008, 710

¹⁶⁴¹ vgl. *Krejci* (2008), 710

¹⁶⁴² Pouvoir einschränkungen und Mitteilungspflichten an die Organe sind nicht schädlich, sofern sie nicht den Geschäftsbetrieb über Gebühr strapazieren.

¹⁶⁴³ vgl. *Krejci* (2008), 710

¹⁶⁴⁴ vgl. *Nickerl/Portisch/Riefel* (2000), § 15 Rz 3

ordentlichen Geschäftsleiters hängt jedoch auch von den entsprechenden Rechts- und Satzungsvorschriften ab und richtet sich im Einzelfall, was nach der allgemeinen Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung der Bedeutung und der Größe des Unternehmens an Vorkehrungen zur Zielerreichung zu setzen sind. Die Schadenersatzansprüche aus Verstößen gegen die ordentliche Sorgfalt verjähren nach fünf Jahren, wobei diese Frist mit Bekanntwerden des Sachverhaltes zu laufen beginnt und nicht bereits mit Setzen des schädigenden Verhaltens¹⁶⁴⁵. Das Sparkassengesetz verzichtet auch auf eine Auflistung von Ersatzpflichten, wie in § 25 Abs. 3 GmbHG bzw. § 84 Abs. 3 AktG. Der Sparkassenrat hat Ersatzansprüche gegen Mitglieder des Vorstandes¹⁶⁴⁶ geltend zu machen; Die Haftung gegenüber dem Vorstand, wenn dies der Sparkassenrat unterlässt, kann die FMA geletend machen, wobei die Rechte des Masseverwalters zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegenüber den Organe der Sparkasse unberührt bleiben¹⁶⁴⁷.

2.1.6 Geschäftsführendes Organ von Versicherungsunternehmen

Inhaltsgleich wie das Bankwesengesetz sieht auch das Versicherungsaufsichtsgesetz gemäß § 4 Abs. 6 *fit-and-proper*-Anforderungen für die geschäftsführenden Vertreter im Vorstand oder im Verwaltungsrat oder geschäftsführenden Direktorium vor. Im Gegensatz zum Bankwesengesetz kann der Vorstand aus einer Person bestehen, wenn die Satzung die Einzelvertretungsbefugnis für den gesamten Geschäftsbetrieb normiert¹⁶⁴⁸. In der Generalnorm des § 44 Abs. 1 VAG hat der Vorstand unter eigener Verantwortung den Verein¹⁶⁴⁹ so zu leiten, wie es das Wohl des Vereins unter Berücksichtigung der Interessen der Mitglieder und Dienstnehmer sowie des öffentlichen Interesses gebietet. Obwohl der Vorstand gemäß § 44 Abs. 3 VAG verpflichtet ist die Beschränkungen einzuhalten, die die Satzung oder der Aufsichtsrat für den Umfang seiner Vertretungsbefugnis festgesetzt hat oder die sich aus einem Beschluss des obersten Organs gemäß § 49 Abs. 3 VAG ergeben, ist der Argumentation *Krejci's* zu folgen¹⁶⁵⁰, der für die Agenden des Betriebes der Vertragsversicherung für die Weisungsunabhängigkeit des Vorstandes eintritt. Die Übernahme der Bestimmungen der §§ 77 bis 82 sowie 84 Abs. 1, 2, 4 und 6 AktG normiert § 45 VAG. Die Ersatzpflichten des Vorstandes, beispielsweise für die Rückgewährung von Einlagen oder die Verteilung des Gesellschaftsvermögens, wie sie für Aktiengesellschaften in § 84 Abs. 3 und 5 AktG normiert sind, positiviert das VAG für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit in § 45 Abs. 2 VAG. Diese Bestimmung enthält einen eigenen taxativen Katalog der den Schadenersatzanspruch des Vorstandes an den Verein bestimmt, wenn entgegen dem Gesetz oder der Satzung der Gründungsfonds verzinst oder zurückgezahlt wird, das Vereinsvermögen verteilt wird, Zahlungen

¹⁶⁴⁵ vgl. Nickerl/Portisch/Riefel (2000), § 16 Rz 10

¹⁶⁴⁶ § 17 Abs. 2 Z. 10 SpG

¹⁶⁴⁷ § 20 SpG

¹⁶⁴⁸ § 4 Abs. 6 Z. 4 VAG

¹⁶⁴⁹ bezieht sich auf den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit als Urform der Versicherungsorganisation

¹⁶⁵⁰ zur Argumentation siehe zuvor 2.1.5.1

geleistet werden, nachdem der Verein zahlungsunfähig geworden ist oder sich eine Überschuldung ergeben hat oder Kredit gewährt wird¹⁶⁵¹.

2.1.7. Der Stiftungsvorstand

Wie bereits dargestellt, werden Privatstiftungen sehr gerne zur Vermögenskonsolidierung gegründet. Das eigentümerlose Vermögen der Privatstiftung unterliegt dem Management durch die Organe der Privatstiftung, die der Stiftungsvorstand und der Stiftungsprüfer sind. Wie auch beim Vorstand einer AG oder Geschäftsführer einer GmbH hat der Vorstand der Privatstiftung, von dem es drei geben muss¹⁶⁵², die Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters einzuhalten¹⁶⁵³ bzw. in den Worten des OGH sich „*wie ordentliche Geschäftsleute in verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhändiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen [zu] verhalten [...]*“¹⁶⁵⁴. Ausdrücklich wird festgehalten, dass der Vorstand die Bestimmungen der Stiftungserklärung einzuhalten hat und für die Erfüllung des Stiftungszwecks zu sorgen hat¹⁶⁵⁵. Im Grunde ist der Vorstand der Privatstiftung weisungsfrei. Wenn es zulässige Weisungen gäbe, dann wären diese jedoch am Stiftungszweck zu messen. Der Stiftungsvorstand hat daher vor allem auf die übernommenen Aufgaben Bedacht zu nehmen um nicht Gefahr zu laufen durch mangelndes Fach-/Spezialwissen eine Haftung zu begründen¹⁶⁵⁶. Da wie bei der GmbH die Vorstandsmitglieder lediglich branchen-, größen- und situationsadäquates Bemühen leisten müssen, müssen sie bei fehlender Sachkenntnis nicht unmittelbar zurücktreten, sondern können sich dieses Wissen zukaufen (Sachverständige)¹⁶⁵⁷. „*Jedes Mitglied eines Stiftungsorgans haftet für den aus seiner schuldhaften Pflichtverletzung entstandenen Schaden*“¹⁶⁵⁸. Dies kann ein rechtswidriges Tun oder Unterlassen sein. Wurde ein Schaden von mehreren Organmitgliedern verursacht so haften diese solidarisch. Eine Ressortverteilung hat lediglich dann begrenzende Wirkung, wenn diese bereits in der Stiftungserklärung vorgesehen war. Den Vorstand der Privatstiftung trifft wie den Vorstand der AG oder den Geschäftsführer einer GmbH keine Erfolgshaftung sondern nur Haftung bei eigenem Verschulden¹⁶⁵⁹. Haftungs begründend können trotz einer in der Geschäftsordnung festgelegten Ressortverteilung mangelnde Überwachungsmaßnahmen über den Vorstandskollegen sein. Gemäß § 29 PSG haftet der Vorstand der Privatstiftung, wobei Schadenersatzansprüche der Privatstiftung von den Vorstandskollegen oder auch von dem Gericht, das die Vorstandsmitglieder gemäß § 27 Abs. 2 PSG abberuft und bestellt, geltend gemacht werden.

¹⁶⁵¹ Erleichterungen gibt es für kleine Versicherungsvereine § 66ff. VAG

¹⁶⁵² Da es bei Kreditinstituten lediglich zwei Geschäftsleiter geben muss zeigt sich bereits hier die verstärkte gegenseitige Verantwortung.

¹⁶⁵³ zu den wesentlichen Zuständigkeiten und Nebenpflichten siehe *Torggler, Hellwig*: Verantwortung und Haftung von Mitgliedern von Stiftungsvorständen, *ecolex* 1998, 130ff.; zu den Kernzuständigkeiten gehören Geschäftsführung, Vertretung, Feststellung der Begünstigten, Entscheidung über Leistung an Begünstigte und Rechnungslegung; zu den Nebenpflichten gehören die Erstattung der notwendigen Anmeldungen zum Firmenbuch; die Wahrung der Abgabepflichten und anderer öffentlich-rechtlicher Pflichten der Privatstiftung; die Aufnahme der vorgeschriebenen Angaben in die Geschäftspapiere der Privatstiftung (§ 32 iVm § 14 UGB); das Erteilen von Auskünften an Begünstigte (§ 30 PSG) und an den Stiftungsprüfer; die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Privatstiftung gegenüber anderen Organen, unter Umständen auch anderen Vorstandsmitgliedern; die Vornahme notwendiger Änderungen der Stiftungserklärung (§ 33 PSG); die Auflösung der Privatstiftung (§ 35 Abs 2 PSG); sowie die Abwicklung der Stiftung nach ihrer Auflösung (§ 36 PSG); vgl. auch *Arnold* (2007), § 17

¹⁶⁵⁴ OGH 1 Ob 144/01k vom 26. Februar 2002, SZ 2002/26

¹⁶⁵⁵ § 17 PSG

¹⁶⁵⁶ Sachverständigenhaftung § 1299 oder Übernahms- bzw. Einlassungsfahrlässigkeit

¹⁶⁵⁷ vgl. *Arnold, Nikolaus*: Die Haftung des Stiftungsvorstands, Aufsichtsrat aktuell 2/2005, 4

¹⁶⁵⁸ § 29 PSG

¹⁶⁵⁹ OGH 1 Ob 179/73 vom 31. Oktober 1973, SZ 46/113 und *Arnold* (2005), 4

Die Stiftungsvorstände haften der Privatstiftung für den ihr zugefügten Schaden. Im Konzernkontext ist natürlich der Sachverhalt des Verstoßes gegen die Zuwendungssperre¹⁶⁶⁰ zu bedenken. § 17 Abs. 2 S. 2 PSG begründet in Verbindung mit § 1311 ABGB eine Schutzgesetzverletzung, woraus ein direkter Anspruch des Gläubigers unmittelbar gegen den Vorstand möglich ist. § 29 PSG sieht ausdrücklich eine Beweislastumkehr, wie sie im § 84 Abs. 2 AktG vorgesehen ist, nicht vor. Diesfalls ist hL, dass der geschädigte Gläubiger¹⁶⁶¹ beweisen muss, dass der Schaden pflichtwidrig durch das Handeln des Stiftungsvorstandes entstanden ist und kann direkt gegen den Stiftungsvorstand vorgehen¹⁶⁶².

2.1.8. Haftung der Leitungsgremien in der Krise

Zahlungsunfähigkeit¹⁶⁶³ und Überschuldung¹⁶⁶⁴ sind die Tatbestände der Insolvenz (§§ 66 und 67 KO)¹⁶⁶⁵. Antragsbefugt zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens sind u.a. die Geschäftsführungsorgane, die diesen Antrag ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 60 Tage (Sanierungsfrist) nach dem Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu stellen haben. Diese haften zivilrechtlich für Schäden aus der schuldhaften Verzögerung oder Unterlassung der Antragsstellung. § 69 KO sowie 159 StGB fungieren als Schutzgesetze im Sinne des § 1311 ABGB. So hat die Verletzung von § 69 KO zur Folge, dass direkte schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeiten gegenüber den Gläubigern entstehen (Konkursverschleppungshaftung)¹⁶⁶⁶. Nach geltender Judikatur erhalten Altgläubiger die Quotenverschlechterung¹⁶⁶⁷ von den sorgfaltswidrig handelnden Geschäftsleitern während die Neugläubiger den Ersatz des Vertrauensschadens¹⁶⁶⁸ verlangen können, was damit begründet wird, dass die Altgläubiger durch die Kontrahierung bereits zuvor ein Geschäftsrisiko eingegangen sind und dass die Neugläubiger gerade durch die Konkursantragspflicht abgehalten hätten werden sollen, mit insolventen Geschäftspartnern in Geschäftsbeziehung zu treten.¹⁶⁶⁹ Zusätzlich zur Antragsverpflichtung des § 69 Abs. 2 KO positiviert der Gesetzgeber ein Zahlungsverbot. So normiert § 84 Abs. 3 Z. 6 AktG und korrespondierend § 25 Abs. 3 Z. 2 GmbHG, dass es der Sorgfaltspflicht des geschäftsführenden Organes entgegensteht, wenn dieses Zahlungen leistet, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre

¹⁶⁶⁰ § 17 Abs. 2 PSG

¹⁶⁶¹ beispielsweise auch die Finanzprokurator

¹⁶⁶² vgl. *Riel in Doralt, Werner/Nowotny, Christian/Kalss, Susanne*: Privatstiftungsgesetz, Wien 1995, § 17 Rz 35

¹⁶⁶³ "wenn der Schuldner mangels parater Mittel nicht in der Lage ist, (alle) seine fälligen Schulden zu bezahlen, und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann" so u.a. in OGH 8 Ob 87/02f am 7. November 2002

¹⁶⁶⁴ Bei Vorliegen einer negativen Fortbestehensprognose – d.h. die zukünftige Zahlungs- bzw. Lebensfähigkeit ist nicht überwiegend (> 50 %) wahrscheinlich – und (kumulativ) bei Überschuldung zu Liquidationswerten, wird von insolvenzrechtlich relevanter Überschuldung gesprochen (teleologische Reduktion des Überschuldungsbegriffs). vgl. *Adensamer, Nikolaus/Oelkers, Janine/Zechner, Anna Katharina*: Geschäftsleiterpflichten in Insolvenznahe, SWI 2005, 437 mit Verweis auf *Straube*, Kommentar (2000), § 225 Rz 4

¹⁶⁶⁵ RIS-Justiz RS0064962 „Eine insolvenzrechtlich bedeutsame Überschuldung (einer Kapitalgesellschaft ist nicht schon beim Überwiegen der Passiven über die Aktiven anzunehmen. Die rein rechnerische Überschuldungsprüfung ist durch eine Fortbestehensprognose zu ergänzen, in deren Rahmen mit Hilfe sorgfältiger Analysen von Verlustursachen, eines Finanzierungsplans sowie der Zukunftsaussichten der Gesellschaft die Wahrscheinlichkeit der künftigen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu prüfen ist. Geplante Sanierungsmaßnahmen sind in diese Überlegungen einzubeziehen. Der Überschuldungstatbestand ist auf jene Fälle zu reduzieren, in denen die Lebensfähigkeit der Gesellschaft unter Bedachtnahme auf eingeleitete Sanierungsmaßnahmen nicht hinreichend, das heißt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, gesichert ist, eine rechnerische Unterbilanz daher nicht durch eine geschätzte zukünftige positive Entwicklung ausgeglichen werden kann“.

¹⁶⁶⁶ Die Geschäftsleitung ist damit einer Doppelhaftung ausgesetzt; einerseits kann die Gesellschaft, andererseits jeder einzelne Gläubiger Ansprüche geltend machen: *Schummer, Gerhard*: Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung - ebenfalls ein Irrweg? in *Koppensteiner-FS* (2001) 211f.

¹⁶⁶⁷ Schaden aus Verringerung der Konkursquote

¹⁶⁶⁸ gesamte negative Interesse

¹⁶⁶⁹ OGH, *ecolex* 1998, 329 und *ÖBA* 1998, 488; bestätigend OGH, *ecolex* 1999, 634, *ÖJZ* 1999/149 (EvBl); OGH, *ZIK* 1999, 178

Überschuldung ergeben hat¹⁶⁷⁰. In diesen Fällen hat der Geschäftsleiter die Masseschmälerung zu vertreten und ist schadenersatzpflichtig¹⁶⁷¹. Gegenüber den Gläubigern einer Aktiengesellschaft entsteht ein Ersatzanspruch bei Verstoß gegen das Zahlungsverbot lediglich dann, wenn grob fahrlässig gehandelt wurde¹⁶⁷², während bei der GmbH bereits leichte Fahrlässigkeit Ersatzansprüche begründen kann. Strafrechtlich machen sich die Vorstandsmitglieder bei grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach §§ 159 Abs. 2 und 5 sowie 161 StGB verantwortlich¹⁶⁷³. Als Resultat der Insolvenzprophylaxe wurde durch IRÄG 1997 ein Unternehmensreorganisationsverfahren (Unternehmensreorganisationsgesetz – URG) eingeführt, welches dem Unternehmer einen Anreiz geben soll, bereits vor Eintritt der materiellen Insolvenz tätig zu werden. Das URG ist jedoch für Kreditinstitute, Pensionskassen, Versicherungsunternehmen und Wertpapierunternehmen¹⁶⁷⁴ aufgrund gesonderter Kapital(isierungs)strukturen nicht anwendbar. Die Reorganisation ist nach § 1 Abs. 2 URG eine nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchgeführte Maßnahme zur Verbesserung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines im Bestand gefährdeten Unternehmens, die dessen nachhaltige Weiterführung ermöglicht. Die Möglichkeit einer Reorganisation schließt die materielle Insolvenz daher aus. Über die Parameter des Reorganisationsbedarfs schweigt das URG, doch wird eine Eigenmittelquote von weniger als 8 % sowie eine 15 Jahre übersteigende Schuldentilgungsdauer als Situation mit Reorganisationsbedarf vermutet¹⁶⁷⁵. §§ 22ff. URG sehen, unabhängig von Verschulden und Rechtswidrigkeit¹⁶⁷⁶, eine Haftung (betragsmäßig beschränkt) gegenüber der Gesellschaft durch den antragsberechtigten Vorstand¹⁶⁷⁷ vor¹⁶⁷⁸, wenn ein Antrag, der lt. Judikatur¹⁶⁷⁹ grundsätzlich freiwillig ist, zur Einleitung eines Reorganisationsverfahrens bei Vorlage einer geringeren als 8%igen Eigenmittelquote und einer 15 Jahre übersteigenden fiktiven Schuldentilgungsdauer unterblieb und innerhalb zweier Jahre der Konkurs oder Anschlusskonkurs eröffnet wurde. Eine Haftung tritt nicht ein, wenn der Vorstand unverzüglich nach Erhalt des Berichts des Abschlussprüfers mit der Erkenntnis, dass Reorganisationsbedarf vermutet wird, ein Gutachten eines Wirtschaftsprüfers eingeholt hat, das diesen Bedarf dadurch verneint, dass die Fortbestandsprognose¹⁶⁸⁰ positiv ist, dass der Bestand des Unternehmens nicht gefährdet ist, dass Umstände vorliegen, die trotz Kennzahlenerfüllung keinen Reorganisationsbedarf begründen und dass ausreichende stille Reserven bestehen oder gesellschaftsrechtliche Beschlüsse (Verlustausgleich, Kapitalerhöhung) gefasst wurden¹⁶⁸¹. Auf Basis der allgemeinen Sorgfaltspflicht und der Pflicht zur Führung eines internen Kontrollsystems gemäß § 82 AktG hat der Vorstand bei Erkennen der Erfüllung der Kennzahlen gemäß URG § 81 AktG den

¹⁶⁷⁰ vgl. auch § 45 Abs. 2 VAG

¹⁶⁷¹ vgl. *Adensamer/Oelkers/Zechner* (2000), 437ff.

¹⁶⁷² § 84 Abs. 5 AktG

¹⁶⁷³ vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser* (2001), § 77 bis 84 Rz 29ff.

¹⁶⁷⁴ § 2 URG

¹⁶⁷⁵ vgl. *Riegler, Günter/Wesener, Wolfgang*: Frühwarnparameter und Haftungen nach dem 4. Abschnitt des URG, *ecolx* 1997, 758

¹⁶⁷⁶ OGH 6 Ob 269/05k in WBI 2006, 235

¹⁶⁷⁷ Gläubiger haben im Gegensatz zur Konkursordnung gemäß § 70 KO keine Möglichkeit ein Reorganisationsverfahren einzuleiten.

¹⁶⁷⁸ € 100.000 pro Person, für die durch die Konkursmasse nicht gedeckten Verbindlichkeiten

¹⁶⁷⁹ OGH 6 Ob 269/05k in WBI 2006, 235

¹⁶⁸⁰ Erhaltung zukünftiger Zahlungsfähigkeit durch Finanzpläne belegt

¹⁶⁸¹ vgl. *Konecny, Andreas/Schubert, Günter*: Kommentar zur KO, § 67 Rz 100ff.

Aufsichtsrat zu informieren¹⁶⁸². Stimmen der Aufsichtsrat oder die Gesellschafter dem Vorschlag des Vorstandes ein Reorganisationsverfahren einzuleiten nicht zu wird der Vorstand exkulpiert und an seine Stelle tritt das ablehnende Organ.

2.2. Die Aufsichtsorgane

2.2.1. Der Aufsichtsrat

Unbestritten ist mittlerweile, dass ein funktionsfähiger Aufsichtsrat, der die Geschäftsführung überwacht und bei Entscheidungen von wesentlicher Bedeutung unterstützt, das systemimmanente Organ der internen Unternehmenskontrolle ist. Gegenstand des Aufsichtsrates ist die Überwachung der (rechtmäßigen, zweckmäßigen und wirtschaftlichen)¹⁶⁸³ Geschäftsführung, was in Konzernsachverhalten auch die Überwachung der verantwortlichen Leitung der Konzernunternehmen umfasst. Während bei der Aktiengesellschaft¹⁶⁸⁴ die Einrichtung eines Aufsichtsrates verpflichtend ist¹⁶⁸⁵, ist ein Aufsichtsrat bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung lediglich bei Vorliegen der in § 29 GmbHG genannten Bedingungen notwendig. Ein Aufsichtsrat muss im GmbH-Recht bestellt werden, wenn das Stammkapital € 70.000 übersteigt und die Anzahl der Gesellschafter mehr als fünfzig beträgt, die Anzahl der Arbeitnehmer im Durchschnitt dreihundert übersteigt, die Gesellschaft AGs, GmbHs, aufsichtsratspflichtige GmbHs einheitlich leitet (§ 15 AktG) oder auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer beider Gesellschaften mehr als dreihundert beträgt, oder bei einer GmbH&Co KG die Arbeitnehmerzahl mehr als dreihundert beträgt oder aufgrund des VIII. Teils des ArbVG¹⁶⁸⁶ die Organe zur Vertretung der Arbeitnehmer einer aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft das Recht haben, einen Teil der Mitglieder des Aufsichtsrates zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen oder abzulehnen.

Im Falle einer GmbH als Konzernuntergesellschaft sieht § 29 Abs. 2 Z. 1 GmbHG eine Ausnahme vor. Wenn diese GmbH unter einheitlicher Leitung einer aufsichtsratspflichtigen Kapitalgesellschaft steht oder von einer solchen auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 Prozent beherrscht wird, dann besteht die Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsrates in beiden Fällen erst dann, wenn die Anzahl der Arbeitnehmer der Untergesellschaft 500 übersteigt. Im Fall von mehrstufigen Konzernen ist immer einheitliche Leitung notwendig, um in den Genuss der Ausnahmeregelung zu kommen, weil eine unmittelbare Beteiligung an einer Enkelgesellschaft begrifflich nicht möglich ist¹⁶⁸⁷. Ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit sieht gemäß § 43 VAG einen Aufsichtsrat als verpflichtend an. Das Genossenschaftsgesetz verlangt einen Aufsichtsrat, wenn dauernd mindestens vierzig Arbeitnehmer

¹⁶⁸² vgl. *Viehböck, Günther*: Unternehmensleitung in der Krise, in *Jablones/Lucius/Schramm* (2009), 339

¹⁶⁸³ RIS-Justiz RS0049302

¹⁶⁸⁴ § 86 AktG

¹⁶⁸⁵ so auch im dualistischen System der *Societas Europaea*

¹⁶⁸⁶ Arbeitsverfassungsgesetz

¹⁶⁸⁷ *Grünwald* (1984), 228ff. mit Verweis auf *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983), 236

beschäftigt sind¹⁶⁸⁸. Die Aufgaben des Aufsichtsrates übernimmt in der Sparkasse gemäß § 14ff. SpG der Sparkassenrat. Das Bankwesengesetz verweist hinsichtlich der Aufsichtsratspflicht auf die Rechtsformspezifika bzw. deren einschlägige Gesetzesgrundlagen¹⁶⁸⁹.

Zentrale Kompetenzen und Aufgaben des Aufsichtsrates sind die Personalhoheit über den Vorstand (Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder), die Überwachung der Geschäftsführung des Vorstandes und die Mitentscheidung bei den im Gesetz, in der Satzung und durch Aufsichtsratsbeschluss festgelegten Angelegenheiten und die strategische Begleitung und Beratung des Vorstandes¹⁶⁹⁰. Die Intensität der Überwachungsaufgaben, die sich nicht auf die gesamte Tätigkeit und vor allem nicht auf das Tagesgeschäft, sondern vielmehr auf die Leitungstätigkeit bezieht, orientiert sich an der individuellen Gesellschaftssituation. Gefordert ist eine begleitende Überwachung, die aus der Nähe zum Geschehen rechtzeitig die nötigen Informationen schöpft, die Geschehnisse rechtzeitig zu beurteilen ermöglicht und den Aufsichtsrat in die Lage versetzt rechtzeitig geeignete Maßnahmen zu ergreifen¹⁶⁹¹. Im Grunde hat jedes Aufsichtsratsmitglied über das erforderliche Wissen und über die erforderliche Erfahrung zu verfügen, welche zur kompetenten Bewältigung der dem Aufsichtsrat übertragenen Aufgaben notwendig sind¹⁶⁹². Der OGH bestätigte in seiner Entscheidung hinsichtlich der Aufsichtsratshaftung, dass der Fehlschlag unternehmerischer Entscheidungen nicht zur Pflichtwidrigkeit führe, weil andernfalls dem Aufsichtsratsorgan das Unternehmerrisiko aufgebürdet würde, welches von den Gesellschaftern oder Aktionären getragen werde¹⁶⁹³. Verschlechtert sich die Lage der Unternehmen, muss der Aufsichtsrat den Dialog zum Vorstand intensivieren und auch seine rechtlichen Instrumente (Beschlüsse über zustimmungspflichtige Geschäfte, Anforderungen von Berichten¹⁶⁹⁴, etc.) zweckgerichtet einsetzen. Das Auskunftsrecht des Aufsichtsrates schließt Informationen über die Beziehung zu Konzernunternehmen mit ein. Dennoch gibt es keinen so genannten Konzernaufsichtsrat, denn der Aufsichtsrat ist nur den Interessen des jeweiligen Unternehmens verpflichtet und nicht jenen der Untergesellschaft, geschweige denn einem Konzerninteresse¹⁶⁹⁵. Die Konsequenzen daraus sind, dass eine Geschäftsführungsmaßnahme, die in einer Untergesellschaft aufsichtsratspflichtig ist, nicht allein deshalb dem Aufsichtsrat der Obergesellschaft vorgelegt werden muss und dass die gesetzlichen Überwachungsmittel dem Aufsichtsrat nur gegenüber ihrem Vorstand zustehen und somit ein direkter Zugriff auf die Organe der Untergesellschaft (Anforderungsbericht, Bestellung, Abberufung) dem Aufsichtsrat der Obergesellschaft

¹⁶⁸⁸ § 24 GenG

¹⁶⁸⁹ § 5 Abs. 1 Z. 1 BWG

¹⁶⁹⁰ § 125 AktG (Feststellung der Bilanz und Entlastung), Prüfung des Jahresabschlusses, des Gewinnverteilungsvorschlages und des Lageberichts gemäß § 96 Abs. 1 AktG

¹⁶⁹¹ *Eckert/Gassauer-Fleissner* (2004), 416

¹⁶⁹² vgl. OGH 1 Ob 144/01k, SZ 2002/26; RIS-Justiz RS0116173: "Sorgfaltsanforderungen dürfen nicht überspannt werden, sondern es muss berücksichtigt werden, dass zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und den "stärker geforderten" Mitgliedern der Geschäftsführung bei deren "größeren Nähe zu den gesellschaftlichen Handlungen graduelle Unterschiede im Wissensbereich und Erfahrungsbereich" bestehen. Man muss anerkennen, dass Vorbildung, Kenntnisse und Erfahrungen in der Sorgfaltsfrage verschieden sein können. Es muss jedoch bei jedem Aufsichtsratsmitglied eine das Durchschnittsniveau übersteigende, besondere "intelligenzmäßige Kapazität" vorausgesetzt werden, soll das gesetzliche Ziel einer effektiven Kontrolle nicht völlig verfehlt werden. Dafür haben Aufsichtsratsmitglieder ebenso einzustehen wie für den beim Einsatz ihrer Kenntnisse, Erfahrungen und Fähigkeiten notwendigen Fleiß"

¹⁶⁹³ OGH 1 Ob 144/01k vom 26. Februar, ecolex 2003/22, GesRZ 2002, 86; so zuvor auch schon OGH 3 Ob 34/97i vom 24. Juni 1998, ecolex 1998, 774; vgl. auch OGH 1 Ob 179/73 vom 31. Oktober 1973, ÖJZ 1974/83 (EvBl) - SZ 46/113.

¹⁶⁹⁴ § 95 Abs. 2 AktG

¹⁶⁹⁵ vgl. *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar (2003) § 95 Rn 31; vgl. *Koppensteiner* in *KölnKomm AktG* § 308 Rn 25 (Beherrschungsvertrag)

verwehrt bleibt. Gesagtes jedoch einschränkend, als im Konzern der Umfang der Aufsichtspflicht erstens von der Charakteristik der Beteiligung abhängt; somit je nach dem, ob es sich um eine unternehmerische Beteiligung oder nur eine Finanzbeteiligung handelt. Zweitens ist maßgeblich, ob der Konzern zentral oder dezentral geleitet wird. Demzufolge sind in dem Fall, dass der Vorstand der Muttergesellschaft einen direkten und maßgebenden Einfluss auf die abhängige Gesellschaft ausübt die Überwachungspflichten umso intensiver¹⁶⁹⁶. Zur Einschätzung der Bedeutung der Geschäftstätigkeit durch den Aufsichtsrat orientiert sich dieser an den Auswirkungen auf Rentabilität und Liquidität¹⁶⁹⁷.

Die **Instrumente**, die dem **Aufsichtsrat** zur **Konzernüberwachung** zur Verfügung stehen, sind die Rechnungslegung (Jahresabschlüsse), Regelberichte und Sonderberichte nach § 81 AktG, Anforderungsberichte nach § 95 Abs. 2 und das Überprüfungsrecht nach § 95 Abs. 3 AktG¹⁶⁹⁸. Im Rahmen der Aufsichtsreform wurde für den Aufsichtsratsvorsitzenden eine Wartefrist („*cooling off*“) und ein Anforderungskatalog („*fit-and-proper-test*“) normiert, welche bei Kreditinstituten, ab einer Bilanzsumme zum Zeitpunkt der Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden von EUR 750 Mio., maßgeblich werden¹⁶⁹⁹. Bei Versicherungsunternehmungen gilt das verrechnete Prämienvolumen in Höhe von EUR 500 Mio. als Grenze. Gemäß § 28a Abs. 1 BWG dürfen Geschäftsleiter von Kreditinstituten frühestens nach Ablauf einer Periode von zwei Jahren nach Beendigung ihrer Funktion als Geschäftsleiter eine Tätigkeit als Vorsitzender des Aufsichtsrats innerhalb desselben Unternehmens aufnehmen. Diese mit der C-Regel 55 des Österreichischen Corporate Governance Kodex korrespondierende Bestimmung soll potentiellen Interessenkonflikten, welche aus dem direkten Wechsel resultieren, entgegenwirken¹⁷⁰⁰, verhindert zu Recht jedoch nicht den sofortigen Wechsel als einfaches Mitglied in den Aufsichtsrat. Der Anforderungskatalog gemäß § 28a Abs. 3 und 4 BWG¹⁷⁰¹ sieht vor, dass neben den Eigentümern auch die einfachen Mitglieder des Aufsichtsrates die Eignung des Vorsitzenden zu prüfen haben. Demnach ob dieser wirtschaftlich, persönlich und fachlich geeignet ist seine Aufgaben zu erfüllen. Der Anforderungskatalog umfasst das Nichtvorliegen gewerberechtlicher Ausschließungsgründe bzw. eines Konkurses, die Vorlage geordneter wirtschaftlicher Verhältnisse und persönlicher Zuverlässigkeit sowie die fachliche Eignung des Vorsitzenden¹⁷⁰², was zumindest angemessene Kenntnisse im Bereich des bankbetrieblichen Finanz- und Rechnungswesens voraussetzt¹⁷⁰³. Bei ausländischen Vorsitzenden dürfen die zuvor genannten Ausschließungsgründe nicht in deren Heimatstaaten vorliegen¹⁷⁰⁴. Wird dem Anforderungskatalog nicht entsprochen, hat die Finanzmarktaufsicht bei dem zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelssachen berufenen Gerichtshof erster Instanz den Wahlwiderruf zu beantragen.

¹⁶⁹⁶ vgl. Eckert/Gassauer-Fleissner (2004), 416f.

¹⁶⁹⁷ vgl. Koppensteiner, Kommentar (1999), § 30j; vgl. Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, § 95 Rn 34

¹⁶⁹⁸ Aufzählung bei Eckert/Gassauer-Fleissner (2004), 416f.

¹⁶⁹⁹ vgl. § 28 Abs. 5 BWG

¹⁷⁰⁰ vgl. ErläutRV 313 BlgNR 23. GP 6

¹⁷⁰¹ und § 11a Abs. 3 und 4 VAG für Versicherungsunternehmen

¹⁷⁰² § 28 Abs. 3 Z. 1, 2, 3 BWG

¹⁷⁰³ die erläuternden Bemerkungen (Erläut RV 313 BlgNR 23. GP 6) treffen jedoch einen Unterschied zwischen dem Geschäftsleiter und dem Aufsichtsratsvorsitzenden hinsichtlich der Qualifikationserfordernisses. So ist eine praktische Bankgeschäfts- und Leitungserfahrung, oder eine akademische Ausbildung nicht notwendig. Jedoch muss der Aufsichtsratsvorsitzende die mit der Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken sowie Inhalt und Aussage der Finanz- und Rechnungslegungsunterlagen ausreichend beurteilen können.

¹⁷⁰⁴ § 28 a Abs. 3 Z 4. BWG

Der Aufsichtsrat als gewählter Aktionärsvertreter ist weisungsunabhängig, weil auch für ihn der § 70 AktG maßgeblich ist. Er übt seine Tätigkeit nebenberuflich aus¹⁷⁰⁵. Die Weisungsunabhängigkeit ist selbstverständlich auch in Fällen der strukturierten Personaleinheit gegeben, z.B. wenn ein Dienstnehmer der Konzernobergesellschaft in den Aufsichtsrat der Tochter entsandt wird, und ist unabhängig von der Entsendungsgrundlage (Wahl, Entsendung als Arbeitnehmervertreter, Entsendung durch Inhaber vinkulierter Namensaktien, Entsendung durch in der Satzung genannte Aktionäre, Minderheitaufsichtsräte). Der Aufsichtsrat hat Weisungen, die den Interessen der Tochter entgegenstehen, zu ignorieren¹⁷⁰⁶.

Voraussetzungen für eine Haftung des Aufsichtsrates sind gemäß § 1295 ABGB der Schadenseintritt, die Rechtswidrigkeit, die Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens und das Verschulden, welches bei jedem Aufsichtsratsmitglied einzeln geprüft werden muss. Unter Schaden wird der Vermögensschaden verstanden, der durch Vergleich zur hypothetischen Vermögensentwicklung der Gesellschaft bei ordnungsmäßigem Verhalten des Aufsichtsrates ermittelt wird. Nicht zu den Vermögensschäden zählen Kurseinbrüche als so genannte Reflexschäden¹⁷⁰⁷. Rechtswidrigkeit ist durch pflichtwidriges Verhalten, somit bei Verstoß gegen die obliegende Pflicht, gegeben. Kausalität liegt vor, wenn die Pflichtverletzung geeignet war, im Sinne der Adäquanz und der Kausalitätstheorie, die Beeinträchtigung der eingetretenen Art herbeizuführen. Als Verschuldensmaßstab gilt sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige (Außerachtlassung der gehörigen Aufmerksamkeit oder des gehörigen Fleißes) Herbeiführung des Schadens, wobei ein objektiv typisierter Verschuldensmaßstab angewandt wird¹⁷⁰⁸. Während die Gesellschaft oder der geschädigte Gläubiger den Schaden und die Kausalität zu beweisen sowie Umstände vorzubringen hat, die einen Schluss auf die Sorgfaltswidrigkeit des Beklagten zulassen, trägt das Mitglied des Aufsichtsrates die Beweislast, dass es den objektiven Sorgfaltsmaßstab eingehalten bzw. nicht schuldhaft gehandelt hat¹⁷⁰⁹. Wichtig ist diese Konsequenz aus der Tatsache, dass die Aufsichtsrats Tätigkeit eine nebenberufliche ist. Dadurch ist die Haftung des Aufsichtsrates nicht am Maßstab jener des Vorstandes zu messen¹⁷¹⁰. Jedoch ist auch hier zu differenzieren. Die laufende Überwachung umfasst die Überprüfung der Rechtmäßigkeit und der Wirtschaftlichkeit der

¹⁷⁰⁵ vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 257; vgl. *Strasser* (1990), 487

¹⁷⁰⁶ „In der Praxis ist dies de facto unmöglich, jedoch kann davon ausgegangen werden, dass im Zuge der engen Konzernverbindungen die anderen Konzerngesellschaften darauf achten, dass kein Schaden in der betroffenen Gesellschaft entsteht, da die entsprechenden finanziellen Garantien gegeben werden“ *Schärf, Wolf-Georg*: Rieger Bank - OGH zu Fragen der Haftung der Aufsichtsräte - Ende der Fragen?, *GesRZ* 2004, 39f.

¹⁷⁰⁷ OGH 3 Ob 288/02 vom 24. April 2003; vgl. *Schärf* (2004), 39f.; OGH 2 Ob 591/94 vom 22. Dezember 1994, *SZ* 67/238, *RdW* 1995, 132, *GesRZ* 1995, 121, *ecolx* 1995, 901; *Nowotny, Christian*: Anlegerhaftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei Kursverlusten, *RdW* 1995, 132; siehe auch OGH 3 Ob 288/02b vom 24. April 2003

¹⁷⁰⁸ OGH 5 Ob 306/76 vom 31. Mai 1997, *ÖJZ* 1978/4

¹⁷⁰⁹ OGH 8 Ob 262/02s vom 22. Mai 2003, vgl. *Rauter, Alexander Roman*: Zu Pflichten und Sorgfalt des Aufsichtsrates. Oder: Auch Sekundenschlaf kann tödlich sein, *JAP* 2006/2007/6

¹⁷¹⁰ § 99 AktG eingeschränkt durch OGH 1 Ob 144/01k vom 26. Februar 2002; „Darin stellte er klar, dass die Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrates nicht weiter reichen kann als jene der Geschäftsführer, denn seinem Umfang nach ist das Aufgabengebiet des Aufsichtsrates an sich geringer als jenes der Geschäftsführer und beschränkt sich im Wesentlichen auf die vergangenheitsbezogene und vorausschauende Überwachung der Geschäftsführung, die Wahrnehmung der Pflichten in der Krise des Unternehmens, die Veranlassung der Geschäftsführer, bei Zutreffen der Voraussetzungen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen, sowie die Prüfung des Jahresabschlusses. Der Aufsichtsrat ist demnach weder ein Vorgesetzter der Geschäftsführer noch ein Supergeschäftsführungsorgan“. *Schärf* (2004), 39f.; *RIS-Justiz* RIS0116172: „Die Geschäftsführung bleibt stets den Geschäftsführern vorbehalten, und es kommt dem Aufsichtsrat im Regelfall ihnen gegenüber auch kein Weisungsrecht zu. Bei der Übertragung der Sorgfaltspflichten der Geschäftsführer auf die Mitglieder des Aufsichtsrats ist daher auf deren Aufgabenstellung Bedacht zu nehmen“.

Geschäftsführung. Bei derartigen Aufgaben divergiert der Haftungsmaßstab nähert sich jedoch bei den zustimmungspflichtigen Geschäften gemäß § 95 AktG bei Fragen der Gewinnausschüttung, bei Bilanzentscheidungen und beim genehmigten Kapital an. Demnach reicht in den letztgenannten Fällen eine Plausibilitätsprüfung nicht aus, sondern es wird eine nähere Befassung mit den konkreten Geschäftsfällen erwartet¹⁷¹¹. Einen eigenen Haftungsmaßstab hat der Aufsichtsrat in Fällen bei denen er unternehmerische Entscheidungen trifft, die ihn in die Position eines Geschäftsführers bringen¹⁷¹². Dies ist der Fall bei Bestellung und Abberufung des Vorstandes, bei Abschluss und Aufhebung des Anstellungsvertrages eines Vorstandsmitgliedes, bei Vertragsabschlüssen mit Sachverständigen sowie bei Verfahren zur Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses und in allen Fällen, in denen dem Aufsichtsrat die Vertretung der Gesellschaft obliegt¹⁷¹³. Aufgrund der abgestuften Überwachungspflicht¹⁷¹⁴ orientiert sich der Haftungsmaßstab an der Unternehmenssituation und ist demnach in einer Krisensituation enger. Des Weiteren wirkt die Sachkunde – eine Mindestqualifikation wird seit der **Krauland**-Entscheidung durch den OGH erwartet¹⁷¹⁵ - einzelner Aufsichtsratsmitglieder für diese haftungserhöhend¹⁷¹⁶. Objektiver Maßstab ist nicht die Sorgfalt, die in eigenen Angelegenheiten gewöhnlich angewendet wird, sondern jene, die bei der Überwachung und der Verwaltung von fremden Vermögen einzuhalten ist¹⁷¹⁷. Aufgrund des Informationsvorsprunges hat der Kläger den Schaden, dessen Höhe und die Kausalität zu beweisen, jedoch hat der Aufsichtsrat darzulegen, dass er sich sorgfältig und gewissenhaft verhalten hat¹⁷¹⁸. Gehaftet wird im Innenverhältnis nach Köpfen, im Außenverhältnis für den gesamten Schaden. Bedeutsam ist die Tatsache, dass ein überstimmtes Aufsichtsratsmitglied seine Bedenken klar begründet darzulegen hat und dafür sorgen muss, dass diese im Protokoll aufgenommen werden, um sich der Haftung durch einen rechtswidrigen Beschluss zu entziehen¹⁷¹⁹. Ferner kann es sich der Haftung entziehen, wenn die schadensursächliche Handlung auf einem Hauptversammlungsbeschluss beruht, jedoch nur gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber den Gläubigern. Eine vertragliche Haftungsbeschränkung ist nichtig¹⁷²⁰.

Im Rahmen des Vertragskonzerns kommt eine Haftung des Aufsichtsrates der Obergesellschaft für Schäden bei der Tochter nur dann zu tragen, wenn ein direkter Eingriff nachgewiesen werden kann. Andersnfalls richtet sich die Haftung in praxi gegen die Mitglieder des Vorstandes, wenn sie bei ihrer Tätigkeit nicht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers beachtet haben. Betont werden soll das inhärente Spannungsverhältnis zwischen dem Aufsichtsrat der Tochter und der Hauptversammlung der Tochter, die bei Personaleinheit aus dem Vorstand der Mutter besteht und die wirtschaftliche Einheit betont. Die Aufsichtsratsmitglieder und der Vorstand der Tochtergesellschaft sind

¹⁷¹¹ BGH, AG 1997, 377, BB 1997, 1169, WM 1997, 970, NJW 1997, 1926, DStR 1997, 880

¹⁷¹² BGH, AG 1997, 377, 379

¹⁷¹³ Aufzählung in *Schärf* (2004), 39f.

¹⁷¹⁴ vgl. *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (2003), § 95 AktG Rn 17ff.; vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 30j Rz 6

¹⁷¹⁵ OGH 5 Ob 306/76 vom 31. Mai 1977, ÖJZ 1978/4

¹⁷¹⁶ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar (2003), § 84, Rz 8; siehe auch § 1299 ABGB

¹⁷¹⁷ OLG Düsseldorf, AG 1997, 231, 235

¹⁷¹⁸ *Fleck*, *Hans Joachim*: Zur Beweislast für pflichtwidriges Organhandeln, GmbHR 1997, 237.

¹⁷¹⁹ BGH, AG 1997, 377

¹⁷²⁰ vgl. *Schärf* (2004), 39f.

an § 70 AktG gebunden und haben in eigener Verantwortung dafür Sorge zu tragen, dass die Interessen der Gesellschaft gewahrt werden. Dasselbe ist für den faktischen Konzern anzunehmen¹⁷²¹.

Die Krauland-Entscheidung¹⁷²²

Ausgangspunkt war der Konkurs der *Krauland*-Bank. Erkannt wurde darin, dass der Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters für das Aufsichtsratsmitglied auch anzuwenden sei. Demnach habe der Aufsichtsrat für den Mangel jener Sorgfalt einzustehen, welchen man von einem ordentlichen Aufsichtsratsmitglied nach der besonderen Lage des Einzelfalls verlangen könne, d.h. von einem Menschen, der in geschäftlichen und finanziellen Dingen ein größeres Maß an Erfahrung und Wissen besitzt als ein durchschnittlicher Kaufmann und der die Fähigkeit hat, schwierige wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhänge zu erkennen und ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft zu beurteilen. Im konkreten Fall erwartete man von einem Aufsichtsratsmitglied juristische Kenntnisse im Kreditversicherungsrecht, weil die Bank im Kreditgeschäft tätig war. Demnach muss „[e]in Aufsichtsratsmitglied eines Bankunternehmens insbesondere bei der Vergabe von Großkrediten die wirtschaftliche und rechtliche Qualität der Deckung prüfen und sich frühzeitig vergewissern, ob die Sicherungsgeschäfte wirksam sind und der Bank ausreichend Deckung bieten. Er darf sich nicht mit den Sicherungsmaßnahmen begnügen, die der Abschlußprüfer für den uneingeschränkten Bestätigungsvermerk fordert (§ 140 AktG). Auf fehlende juristische Kenntnisse kann er sich nicht berufen. Er muß selbst über ausreichende Kenntnisse auf dem Gebiet des Kreditsicherungsrechts verfügen, um die bei dem betreffenden Bankunternehmen üblichen Deckungsgeschäfte, zB die obligatorischen und sachenrechtlichen Voraussetzungen für die Begründung einer Hypothek, beurteilen zu können; anderenfalls muß er die Annahme dieser Funktion ablehnen“¹⁷²³. Als Konsequenz wurde die Möglichkeit der Klagseinbringung auf Basis des § 84 Abs. 5 iVm § 99 AktG auf Schadenersatz gegen Mitglieder des Aufsichtsrates durch Gesellschaftsgläubiger vom OGH bestätigt. Dieses unmittelbare Klagerecht erspart den Gesellschaftsgläubigern ferner den umständlichen Weg des Erlangens eines Exekutionstitels für ihre Forderung gegen die Gesellschaft und Pfändung und Überweisung der Ersatzansprüche dieser Gesellschaft gegen ihr ersatzpflichtiges Organ¹⁷²⁴.

Die Rieger-Bank Entscheidung¹⁷²⁵

Ausgangspunkt war der Konkurs eines Speditionsunternehmens. Unter anderem wurden ins Treffen geführt, dass der Aufsichtsrat es unterlassen habe die Konkursanmeldung zu veranlassen und eine ordnungsgemäße Prüfung des Jahresabschlusses vorzunehmen. Klargestellt wurde, dass die Haftung des Aufsichtsratsmitgliedes nicht weiter geht, als jene des Geschäftsführers, da dieser erstens kein Vorgesetzter des Geschäftsführers und zweitens kein „Supergeschäftsführungsorgan“ sei. Des Weiteren

¹⁷²¹ vgl. *Schärf* (2004), 39f.

¹⁷²² OGH 5 Ob 306/76 vom 31. Mai 1997, *ÖJZ* 1978/4

¹⁷²³ RIS-Justiz RS0049342

¹⁷²⁴ RIS-Justiz RS0049466

¹⁷²⁵ OGH 1 Ob 144/01k vom 26. Februar 2002, *GesRZ* 2002, 86ff.

ist sein Aufgabenbereich geringer als jener der Geschäftsführer und beschränkt sich auf die (vergangene und zukünftige) Geschäftsführungsüberwachung, die Wahrnehmung der Pflichten in der Krise des Unternehmens, die Veranlassung der Geschäftsführer bei Zutreffen der Voraussetzungen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen, sowie die Prüfung des Jahresabschlusses¹⁷²⁶. Bestätigt wurde das Urteil in der *Krauland*-Entscheidung dahingehend, dass ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab für die Mitglieder des Aufsichtsrats gelte und deren Haftung bereits bei leichter Fahrlässigkeit beginne, jedoch keine Erfolgshaftung darstelle. Bestätigt wurde ferner die Beweislastumkehr, d.h., dass der Kläger den Schadenseintritt und die Kausalität, das Aufsichtsratsmitglied jedoch das pflichtgemäße Handeln beweisen muss.

2.2.2. Der Prüfungsausschuss

Gemäß § 92 Abs. 4 AktG und § 30g Abs. 4a GmbHG muss in Gesellschaften mit den Merkmalen des § 271a Abs. 1 UGB entweder durch den Aufsichtsrat oder von dem sonst nach dem Gesetz oder der Satzung zuständigen Aufsichtsorgan ein Prüfungsausschuss¹⁷²⁷ bestellt werden. Im Bankwesengesetz wurde der Prüfungsausschuss in § 63a Abs. 4 sondergesetzlich normiert. Entsprechendes gilt im VAG gemäß § 82b Abs. 4¹⁷²⁸. Kreditinstitute müssen einen Prüfungsausschuss rechtsformunabhängig bei einer Bilanzsumme von einer Milliarde EUR oder bei Kapitalmarktnotierung installieren. Bei Versicherungen gilt die Einrichtung als verpflichtend, wenn die verrechneten Prämien EUR 750 Mio. übersteigen oder die Versicherung als kapitalmarktorientiert gilt. Bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen gilt die Konzernausnahme des AktG und GmbHG nicht, wonach eine mittelbare oder unmittelbare 100 %ige Konzern(enkel)tochter keinen Prüfungsausschuss einzurichten hat, was jedoch bedeutet, dass der Prüfungsausschuss der Mutter auf die Belange der Konzern(enkel)töchter einzugehen hat. Der Prüfungsausschuss besteht aus zwei Mitgliedern des Aufsichtsrates, wobei bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen zumindest drei Mitglieder des Aufsichtsrates im Ausschuss berufen sein müssen. Dem Prüfungsausschuss muss ein Finanzexperte angehören, wobei vom Vorsitz des Prüfungsausschusses oder als Finanzexperte ausgeschlossen ist, wer in den letzten Jahren Geschäftsführer, leitender Angestellter (§ 80 AktG) oder Abschlussprüfer der Gesellschaft war oder den Bestätigungsvermerk unterfertigt hat oder aus anderen Gründen nicht unabhängig und unbefangen ist. In mindestens zweimaligen Sitzung im Geschäftsjahr, falls der Einzelfall nichts anderes gebietet, überwachen sie die Rechnungslegung, die Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, die Abschlussprüfung, die Unabhängigkeit des Bankprüfers. Ferner gehören zu seinen Aufgaben die Prüfung und Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses, des Vorschlags für die Gewinnverteilung und die Erstellung des Lageberichts und gegebenenfalls des Corporate Governance-Berichts sowie die Erstattung des Berichts über die Prüfungsergebnisse an das Aufsichtsorgan. Weiters fallen unter seine Aufgaben die Prüfung eines allfälligen Konzernabschlusses und -lageberichts samt Berichterstattung über

¹⁷²⁶ vgl. *Schärf* (2004), 39f.

¹⁷²⁷ ferner § 24c Abs. 6 GenG; § 18 Abs. 5 SpG

¹⁷²⁸ § 63a Abs 4 BWG bzw § 82b Abs 4 VAG

die Prüfungsergebnisse an das Aufsichtsorgan des Mutterunternehmens sowie die Vorbereitung des Vorschlags für die Auswahl des Bankprüfers.¹⁷²⁹ Die Haftung der Mitglieder des Prüfungsausschusses entspricht jener des Aufsichtsrates.

Die Haftungsmaßstäbe an den Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft sind nicht unmittelbar auf den Aufsichtsrat einer Genossenschaft anzuwenden. Gemäß § 24 Abs. 7 GenG haften die Mitglieder des Aufsichtsrates solidarisch für den Schaden, welchen sie durch Nichterfüllung ihrer Obliegenheit verursachen. Hervorzuheben ist jedoch, dass ohne persönliches Verschulden keine Haftung eintritt. Somit haftet das Aufsichtsratsmitglied für den Mangel jener Sorgfalt, die man von einem ordentlichen Aufsichtsratsmitglied nach der besonderen Lage des Einzelfalls (Orientierung an Branche, Größe und Marktposition des Unternehmens – objektiv normativer Sorgfaltsmaßstab), doch ist zu konstatieren, dass das Aufsichtsratsmitglied einer Kapitalgesellschaft in geschäftlichen und finanziellen Dingen ein größeres Maß an Erfahrung und Wissen besitzen muss. Dies resultiert aus den strukturellen Unterschieden zwischen der Genossenschaft und einer AG oder GmbH. So werden die unentgeltlich tätigen Aufsichtsratsmitglieder aus dem Kreise der Genossenschaft gewählt, welche aus dem Grundgedanken einer Selbsthilfeorganisation entstanden ist, wodurch der Kreis der zu bestellenden Vertreter bereits eingeschränkt ist. Um auch das evidente Defizit in der Erfahrung und im Wissen der zur Verfügung stehenden Aufsichtsräte auszugleichen hat das österreichische Genossenschaftssystem das Aufsichtsorgan des Revisors geschaffen, der diese Kontrollfunktion gegenüber dem Vorstand wahrnimmt. So ist auch das Aufgabengebiet des Aufsichtsrates einer Genossenschaft geringer als jenes des Aufsichtsrates einer AG oder GmbH¹⁷³⁰. Dieses beschränkt sich im Wesentlichen auf die vergangenheitsbezogene und vorausschauende Überwachung der Geschäftsführung, die Wahrnehmung der Pflichten in der Krise des Unternehmen sowie die Prüfung des Jahresabschlusses¹⁷³¹.

2.2.3 Der Genossenschaftsrevisor und der Sparkassenrevisor

§ 1 GenRevG normiert, dass sich Genossenschaften durch einen unabhängigen und weisungsfreien Revisor mindestens in jedem zweiten Geschäftsjahr auf die Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit ihrer Einrichtung, ihrer Rechnungslegung und ihrer Geschäftsführung und insbesondere hinsichtlich der Erfüllung des Förderungsauftrages und der Wirtschaftlichkeit sowie auf Zweckmäßigkeit, Stand und Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage prüfen lassen müssen. Der Revisor hat die Aufgabe den Vorstand, den Aufsichtsrat und die Mitgliederversammlung über die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung zu informieren und darüber hinaus auf die Beseitigung der festgestellten Mängel hinzuwirken¹⁷³². Verletzt der Revisor vorsätzlich oder fahrlässig diese Pflicht, so ist er der Genossenschaft und, wenn ein Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 2 geschädigt

¹⁷²⁹ vgl. *Peter Oberlechner/Michael Stelzel*: Über Risikomanagement in Kapitalgesellschaften - Bereit für die nächste Krise?, *ecolex* 2009, 832f sowie *Schmidbauer* (2008), 234ff

¹⁷³⁰ vgl. *Dellinger* (2005), § 24

¹⁷³¹ vgl. diesbezüglich zur GmbH der OGH 1 Ob 144/01k am 26. Februar 2002

¹⁷³² *Schwamberger*: Erfordernisse einer ordnungsgemäßen Revision von Genossenschaften, *Die Genossenschafts-Revision* II (1954), 8 in *Koziol* (1995), 681f

worden ist, auch diesem zum Schadenersatz verpflichtet, wobei mehrere Revisoren als Gesamtschuldner haften. Die Ersatzpflicht aus der Revision abschlussprüfungspflichtiger Genossenschaften gemäß § 22 Abs. 6 GenG richtet sich nach § 275 Abs. 2 UGB. Ergibt sich die Haftung des Revisors auch aus seiner Tätigkeit als Bankprüfer so bestimmt sich die Beschränkung der Ersatzpflicht nach § 62a BWG¹⁷³³. Der Genossenschaft, den Genossenschaftsmitgliedern und den Gläubigern der Genossenschaft, können durch Fehler des Genossenschaftsrevisors hinsichtlich obgenannter Prüfungszwecke Schäden entstehen. Die Fehler beziehen sich unter anderem darauf, dass die Prüfer Mängel in der Geschäftsführung oder Manipulationen nicht erkennen, wodurch Gläubiger ihre Forderungen nicht einbringen können¹⁷³⁴, die Genossenschaft illiquid werden könnte, die Genossenschaftsmitglieder ihren Geschäftsanteil verlieren und eventuell, falls keine beschränkte Haftung gemäß § 76 GenG im Genossenschaftsvertrag¹⁷³⁵ bedungen wurde, unbeschränkt haften müssten¹⁷³⁶. Eine Haftung auf Basis allgemeinen Schadenersatzrechts ist unbestritten, wenn das Handeln des Revisors ursächlich für den Schaden war und ihm ein objektiv sorgfaltswidriges Verhalten bei der Prüfung vorzuwerfen ist. Gemäß § 1299 ABGB gilt der Revisor als Sachverständiger und sein Verschulden ist an bloß objektiven Kriterien zu messen, womit auf seine subjektiven Kenntnisse nicht abzustellen ist. Festzuhalten ist jedoch wem der Anspruch gegenüber dem Revisor zukommt. Die Literatur analysiert als Anspruchsadressaten die Genossenschaft, deren Mitglieder und die Gläubiger der Genossenschaft. Der OGH entschied im Jahr 1935, dass lediglich die Genossenschaft zu Ersatzansprüchen gegen das Verschulden des Revisors befugt sei und dass den Genossenschaftsmitgliedern demnach keine Ersatzansprüche zukämen. Er führte aus, dass die Erfüllung der Verbindlichkeiten durch den Verband und den Revisor die ordnungsgemäße Geschäftsgebarung bei der Genossenschaft gewährleistet und somit auch mittelbar auf die Gläubiger und die Genossenschafter wirkt¹⁷³⁷. Während *Frotz* der Meinung ist, dass die gesetzlichen Revisionsbestimmungen neben der Genossenschaft als Organisation auch das Genossenschaftswesen im Ganzen schützen sollen, wonach der Schutz der Genossenschaftsmitglieder primär ist und die Genossenschaft im Reflex geschützt wird, folgt die herrschende Lehre der Argumentation des OGH¹⁷³⁸. Kernargument des OGH ist, dass ein Schuldverhältnis lediglich zwischen dem Revisionsverband bzw. dem Revisor und der Genossenschaft existiert¹⁷³⁹. Den Genossenschaftsmitgliedern Ersatzansprüche zuzuteilen müsste über die Figuren des

¹⁷³³ § 10 Abs. 2 GenRevG; RIS Justiz RS0116076: „Der Vertrag zwischen dem Abschlussprüfer und der geprüften Gesellschaft ist ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, nämlich zugunsten jener (potentiellen) Gläubiger der geprüften Gesellschaft, die durch die Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks angesprochen werden sollen und dann bei ihren wirtschaftlichen Dispositionen davon ausgehen können, dass Buchführung, Jahresabschluss und Lagebericht ihres (potentiellen) Schuldners nach fachmännischer Ansicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechen. Der Prüfungsantrag wird zwar von der Gesellschaft erteilt, hat aber, weil es um die Erfüllung einer gesetzlichen Prüfpflicht geht, den zwingenden gesetzlichen Vorgaben zu entsprechen, sodass die Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks des Abschlussprüfers und die damit bezweckte Information (potentieller) Gläubiger der geprüften Gesellschaft jedenfalls Vertragsinhalt wird.“

¹⁷³⁴ Konkursquote

¹⁷³⁵ § 5 Z. 12 GenG

¹⁷³⁶ § 53 GenG

¹⁷³⁷ OGH 1 Ob 549/35 vom 8. Juli 1935, vgl. *Koziol, Helmut*: Wem haftet der Genossenschaftsrevisor, JBL 1995, 681; *Welser, Rudolf*: Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 1983, 91f.

¹⁷³⁸ *Frotz, Gerhard*: Analyse der genossenschaftlichen Pflichtrevision; Die Genossenschafts Revision, 1974, 10; Dafür *Welser* (1983), 91f.; *Vodrazka*, die Genossenschaftsrevision, in: *Lechner, Treuhandwesen* (1978), 304f., der die Genossenschaft und deren Mitglieder auf gleicher Linie der Geschützten sieht; ähnlich auch *Kastner* in Rechtsfolgen der durch Genossenschafts-Revision festgestellten Mängel, FS *Wilhelm Weber* (1986), 111

¹⁷³⁹ vgl. Satzung des Österreichischen Genossenschaftsverband (Schultze-Delitzsch) gemäß Beschluss vom 29. April 1994. Gemäß § 3 Abs. 1 lit. a prüft der Verband die Verbandsmitglieder (Genossenschaften). Gemäß § 10 Abs. 1 lit. a können die Genossenschaften die Vornahme der

Schutzgesetzes iSd § 1311 ABGB oder über einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter argumentiert werden. Gegen das Schutzgesetzargument spricht, dass § 1 GenRevG eine Pflicht der Genossenschaft gegenüber dem Revisionsverband auferlegt und somit *expressis verbis* die Genossenschaftsmitglieder im Schutzzweck liegen. Gegen den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter spricht, dass diesfalls die Hauptleistung dem Dritten zukommen müsste, was voraussetzt, dass der Vertrag zwischen der Genossenschaft und dem Revisor als für die Mitglieder abgeschlossen werden müsste. Ferner entstünde durch die Ersatzleistung an die Genossenschaftsmitglieder und nicht an die Genossenschaft eine Benachteiligung der Gläubiger, was dem Grundsatz des § 48 GenG¹⁷⁴⁰ widersprechen würde, da die Gläubiger bei Auflösung zuerst bedient werden sollten¹⁷⁴¹. Wie den Genossenschaftsmitgliedern, spricht der OGH auch den Gläubigern keine Ersatzansprüche gegenüber dem Revisor zu, da eine schuldrechtliche Beziehung nur zwischen der Genossenschaft und dem Revisionsverband besteht und für eine Schutzwirkung, der Revisor im eindeutigen Interesse der Gläubiger handeln müsste, was in *realita* jedoch nicht der Fall ist. Seine Aufgabe ist, wie bereits erwähnt, die sachgemäße Beratung der genossenschaftlichen Organe durch Weisung des geeignetsten Weges zur Erreichung des genossenschaftlichen Zweckes¹⁷⁴². Daher lässt sich festhalten, dass der Genossenschaftsrevisor lediglich der Genossenschaft, als unmittelbar Geschädigten, für Fehlverhalten haftet¹⁷⁴³.

Der Sparkassen-Prüfungsverband ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, dem alle Sparkassen, Aktiengesellschaften und Privatstiftungen gemäß § 27a SpG als ausschließliche Mitglieder angehören. Der Sparkassen-Prüfungsverband hat den Zweck, gesetzliche Prüfungen gemäß § 24 Abs. 2 SpG vorzunehmen, darüber hinaus hat er Aufgaben in Verbindung mit der Einlagensicherung gemäß § 93 BWG im Rahmen des Früherkennungssystems der Sparkassen wahrzunehmen. Er hat insbesondere vier Arten von Prüfungen durchzuführen. Die Prüfung des Jahresabschlusses, Sonderprüfungen bei begründetem Verdacht auf Unregelmäßigkeiten oder bei Vermutung einer wesentlichen Verschlechterung der Ertrags- oder Risikolage¹⁷⁴⁴. Ferner Prüfungen gemäß § 2 Abs. 1 und 2a SpG bei Umwandlung einer Gemeinde anteilsverwaltenden Sparkasse in eine Privatstiftung gemäß § 27a SpG zur Eruiierung der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der Haftungsgemeinde. Schlussendlich auch Prüfungen gemäß § 27a Abs. 4 Z 7 hinsichtlich der Gründungsprüfung und der laufenden Stiftungsprüfung. Die Prüfung des Jahresabschlusses umfasst die gesamte Geschäftsführung der Sparkasse, insbesondere den

Verbandsprüfung begehren. In § 20 wird normiert, dass der Verband die Gebarung seiner ordentlichen Mitglieder, also der Genossenschaften prüft.

¹⁷⁴⁰ „Die bei Auflösung der Genossenschaft vorhandenen und die während der Liquidation eingehenden Gelder werden, wie folgt, verwendet: 1. Es werden zunächst die Gläubiger der Genossenschaft je nach der Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt und die zur Deckung noch nicht fälliger Forderungen nötigen Summen zurückbehalten; 2. aus den verbleibenden Überschüssen werden die auf die Geschäftsanteile eingezahlten Beträge an die Genossenschafter zurückgezahlt. Reicht der Bestand zur vollständigen Deckung nicht aus, so erfolgt die Verteilung desselben nach Verhältnis der Höhe der einzelnen Guthaben, wenn in dem Genossenschaftsvertrage nichts Anderes bestimmt ist; 3. der nach Deckung der Schulden der Genossenschaft, sowie der Geschäftsantheile der Genossenschafter noch vorhandene Ueberschuß wird, nach den Bestimmungen des Genossenschaftsvertrages über die Gewinnstverteilung (§. 5, Abs. 6) unter die Genossenschafter verteilt“.

¹⁷⁴¹ auch im Konkurs dient der Anteil zur Befriedigung der Gläubiger (Konkursforderung). Ferner würde durch die Leistung an das Genossenschaftsmitglied sein Anteil wertmäßig zu seiner freien Verfügung stehen, was der Anteil davor nicht ist.

¹⁷⁴² Regierungsvorlage 1895 betreffend die Revision der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

¹⁷⁴³ vgl. *Koziol* (1995), 681ff.

¹⁷⁴⁴ § 6 der Prüfungsverordnung für Sparkassen

Geschäftsverlauf, die Vermögenslage, die Zahlungsbereitschaft, die Risikolage, die Rentabilität und Wirtschaftlichkeit sowie die Organisation der Sparkasse, wobei bei Prüfung auch auf die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften, aufsichtsbehördlichen Anordnungen und die Sparkassensatzung zu achten ist¹⁷⁴⁵. Das Prüfungsergebnis ist mit dem Vorstand eingehend zu erörtern, wobei alle wesentlichen Prüfungsfeststellungen bekanntzugeben sind. Zur Schlussbesprechung hat der Vorstand den Vorsitzenden des Sparkassenrats und den Staatskommissär schriftlich einzuladen¹⁷⁴⁶. Der Sparkassenrevisor, in seiner Funktion als Bankprüfer gemäß § 62a BWG, haftet – Verschulden vorausgesetzt – dann, wenn der Fehler für einen Schaden kausal ist. Hinsichtlich einer Haftung auf Basis allgemeinen Schadenersatzrechts muss gesagt werden, dass im Gegensatz zur genossenschaftlichen Konstruktion, die Sparkasse ex lege zum Sparkassen-Prüfungsverband gehört. Es besteht daher kein schuldrechtliches Verhältnis zwischen Sparkassen-Prüfungsverband und Sparkasse, welches einen Schadenersatzanspruch auf Basis des österreichischen Zivilrechts rechtfertigt. Diesbezüglich muss jedoch unterschieden werden zwischen den Aufgaben der Prüfungsstelle bzw. des Sparkassen-Prüfungsverbandes, die diese im Rahmen des § 24 SpG vornehmen muss und Aufgaben, welche von der Prüfungsstelle bzw. von dem Sparkassen-Prüfungsverband im Rahmen einer schuldrechtlichen Beziehung eingegangen werden, da bei letzterem sehr wohl eine Haftung auf Basis allgemeinen Schadenersatzrechtes möglich ist. Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird auch in diesem Fall verneint, da auch hier kein eindeutiges Interesse für eine Handlung zu Gunsten eines Sparkassengläubigers ersichtlich wird. Daher beschränkt sich die Haftung auf Basis allgemeinen Schadenersatzrechtes auf die Sparkasse als einzig Anspruchsberechtigte.

2.3. Eigentümerhaftung

2.3.1. Die Hauptversammlung

Die Hauptversammlung ist lediglich in sehr engen Grenzen an der Leitung der Gesellschaft und deren Überwachung beteiligt. Im Grunde beschränkt sich die Mitwirkung der Hauptversammlung auf die Bestellung und Abberufung der Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat und auf die Entlastung der Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates. Haftungsrelevanz ist abhängig davon gegeben, ob der Bedarf an einer Beschlussfassung der Hauptversammlung von dieser oder vom Vorstand lanciert wird. **Lanciert** durch den **Vorstand** kann die Hauptversammlung lediglich über Fragen der Geschäftsführung entscheiden, wenn gemäß § 103 Abs. 2 AktG (Angelegenheit der Geschäftsführung) der Vorstand oder Aufsichtsrat es verlangt, deren Beschluss dann, im Gegensatz zur Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates gemäß § 95 AktG, für den Vorstand bindend ist. Die Hauptversammlung muss jedoch nicht darüber entscheiden, da nach herrschender Lehre¹⁷⁴⁷ die Hauptversammlung nicht verpflichtet ist über Angelegenheiten der Geschäftsführung einen Beschluss zu fassen (Recht auf Passivität)¹⁷⁴⁸. Sie ist jedoch zur Beschlussfassung verpflichtet, wenn der Vorstand oder der Aufsichtsrat es verlangt und Entscheidungsbereiche tangiert

¹⁷⁴⁵ § 4 Abs. 1 der Prüfungsordnung für Sparkassen

¹⁷⁴⁶ § 8 der Prüfungsverordnung für Sparkassen

¹⁷⁴⁷ vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 235

¹⁷⁴⁸ vgl. *Schiemer/Jabornegg/Strasser* (1998), § 103 Anm. 11

sind, welche die Struktur der Gesellschaft betreffen. Zutreffenderweise resultiert diese Verpflichtung zur Beschlussfassung der Hauptversammlung bei Strukturentscheidungen daraus, dass es sich eben nicht um originäre Geschäftsführungsmaßnahmen handelt sondern um eine von der Hauptversammlung abgeleitete Zuständigkeit. **Lanciert** durch die **Hauptversammlung** kann diese nur bei wesentlichen Strukturentscheidungen einen Beschluss verlangen (Holzmüller-Entscheidung¹⁷⁴⁹), da Strukturentscheidungen von der Hauptversammlung abgeleitete Zuständigkeiten sind, wenn die Veränderung (z.B. Restrukturierung) ein Ausmaß erreicht, dass angenommen werden müsste, dass sie ausschließlich durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden dürften.

Wie bereits unter dem Punkt Treuepflichten analysiert, gilt laut Rechtsprechung in Bezugnahme auf *Jabornegg*, dass Aktionäre die unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nehmen, die gleichen Sorgfaltspflichten wie die Mitglieder des Leitungsorgans (§ 84 AktG) einzuhalten haben¹⁷⁵⁰. Obwohl die Frage, ob dem Aktionär eine Treuepflicht bei der Stimmrechtsausübung gegenüber der Gesellschaft trifft, umstritten ist¹⁷⁵¹, wird sie in Anlehnung an die in Deutschland herrschende Auffassung, dass Aktionäre bei der Stimmrechtsausübung auf das Gesellschaftsinteresse und auf die Interessen der Minderheitsaktionäre Rücksicht zu nehmen haben (**Linotype**-Entscheidung¹⁷⁵² und **Kali-und-Salz**-Entscheidung¹⁷⁵³ hinsichtlich der materiellen Beschlusskontrolle gemäß den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit¹⁷⁵⁴) zumindest in engen Grenzen angenommen, beispielsweise in Form einer Pflicht zur Zustimmung zur Herabsetzung mitgliedschaftlicher Vermögensrechte in Notsituationen¹⁷⁵⁵. Eine Konsequenz aus dieser angenommenen Treuepflicht ist, dass sobald gemäß § 103 AktG die Hauptversammlung befragt wird bzw. ein Beschluss verlangt wird, auch für diese § 70 AktG als Maßstab gilt. Dies vielmehr, wenn sie gegen die Anträge des Vorstandes bzw. Aufsichtsrates stimmen¹⁷⁵⁶. Außerhalb dieser Befassung wird vertreten, dass die Aktionäre in ihrer Beschlussfassung grundsätzlich frei sind bzw. nicht zu einer Unterordnung ihres Eigeninteresses gezwungen werden können. Die Instrumente der Haftung sind einerseits die Anfechtungsmöglichkeit gemäß § 195 Abs. 2 AktG¹⁷⁵⁷ und die Schadenersatzpflicht nach § 100 AktG¹⁷⁵⁸

¹⁷⁴⁹ BGH 25. Februar 1982, BGHZ 83, 122 *Holzmüller*

¹⁷⁵⁰ vgl. *Mautner* (2000), 181; *Jabornegg* (1989), 43ff.

¹⁷⁵¹ vgl. *Mader* (2002), 75ff.

¹⁷⁵² BGHZ 103, 184, 194, NJW 1988, 1579: „Die Stempel AG strebte nach einer Auflösung ihres Unternehmens, um einen Produktionsbereich in den Geschäftsbereich der L-GmbH, welche Mehrheitsgesellschafterin der Stempel AG war, zu überführen. Klägerin war die Minderheitsgesellschafterin der Stempel AG. Weil die Mehrheitsgesellschafterin bereits vor Beschlussfassung mit dem Vorstand der Stempel AG interagierte – zum Nachteil der Klägerin – wurde erkannt, dass „die Mehrheitsgesellschafterin [...] ihr Stimmrecht zur Erlangung von Sondervorteilen zum Schaden der Minderheit eingesetzt [habe]; das verletzte die Treuepflicht der Mehrheit gegenüber dem Kläger als Minderheitsgesellschafter der Stempel AG“ vgl. *Schoberl* (1996), 63f.

¹⁷⁵³ vgl. *Thöni* (1994), 230ff.; BGHZ 71, 40, 44 ff.: Die S-AG führt eine Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss zu G. des Aktionärs W+T durch. Der Kl., ein Aktionär der S-AG, forderte die Kapitalerhöhung- bzw. den Bezugsrechtsausschluss an, weil sE die Krise ohne Sacheinlage bewältigt werden hätte können und demnach nur der Verschaffung einer Mehrheitsposition für W+T diene. vgl. *Schoberl* (1996), 154

¹⁷⁵⁴ BGHZ 83, 319, 322 - *Holzmann*; BGHZ 85, 350, 359; vgl. BGHZ 80, 69, 74 (GmbH), *Süssen*; vgl. *Thöni* (1994), 230ff.

¹⁷⁵⁵ vgl. *Mader* (2002), 75ff.; *Effecten-Spiegel/Girmes* AG BGH 20. März 1995: Ausgangspunkt der Klage, war das ein Minderheitsaktionär gegen eine sanierende Kapitalherabsetzung bei der Girmes AG stimmte. Der BGH erkannte durch seine Entscheidung auch eine Treuepflicht des Minderheitsaktionärs an und bestätigt, dass eine Treuepflichtverletzung bei Stimmrechtsausübung unter gewissen Voraussetzungen auch zu einer persönlichen Verantwortlichkeit des Abstimmenden führen kann. vgl. *Schoberl* (1996), 68

¹⁷⁵⁶ vgl. *Thöni* (1994), 230ff.; „Von der Bindung an § 70 AktG zu unterscheiden ist die Frage, welcher Sorgfaltsmaßstab an die abstimmenden Aktionäre in Geschäftsführungsangelegenheiten anzulegen ist“; für Bindung an den zivilistischen Sorgfaltsmaßstab (§§ 1294, 1297 ABGB) *Zöllner* (1963), 326; für organschaftliche Verantwortlichkeit (§ 84 Abs 1 AktG) *Vanis* (1991), 153. vgl. *Thöni* (1994), 230ff.

¹⁷⁵⁷ „Die Anfechtung [durch Aktionär, Vorstand oder Aufsichtsrat gemäß § 196 AktG] kann auch darauf gestützt werden, dass ein Aktionär mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich für sich oder einen Dritten gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluss geeignet ist, diesem Zweck zu dienen.“

andererseits. Die allgemeinen Grenzen der Stimmrechtsausübung sind jedenfalls das Verbot der missbräuchlichen Rechtsausübung (§ 1295 Abs. 2 ABGB) und jene der guten Sitten (§ 879 ABGB), wobei eine Differenzierung zwischen Minderheits- und Mehrheitsaktionär sowie Struktur der Gesellschaft (personalistisch, börsennotiert) in der Literatur diskutiert¹⁷⁵⁹ und zutreffenderweise befürwortet wird, da das Treuepflichtkonzept des österreichischen Gesellschaftsrechts kein starres Regelwerk sondern ein dynamisches einzelfallfokussiertes Schutzinstrument ist. Eine Treuepflicht ergibt sich laut *Nowotny* auch aus dem Gleichbehandlungsgebot¹⁷⁶⁰, wonach Mehrheitsbeschlüsse sachlich gerechtfertigt sein müssen, außer der Gesetzgeber hat - wie im Falle des Verschmelzungs- oder Umwandlungsbeschlusses - für einen Ausgleich gesorgt¹⁷⁶¹.

Die Schadenersatznorm des § 100 Abs. 1 AktG ist ein besonderer Haftungstatbestand, wonach der, der für sich oder einen anderen (vorsätzlich) gesellschaftsfremde Sondervorteile vorsätzlich durch Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft, ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre erlangen möchte, haftet¹⁷⁶². Die Tatbestandsmerkmale sind einerseits die Anstiftung zum pflichtwidrigen Verhalten (Tun oder Unterlassen) und der Eintritt des Schadens andererseits. Dabei beschränkt sich der Anstifter nicht auf die Eigentümersphäre, sondern Anstifter können all jene sein, die Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft besitzen, wie beispielsweise neben Konzernunternehmen, Aktionären und Verwaltungsmitglieder auch Geschäftspartner, Kreditgeber, Gläubiger oder wirtschaftliche Institutionen. Die Adressaten des Anstifters sind jedoch lediglich die Verwaltungsorgane der Gesellschaft. Gesellschaftsrechtliche Sondervorteile sind Vorteile, die mit den Interessen der Gesellschaft in keinem oder in keinem sachlichen, positiven Zusammenhang stehen. Die Gesellschaft kann den gesamten Schaden unabhängig von dem vielleicht intendierten Schadensbetrag des Anstifters verlangen, somit neben den reinen Vermögensschaden auch einen ersatzfähigen immateriellen Schaden. Auch den Aktionären kommt ein eigener Ersatzanspruch zu, weil sie über die Schädigung der Gesellschaft hinaus einen unmittelbaren Schaden realisieren mussten¹⁷⁶³. § 101 AktG weitete den Kreis der Anspruchsberechtigten aus, indem er den Gesellschaftsgläubigern ebenfalls einen Ersatzanspruch unter den zuvorgenannten Bedingungen zuspricht, jedoch nur den Ersatzanspruch der Gesellschaft und nicht jenen der Aktionäre. Jedoch wurden die Tatbestände des dritten Abschnitts des Aktiengesetzes rechtspolitisch durch § 101 Abs. 3 AktG beschnitten¹⁷⁶⁴, da die Erlangung der gesellschaftsfremden Sondervorteile durch die Stimmrechtsausübung die Erfüllung eines Ersatzanspruches verhindert. Die Haftungsbefreiung gilt jedoch nur für die Stimmrechtsausübung und nicht für jedes Verhalten

¹⁷⁵⁸ § 100 Abs. 1 AktG: „Wer zu dem Zwecke, für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen, vorsätzlich unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats [§ 117 (1) dAktG auch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte] dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“ jedoch § 101 Abs. 3 AktG: „Die Vorschriften dieses Abschnittes gelten nicht, wenn gesellschaftsfremde Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung verfolgt werden“.

¹⁷⁵⁹ vgl. *Thöni* (1994), 230ff.

¹⁷⁶⁰ zur Bedeutung des Gleichbehandlungsgebots im GmbH-Recht *Nitsche*, *GedS-Schönherr* 1986, 222ff.

¹⁷⁶¹ vgl. *Thöni* (1994), 230ff.

¹⁷⁶² „*Reich-Rohrwig* ist für eine Analogie der § 100ff. AktG auf die GmbH; dagegen *Schauer/Jud*, *GesRZ* 1986, 86 (90)“ *Pilz, Peter*: Probleme der verdeckten Gewinnausschüttung. Leistungen einer Gesellschaft an einen Gesellschafter, Dissertation, Graz 1994, 51

¹⁷⁶³ vgl. *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, *Kommentar* (2006), § 100/101 sowie *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 240f. sowie OGH vom 22. Dezember 1994 u.a. in *ecolex* 1995, 901, *AnwBl* 1995 und *GesRZ* 1995, 121; *HS* 25.114, *SZ* 67/238

¹⁷⁶⁴ wird im GmbH Recht nicht analog angewandt, vgl. *Koppensteiner* (1999), § 61 Rz 14f.

(schikanöses, treuwidriges) an sich in der Hauptversammlung¹⁷⁶⁵. Obwohl dies daher nicht eine deliktische Haftung für schikanöse Stimmrechtsausübung nach § 1295 Abs. 2 ABGB ausschließt, ist die rechtspolitische Wertung des Gesetzgebers offensichtlich. Als Ersatz steht § 195 Abs. 2 AktG als besonderer Anfechtungsgrund zur Verfügung, den jeder Aktionär gemäß § 196 Abs. 1 Z. 3 AktG geltend machen darf und den auch Verwaltungsmitglieder nach § 196 Abs. 1 Z. 5 AktG, um sich nicht selbst ersatzpflichtig zu machen, aufzugreifen haben¹⁷⁶⁶. Generell wird zutreffenderweise § 101 Abs. 3 AktG sehr restriktiv ausgelegt, demzufolge ein Aktionär, der den Vorstand dazu bestimmt, die Hauptversammlung mit Angelegenheiten der Geschäftsführung zu befassen, um in der Hauptversammlung seine Stimmmacht gesellschaftsschädigend auszuüben, sich nach § 100 Abs. 1 AktG schadenersatzpflichtig macht¹⁷⁶⁷. *Schober* differenziert zurecht weitergehend hinsichtlich § 101 Abs. 3 AktG, dass der gesetzliche Haftungsausschluss eine persönliche Verantwortung für eine Treuepflichtverletzung bei Stimmrechtsausübung nur in einem sehr speziellen Fall ausschließen kann, nämlich bei Abstimmungen über Geschäftsführungsmaßnahmen. Darüberhinaus vermag der Haftungsausschluss einer auf Treuepflichtverletzung basierenden Schadenersatzpflicht aufgrund vorsätzlich treuwidrigen Abstimmungsverhaltens hinsichtlich Struktur- und Satzungsänderungen in der HV nicht den Boden zu entziehen¹⁷⁶⁸. *Kalss* hat im Gegensatz zur herrschenden Lehre keine Bedenken gegen Schadenersatzansprüche gegenüber Aktionären bei bloß fahrlässiger Schädigung durch Stimmrechtsausübung¹⁷⁶⁹. Jedoch bleibt gemäß *de lege lata* festzuhalten, dass, trotz der mE sinnvollen Argumente von *Kalss*, die Aktionäre bei der Stimmrechtsausübung außer in deliktischen Sachverhalten oder schwerwiegenden Notsituationen nicht in Anspruch genommen werden können. § 100 Abs. 3 AktG strebt auf eine Haftungseinschränkung, wenn schutzwürdige Interessen verfolgt werden, was man bei Konzernen im ersten Schritt immer befürworten könnte, jedoch muss sich das schutzwürdige Interesse immer am Leitgedanken des § 70 AktG orientieren, um nicht als Hebel für Umgehungen zu fungieren¹⁷⁷⁰. Die Haftungsnormen der §§ 100f. AktG wurden ausdrücklich auch für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit in § 48 VAG normiert.

2.3.2. Gesellschafterversammlung

Im GmbH-Recht gilt, dass sich Gesellschafter bei der Ausübung des Stimmrechtes, wenn sie gegen das Gesellschaftsinteresse verstoßen oder bestimmte berechnigte Interessen der Minderheiten als Wirkung der Treuepflicht (Verhältnismäßigkeit, Gleichbehandlung) ignorieren, gegenüber der Gesellschaft und auch gegenüber ihren Mitgesellschaftern schadenersatzpflichtig machen können¹⁷⁷¹. Eine analoge Anwendung der §§ 100f. AktG auf das GmbH-Recht wird befürwortet, weil sogar bei der GmbH ein größeres Schutzbedürfnis bei oft persönlich verbundenen Gesellschaftern vorliegt¹⁷⁷², wobei jedoch eine analoge

¹⁷⁶⁵ vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), § 100/101

¹⁷⁶⁶ vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny* (1990), 241

¹⁷⁶⁷ vgl. *Thöni* (1994), 230ff.

¹⁷⁶⁸ vgl. *Schoberl* (1996), 120 und 124

¹⁷⁶⁹ vgl. *Thöni* (1994), 230ff. Fn 47

¹⁷⁷⁰ vgl. *Steiner* (1995), 115

¹⁷⁷¹ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 61 Rz 15 und 21

¹⁷⁷² vgl. *Steiner* (1995), 117; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Kommentar (2006), §§ 100,101 Rz. 11

Anwendung des § 101 Abs. 3 AktG bestritten wird¹⁷⁷³. Im Konzernzusammenhang muss der sogenannte faktische Geschäftsführer thematisiert werden, denn nach hM¹⁷⁷⁴ werden besondere Sorgfaltspflichten begründet, wenn jemand die Möglichkeit hat, auf die Geschäftsführung einer Gesellschaft Einfluss zu nehmen und diese auch nützt. So argumentieren *Jabornegg* und der OGH, dass aufgrund der Tatsache, dass die Geschäftsführung über „fremdes“ Gesellschaftsvermögen verfügt den Gesellschaftern, die unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nehmen, die gleichen Sorgfaltspflichten wie die Mitglieder des Leitungsorgans träfen¹⁷⁷⁵, wobei dies aus rechtsdogmatischen Überlegungen heraus nicht unproblematisch ist. Der OGH bestätigte am 22. November 1989¹⁷⁷⁶, dass die Treuepflicht zwischen GmbH-Gesellschaftern es gebiete, eine angemessene Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Mitgesellschafter auch bei Ausübung des Stimmrechtes in der Generalversammlung, beispielsweise durch Weisungserteilung an die Geschäftsführer, vorzunehmen¹⁷⁷⁷. Festzuhalten bleibt, dass das herrschende Unternehmen dem sogenannten Schädigungsverbot unterliegt; natürlich nicht unbeschränkt, denn auch die Konzernführung, somit die anweisende Generalversammlung, unternimmt „unternehmerisches Handeln“ und trifft Entscheidungen in Ungewissheit. Der Generalversammlung kommt ein überprüfungsfreier Ermessensspielraum zu, der über jenen des Geschäftsführers hinausgeht, der jedoch dort beschränkt wird, wo die Maßnahme offensichtlich schädlich ist oder das mit ihr verbundene Risiko in einem krassen Missverhältnis zu den Erfolgchancen steht¹⁷⁷⁸. Welcher Sorgfaltsmaßstab anzuwenden ist ist umstritten. Im deutschen Recht wird der Sorgfaltsmaßstab des § 43 dGmbHG propagiert, welcher dem § 25 GmbHG entspricht. Dies ist auch im österreichischen Recht herrschende Meinung. Dagegen positioniert sich *Torggler*, der als Maßstab die §§ 1294ff. ABGB und deren Strafverschärfung in § 1299 ABGB bevorzugt¹⁷⁷⁹. Eine informelle Einflussnahme, d.h., eine Einflussnahme außerhalb der Generalversammlung, löst nach *Torggler* § 1299 ABGB aus¹⁷⁸⁰. Praxisrelevant wird das Schädigungsverbot bei Eintritt in die Krise. *„Jeder Gesellschafter, auch der Minderheitsgesellschafter einer GmbH ist verpflichtet, nicht gegen den Konkursantrag zu stimmen, selbst wenn der Geschäftsführer eine eigenständige Pflicht zum Konkursantrag hat und die Stimme des Minderheitsgesellschafters nicht ausschlaggebend war. Dieses Stimmverhalten ist gegenüber den GmbH-Gläubigern rechtswidrig und kausal“*¹⁷⁸¹.

2.3.3. Die Generalversammlung bei Genossenschaften und die Mitglieder des Sparkassenvereins

Die Genossenschafter haften entweder für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft solidarisch mit ihrem gesamten Vermögen oder begrenzen ihre (Nachschuss-)Haftung mit einem bestimmten im Voraus festgesetzten Betrag. Eine echte Durchgriffshaftung, u.a aufgrund Missbrauchs der Leitungsmacht, setzt

¹⁷⁷³ vgl. *Koppensteiner*, Kommentar (1999), § 61 Rz 14

¹⁷⁷⁴ vgl. *Karollus* (1990), 227ff; OGH 1 Ob 571/86 vom 14. Juli 1986; *Reich-Rohrwig*, JBL 1986, 716ff.

¹⁷⁷⁵ vgl. *Mautner* (2000), 181; *Jabornegg* in *Schiemer*, Rz 73 zu § 1

¹⁷⁷⁶ JBL 1989, 253, WBI 1989, 95

¹⁷⁷⁷ vgl. *Schoberl* (1996), 61

¹⁷⁷⁸ vgl. *Torggler* (1996), 286f

¹⁷⁷⁹ ebd., bereits zuvor zur Argumentation

¹⁷⁸⁰ ebd.

¹⁷⁸¹ OGH RdW 1993, 75, ecolex 1993, 168, Anw 1993, 3352/4446, WBI 1993, 225

die Möglichkeit des Missbrauchs der Leitungsmacht voraus. In der Tat ist der Vorstand an die Grenzen seines Auftrages oder des Genossenschaftsvertrages gebunden, was eine Weisungspflicht der Genossenschafter impliziert. Jedoch gibt es im grundlegenden Fall im österreichischen Genossenschaftsgesetz keinen leitungsmächtigen Genossenschafter. Jeder Genossenschafter hat gemäß § 27 Abs. 2 GenG unabhängig des Ausmaßes seines Geschäftsanteiles lediglich eine Stimme, wenn der Genossenschaftsvertrag nichts Anderes festsetzt. Nur wenn der Genossenschaftsvertrag einen leitungsmächtigen Genossenschafter bestimmt, der die Genossenschaft entgegen dem Fördergedanken der Mitglieder gemäß § 1 Abs. 1 GenG zur Erlangung von Sondervorteilen missbraucht, können die ungeschriebenen Tatbestände einer echten Durchgriffshaftung, unter den bereits erläuterten Konstruktionen und Einschränkungen, diskutiert werden. Die Rechte der Genossenschafter reichen nicht so weit wie die Herrschafts- und Vermögensrechte der Aktionäre oder Gesellschafter einer GmbH. Dies wurde bereits hinsichtlich des Mangels eines Individualrechts auf Bucheinsicht¹⁷⁸² sowie hinsichtlich der Ablehnung eines Minderheitenrechts des Genossenschafers zur Durchführung einer Sonderprüfung der Genossenschaft¹⁷⁸³ bestätigt. Aus den mangelnden Möglichkeiten der Genossenschafter Verantwortung im Rahmen der Genossenschaft zu übernehmen, kann eine gesteigerte Sorgfalt oder im Falle der beschränkten Haftung, die teleologische Reduktion aufgrund des Mangels einer gesellschaftsrechtlichen Missbrauchsmöglichkeit verneint werden. Die analoge Anwendung der §§ 100f. AktG wird ebenfalls verneint, da im Aktiengesetz eine Haftungsgrundlage für den Ausgleich von Aktionärsrechten geschaffen wurde, die kein Pendant im Genossenschaftsgesetz, aufgrund der bereits erwähnten genossenschaftsrechtlichen Beschränkung der Genossenschafterrechte, findet. Dies gilt vor allem für die Genossenschaft mit der klassischen Struktur (Publikums-Genossenschaft). Anders kann der Fall u.U. bei Sanierungsbeteiligungen liegen, die einigen wenigen Genossenschaftern Herrschaftsrechte in der Satzung oder Geschäftsordnung einräumen, die eine einem Großaktionär vergleichbarere Rechtsposition verschafft und die Ausgangsbasis für ein im Sinne der §§ 100f. AktG pönalisiertes Verhalten begründen kann. Unstrittig werden Fälle des die Genossenschaft schädigenden Verhaltens eines Genossenschafers durch allgemeines Schadenersatzrecht bekämpft werden können. Eine Norm des Verbotes der Einlagenrückgewähr, wie sie das GmbHG und AktG kennt, lässt das GenG vermissen. Dies ist für die Fälle der unbeschränkten Haftung unproblematisch, da die Genossenschafter für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen haften - die persönliche Haftung einer natürlichen Person stellt daher das Gläubigerschutzinstrument dar. Wo eine persönliche Haftung, wie bei der GmbH und bei der AG, fehlt, muss eine Anpassung an das gesetzliche Gläubigerschutzkonzept vorgenommen werden. Daher müssen für den Fall der beschränkten Haftung separate Überlegungen angestellt werden, da der Mangel einer Bremsfunktion durch persönliche unbeschränkte Haftung einer natürlichen Person den Verzicht auf Kapitalschutz nicht rechtfertigt. Der Genossenschaftsvertrag hat die Grundsätze der Gewinn- und Verlustverteilung zu enthalten¹⁷⁸⁴. Auch im zweiten Hauptstück des

¹⁷⁸² OGH 6 Ob 73/05 m vom 19. Mai 2005

¹⁷⁸³ OGH 6 Ob 313/01z vom 31. Jänner 2002

¹⁷⁸⁴ § 5 Z 6 GenG

Genossenschaftsgesetzes zu besonderen Bestimmungen für Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung, wird der Anspruch des Genossenschafters an Zinsen und Gewinnanteilen thematisiert¹⁷⁸⁵. Zinsen, wie es sie bei der GmbH und AG für die Gesellschafter und Aktionäre nicht gibt, setzten jedoch auch in der Genossenschaft ausreichend erwirtschaftete Erträge voraus, woraus die Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsgrundsätze für die Genossenschaften mit beschränkter Haftung bejaht werden kann.

Der Sparkassenverein haftet den Gläubigern mit seinem Vermögen¹⁷⁸⁶. Eine echte Durchgriffshaftung kann bereits aufgrund des Eigentümerlosen Vereinsgebildes verneint werden, wodurch für schädigendes Verhalten im Rahmen der Vereinsversammlung durch die Mitglieder schadenersatzrechtliche Anspruchsgrundlagen zur Prüfung verbleiben. Die Aufgaben der Vereinsversammlung beschränken sich neben der Beschlussfassung über die Gründung der Sparkasse sowie der Bestellung der ersten Organe auf die in § 9 Abs. 2 SpG aufgezählten Agenden. Letztgenannte Agenden sind in ihrer Qualität merheitlich sparkassenstruktureller Natur (Änderung der Statuten, Auflösung, Verschmelzung). Unstrittig ist, dass die Entgegennahme der Berichte gemäß § 9 Abs. 2 Z. 5 SpG ein Recht der Vereinsversammlung darstellt, jedoch keine Beschlussfassungs- oder neuerliche Feststellungskompetenz meint¹⁷⁸⁷. Sohin gilt auch das für die Genossenschaft Gesagte, nämlich dass die Mitglieder in der Vereinsversammlung nicht über jene Rechtsposition und Einflussphäre verfügen, welche die analoge Anwendbarkeit der §§ 100f. AktG begründen könnte. Die bedeutendste Sanktion, welche die Genossenschaft und der Sparkassenverein vorsehen und im Grunde kein Pendant im Recht der Aktiengesellschaft und GmbHG haben, ist der Ausschluss eines Vereinsmitgliedes oder eines Genossenschafters. Die Tatbestände des Ausschlusses werden üblicherweise in den Statuten des Sparkassenvereins bzw. des Genossenschaftsvertrages aufgenommen. Das Verbot der Einlagenrückgewähr stellt sich aufgrund § 1 Abs. 2 SpG nicht, da Gemeinden, Sparkassenvereine sowie sonstige juristische und natürliche Personen, von einer Beteiligung am Vermögen oder vom Gewinn einer Sparkasse ausgeschlossen sind und demnach am Gewinn oder Verlust nur über das Partizipationskapital und das Ergänzungskapital und am Vermögen nur über das Partizipationskapital teilnehmen können. Die Sanktion der unbeschränkten Haftung der Gründungsmitglieder aus der unzureichenden zur Verfügung Stellung ausreichenden Gründungskapital als echte Durchgriffshaftung ist dogmatisch, wie auch bei der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nicht ableitbar. Bei Gemeindesparkassen haftet die Gemeinde für alle bis zum 2. April 2003 entstandenen Verbindlichkeiten der Sparkasse als Ausfallsbürge im Falle der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 1356 ABGB, wobei mehrere Gemeinden einer Sparkasse zur ungeteilten Hand haften. Für alle nach dem 2. April 2003 bis zum 1. April 2007 entstandenen Verbindlichkeiten haftet die Gemeinde im Falle der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 1356 ABGB nur dann als Ausfallsbürge, wenn die vereinbarten Laufzeiten nicht über den 30. September 2017 hinausgehen. Für alle nach dem 1.

¹⁷⁸⁵ § 56 GenG

¹⁷⁸⁶ vgl. § 3 Abs. 2 SpG

¹⁷⁸⁷ Nickerl, Josef/Portisch, Franz/Riefel, Hans: Praxiskommentar zum Sparkassengesetz, Wien 2000, § 9 und 10 SpG

April 2007 entstandenen Verbindlichkeiten besteht keine Haftung der Gemeinde(n) mehr¹⁷⁸⁸. Gemäß § 92 Abs. 9 BWG haften die einbringenden Sparkassen, wenn sie ihre Unternehmen oder einen bankgeschäftlichen Teilbetrieb in eine Aktiengesellschaft einbringen, sofern sie bestehen bleiben, mit ihrem gesamten Vermögen für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft im Falle von deren Zahlungsunfähigkeit; mehrere Einbringende haften zur ungeteilten Hand. Bleibt die Sparkasse nicht bestehen, beispielsweise weil sie gemäß § 26 SpG aufgelöst wird, dann erlischt auch die Haftung.

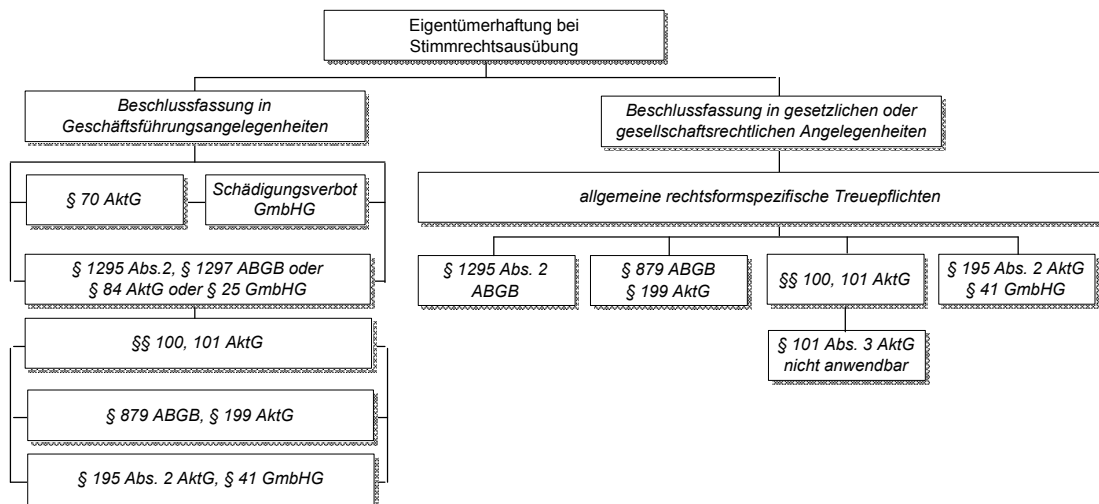


Abbildung 21 Eigentümerverantwortung bei Stimmrechtsausübung, Quelle: Eigene Darstellung

2.4. Die Aufsichtsbehörde

Gerade in der Banken- und Versicherungsindustrie, welche für die finanzielle Stabilität des Finanzmarktes von Bedeutung sind, waren Amtshaftungsklagen gegen den Staat aufgrund von Verfehlungen der Aufsichtsbehörden in der Diskussion. Die Verfehlungen beziehen sich im Wesentlichen auf Mängel im Aufsichtsprozess durch die Mitarbeiter der Aufsichtsbehörden bzw. der durch diese eingesetzten Organe, beispielsweise Staatskommissäre¹⁷⁸⁹ und Regierungskommissäre¹⁷⁹⁰. Andere Organe, wie der Treuhänder¹⁷⁹¹ und der verantwortliche Aktuare¹⁷⁹², sind nach hL nicht Organe iSd Amtshaftungsgesetzes¹⁷⁹³, wobei hier ausschlaggebend ist, ob diese selbst hoheitliche Aufgaben erfüllen. Dabei ist in der Lehre und der Judikatur unbestritten, dass eine Amtshaftung gegeben ist, wenn eine Aufgabe „ihrem Wesen nach hoheitlicher Natur ist, [dann] auch alle mit ihrer Erfüllung verbundenen Verhaltensweisen als in Vollziehung der Gesetze erfolgt anzusehen [sind], wenn sie nur einen hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe aufweisen.“¹⁷⁹⁴. Die Kernfrage ist, welchen Schutzzweck die Aufsichtsnormen verfolgen und wer einen Anspruch daraus ableiten kann.

¹⁷⁸⁸ vgl. § 2 Abs. 1 SpG

¹⁷⁸⁹ § 76 BWG

¹⁷⁹⁰ § 106 VAG

¹⁷⁹¹ § 22 VAG

¹⁷⁹² § 24 VAG

¹⁷⁹³ vgl. Korinek, Stephan: Amtshaftung für fehlerhafte Versicherungsaufsicht, ÖJZ 2000, 741ff.

¹⁷⁹⁴ RIS-Justiz RS0049948

Unbestritten ist, dass die Haftung des Staates grundsätzlich als unrechts- und sorgfaltsabhängige Haftung konzipiert ist¹⁷⁹⁵. Der Bund muss nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts haften, wenn Schäden am Vermögen oder an der Person entstanden sind, den die als seine Organe handelnden Personen durch ein rechtswidriges Verhalten, was ein Tun oder ein Unterlassen¹⁷⁹⁶ bzw. ein Eingriff oder ein Nichteingriff sein kann¹⁷⁹⁷, wem immer schuldhaft zufügen¹⁷⁹⁸. Die Judikatur konkretisiert, dass die bloße Verweisung auf nicht näher beschriebene „Fehlleistungen“ jeglichen Bezugspunkt für die in einem späteren Leistungsprozess zu prüfenden Schutzzweck-, Kausalitäts- und Adäquanzfragen vermissen lässt und daher unzulänglich ist¹⁷⁹⁹. Die Lehre und Judikatur zum bürgerliche Recht unterscheidet jedoch, dass eine bloße Vermögensminderung, welche vom Eingriff in das absolute Eigentumsrecht zu unterscheiden ist, nur dann rechtswidrig herbeigeführt werden kann, wenn das übertretene Schutzgesetz genau diesem Schutzzweck dient¹⁸⁰⁰. Gehaftet wird daher für jene Schäden, die gerade in Verwirklichung jener Gefahr verursacht wurden, um deren Vermeidung willen der Gesetzgeber ein bestimmtes Verhalten fordert oder untersagt. Es reicht jedoch nicht aus, dass die Amtshandlung auch Interessen Dritter berührt, beispielsweise wenn das pflichtgemäße Verhalten positive Reflexwirkung¹⁸⁰¹ für den Dritten entfaltet.

Die gleichsam in der Bankenaufsicht und Versicherungsaufsicht zu untersuchenden Konstellationen sind einerseits, dass die Aufsichtsbehörde eine Maßnahme ergreift, wodurch die Dispositionsfreiheit des beaufsichtigten Unternehmens beschränkt wird und/oder eine Handlungspflicht begründet wird für die dem beaufsichtigten Unternehmen ein Schaden entsteht¹⁸⁰², und andererseits, dass dem Gläubiger (Sparer oder Versicherungsnehmer) ein Schaden dadurch entsteht, dass der Schaden nicht oder in geringerem Maße eingetreten wäre, sofern die Aufsichtsbehörde eine (andere) Maßnahme getroffen hätte¹⁸⁰³.

2.4.1. Bankenaufsicht

Bereits 1979 sprach der OGH, dass die Aufsicht des Bundes über die Kreditinstitute auch dem Gläubigerschutz diene, sodass die Verletzung der Aufsichtspflicht Amtshaftungsansprüche von Sparern begründen könne¹⁸⁰⁴. So sprach er, dass Amtshaftungsansprüche auch solchen Personen zustehen können, die in keinem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt worden sind, wobei für den im allgemeinen

¹⁷⁹⁵ vgl. *Rebhahn, Robert*: Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr 1997, 47ff

¹⁷⁹⁶ wobei die Kausalität eines Tuns leichter zu beurteilen ist als jene einer Unterlassung.

¹⁷⁹⁷ natürlich kann von einer Übertretung im Sinne rechtswidrigen Verhaltens lediglich dann gesprochen werden, wenn „ein maßgerechter Mensch bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt das vom Schutzgesetz vorgegebene Ziel hätte erreichen können“. vgl. *Raschauer, Bernhard*: Bankaufsicht, Amtshaftung und Beihilfenverbot, ÖJZ 2005/1

¹⁷⁹⁸ § 1 AHG

¹⁷⁹⁹ vgl. OGH I Ob 197/08v vom 28. Jänner 2009

¹⁸⁰⁰ *Kozio/Welser* (2001), 295 mwN; so begründete der OGH in I Ob 247/98z am 24. November 1998, dass „[b]ei jeder auszulegenden generellen Rechtsnorm [...] vielmehr dasjenige als deren Zweck maßgeblich [ist], was sich in wertender Beurteilung als ihr eigentlicher Sinn und damit als Begrenzung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs erschließt. In diesem Zusammenhang sind für die hier erforderliche Interpretation des Unterbringungsgesetzes, wie gleich näher zu erörtern sein wird, besonders die Sachstrukturen des genormten Realitätsausschnitts, also die Erfahrungssätze über die als 'Natur der Sache' typischen Sachverhalte des 'Normbereichs' von Bedeutung [...] Dabei darf dem Gesetzgeber – besonders auch in Verfahrensfragen – nicht ein zweck- und funktionsloser oder in der Praxis kaum vollziehbarer Regelungswille unterstellt [...] bzw. auch nicht ein sich nach geradezu typischen Sachstrukturen aufdrängender Normzweck bestimmter Handlungsanordnungen interpretativ ausgeklammert werden.“

¹⁸⁰¹ z.B. keine Ansprüche aus Amtshaftung aufgrund unterlassener Aufsichtshandlung gegen einen Konkurrenten.

¹⁸⁰² zu berücksichtigen ist jedoch § 2 Abs. 2 AHG, wonach kein Ersatzanspruch entsteht, wenn der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel oder durch Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof hätte abwenden können, wodurch nur die Fälle verbleiben, bei denen der Schaden sich in voller Höhe materialisierte bevor ein Rechtsmittel ergriffen werden konnte.

¹⁸⁰³ vgl. *Korinek* (2000), 741

¹⁸⁰⁴ vgl. I Ob 36/79, SZ 52/186

bürgerlichen Recht entscheidenden Rechtswidrigkeitszusammenhang der Schutzzweck der Norm maßgeblich ist. Diesen ersah er auf Basis des KWG 1939, wodurch die Bankenaufsicht auch den einzelnen Sparer umfasst. Obwohl vielfach in der Lehre kritisiert¹⁸⁰⁵, wurde diese Rechtsprechung bis zuletzt aufrecht erhalten¹⁸⁰⁶. Jedenfalls erfasst der Schutzzweck der Bankenaufsicht nicht das Kreditinstitut selbst sowie seine Gesellschafter, außer für den Fall der Einschränkung der Erwerbsausübung als Grundrechtseingriff. So sprach der OGH in der Rechtssache 1 Ob 251/05a, in deren Sachverhalt die Bank Burgenland durch Übernahme einer Landeshaftung in Form einer Garantie gerettet werden konnte, jedoch das Land Burgenland gegen den österreichischen Staat Amtshaftungsansprüchen aufgrund beklagter Verfehlungen der Aufsichtsbehörde beanspruchte, dass es nicht Zweck der Norm über die Bankenaufsicht sei, Bankunternehmen durch die Ergreifung bestimmter Aufsichtsmaßnahmen vor dem Eintritt eines Vermögensschadens infolge mangelhafter Geschäftsführung zu schützen – nichts anderes hat für die Vermögensinteressen von Mehrheitsaktionären von Bankunternehmen, welche in der Rechtsform einer AG geführt werden, zu gelten. Der OGH argumentiert neben der Bezugnahme auf § 3 FMAG, wodurch klargestellt wurde, dass Schäden, für die der Bund auf Grund eines Aufsichtsfehlers der FMA nach AHG haftet, solche seien, die beaufsichtigten Rechtsträgern unmittelbar zugefügt würden, wobei die ErläutRV 682 BlgNR 23. GP 6 konkretisieren, dass einerseits Schäden, die sich lediglich als Reflexwirkung des Aufsichtsverhaltens im Vermögen Dritter auswirkten, nicht darunter fallen und dass der Schutz des Kreditinstitutes andererseits nirgends ableitbar sei¹⁸⁰⁷. Ferner könne Eigenverantwortung nicht beiseite geschoben werden, sondern sei vielmehr dann relevant, wenn der Beaufsichtigte, der trotz Sachkunde eine Selbstsicherung, die ihm auch zumutbar sei, nicht vornimmt und die Selbstgefährdung herbeiführe. Im gegenständlichen Fall war der Mehrheitsaktionär gar in der Lage die Unternehmensstrategie entscheidend zu beeinflussen und konnte auf den Vorstand auch Kontrolle ausüben, welche auch aus der Landeshaftung resultierte, wodurch ihm als Aktionär alle Voraussetzungen zugekommen waren, sich vor einer negativen Beeinflussung seiner Vermögenssphäre zu schützen¹⁸⁰⁸. Bankprüfer, die aufgrund behördlichen Auftrages als Organ tätig werden können¹⁸⁰⁹, können als hoheitliche Organe agieren¹⁸¹⁰.

Der Zweck der Bankaufsicht wird im rechtzeitigen Erkennen und Abstellen von Missständen sowie der Abwendung drohender Gefahren gesehen, wodurch bei schuldhaftem Unterlassen der notwendigen Maßnahmen durch die Aufsichtsbehörde Amtshaftungsansprüche durch die geschädigten Anleger resultieren können¹⁸¹¹. Abgeleitet wird dieses Argument dadurch, dass betrachtet werden muss, wessen Schutz die verletzte Rechtsnorm erstrebt, was der OGH¹⁸¹² in Anlehnung an Deutschland bzw. dem KWG 1979 im Schutz der Gläubiger der Kreditinstitute sah. Dominierendes Gegenargument zu einem Gläubigerschutz aus unzureichender Beaufsichtigung ist, dass die Folge einer prämienfreien Haftpflichtversicherung entstünde, da de facto der Steuerzahler die Folgen mangelnder Gefahrenabwehr

¹⁸⁰⁵ vgl. mit weiteren Literaturnachweisen zu *Koziol, Frotz, Apathy* und *Rebhahn* vor allem *Korinek* (2000), 743ff.

¹⁸⁰⁶ vgl. OGH SZ 54/143, 60/33, 66/77, 68/189

¹⁸⁰⁷ vgl. *Kramer, Ernst*: Grenzen der Amtshaftung bei mangelhafter Bankaufsicht, ÖBA 2007, 794

¹⁸⁰⁸ ebd. 796

¹⁸⁰⁹ z.B. § 70 Abs. 1 BWG; bei der jährlichen Abschlussprüfung agiert der Bankprüfer nicht als Organ des Bundes; vgl. auch § 3 Abs. 5 FMAG

¹⁸¹⁰ vgl. *Raschauer* (2005)

¹⁸¹¹ vgl. RIS-Justiz RS0049847

¹⁸¹² SZ 52/196

trägt und daher eine großzügige Handhabung der Amtshaftung eine potentielle Risikohaftung ersetzt¹⁸¹³. Dem ist zuzustimmen. Denn natürlich würde sich der Sparer eher an den stets solventen Staat wenden, bevor er Schadenersatzansprüche gegen das insolvente Bankinstitut beansprucht. Es ist meines Erachtens verfehlt, eine Garantiehaftung des Staates einzuziehen. Weiters wurde das finanzmarktstabilisierende Instrument der Einlagensicherung und Anlegerentschädigung installiert, welches obsolet würde, würde der Staat generell haften müssen. Das Argument, dass aus den Kontrollrechten der Aufsichtsbehörden auch Verantwortung zu folgen hat, ist dahingehend einzuschränken, dass die Verantwortung nicht gegenüber dem einzelnen Sparer, sondern gegenüber der Volkswirtschaft gilt. Daraus einen geschützten Sektor zu konstruieren scheint wirtschaftspolitisch nicht nachhaltig.

Das BWG sieht in § 69 vor, dass die Behörde bei ihren aufsichtsrechtlichen Agenden „auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Bankwesen und an der Finanzmarktstabilität“ Bedacht zu nehmen habe, wodurch dieser „Funktionsschutz“ ein öffentliches Interesse serviziert, nämlich, dass bestimmte Leistungen, welche für eine moderne Volkswirtschaft unabdinglich sind, dauerhaft sichergestellt werden. Obwohl der Gesetzgeber beispielsweise in § 63 Abs. 3 BWG von der Funktionsfähigkeit des Kreditinstitutes bzw. vom volkswirtschaftlichen Interesse an einem funktionsfähigen Bankwesen in § 77 Abs. 2 BWG spricht, ist *Raschauer* zu folgen, dass der Schutzzweck lediglich struktureller Art sei und somit auf Strukturen und Prozesse abziele, die geeignet seien, die Vermögenspositionen der Gläubiger bzw. der Sparer zu schützen und der Sparer daher entgegen der aktuellen Judikatur nicht vom Schutzzweck der bankwesenrechtlichen Normen umfasst sei. Dies ist schlüssig, wenn man bedenkt, dass in weiterer Folge Risikokapitalgeber, stille Gesellschafter und Forderungen anderer Finanzinstitute ebenfalls in den Genuss eines Schadenersatzes aus Amtshaftungsansprüchen kommen könnten. Einen ähnlichen Fall, der letztgenanntes Spannungsfeld betrifft, behandelte der OGH in 1 Ob 142/06y. Gegenständlich war der Vertrieb von Schuldverschreibungen der R-Bank durch die A-Bank, wobei die R-Bank, was aus den fehlerhaften Prüfberichten nicht ersichtlich war, bereits insolvent war. Auch hier sprach der OGH, dass der Zweck der Bankenaufsicht nicht frustrierte Kapitaleinsätze eines Kreditunternehmens seien, da diese zum üblichen Geschäftsrisiko zählen – *„Eigenverantwortung und Zumutbarkeit der Selbstsicherung schließen [...] einen staatlichen Schutz vor Selbstgefährdung und damit eine Sozialisierung selbst gewählter Risiken aus“*.¹⁸¹⁴

Raschauer arbeitet ferner gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Amtshaftung heraus, wenn er das sparerbegünstigende Amtshaftungssystem als wettbewerbsverzerrend ansieht, da die gemeinsamen Grenzen die bestehenden nationalen Einlagensicherungssysteme bzw. die Anlegerentschädigungssysteme sind¹⁸¹⁵. So könnte die Haftungsübernahme ein Beihilfenproblem hervorrufen, da die Beihilfe im gemeinschaftsrechtlichen Sinne auch ein unentgeltlicher wirtschaftlicher Vorteil aus staatlichen Mitteln

¹⁸¹³ vgl. *Rebhahn* (1997) 401, 201, 225 zitiert in *Raschauer* (2005)

¹⁸¹⁴ vgl. *Kramer* (2007), 796

¹⁸¹⁵ siehe diesbezüglich EuGH 13. Mai 1997, C-233/94, Slg 1997, I-2405

für bestimmte Unternehmen sein kann, der den Wettbewerb im zwischenstaatlichen Handeln verfälschen kann¹⁸¹⁶.

Staatskommissäre

Staatskommissäre sind Organe der Aufsichtsbehörden und sind in ihrer Funktion elementar. Die BWG-Normen sehen für den Staatskommissär, der mit einem Stellvertreter für höchstens fünf Jahre durch das Bundesministerium für Finanzen zu bestellen ist, wenn die Bilanzsumme 375 Millionen Euro übersteigt und gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, in § 76 Abs. 4 BWG die Teilnahme an bestimmten Organsitzungen eines Kreditinstitutes, die Einspruchserhebung gegen rechtswidrige Organbeschlüsse gem. § 76 Abs. 5 und 6 BWG, die unverzügliche Mitteilung von Tatsachen, die aufsichtsbehördliche Maßnahmen erfordern gemäß § 76 Abs. 8 BWG und die jährliche Übermittlung eines schriftlichen Tätigkeitsbereiches an die FMA gemäß § 76 Abs. 8 BWG, vor.

Um die Aufgaben gesetzeskonform zu erfüllen, steht das Instrumentarium der Einsicht (soweit erforderlich) in Dokumente und bestimmte Schriftstücke gemäß § 76 Abs. 7 BWG zur Verfügung; ferner das Recht auf Übersendung bestimmter Schriftstücke und Unterlagen bis spätestens zwei Tage vor Organsitzungen gemäß § 76 Abs. 4 und Abs. 7 BWG sowie das Recht, jederzeit das Wort in Organsitzungen zu ergreifen gemäß § 76 Abs. 4 BWG. Gerade der Einspruchserhebung gemäß § 76 Abs. 5 und 6 BWG kommt große Bedeutung zu, denn es kann der Staatskommissär einen Beschluss, der gesetzliche oder sonstige Vorschriften oder Bescheide des BMF oder der FMA verletzt, beeinspruchen, wodurch dieser bis zur aufsichtsbehördlichen Entscheidung aufgehoben wird, wobei das Kreditinstitut binnen einer Woche nach Einspruch die Entscheidung der FMA beantragen kann.

Die Rechtsnatur des Einspruchs ist in der Literatur strittig. Während ein Teil der Lehre argumentiert, dass es sich um einen Akt unmittelbarer verhaltensbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) handle¹⁸¹⁷ und ein anderer, dass es ein quasi schiedsgerichtliches Verfahren sei¹⁸¹⁸ argumentiert ein weiterer, dass es sich um ein verwaltungsrechtliches Institut sui generis handle. *Schäffer* argumentiert, dass es sich um eine schlicht-hoheitliche Maßnahme handelt, da diese zwanglos durchgeführt werden kann und bei Widerspruch des Kreditinstitutes wirkungslos wird¹⁸¹⁹. Der Argumentation, dass es sich um ein verwaltungsrechtliches Institut sui generis handelt ist zu folgen, weil eine andere Ordnung argumentative Schwierigkeiten mit sich bringt. So fehlt bei dem Einspruch auf Basis einer AuvBZ die unmittelbare Durchsetzbarkeit durch Gewalt und bei einer schlicht-hoheitliche Maßnahmen, dass der Einspruch in der Tat einen rechtsgestalterischen Charakter entfaltet, wenn kein Widerspruch durch das Kreditinstitut erhoben wird.

¹⁸¹⁶ vgl. *Raschauer* (2005), 3ff.

¹⁸¹⁷ vgl. *Raschauer, Nicolas/Wessely, Wolfgang*: Ausgewählte Fragestellungen zum Staatskommissär im Wirtschaftsaufsichtsrecht, ÖZW 2004, 70 mit Verweis auf *Laurer*, Probleme der Staatsaufsicht über die Nationalbank, ÖBA 1978, 343

¹⁸¹⁸ vgl. *Raschauer/Wessely* (2004), 70 mit Verweisen auf *Brünner/Pauger*, System des Rechts der österreichischen Kreditwirtschaft, QuHGZ 1/1980, 125

¹⁸¹⁹ vgl. *Raschauer/Wessely* (2004), 70ff mit Verweisen auf *Schäffer*, Wirtschaftsaufsichtsrecht, in: *Raschauer, Bernhard* (Hrsg), Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, (2003) Rz 569

Der Staatskommissär muss eine eigenberechtigte natürliche Person mit Wohnsitz im EWR oder ein Aktivbediensteter einer Gebietskörperschaft sein und darf keinem Organ des Kreditinstitutes oder eines Unternehmens der betreffenden Kreditinstituts-Gruppe angehören¹⁸²⁰ oder in einem Abhängigkeitsverhältnis zu diesem stehen und er hat die erforderliche Sachkenntnis nachzuweisen. Der Staatskommissär erfüllt die ihm übertragenen Aufgaben auf einer gesetzlichen Grundlage. So liefert er Informationen an die Finanzmarktaufsicht in Erfüllung seiner Aufgaben und ist gemäß § 76 Abs. 1 BWG Hilfsorgan der Finanzmarktaufsicht. Er agiert somit in „Vollziehung der Gesetze“, denn neben Verordnungen, Bescheiden oder AuvBZ können auch schlichte hoheitliche Akte oder sonstige Hilfsakte, die in engem Zusammenhang mit Hoheitsakten stehen, haftungsbegründend wirken.

2.4.2. Versicherungsaufsicht

Primäres Ziel der Versicherungsaufsicht ist die „*Wahrung der Interessen der Versicherten*“¹⁸²¹. Dabei ist jedoch zu betonen, dass es hierbei nicht um öffentliche Interessen oder Individualinteressen geht, sondern um die Interessen der Versicherungsgemeinschaft – um ein Kollektivinteresse. Auch enthalten die Bestimmungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes Differenzierungen, wem in der gegenständlichen Norm ein Schutz zukommen soll. So bezieht sich beispielsweise § 104 Abs. 1 erste Alternative VAG auf die Interessen der Versicherten im Sinne KschG-Verbrauchern, wodurch ersichtlich ist, dass lediglich ein Teil der Versicherten betroffen ist. Hier zu argumentieren, dass der Rechtswidrigkeitszusammenhang bereits gegeben ist, wenn die Verhinderung eines konkreten Schadens mitbezweckt war, geht zu weit, da wie bei der Bankenaufsicht der durch eine Reflexwirkung Geschützte Amtshaftungsansprüche geltend machen könnte. Daher gilt auch in der Versicherungsaufsicht, dass der primäre Zweck der Norm die Verhinderung eines Schadens ist¹⁸²² – nur in diesem Fall ist der Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben¹⁸²³.

Resultiert aus einem Tun oder Unterlassen auf Basis des § 106 VAG ein Schaden, dann kommt dieser unbestritten der Versicherungsgemeinschaft zu. Den klagbaren Schaden haben jedoch die einzelnen Versicherten und diesen gilt es gemäß dem Zweck des § 106 VAG zu verhindern. Somit kann der Rechtswidrigkeitszusammenhang bejaht werden, wenn die konkrete Vorschrift im Interesse des Versicherten steht (primärer Schutzzweck) und die Interessen des Einzelnen mit dem Kollektivinteresse der Versicherungsgemeinschaft übereinstimmt. Vielmehr kommt es für die Bejahung einer Amtshaftung darauf an, ob ein Verschulden vorliegt, denn Anspruchsvoraussetzung für die Amtshaftung aufgrund von Verfehlungen der Versicherungsaufsicht ist, wie bei der Bankenaufsicht, rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten der zurechenbaren Organe.

¹⁸²⁰ § 30 BWG

¹⁸²¹ § 104 Abs 1 VAG; vgl auch § 106 Abs 1 VAG; Nach allgemeiner Ansicht umfasst der aufsichtsrechtliche Begriff "Versicherte" neben den Versicherungsnehmern und den Versicherten auch die Anspruchsberechtigten und - in der Haftpflichtversicherung – die Geschädigten; vgl. *Fenyves/Korinek*, ZfV 1999, 167 Fn 118 mwN

¹⁸²² OGH in JBl 1993, 532; JBl 2000, 320; SZ 66/77; SZ 61/189

¹⁸²³ 1 Ob 313/01p

Regierungskommissäre und andere Organe des VAG

Die Finanzmarktaufsicht als Aufsichtsbehörde bedient sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch anderer Organe wie beispielsweise eines Regierungskommissärs¹⁸²⁴, eines Treuhänders¹⁸²⁵, eines verantwortlichen Aktuars¹⁸²⁶ oder eines externen Prüforgans. Sie agieren als Organe der Aufsichtsbehörde, wenn sie selbst hoheitliche Aufgaben erfüllen. Das ist beim Regierungskommissär eindeutig der Fall, wenn er auf Basis des § 106 Abs. 4 Satz 3 VAG eine Maßnahme gemäß § 106 Abs. 1 VAG per Bescheid trifft. Darunter fällt beispielsweise die (gänzliche oder teilweise) Untersagung der Geschäftsführung und die (gänzliche oder teilweise) Untersagung der Fortführung des Geschäftsbetriebes¹⁸²⁷. Das externe Organ ist in seiner Aufgabe als externes Werkzeug¹⁸²⁸ ebenfalls der Aufsichtsbehörde zuzurechnen. Der Treuhänder gilt als fixer Bestandteil des Aufsichtssystems und wird von Teilen der Literatur als Sachwalter der Versicherungsnehmer und Partner der Versicherungsaufsichtsbehörde und daher nicht als behördliches Organ gesehen¹⁸²⁹. Bei Anwendung der Elemente, unter denen jedoch hoheitliches Handeln laut *Rebhahn* vorliegt, nämlich dem Grad der organisatorischen Eingebundenheit, dem Grad der Gebundenheit der Behörde an die Äußerungen des Treuhänders und ob die fragliche Tätigkeit zu den typischen Staatsaufgaben zählt¹⁸³⁰, kann konstatiert werden, dass der Treuhänder erstens gemäß § 22 Abs. 2 VAG von der Versicherungsaufsichtsbehörde zu bestellen ist, dass der Treuhänder keine typische Staatsaufgabe erbringt¹⁸³¹ und dass der Treuhänder zwar Informationen¹⁸³² bereitzustellen hat, die Würdigung jedoch bei der Aufsichtsbehörde verbleibt, wodurch in einer Zusammenschau eine Organstellung meines Erachtens zu verneinen ist. Der verantwortliche Aktuar ist als internes Kontrollorgan des Versicherungsunternehmens erst recht nicht Organ im Sinne des Amtshaftungsgesetzes.

3. Ergebnis

Finanzintermediäre sind besonders durch die Ansteckungsgefahr der Insolvenz gefährdet, da sie, durch ihre Geschäftstätigkeit im Wirtschafts- und Finanzsystem, in Systemen mit unternehmerischen Risiken agieren. Ferner ist gerade bei Finanzintermediären die Stabilität eines Konzerns von ihrem schwächsten Glied abhängig und die moralische Verantwortung – vor allem bei Kreditinstituten und Versicherungen – für das Vertrauen in ein Finanzsystem wiegt schwer. Diesem Gedanken trägt das nationale Aufsichtsrecht Rechnung und strebt durch Berichtspflichten und Bewilligungspflichten delinquentes oder sorgfaltswidriges Verhalten der Organe zu verhindern. Einen Kernstock an Vertrauen ermöglicht die Einlagensicherung und Anlegerentschädigung oder die Schaffung von Sondermassen, wobei in einem weiteren Schritt der (stetig solvente) Staat als Haftungsadressat einerseits im Rahmen der Amtshaftung durch Aufsichtsverfehlungen oder andererseits durch Übernahme von Eigentümerverantwortung im

¹⁸²⁴ § 106 VAG

¹⁸²⁵ § 22 VAG

¹⁸²⁶ § 24 VAG

¹⁸²⁷ § 106 Abs. 2 VAG

¹⁸²⁸ vgl. *Rebhan* (1997), 403

¹⁸²⁹ vgl. *Baran, Peter* (Hrsg): *Versicherungsaufsichtsgesetz*, 2. Auflage, Wien 2000, Anmerkung 2 zu § 22

¹⁸³⁰ vgl. *Rebhahn* (1997), 403ff., vgl. *Krejci* (1998), 22ff.

¹⁸³¹ die Auslagerung führt zu keiner Haftung des Privaten an Stelle des Staates, was nicht akzeptabel erscheinen würde.

¹⁸³² vgl. § 23 Abs. 5 VAG

Rahmen zu verstaatlichender Finanzinstitute verstärkt herangezogen wird. Ansatzpunkte für eine Haftung sind im Konzern der Haftungsdurchgriff und die Organhaftung.

Ausgehend von der Beschränkung des Haftungsfonds der Gesellschaft wird argumentiert, dass eine juristische Person im Verkehr mit Dritten ihre Selbstständigkeit verliert, wenn es die Wirklichkeit des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen dem Richter gebieten, die juristische Konstruktion hintanzusetzen. Diese private Zusatzhaftung von Verbandsmitgliedern für Schulden der Verbandsperson als sogenannter echter Haftungsdurchgriff ist an Voraussetzungen gebunden, die sich unter anderem in qualifizierte Unterkapitalisierung, die Vermögens- und Sphärenvermischung, den Missbrauch der Leitungsmacht und den Rechtsformmissbrauch klassifizieren lassen. Allen gemein ist, dass eine ausdrückliche Normierung im Gesetz fehlt und Autoren die Lösung des inhärenten Spannungsfeldes der Haftung im Konzern durch positivierte Normen (unechter Durchgriff) rechtsdogmatisch korrekt gelöst sehen wollen. Dominierendes Instrument aus dem Gesellschaftsrecht ist das Verbot der Einlagenrückgewähr als verschuldensunabhängiger Tatbestand, welches bei Nichtvorliegen von gutem Glauben die Rückstellung bzw. meines Erachtens Wertausgleich verlangt. Weitere gesellschaftsrechtliche Haftungsansprüche resultierten aus den Normen der Sorgfaltpflichten sowie uU aus der Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile. Zivilrechtlich ist die vorsätzliche Schadenszufügung durch § 1295 Abs. 2 eventuell iVm § 1299 ABGB aufzugreifen und auch die Norm der Schutzgesetzverletzung bietet einen zivilrechtlichen Anspruch. Strafrechtlich sind die §§ 156ff. StGB maßgeblich. Im Gegensatz dazu spricht man abstrakt von einem echten (verschuldensunabhängigen) Haftungsdurchgriff, wenn ein Verbandsmitglied privat zusätzlich haftet, weil das Gesellschaftsvermögen zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht respektiert und keine angemessene Rücksicht auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten genommen wurde. Während der BGH mit der teleologischen Reduktion der beschränkten Haftung argumentiert hatte, wurde in Österreich eine Bindung des unmittelbar oder mittelbar Einfluss übenden Gesellschafters an den Sorgfaltsmaßstab des geschäftsführenden Organs ins Treffen geführt. Meines Erachtens ist die Argumentation über die teleologische Reduktion zutreffender, als gerade ein Verstoß gegen die immanenten Voraussetzungen für die beschränkte Haftung haftungsbegründend wirkt und Wertungswidersprüche hintangehalten würden. BGH und OHG schreiben seit einigen Jahren einen ungeschriebenen Tatbestand der Durchgriffshaftung keinen Anwendungsbereich zu und favorisieren die Lösung über die schadenersatzrechtliche Innenhaftung. Nicht hinwegtäuschen kann die rechtsdogmatisch korrektere Lösung über die evidenten Suboptimalitäten für den rechtspolitisch gewünschten Zweck des Gläubigerschutzes. So ist der große Nachteil der Innenhaftung für den Gläubiger, dass dieser keine direkten Ansprüche gegen den die Haftung auslösenden Gesellschafter hat, sondern sich die Ansprüche der Gesellschaft pfänden und überweisen lassen muss, was gerade im Insolvenzfall Nachteile birgt. Die Anspruchsgrundlagen für den unechten Haftungsdurchgriff vermögen ferner eine Vielzahl an Sachverhalten nicht zu umfassen, welche durch das „konturlose Gebilde“ der unbeschränkten Außenhaftung eingefangen werden könnten. Dazu gehören unter vielen anderen der Entzug von

Geschäftschancen, von Führungspersonen oder Liquidität, die Kündigung von lebensnotwendigen Verträgen oder das Eingehen von zu hohen Risiken – „Aschenputtelgesellschaften“, denen Risiken aber keine Chancen zugewiesen werden. Als Beschränkung unternehmerischen Handelns kann dies meines Erachtens nicht gesehen werden, denn unternehmerisches Handeln setzt nicht die Schaffung von objektiv gesellschaftsschädigenden Situationen voraus.

Im Rahmen der Organhaftung wurde die Haftung der Geschäftsführung, des Kontrollorgans, des Eigentümers und die Haftung der Aufsichtsbehörde thematisiert. Wesentlich ist bei Finanzintermediären die Trennung zwischen rechtsformspezifischen Maßstäben und den bankwesenrechtlichen und versicherungsaufsichtsrechtlichen Bestimmungen. Dies vor dem Hintergrund, dass die Parameter und Reichweiten haftungsbegründender bzw. sorgfaltswidriger Tatbestände unterschiedlich sind. Obwohl das BWG und VAG den Sorgfaltsmaßstab des Aktiengesetzes heranziehen, konkretisieren sie diesen, wenn beispielsweise im BWG normiert wird, dass es die ordentliche Sorgfalt verlangt, sich über die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zu informieren und Risiken durch angemessene Strategien und Verfahren zu steuern, zu überwachen und zu begrenzen sind und dass sich die Sorgfalt nicht auf eigenes Verhalten beschränkt, sondern auch Vorkehrungen zu treffen sind, dass auch die Mitarbeiter sorgfaltspflichtig handeln. Das VAG verlangt vom geschäftsführenden Organ der Versicherungsunternehmung, dass es die mit dem Versicherungsbetrieb in Verbindung stehenden Risiken zu identifizieren, einzuschätzen und zu steuern hat und dass, soweit es die dauernde Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus Versicherungsverträgen erfordert, geeignete Prozesse und Verfahren einzurichten sind, was insbesondere die frühzeitige Erkennung von Risikopotentialen, die Einrichtung von Absicherungs- und Risikoabwehrmechanismen und eine übergreifende Betrachtung der Risiken zwischen den Organisationseinheiten umfasst. Ferner können auch aufsichtsrechtliche Normen mit rechtsformspezifischen Bestimmungen im Widerspruch zu stehen scheinen, was eine genaue Abgrenzung verlangt. Während rechtsformspezifische Bestimmungen eine Weisungsabhängigkeit bzw. eine Bindung an dem Eigentümerbeschluss oder die Unternehmensverfassung (u.a. Gesellschaftsvertrag, Genossenschaftsvertrag) verlangen, ist die Weisungsfreiheit des *fit-and-proper* Geschäftsleiters im BWG und im VAG normiert. Abzugrenzen ist daher zwischen Banktätigkeit und Versicherungstätigkeit einerseits sowie den rechtsformspezifischen Aufgaben des geschäftsführenden Organs andererseits. Die vom Aufsichtsrecht bedingte *fit-and-proper*-Eigenschaft des geschäftsführenden Organs resultiert aus der höheren Sensibilität an die Fähigkeit der handelnden Personen und deren Integrität in der Kredit- und Versicherungswirtschaft. Dies geht daher über den bloß branchen-, größen- und situationsadäquaten Bemühensanspruch hinaus. Auch dem Aufsichtsratsvorsitzenden eines beaufsichtigten Unternehmens kommt ein weiterer Leistungsanspruch zu.

Neben den Treuepflichten existieren gesonderte Anspruchsgrundlagen für die Haftung der Eigentümer. So sind die §§ 100, 101 AktG, als Anspruchsgrundlage für gesellschaftsschädigendes Handeln zur Erlangung gesellschaftsfremder Vorteile auch auf die GmbH anwendbar, wobei die Einschränkung gemäß § 101 Abs. 3 AktG jedoch aufgrund der personalistischen Elemente bzw. der engeren Verwobenheit nicht gilt.

Bei Aktiengesellschaften schließt § 101 Abs. 3 AktG zwar eine Haftung für die Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung aus, doch bilden der § 1295 Abs. 2 ABGB und § 195 Abs. 2 AktG Instrumente mit Schrankenwirkung. Ob eine Haftung gemäß § 101 Abs. 3 AktG ausgeschlossen werden kann, hängt weiters davon ab, ob es sich um eine vom (unbeeinflussten) Vorstand lancierte Angelegenheit der Geschäftsführung oder um eine originäre (gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche) Beschlussfassungsagenda des Eigentümers handelt, da nur bei Ersterem die Haftungsbefreiung gilt.

Die gleichsam in der Bankenaufsicht und Versicherungsaufsicht vorliegenden Tatbestände, die eine Amtshaftung begründen können, sind, dass die Aufsichtsbehörde eine Maßnahme ergreift, wodurch die Dispositionsfreiheit des beaufsichtigten Unternehmens beschränkt wird und/oder eine Handlungspflicht begründet wird, durch die dem beaufsichtigten Unternehmen ein Schaden entsteht und, dass dem Gläubiger (Sparer oder Versicherungsnehmer) ein Schaden dadurch entsteht, dass dieser nicht oder nur in geringerem Maße eingetreten wäre, hätte die Aufsichtsbehörde eine (andere) Maßnahme getroffen. Hinsichtlich ersterem kann nur rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten der zurechenbaren Organe (darunter auch Regierungskommissäre und Staatskommissäre) haftungsbegründend sein. Die aktuelle Rechtssprechung zu letzterem, welche eine Amtshaftung für Aufsichtspflichtsverletzung gegenüber den Sparern bejaht, ist aufgrund des Schutzzwecks der Aufsichtsnormen zur Sicherung des volkswirtschaftlichen Interesses an einem funktionsfähigen Finanzwesen als struktureller Funktionsschutz abzulehnen. Der Genossenschaftsrevisor haftet der Genossenschaft. Genossenschaftsmitglieder und Gläubiger haben keinen direkten Anspruch an den Revisor.

Kapitel VIII

ZUSAMMENFASSENDE THESEN ZUR KONZERNSTRUKTUROPTIMIERUNG BEI FINANZINTERMEDIÄREN

Die **Maximierung der Leitungsmacht** stellt das zentrale Zielsystem in einem finanzintermediatisierenden Konzern dar. Gleichzeitig soll das Konzern(**haftungs**)risiko **minimiert** sowie mittels eines effizienten Konzernfinanzierungssystems der **Shareholder Value maximiert** werden; dies alles unter Berücksichtigung der maßgeblichen **aufsichtsrechtlichen Restriktionen**. Die in diesem Kontext zu thematisierenden Komplexe beziehen sich auf die Bedeutung der Finanzintermediatisierung, die Formen und Arten der Konzernierung sowie die Facetten der Leitungsmacht im Konzernkontext; ferner auf (konzerninterne) Beteiligungsstrukturen, gesellschaftsrechtliche und aufsichtsrechtliche Problemstellungen im Konzernierungsprozess, Maßnahmen zur optimierten Konzernsteuerung (Syndikatsverträge, gesellschaftsvertragliche Wirkungen) sowie deren Schranken und auf den Haftungskomplex in Konzernsachverhalten:

FINANZINTERMEDIÄRE UND DER KONZERN IM GESELLSCHAFTSRECHT

- Kreditinstitute, Versicherungen und Investmentgemeinschaften/Private Equity sind aufgrund ihrer mediatisierenden Aufgaben für ein funktionierendes Wirtschaftssystem unverzichtbar. Eine gesellschaftsrechtliche Konzernverbundenheit ist bei Finanzintermediären in fast allen Fällen gegenständlich.
- Österreich verfügt über kein eigenes Konzernrecht und der Großteil der konzern(organisations)relevanten Problemstellungen bei den untersuchten Finanzintermediären ist Gegenstand des Gesellschaftsrechts (u.a. UGB, AktG, GmbHG, SEG, GenG, SpG, EKEG) sowie des Aufsichtsrechts (u.a. BWG, VAG, FKG). Bei börsennotierten Gesellschaften werden weitere rechtlichen Dimensionen durch das Übernahmegesetz und das Börsegesetz reglementiert.
- Aufbauend auf der Konzernstrategie setzt strategisches Konzernmanagement die umfassende Auseinandersetzung mit Konzernstrukturen zum Zwecke der Erarbeitung ausreichender Sensibilität über Optimierungspotentiale in der (organisationsindividuellen) Konzerngestaltung zur fundierten Entscheidungsfindung durch die Leitungsgremien voraus.
- Der Konzernbegriff ist in den erwähnten Gesetzen nicht einheitlich normiert. In der Tat sind die Elemente des Tatbestandes ähnlich, doch legen die einzelnen Materiengesetze gleiche Tatbestandselemente aufgrund des divergierenden Regelungszieles unterschiedlich aus oder verlangen weitergehende Qualifizierungen. Daher ist der materienspezifische Konzernbegriff nach dem jeweiligen Zweck der Bestimmung auszulegen; die reine Wortinterpretation reicht nicht aus.
- An die Qualifizierung als Konzern bzw. bestimmter Beteiligungsquoten werden entweder Handlungspflichten (u.a. Information, Anzeigen, Genehmigungen) oder Unterlassungspflichten (Finanzierungsverbote, Einschränkung der

Tätigkeit) sowie bestimmte gesetzlich normierte Rechte (z.B. Eigenmittelanrechnung bei Kreditinstituten, Cross Directorship) gebunden. Konzerntatbestände werden überwiegend durch unmittelbare oder mittelbare Beteiligungen ausgelöst. Bei mittelbaren Beteiligungen muss der Zurechnungsthematik ein bedeutender Stellenwert beigemessen werden. Mittelbare Beteiligungen auf Basis von § 15 AktG bzw. § 115 GmbHG, § 244 UGB, § 22 Abs. 3 ÜbG oder des BWG/VAG/KStG (einschränkend auf den Anteil an Stimmen) beziehen sich auf den additiven Ansatz. § 91 BörseG sowie BWG/VAG/KStG (einschränkend hinsichtlich des Kapitals) folgen bei mittelbaren Beteiligungen dem multiplikativen Ansatz. Konzernverträge werden üblicherweise zusätzlich zur kapitalmäßigen Beteiligung installiert.

- Die vom Konzernstrategen zu beantwortende Frage ist, worin der Fokus der individuellen Konzernstrukturierungsmaßnahme liegt (Konzernstrategie). Steht die effektive Führung eines Tochterunternehmens im Vordergrund oder soll eine lose Verbindung angestrebt werden, die eine Konsolidierungspflicht nicht auslöst? Soll vermieden werden, dass im Konzern gewährte Darlehen als nicht eigenkapitalersetzend wirken oder will man gerade einen Konzern hervorrufen, um gesellschaftsrechtliche oder aufsichtsrechtliche (eigenmitteltechnische) Begünstigungen zu erfahren? Aus der kautelarjuristischen Praxis hat sich gezeigt, dass die alleinige Strukturierung von Konzernen nach rechtlichen Parametern über betriebswirtschaftliche Motive hinweg suboptimal ist. Ein Anteilsbesitz von weniger als 10 % der Stimmen oder des Kapitals bei Versicherungen und Banken sowie von weniger als 20 % bei Private Equity Gesellschaften kann Akteuren zugerechnet werden, welche auf Basis des Veranlagungsgedankens agieren oder durch geringe Beteiligungsquoten ein Signal des Interesses (geringe wechselseitige Beteiligungen) setzen wollen, wohingegen gesteigerte Beteiligungsquoten von strategischen Überlegungen getragen sind, die sowohl auf aktive Gestaltung in der Gesellschaft aber auch auf Inhibitionspotential hindeuten können.

KONZERNFORMEN – KONZERNVERTRÄGE

- Die Konzeption der Konzernstruktur muss dem Zielsystem der Maximierung der Leitungseffizienz der finanzintermediarisierenden Konzernmutter, der Schaffung von Strukturen für eine optimale Kapitalbeschaffung innerhalb des Konzerns, der Minimierung der Besteuerung und des Haftungsrisikos innerhalb des Konzerns sowie der Entsprechung aufsichtsrechtlicher und unternehmensspezifischer Bestimmungen genügen.
- Zentrale Werttreiber der Konzernstruktur sind Leitungsmacht, Vermögensrechte/pflichten, Steuern, Kapitalkosten sowie Minderheitsgesellschafter.
- Leitungsmacht hängt neben dem Beteiligungsgrad von den Rechtsformen der maßgeblichen Gesellschaften und von der vertraglichen Ausgestaltung (Satzungsverträge, Geschäftsordnungen, Konzernverträge) ab.
- Zum Zwecke der strategischen Konzernsteuerung kann zwischen der Alleinbeteiligung, der absoluten (einfachen) Mehrheitsbeteiligung, der qualifizierten Mehrheitsbeteiligung und den Minderheitsbeteiligungen gewählt werden. Weiters können Beteiligungsquoten intendiert bzw. andere Instrumente (z.B. eigene Aktien, derivative Instrumente, div. Gewinn- und Substanzpapiere, Konzernverträge) genutzt werden, welche gerade sondergesetzliche Tatbestände des BörseG, ÜbG, BWG, VAG nicht erfüllen. Beteiligungsformen, wie beispielsweise

Genussrechtskonstrukte, stille Beteiligungen oder Kommanditbeteiligungen, sind differenziert zu beurteilen, da es sich bei diesen gerade nicht um vollmitgliedschaftliche Rechte handelt, sondern das Kapitalisierungselement im Vordergrund steht.

- Die Vermögensrechtsnormen, worunter der Anteil am Bilanzgewinn, die Bezugsrechte bei einer Kapitalerhöhung und der Anteil am Liquidationserlös verstanden werden, sind im österreichischen Aktienrecht, außer jener Norm zum Bezugsrecht, dessen Verzicht an eine sachliche Rechtfertigung gebunden ist, nicht dispositiv. Die Vermögensrechte im GmbH-Recht sind abdingbar, wobei die Schranke der Privatautonomie sich an einem geldwerten bzw. gleichwertigem Ausgleich orientieren muss. Daher ist auf die dem Gesellschafter zukommenden Vermögensrechte abzustellen, wodurch ein gänzlicher Verzicht der Sittenwidrigkeit unterliegen würde, jedoch Verzicht, Kompensationen und Verteilung auf Basis betriebswirtschaftlicher Rationalisierung rechtlich gerechtfertigt sein können.
- Stimmrechtslose Vorzugsaktien spielen eine wesentliche Rolle, wenn Stimmrechtsmehrheiten maßgeblich sind. Stimmrechte können bei der **Aktiengesellschaft**, außer bei statuarischer Beschränkung des Stimmrechts auf einen **Höchstbetrag**, nicht beschränkt und auch nicht ausgeweitet werden. Auch das aktienrechtlich zugestandene Instrument der **stimmrechtslosen Vorzugsaktien** sieht als Kompensation für das mangelnde Stimmrecht eine Vorzugsdividende vor, was mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des § 47a AktG korrespondiert. Die Gestaltung der Stimmrechte bei **Gesellschaften mit beschränkter Haftung** ist diesbezüglich freier. So sieht § 39 Abs. 2 GmbHG vor, dass **abweichende Regelungen zur Stimmgewichtung im Gesellschaftsvertrag** getroffen werden können, jedoch mit der Einschränkung, dass jedem Gesellschafter mindestens eine Stimme zukommen muss. ME ist die individuelle Stimmrechtsverteilung mit Ausnahme des Stimmrechtsausschlusses in der GmbH möglich, solange die Feststellung der Stimmverteilung nach objektiven Kriterien erfolgt. Bei der GmbH und bei der Aktiengesellschaft sind Höchststimmrechtsbeschränkungen, welche über einen starren Höchstbetrag oder mit Abstufungen konstruiert werden können, möglich, womit Gesellschafter mit hohen Kapitalanteilen beschränkt werden können. In der Gruppenbesteuerung ist auf die Tatbestandsmerkmale der finanziellen Verbindung, welche eine Kapitalmehrheit und Stimmmehrheit voraussetzen, Bedacht zu nehmen, denn gerade eigene Anteile, Höchststimmrechte und stimmrechtslose Vorzugsaktien können bei mangelhafter Planung die Unwirksamkeit eines Gruppenvertrages zur Folge haben.
- Minderheitsbeteiligungen, als Instrument Gesellschafter mit Kapitalisierungs- und Haftungsverantwortung zu belegen, können vor allem bei Stimmverboten hinderlich wirken.
- Für die Signalwirkung strategischer Verbundenheit oder zur Verfestigung der wechselseitigen Abhängigkeiten können wechselseitige Beteiligungen instrumentalisiert werden. Die Zulässigkeit der wechselseitigen Beteiligung wird durch Existenz eines Abhängigkeitsverhältnisses (AHV) beeinflusst. Liegt ein AHV vor, ist die wechselseitige Beteiligung im Aktienrecht (bzw. bei einer Aktiengesellschaft als herrschende Gesellschaft) mit § 65ff. AktG beschränkt. Eine derartige Beteiligung ist im GmbH-Recht nicht möglich, außer wenn die GmbH die abhängige Gesellschaft und die herrschende Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist. Liegt im Aktienrecht kein AHV vor, so ist theoretisch eine wechselseitige Beteiligung im Verhältnis 50:50 möglich, wobei konstatiert werden muss, dass die allgemeine Festlegung dieser Beteiligungsquote nicht unproblematisch ist. Folglich sollte der

Verwässerungseffekt, welcher vom Gewicht der Beteiligung am Bilanzvermögen abhängig ist, Maßstab sein und nicht die Beteiligungsquote. Für das GmbH-Recht gilt selbiges, nämlich, dass Beteiligungen zwischen 25-50 % ohne AHV dann unproblematisch sind, wenn keine erheblichen Umschichtungen des Vermögens vorgenommen werden. Wechselseitige Beteiligungen in Höhe von bis zu 25 % ohne AHV sind im Grunde unproblematisch.

- Stille Gesellschaften bieten sich bei Investmentgemeinschaften und Private Equity Gesellschaften als Alternative zur Treuhandbeteiligung an. Beiden ist systemimmanent, dass die Kapitalbeteiligung und die Lukrierung von Gewinnanteilen im Vordergrund stehen und dass die Geheimhaltung des Gesellschaftsverhältnisses hochgehalten wird. Die Konzernstrukturen österreichischer Finanzintermediäre zeugen ebenfalls von treuhändischen Beteiligungen und stillen Beteiligungen, was einerseits aus den Motiven der Vermeidung von Verkehrssteuern und andererseits aus der diskreten Bereitstellung von notwendigem Kapital resultiert.
- Konzernverträge sind gängige Praxis und Gegenstand vielfältiger Vereinbarungen zur Rechtsfolgenerzeugung und werden zur Absicherung der Leitungsmacht im Konzern herangezogen. Konzernverträge bedürfen bei Personengesellschaften eines Beschlusses sämtlicher Gesellschafter, falls sich im Gesellschaftsvertrag keine diesbezüglichen Vereinbarungen finden. Dies ist auf den Stimmbindungsvertrag als Gesellschaft bürgerlichen Rechts ebenfalls anwendbar. Bei **Vertragskonzernen** (Beherrschungsvertrag, Ergebnisabführungsvertrag) sind qualifizierte Mehrheiten des Kapitals für die Beschlussfassung notwendig. Bei **faktischer Konzernierung** von Kapitalgesellschaften, ist die Frage zu stellen, ob es sich um eine reine Geschäftsführungsmaßnahme handelt, ob der Aufsichtsrat zuzustimmen hat oder ob ein derart struktureller Eingriff vorliegt, dass ein Gesellschafterbeschluss benötigt wird. Neben der Beschlussfassung zur konkreten Transaktion ist auch die Anpassung der Unternehmensverfassung bzw. der Satzung notwendig. Die Frage hinsichtlich der Hierarchie der Konzernverträge ist differenziert zu beantworten. Es ist hierbei auf die unterschiedlichen Rechtssphären abzustellen. Eine Rechtssphäre besteht zwischen der Gesellschaft und deren Gesellschafter (Satzung), eine weitere zwischen den Gesellschaftern untereinander (Syndikatsvertrag) und eine andere zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertragspartner (u.a. Betriebsführungsvertrag). Die beiden letztgenannten Verträge können lediglich dann volle (dingliche) Wirkung entfalten, wenn die Satzung ihre Existenz berechtigt, andernfalls unterliegen diesbezüglich Beschlüsse der Anfechtung. Während die Satzung Formvorschriften einhalten muss und der firmenbuchrechtlichen Eintragung (Publizität) bedarf, ist dies bei den konzernrechtlichen Verträgen wie dem Syndikatsvertrag oder dem Betriebsführungsvertrag für deren Gültigkeit nicht Voraussetzung. In der Praxis der Finanzintermediarisierung sind Nebenabreden wie Kooperationsvereinbarungen, Syndikatsverträge, Poolverträge sowie auch Managementverträge bedeutsam. Sie können auch ein Ausmaß erreichen, sodass die Struktur der Gesellschaften beeinflusst wird und sich die typischen Konzerngefahren für Minderheiten, Gläubiger und die abhängige Gesellschaft materialisieren. Während Adaptionen der Satzungsverträge gerade bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen im grundlegenden Fall zumindest den nationalen Aufsichtsbehörden angezeigt werden müssen, ist dies bei Managementverträgen und Kooperationsverträgen und ähnlich konzipierten Verträgen nicht der Fall, außer diese Vereinbarungen behindern die Aufsichtsbehörden bei der ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer gesetzlich normierten Aufsichtsaufgaben.

KONZERNEINGANG

- Die Konzernstrategien haben für die Optimierung der Konzernstruktur die Strategie des Konzerns zu würdigen. Dieses Tiefenverständnis bestimmt den Grad eines eher anteilsübertragungsbeschränkenden, zukunftsdefinierten oder eben eines eher übertragungsfreundlichen und zukunfts offenen Konzerns.
- Möglichkeiten den Konzerneingang zu behindern bzw. zu verzögern sind umfassende Mitteilungspflichten, welche zusätzlich zu den gesellschaftsrechtlich und aufsichtsrechtlich normierten in den Grundlagenverträgen installiert werden können.
- Ein normiertes Wettbewerbsverbot kann neben Vorstand und Geschäftsführer, den Gesellschaftergeschäftsführer einer GmbH bei Eingehen einer Mehrheitsbeteiligung beschränken, was für den Bedarf der weiteren Konzernierung einen sachlich gerechtfertigten Dispensbeschluss mit Stimmrechtsausschluss des Betroffenen bedingt. Ein Wettbewerbsverbot für Aktionäre kann lediglich im Falle einer ausdrücklichen syndikatsvertraglichen Statuierung und bei starker personalistischer Ausprägung Wirkung entfalten.
- Die formelle Richtigkeit der Beschlussfassung ist der wichtigste Punkt im Konzernierungsprozess. Demnach ist die Unternehmensverfassung, welche Konzernierung ermöglichen oder (unter bestimmten Bedingungen) verhindern kann, ein zentrales Regelungsobjekt. Die abhängige Gesellschaft eines Vertragskonzerns hat einen Beschluss herbeizuführen. Selbiges gilt im faktischen Konzern, wenn eine Kapitalerhöhung vorgenommen werden soll oder Vinkulierungsklauseln vorliegen. Die herrschende Gesellschaft hat beim Vertragskonzern und beim faktischen Konzern eine entsprechende Beschlussfassung zu veranlassen, wenn durch die Veränderung derart in die Satzung, den Syndikatsvertrag und in die durch die bisherige Geschichte verwirklichte Struktur und in weiterer Folge in den Gegenstand (Geschäftsziele) eingegriffen wird, wie dies nur nach Zustimmung der Gesellschafter möglich wäre. Analysegegenstand ist diesbezüglich, ob Kernstrategie und Kerngeschäft der Gesellschaft durch die Strukturveränderung derart ausgehöhlt würden, dass sich ein mit durchschnittlichen Interessen ausgestatteter Aktionär in dieser neuen Konstellation nicht an der Gesellschaft beteiligt hätte. Eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats ist nicht ableitbar, jedoch sollten diesbezügliche Beschlüsse auch durch den Aufsichtsrat gefasst werden.
- Beaufsichtigte Finanzintermediäre unterliegen einerseits hinsichtlich der Konzernierungsart (z.B. Beteiligungserwerb, Verschmelzung) und andererseits hinsichtlich der Reichweite der Verschränkung (u.a. qualifizierte Beteiligung, Größengrenzen aufgrund der Eigenmittelausstattung) aufsichtsrechtlichen Beschränkungen. Interessierte Erwerber von mittelbaren oder unmittelbaren Beteiligungen müssen unter bestimmten Voraussetzungen ihren Anteilsbesitz anzeigen, wobei der Aufsichtsbehörde eine Untersagungsmöglichkeit zukommt. So sieht das Bankwesengesetz in § 20 vor, dass die Veräußerung oder der Erwerb von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten der FMA anzuzeigen ist. Der Bewilligung gemäß § 21 BWG unterliegen u.a. die Verschmelzung oder die Vereinigung oder die Spaltung von Kreditinstituten, die Erweiterung des Geschäftsgegenstandes, die Änderung der Rechtsform und die Forcierung qualifizierter Beteiligungen an Kreditinstituten mit Sitz im Drittland. Selbiges gilt gemäß VAG. Die Eigentümerkontrollverordnung der Finanzmarktaufsicht verlangt umfassende Informationen über die Zuverlässigkeit des Anzeigeverpflichteten, eine Darstellung über die Beteiligungsverhältnisse und

Konzernzugehörigkeit sowie sonstige Einflussmöglichkeiten und relevante Beziehungen sowie über Erwerbsinteressen und auch die Darlegung der Finanzlage und Bonität und die Darstellung des Geschäftsplanes inkl. strategischen Zielen und Plänen.

- Bei börsennotierten Unternehmungen besteht im Rahmen des **Börsegesetz** Gestaltungsspielraum hinsichtlich der stimmrechtslosen Vorzugsaktien und derivater Instrumente auf Wandelschuldverschreibungen sowie genehmigten Kapitals. Das Börsegesetz sieht lediglich stimmrechtsberechtigte Aktien bzw. den Transfer von Eigentum als tatbestandsmäßig an. Da das **Übernahmegesetz** Übernahmeangebote nicht auf Stamm- und Vorzugsaktien beschränkt, sondern auch alle anderen Arten von übertragbaren und börsennotierten Gewinn- und Substanzpapiere, wie beispielsweise Partizipationsscheine, Genussscheine, Gewinnschuldverschreibungen zu Aktien, Wandelschuldverschreibungen und Optionsschuldverschreibungen, maßgeblich sind, kann durch entsprechend komplexe Gestaltung dieser Instrumente (Rechte und Pflichten aus den Papieren, Mitteilungspflichten/Beschlussfassungsfristen, Übertragbarkeit/Fristigkeit) wachstumsbeschränkendes Potential entfaltet werden.
- **Syndikatsverträge** verfügen in der Konzernsteuerung über großes gestalterisches Potential, können im Konzerneingang jedoch aufgrund ihres obligatorischen Charakters Anteilsübertragungen nicht verhindern. Faktisch verhindern werden sie Anteilsübertragungen dennoch, wenn der Syndikatsvertrag durch Konventionalstrafen ein enges Korsett schnürt und nicht bloß Bemühungsnormen umfasst. Dagegen wirken **statuarische Vinkulierungen** dinglich, wodurch eine Übertragung an Gesellschaftsfremde oder Gutgläubige nicht durchdringen kann. Ferner ist der statuarischen Vinkulierung ein implizierter Auftrag an das geschäftsführende Organ inhärent, wodurch dieses im Bedrohungsfall der Zielrichtung der Vinkulierungsklausel entsprechend handeln muss. Da **Vinkulierungsklauseln** bzw. das Interesse an der persönlichen Stabilität **nur in Einzelfällen konzernweit ausgelegt** werden können, sollte eine derartige Bestimmung abhängig von der Konzernstrategie in die Grundlagenverträgen aufgenommen werden. Der Bestand dieses **persönlichen Interesses** ist nämlich Gegenstand einer gesellschaftsvertraglichen Regelung und hat daher **ausdrücklich** aufgenommen zu werden (**Konzernklausel**). Vinkulierungsklauseln sind bei personalistisch geprägten Gesellschaften übertragungsbeschränkend auszulegen, während bei kapitalistisch ausgeprägten Gesellschaften diese übertragungsfreundlich ausgelegt werden müssen. Die Annahme einer Konzernwirkung ist auch aus der gesellschaftlichen Entwicklung abzuleiten; waren demnach Gesellschaften bereits konzernverbunden, ist eine Konzernwirkung nicht anzunehmen, waren die Gesellschaften jedoch noch nicht verbunden, kann aus dem Mangel einer Vinkulierungsklausel nicht geschlossen werden, dass auf Konzernwirkungen verzichtet worden wäre. **Umgehungskonstruktionen** der (statuarischen) Vinkulierungsbestimmungen der Gesellschaftsverträge, beispielsweise durch **Treuhandschaften**, Einräumung einer **Unterbeteiligung**, Stimmbindungsverträge oder Einräumung eines **Fruchtgenussrechtes**, sind **nichtig**, denn es kann von einem redlich handelnden Gesellschafter erwartet werden, dass er die vereinbarte Vinkulierungsklausel respektiert und nicht wider Treu und Glauben zu unterlaufen versucht. Versuche die **außerstatuarischen** Vinkulierungsbestimmungen zu **umgehen** fallen unter die **Sittenwidrigkeit** und sind gemäß § 879 Abs. 1 ABGB nichtig, was vom Vinkulierungsberechtigten aktiv gerichtlich geltend gemacht werden muss.

- In der GmbH können **Vorkaufsrechte** der Vinkulierung ähnliche Rechtswirkungen entfalten (Dinglichkeit), wenn diese statutarisch festgeschrieben und im Sinne von § 76 Abs. 2 Satz 3 GmbH auslegbar sind. Vorkaufsrechte können im Aktienrecht lediglich nebenvertraglich (Syndikatsvertrag, Sideletter) vereinbart werden. **Finanzierungsverträge** sind bei Konzernstrukturänderungen daraufhin zu überprüfen, ob Finanzierungsaufgaben tangiert werden und welche Konsequenzen an Veränderungen oder Verstöße gebunden sind. Generell lässt sich festhalten, dass aus dem Blickwinkel des zu beherrschenden Unternehmens grundsätzlich im GmbH Recht aufgrund des weitgehend dispositiven GmbH-Innenrechts zweckmäßigere Möglichkeiten existieren der Konzernierung präventiv entgegenzuwirken. Abwehrmöglichkeiten ergeben sich vor allem durch Vinkulierungsklauseln als wesentliches Instrument mit dem die Gesellschaft Einfluss auf die Zusammensetzung der Gesellschafter/Aktionärsstruktur ausüben kann, Höchststimmrechte sowie Ankaufs- oder Vorkaufsrechte der Gesellschafter, wobei betont werden soll, dass diese nur dann unproblematisch sind, wenn sie bereits im Gesellschaftsvertrag berücksichtigt sind, denn nachträgliche Änderungen bedürfen grundsätzlich der Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter.

KONZERNBETRIEB

- Es gilt der Grundsatz, dass der Konzern so effizient ist, wie es die Grundlagenverträge oder der Nexus der konzernspezifischen Vertragskonvolute erlauben.
- Die Frage der Existenz eines Konzerninteresses bzw. dessen Reichweite ist rechtsformspezifisch zu beantworten. Kapitalgesellschaften, für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet, sind an das **Gesellschaftsinteresse** gebunden. Die zwei maßgeblichen Facetten des Gesellschaftsinteresses sind die **Gewährleistung der gesellschaftlichen Zweckerfüllung**, welche sich aus dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Realverfassung ergibt, sowie der **Erhalt des Gesellschaftsvermögens als Haftungsmasse** der Gesellschaftsgläubiger als Rechtfertigung der beschränkten Haftung. Im österreichischen Recht ist das Konzerninteresse nicht ausdrücklich normiert, jedoch kann dem Konzerninteresse innerhalb des von der Tochtergesellschaft vorgegebenen Rahmens gefolgt werden. Der Förderzweck einer herrschenden Genossenschaft wirkt auf ihre Beteiligungen, jedoch ebenfalls lediglich in dem Rahmen, den die Tochtergesellschaft vorgibt. Hieraus folgt, dass Grundlagenverträge und Syndikatsverträge Quellen der strategischen Ausrichtung und Leitlinien für die Organe der Gesellschaften darstellen, wodurch in der kautelarjuristischen Praxis Interessen einerseits und die strategische Ausrichtung andererseits dokumentiert werden sollten.
- Das österreichische Gesellschaftsrecht sieht Wahlrechte und **mehrheitsverschärfende** oder **mehrheitsabsenkende Gestaltungsmöglichkeiten** vor, die vor dem Hintergrund höherer Flexibilität im Veränderungsprozess oder vor dem Hintergrund eines höheren Bedarfs an umfassender Legitimation entsprechend eingesetzt werden können. Dabei muss auf hinreichende **Deutlichkeit**, welche Beschlussgegenstände geänderten Beschlussmehrheiten unterliegen sollen, geachtet werden. **Vorratsbeschlüsse** sind Grundlagenbeschlüsse des gesellschaftsrechtlichen Aufsichtsorgans, womit dem geschäftsführenden Organ langwierige Beschlusswege erspart werden sollen. Sie sind im österreichischen Gesellschaftsrecht nicht ausdrücklich geregelt, sind jedoch nach herrschender Ansicht zulässig

(explizit oder implizit auflösend bedingt), wenn kein gesondertes Verbot normiert ist (z.B. § 27 Abs. 6 BWG). Vorratsbeschlüsse der Eigentümer sind nur eingeschränkt möglich, da dadurch die Dispositionsgewalt über das Unternehmen nicht zum geschäftsführenden Organ wandern darf.

- **Treuepflichten** können umso stärker ins Treffen geführt werden, umso mehr die gemeinsamen Interessen der Gesellschaft und deren Gesellschafter in konzernrechtlichen Vertragsverbindungen dokumentiert wurden. Treuepflichten, welche aus dem Vertrauen und der engen persönlichen (mitgliedschaftlichen) Verbundenheit zur gemeinsamen Zweckerreichung aus dem Gesellschaftsvertrag resultieren, sind im österreichischen Gesellschaftsrecht bei Personengesellschaften und bei Kapitalgesellschaften im Verhältnis Gesellschaft zu Gesellschafter und im Verhältnis der Gesellschafter untereinander anwendbar. Die Reichweite der Treuepflichten hängt jedoch von der Verbandsstruktur – personalistisch oder kapitalistisch - ab, denn die Treuepflichten wirken umso stärker, je stärker der potentielle Mitwirkungsgrad und der potentielle Wirkungsgrad der Gesellschafter ist. Aufgrund der treuwidrigen Stimmabgabe ist der Beschluss dann anfechtbar, wenn das Beschlussergebnis ohne deren Berücksichtigung bei der Ergebnisfeststellung anders gelautet hätte (**Relevanzerfordernis**), wodurch im ersten Schritt die treuwidrige Stimmabgabe als grundsätzlich gültig gilt. Treuepflichten adressieren grundsätzlich lediglich jene Organe, denen Mitwirkungsbefugnisse zukommen und die überhaupt in der Lage sind, treuwidriges Verhalten mit Auswirkungen auf die Gesellschaft oder andere Gesellschafter zu setzen. Dies setzt mitgliedschaftliche Rechte voraus. Bei mediatisierten Beteiligungen (Treuhandkonstruktionen) oder Beteiligungen, bei denen Kapitalisierungsüberlegungen im Vordergrund stehen (Kommanditgesellschaften, stille Beteiligungen), hängen die Wirkungen von Treuepflichten auf die dahinterstehenden Personen oder Gesellschaften davon ab, ob diesen direkter Einfluss oder Blockierungspotential zukommt (Vertragsgestaltung).
- Der **Syndikatsvertrag** ist eine taugliche Plattform um Konzernstrategien festzuschreiben, die in dieser Art nicht in die Satzung Eingang finden können oder sollen. Syndikatsverträge wirken **üblicherweise obligatorisch** und können daher keine dingliche Wirkung jedoch bei entsprechender Konzeption (Konventionalstrafen) faktisch große Bedeutung entfalten. Syndikatsverträge vermögen nicht Satzungen oder das Gesetz zu konterkarieren. Treuwidrige Syndikatsvereinbarungen können im Zuge der **korporativen Direktwirkung** dingliche Wirkung entfalten, wenn in ihnen Treuepflichten normiert sind, welche auch ohne Syndikatsvertrag Gültigkeit hätten und es sich um eine omnilaterale Vereinbarung in einer personalistischen Struktur handelt. Andernfalls (Mehrheitssyndikate, kapitalistische Strukturen) kann aus dem Syndikatsvertrag die breite Wirkung einer Treuepflicht auf die Gesellschaft und sämtliche Gesellschafter nicht abgeleitet werden.
- Widerstrebenden Konzerninteressen tragen auch die gesellschaftsrechtlichen **Stimmverbotsnormen** Rechnung. Demnach soll bei bestimmten Spannungsfeldern das Stimmrecht des Gesellschafters nicht nur einer Inhaltskontrolle zugänglich, sondern ex lege ausgeschlossen sein. Eine vertragliche Einschränkung des Stimmverbotes ist aufgrund des zwingenden Normcharakters nicht möglich und verlangt daher nach begleitenden Maßnahmen zur Optimierung. Wird trotz der Erfüllung eines Stimmverbotstatbestandes eine Stimme abgegeben, so ist diese nichtig, wobei sie, sofern diese maßgeblich für eine positive oder negative Beschlussfassung (**Relevanzerfordernis**) ist, anfechtbar ist. Demnach ist die **Stimme im ersten Schritt mitzuzählen**, ist jedoch einer **Anfechtung** zugänglich. Der abstimmende Gesellschafter macht sich ferner durch **Verschweigen oder**

mutwillige Verletzung eines **Stimmverbotes schadenersatzpflichtig**, wobei der Anspruch auf Schadenersatz keine Anfechtung voraussetzt. Wesentlich ist die Stimmverbotsthematik bei **Syndikatsverträgen**, da diese nichtig sind, wenn die Weisung eines befangenen Syndikatspartners vorliegt. Daher sollte eine salvatorische Klausel aufgenommen werden, welche das Ruhen des schuldrechtlichen Verhältnisses zum Befangenen zur Folge hat. Bei einem **Unterordnungssyndikat**, bei dem dem Syndikatsleiter eine Leitungs- oder Weisungsbefugnis zukommt, trifft alle Syndikatspartner ein Stimmverbot. Daher kann bei Unterordnungssyndikaten die beschränkte Auflösung des Syndikats für bestimmte Beschlussgegenstände im Syndikatsvertrag festgeschrieben werden. Bei **Gleichordnungssyndikaten** mit Mehrheitsbeschlussersfordernis gilt das Syndikat als Gesamtes nur dann als nicht stimmberechtigt, wenn die Stimme des befangenen Syndikatspartners innerhalb des Syndikats ausschlaggebend war. Diesfalls sollten in den Syndikatsversammlungen Spannungsfelder im Sinne eines *open-book* Ansatzes offengelegt werden, um eine langwierige Anfechtung zu verhindern.

KONZERNSTRUKTUREN

- Die **Holding** gilt als **Strukturträgerin von Konzernen** (Konzernmutter), deren Intention die Flexibilitäts- und Effektivitätssteigerung der Gesamtorganisation ist. Welche Rechtsformen bei Konzerngesellschaften genutzt werden sollen, hängt von den Faktoren Stabilität (Selbstständigkeit der Organe), Flexibilität (Anpassungsfähigkeit bei Veränderungen), Neutralität (Unabhängigkeit von externen Zielvorgaben) und der Zentralität (Interessenbündelung gegenüber den operativen Unternehmen) ab.
- Ziel der **Rechtsformwahl** ist von einem institutionsökonomischen Aspekt die Minimierung der Transaktionskosten und andererseits die legale Haftungsabschottung. Die freie Rechtsformwahl wird dort eingeschränkt, wo aufsichtsrechtliche Bestimmungen lediglich einen *numerus clausus* zulässiger Rechtsformen zum Betrieb eines Geschäftes erlauben. Abhängig von der Größe des zu leitenden Konzerns sind Aktiengesellschaften als Holdingkopf bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen dominant. Eigentümer organisieren sich abhängig von deren Strategien als natürliche oder juristische Personen, wobei sektorimmanent bei einigen Kreditinstituten die Rechtsform der Genossenschaft oder der Sparkasse genutzt wird. Investmentgemeinschaften und Private Equity Gesellschaften sind üblicherweise als GmbH-Konzerne strukturiert, wobei diese zur Kapitalisierung auf Beteiligungsmodelle über Genussscheine, stille Beteiligungen oder Kommanditgesellschaften zurückgreifen.
- Das Studium österreichischer Finanzintermediäre zeigt eine Dominanz von Gesellschaften mit beschränkter Haftung als abhängige Unternehmen. Dies resultiert vorwiegend aus den personalistischen Elementen, der dadurch gesteigerten Kontroll- und Weisungsbefugnis, aus Vorteilen in der gesellschaftsvertraglichen Steuerung und der stützenden Schranke der Treuepflichten. Aus der Weisungsbefugnis ergibt sich, dass die Geschäftsführung, anders als der Vorstand, die Geschäfte der Gesellschaft nicht in eigener Verantwortung zu leiten hat, sondern sich auch an den umfassenden Entscheidungszuständigkeiten der Gesellschafter zu orientieren und die beliebigen, nicht gesetzeswidrigen, Weisungen oder gesellschaftsvertraglich normierten Beschränkungen in Geschäftsführungsangelegenheiten zu befolgen hat. Ferner obliegt die Abberufung der Geschäftsführer der Gesellschaftsversammlung, während sie bei der Aktiengesellschaft dem Aufsichtsrat zukommt. Demnach führt die

Mittelbarkeit der Abberufungskompetenz zu Effizienzverlusten. Erkauft wird dieser Vorteil des flexibleren Handelns im Wesentlichen durch den Nachteil, dass die Finanzierung der Konzerntochter - vereinfacht - auf Eigenkapital durch die Gesellschafter und Fremdkapital durch Banken beschränkt ist, da auch obligationsähnliche Konstruktionen vermieden werden sollen. Dieser Effekt wird durch die Tatsache verstärkt, dass eine Übertragung der Geschäftsanteile aufgrund gesellschaftsvertraglicher Vinkulierungsklauseln tendenziell schwieriger ist und dass die einzige Austrittsmöglichkeit eines Gesellschafters, außer dem Fall des einheitlichen Vorgehens durch Kapitalherabsetzung oder Geschäftsanteilsübernahme, theoretisch über die Klage auf Auflösung geht. Die ständige Rechtsprechung lehnt jedoch eine Ausschluss-, Auflösungs-, oder Austrittsklage in der GmbH sogar aus wichtigem Grund ab, was bei Meinungsverschiedenheiten bei einer GmbH-Konzerntochter zu hohen wirtschaftlichen Opportunitätskosten führen kann.

- Konzernrechtlich problematisch aus Sicht der Minderheitsgesellschafter ist wiederum das Kollusionspotential des Mehrheitsgesellschafters mit der Geschäftsführung aufgrund der personalistischen Grundstruktur der GmbH. Schon die strukturellen Unterschiede zwischen AG und GmbH zeigen, dass bei der GmbH trotz formeller Trennung zwischen Geschäftsführung und Gesellschaftern die materielle Trennlinie nicht strikt charakteristisch ist. Demnach tragen die Gesellschafter „unternehmerische Verantwortung“, weil sie sehr wohl parziell oder auch umfassend die Geschäfte der Gesellschaft steuern können. Dadurch ist die Gefahr einer Haftung aufgrund der Einflussnahme auf „fremdes Vermögen“ bei einer GmbH höher.
- Bei Aktiengesellschaften ist das Eigeninteresse ex lege prädominant, wodurch sie sich als Konzernmutter eher eignet denn als Konzerntochter. Aktiengesellschaften haben den signifikanten Vorteil, dass sie Zugang zu den Kapitalmärkten verschaffen, wodurch Kapital für Investitionsprojekte oder Internationalisierungsstrategien leichter aufgebracht werden kann. Eine Konsequenz daraus ist, dass die Ansprüche an die Gründung einer Aktiengesellschaft höher sind, was sich auch im Gründungsaufwand (Grundkapital, Vorlaufzeit, Berichte, Prüfungen) sowie im Überwachungs- und Kontrollbedarf niederschlägt. Eine Kombination der Vor- und Nachteile einer GmbH und einer AG scheint die Societas Europaea darzustellen. Sie ermöglicht in ihrem Verwaltungsrat eine Weisungsbefugnis an den geschäftsführenden Direktor sowie die Abberufung des Verwaltungsrates unmittelbar durch die Hauptversammlung und behält aufgrund ihrer Wurzeln im Aktienrecht die Möglichkeit, finanzielle Mittel über den Kapitalmarkt zu besorgen. Die kritisierten Nachteile der SE, die ihr neben den Flexibilisierungsbestrebungen des Gesetzgebers bei den bestehenden Rechtsformen die umfassende Befürwortung verhindern, sind der komplizierte Prozess der Arbeitnehmermitbestimmung, die hohen Gründungskosten und die im Gegensatz zur AG eingeschränkte Flexibilität in der Änderung der Satzung, weil das Mehrheitserfordernis nur auf $\frac{2}{3}$ gesenkt werden kann, wohingegen dieses bei der AG auf eine einfache Mehrheit minimiert werden kann.
- Die Genossenschaften und Sparkassen sind geschichtlich gewachsene Rechtsformen. Den unbeschränkt oder beschränkt haftenden Genossenschaften ist der Förderzweck immanent und sie charakterisieren sich durch die starke, teilweise beschränkende, Orientierung an den Genossenschafte r n und dem Genossenschaftsvertrag. Hervorzuheben ist, wie auch bei den Sparkassen, die verbundrechtliche Einbettung, was einen (finanzmarkt)stabilisierenden Effekt zur Folge haben kann. Generell finden aktienrechtliche Bestimmungen auf Genossenschaften Anwendung und die Genossenschaft ist auch offen für andere Beteiligungsformen, wie stille

Beteiligungen oder Kommanditbeteiligungen. Der Vorteil der Genossenschaft liegt unbestritten in ihrem gemeinschaftlichen Förderansatz, doch widersprechen ihr die strikt kapitalistischen Gestaltungspotentiale der Aktiengesellschaft, der SE und der GmbH. Ähnliche Beschränkung erfährt die Sparkasse, deren vereinsrechtlicher Kern ab einem kritischen Volumen hinderlich wirkt. Daher wurde u.a. im Sparkassenrecht das Instrument der anteilsverwaltenden Sparkasse eingeführt wodurch der Betrieb der Sparkasse in Form einer Aktiengesellschaft geführt wird und sich die Sparkasse im Grunde auf die Beteiligungsverwaltung beschränkt. Privatstiftungen als Konzernmutter sind denkbar, doch aufgrund ihrer Unflexibilität in der Manövrierbarkeit sowie dem mangelnden Zugriff auf die Steuerung unüblich. Somit beschränkt sich der Anwendungsbereich von Privatstiftungen in der Verwaltung ausgelagerten Vermögens sowie der Abschottung von Vermögen vor Einflussnahmen.

HAFTUNG IM KONZERN

- Neben finanzwirtschaftlich bedingten Konzerngarantien versucht auch die Rechtspraxis durch Konstruktion einer Durchgriffshaftung die Eigentümer in die Pflicht zu nehmen. Ausgehend von der Beschränkung des Haftungsfonds der Gesellschaft wird argumentiert, dass eine juristische Person im Verkehr mit Dritten ihre Selbstständigkeit verliert, wenn es die Wirklichkeit des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen dem Richter gebieten, die juristische Konstruktion hintanzusetzen. Diese private Zusatzhaftung von Verbandsmitgliedern für Schulden der Verbandsperson als sogenannter **echter Haftungsdurchgriff** ist an Voraussetzungen gebunden, die sich unter anderem in qualifizierte Unterkapitalisierung, die Vermögens- und Sphärenvermischung, den Missbrauch der Leitungsmacht und den Rechtsformmissbrauch klassifizieren lassen. Allen gemein ist der Mangel einer ausdrücklichen Normierung im Gesetz. Ferner wollen Autoren die Lösung des inhärenten Spannungsfeldes der Haftung im Konzern durch positiviert Normen (unechter Durchgriff) rechtsdogmatisch korrekt gelöst sehen. Dominierendes Instrument aus dem Gesellschaftsrecht ist das Verbot der Einlagenrückgewähr, als verschuldensunabhängiger Tatbestand, welches bei Nichtvorliegen von gutem Glauben die Rückstellung bzw. meines Erachtens Wertausgleich verlangt. Weitere gesellschaftsrechtliche Haftungsansprüche resultierten aus den Normen der Sorgfaltspflichten sowie uU aus der Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile. Zivilrechtlich ist die vorsätzliche Schadenszufügung durch § 1295 Abs. 2 eventuell iVm § 1299 ABGB aufzugreifen und auch die Norm der Schutzgesetzverletzung bietet einen zivilrechtlichen Anspruch. Strafrechtlich sind die §§ 156ff. StGB maßgeblich. Im Gegensatz dazu spricht man abstrakt von einem echten (verschuldensunabhängigen) Haftungsdurchgriff, wenn ein Verbandsmitglied privat zusätzlich haftet, weil das Gesellschaftsvermögen zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht respektiert und keine angemessene Rücksicht auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten genommen wurde. Während der BGH mit der teleologischen Reduktion der beschränkten Haftung argumentiert hatte, wurde in Österreich eine Bindung des unmittelbar oder mittelbar Einfluss übenden Gesellschafters an den Sorgfaltsmaßstab des geschäftsführenden Organs ins Treffen geführt. Meines Erachtens ist die Argumentation über die teleologische Reduktion zutreffender, da gerade ein Verstoß gegen die immanenten Voraussetzungen für die beschränkte Haftung haftungsbegründend wirkt und Wertungswidersprüche hintangehalten würden. BGH und OHG schreiben seit einigen Jahren einen ungeschriebenen Tatbestand der

(echten) Durchgriffshaftung keinen Anwendungsbereich zu und favorisieren die Lösung über die schadenersatzrechtliche Innenhaftung. Die rechtsdogmatisch korrektere Lösung kann aber nicht über die evidenten Suboptimalitäten für den rechtspolitisch forcierten Zweck des Gläubigerschutzes hinwegtäuschen. So ist der gläubigerrelevante Nachteil der Innenhaftung, dass dieser keine direkten Ansprüche gegen den die Haftung auslösenden Gesellschafter hat, sondern sich die Ansprüche der Gesellschaft pfänden und überweisen lassen muss, was gerade im Insolvenzfall Nachteile birgt. Die Anspruchsgrundlagen für den unechten Haftungsdurchgriff vermögen es ferner nicht eine Vielzahl an Sachverhalten zu umfassen, welche durch das „konturlose Gebilde“ der unbeschränkten Außenhaftung eingefangen werden könnten. Dazu gehören unter vielen anderen der Entzug von Geschäftschancen, von Führungspersonen oder Liquidität, die Kündigung von lebensnotwendigen Verträgen oder das Eingehen von zu hohen Risiken – „Aschenputtelgesellschaften“, denen Risiken aber keine Chancen zugewiesen werden. Als Beschränkung unternehmerischen Handelns kann dies meines Erachtens nicht gesehen werden, denn unternehmerisches Handeln setzt nicht die Schaffung von objektiv gesellschaftsschädigenden Situationen voraus.

- Für die Vertretungsorgane von Finanzintermediären liegt die größte Haftungsgefahr im Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Bei Finanzintermediären sind die Haftungssubjekte die Geschäftsführung, das Kontrollorgan, der Eigentümer und uU die Aufsichtsbehörde. Bei Finanzintermediären ist die Trennung zwischen rechtsformspezifischen Maßstäben und den bankwesenrechtlichen und versicherungsaufsichtsrechtlichen Bestimmungen wesentlich. In diesem Kontext ist zu bedenken, dass die Parameter und Reichweiten haftungsbegründender bzw. sorgfaltswidriger Tatbestände unterschiedlich sind. Obwohl das BWG und das VAG den Sorgfaltsmaßstab des Aktiengesetzes heranziehen, konkretisieren sie diesen, wenn beispielsweise im BWG normiert wird, dass es die ordentliche Sorgfalt verlangt, sich über die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zu informieren und diese Risiken durch angemessene Strategien und Verfahren zu steuern, zu überwachen und zu begrenzen sind und dass sich die Sorgfalt nicht auf eigenes Verhalten beschränkt, sondern auch Vorkehrungen zu treffen sind, dass auch die Mitarbeiter sorgfaltspflichtig handeln. Das VAG verlangt vom geschäftsführenden Organ der Versicherungsunternehmung, die mit dem Versicherungsbetrieb in Verbindung stehenden Risiken zu identifizieren, einzuschätzen und zu steuern und dass, soweit es die dauernde Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus Versicherungsverträgen erfordert, geeignete Prozesse und Verfahren einzurichten sind, was insbesondere die frühzeitige Erkennung von Risikopotentialen, die Einrichtung von Absicherungs- und Risikoabwehrmechanismen und eine übergreifende Betrachtung der Risiken zwischen den Organisationseinheiten umfasst. Ferner können auch aufsichtsrechtliche Normen anscheinend mit rechtsformspezifischen Bestimmungen im Widerspruch zu stehen, was eine genaue Abgrenzung verlangt. Während rechtsformspezifische Bestimmungen eine Weisungsabhängigkeit bzw. eine Bindung an den Eigentümerbeschluss oder die Unternehmensverfassung (u.a. Gesellschaftsvertrag, Genossenschaftsvertrag) verlangen, ist die Weisungsfreiheit des *fit-and-proper* Geschäftsleiters im BWG und im VAG normiert. Daher ist zwischen Banktätigkeit und Versicherungstätigkeit einerseits sowie den rechtsformspezifischen Aufgaben des geschäftsführenden Organs andererseits zu unterscheiden. Die vom Aufsichtsrecht bedingte *fit-and-proper*-Eigenschaft des geschäftsführenden Organs resultiert aus der höheren Sensibilität an die Fähigkeit der handelnden Personen und deren Integrität in der Kredit- und Versicherungswirtschaft. Dies geht daher über den bloß branchen-, größen- und situationsadäquaten

Bemühensanspruch hinaus. Auch dem Aufsichtsratsvorsitzenden eines beaufsichtigten Unternehmens kommt ein weiterer Leistungsanspruch zu. Es gibt ex lege keinen sogenannten Konzernaufsichtsrat. Der Aufsichtsrat ist nur den Interessen der jeweiligen Gesellschaft verpflichtet und nicht jenen der Untergesellschaft. Auch gibt es kein Konzerninteresse, dem ein Aufsichtsrat verpflichtet ist. Die Überwachungspflichten des Aufsichtsrates umfassen dann die Tochtergesellschaften, wenn die Charakteristika der Beteiligung dies verlangen. Diese Charakteristika wiederum orientieren sich an den Auswirkungen der Tochtergesellschaft auf die Rentabilität und Liquidität der Muttergesellschaft.

- Neben den Treuepflichten existieren gesonderte Anspruchsgrundlagen für die Haftung der Eigentümer. So sind die §§ 100, 101 AktG, als Anspruchsgrundlage für gesellschaftsschädigendes Handeln zur Erlangung gesellschaftsfremder Vorteile, auch für die GmbH anwendbar, wobei die Einschränkung gemäß § 101 Abs. 3 AktG, jedoch aufgrund der personalistischen Elemente bzw. der engeren Verwobenheit, nicht gilt. Bei Aktiengesellschaften schließt § 101 Abs. 3 AktG zwar eine Haftung für die Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung aus, doch bilden der § 1295 Abs. 2 ABGB und der § 195 Abs. 2 AktG Instrumente mit Schrankenwirkung. Ob eine Haftung gemäß § 101 Abs. 3 AktG ausgeschlossen werden kann, hängt weiters davon ab, ob es sich um eine vom (unbeeinflussten) Vorstand lancierte Angelegenheit der Geschäftsführung oder um eine originäre (gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche) Beschlussfassungsagenda des Eigentümers handelt, da nur bei Ersterem die Haftungsbefreiung gilt.

Literaturverzeichnis

Adensamer/Oelkers/Zechner (2005)

Adensamer, Nikolaus/Oelkers, Janine/Zechner, Anna Katharina:
Geschäftsleiterpflichten in Insolvenznahe, SWI 2005, 437

Ahmad (2003)

Ahmad, Doris: Cash Pooling im Gebührenrecht – Liquiditätssteuerung im Konzern, SWK 2003, 716

Albach (2000)

Albach, Horst (Hrsg.): Konzernmanagement. Corporate Governance und Kapitalmarkt, Berlin 2000

Anslinger/Copeland (1996)

Anslinger, P.L./Copeland, Th.E.: Growth Through Acquisitions: A Fresh Look, in: The McKinsey Quarterly 1996, H. 2

Arnold (2007)

Arnold, Nikolaus: Privatstiftungsgesetz Kommentar, 2. Auflage, Wien 2007

Arnold (2005)

Arnold, Nikolaus: Die Haftung des Stiftungsvorstands, Aufsichtsrat aktuell 2/05, 4

Artmann (2002)

Artmann, Eveline: Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, RdA 2002, 370

Baetge/Kirsch/Thiele (2002)

Baetge, Jörg/Kirsch, Hans-Jürgen/Thiele, Stefan: Konzernbilanzen, 6. aktualisierte Auflage, IDW-Verlag GmbH, Düsseldorf 2002

Baran (2008), VA

Baran, Peter: Österreichisches Versicherungsaufsichtsrecht, Wien 2008

Baran (2008)

Baran, Peter: Ein Streifzug durch aktuelle Problemzonen der Versicherungsaufsicht, VR 2008, H4

Baran (2000)

Baran, Peter (Hrsg.): Versicherungsaufsichtsgesetz, 2. Auflage, Wien 2000

Barnert/Nagy (2004)

Barnert, Michael/Nagy, Ronald: Europäische Aktiengesellschaft – Anwendungsbereiche und praktische Fragen, ControllerNews 5/2004, 169

Bauer (1995)

Bauer, Markus: Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer – Kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept? Frankfurt am Main 1995

Baums/Fraune (1995)

Baums, T./Fraune C.: Institutionelle Anleger und Publikumsgesellschaft: Eine empirische Untersuchung, AG, Bd. 40, 1995

Baums/Vogel (1997)

Baums, Theodor/Vogel, Hans-Gert: Rechtsfragen der Eigenkapitalfinanzierung im Konzern, Osnabrück 1997, in Lutter/Scheffler/Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, Köln 1997

Bebchuk/Kraakman/Triantis (1999)

Bebchuk, Lucian Aye/Kraakman, Reinier/Triantis, George: Stock Pyramids, Cross-Ownership and Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control From Cash-Flow Rights, Harvard Law School Online Discussion Paper No. 249, 1999

Becker (1999)

Becker, Michael: Treupflichten im Körperschaftsrecht, ÖJZ 1999, 794

Bergmann (2009)

Bergmann, Sebastian: Neue ertragsteuerliche Beurteilung der atypisch stillen Gesellschaft seit dem UGB? Verlustbeteiligungsmodelle vor dem Aus? SWK 2009, 534

Beuthien (1989)

Beuthien, Volker: Genossenschaftsrecht: woher – wohin?, 1989

Binder (1994)

Binder, Christof U.: Beteiligungsführung in der Konzernunternehmung. Betriebswirtschaftliche Elemente und Gestaltungsmöglichkeiten von Mutter-Tochterbeziehungen, Köln 1994

Bitzyk/Oelkers (2009)

Bitzyk, Peter/Oelkers, Janine: Die neue Regelpublizität nach BörseG 2007 und URÄG 2008, ÖBA 2009, 508

Boller (2007)

Boller, Martin: Die strafrechtliche Verantwortung von Verbänden nach dem VbVG, Wien 2007

Borns (2007)

Borns, Rainer: Das österreichische Bankrecht – Systematische Darstellung des BWG, Wien 2006

Böhler (2004)

Böhler, Elisabeth: Nichtigkeit des Geschäfts bei verdeckter Einlagenrückgewähr, ÖBA 2004, 433

Bradner/Jud/Kofler/Polster-Grüll (2007)

Brandner, Peter/Jud, Thomas/Kofler, Georg/Polster-Grüll, Barbara: Private Equity und Venture Capital: Anforderungen an eine neue Fondsstruktur für den österreichischen Risikokapitalmarkt, ÖBA 2007, 365

Braumüller (1999)

Braumüller, Peter: Versicherungsaufsichtsrecht. Internationale Standards, europäische Richtlinien und österreichisches Recht, Wien, New York, 1999

Brändle/Noll (2004)

Brändle, Udo/Noll, Jürgen: Die Societas Europaea – Droht ein Wettkampf der Führungssysteme?, AnwBl 2004, 442

Briem (2009)

Briem, Robert: Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12

Bydlinski (1982)

Bydlinski, Franz: Methodenlehre, Wien 1982

Bydlinski (1961)

Bydlinski, Franz: Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, Wien 1961

Cahn 1998

Cahn, Andreas: Kapitalerhaltung im Konzern, Habilitation, Heymanns 1998

Campbell/Kracaw (1980)

Campbell, T.S./Kracaw, W.A.: Information production, market signaling, and the theory of financial intermediation, Journal of Finance 1980, 863

Canaris (1979)

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte, FS Robert Fischer, Berlin, New York 1979, 31

Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch (1993)

Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch (Hrsg.): Privatstiftungsgesetz, Wien 1993

Chemla/Habib/Ljungqvist (2009)

Chemla, Gilles/Habib, Michel A/Ljungqvist, Alexander: An Analysis of Shareholder Agreements, in Journal of the European Economic Association, 2007, 93

Coase (1937)

Ronald H. Coase: The Nature of the Firm, 4 Economica, 1937

Coenenberg/Salfeld (2003)

Coenenberg, Adolf G./Salfeld, Rainer: Wertorientierte Unternehmensführung. 1. Auflage, Stuttgart 2003

Commission, Cross-border (2005)

Commission of the European Communities: Commission staff working document on Cross-border consolidation in the EU financial sector, Brussels, 2005 SEC

Cornett (2002)

Cornett, Christian: Treubindung gegenüber dem Eigeninteresse abhängiger Gesellschaften, Dissertation, Heidelberg 2002

Csoklich/Müller/Helbich (1994)

Csoklich, P./Müller, M./Gröhs, B./Helbich, F.: Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, Wien 1994

Damböck/Hecht (2001)

Damböck, Andreas/Hecht, Michael: OGH: Allgemeine Kapitalerhaltungsgrundsätze gelten bei Verschmelzung, RdW 2000, Heft 1

Dauner-Lieb (2007)

Dauner-Lieb, Barbara: Aktuelle Vorschläge zur Präsenzsteigerung in der Hauptversammlung, WM 2007

Decher (1990)

Decher, Christian: Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern, Heidelberg 1990

Dellinger (2005)

Dellinger, Markus: Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen – Kommentar, Wien 2005

Dellinger (2001)

Dellinger, Markus: Die Genossenschaft als Gesellschafter – Genossenschaftsrechtliche Zulässigkeitsgrenzen der Beteiligung an anderen Rechtsträgern, Wien 2001

Dennler (1984)

Dennler, Markus: Durchgriff im Konzern, Dissertation, Zürich 1984

Doralt (2000)

Doralt, Maria: Management Buyout. Aktionärs- und Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung, 2000

Doralt/Nowotny/Kalss (1995)

Doralt, Peter/Nowotny, Christian/Kalss, Susanne: Privatstiftungsgesetz, Wien 1995

Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar (2003)

Doralt, Peter/Nowotny, Christian/Kalss, Susanne: Kommentar zum Aktiengesetz, Wien 2003

Doralt/Ruppe (2006)

Doralt, Werner/Ruppe, Hans-Georg: Grundriss des österreichischen Steuerrechts, Band II, 5. Auflage, Wien 2006

Doralt/Ruppe (2007)

Doralt, Werner/Ruppe, Hans-Georg: Grundriss des österreichischen Steuerrechts, Band I, 9. Auflage, Wien 2007

Dworak (2004)

Dworak, Philipp: Das Eigenkapitalersatzrecht im Konzern, Diplomarbeit, Graz 2004

Eckert (1996)

Eckert, Stefan: Kapitalstrukturgestaltung von Auslandsgesellschaften. Relevanz – Ziele – Strategien, Wiesbaden 1996

Eckert/Gassauer-Fleissner (2004)

Eckert, Georg/Gassauer-Fleissner, Christian: Überwachungspflichten des Aufsichtsrats im Konzern, GeS 2004, 416

Eder/Böck/Fleischhacker (2009)

Eder, Nina/Böck, Nikolaus/Fleischhacker, Wolfgang: Österreichs Kreditinstitute im Jahr 2009, ÖBA 2010, Heft 1

Eder/Böck/Fleischhacker (2008)

Eder, Nina/Böck, Nikolaus/Fleischhacker, Wolfgang: Österreichs Kreditinstitute im Jahr 2008, ÖBA 2009, 245

Egermann/Heckenthaler (2004a)

Egermann, Clemens/Heckenthaler, Stephan: Der Verwaltungsrat in der europäischen Gesellschaft österreichischer Prägung, GesRZ 2004, 256

Egermann/Heckenthaler (2004b)

Egermann, Clemens/Heckenthaler, Stephan: Die geschäftsführenden Direktoren in der SE, GeS 2004, 463

Ehrlich (2005)

Ehrlich, Daniela: Anerkennung von Auslandsgesellschaften und zweigniederlassungen vor österreichischen Gerichten insb. im Lichte der EuGH-Urteile Überseering und Centros und unter Berücksichtigung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), RdW 2005, 300

Eiselsberg (2007)

Eiselsberg, Maximilian: Stiftung und Unternehmen, ecolex 2007, 36

Eiselsberg/Haberer (2004)

Eiselsberg, Maximilian/Haberer, Thomas: Sparkassen-Privatstiftung – Organisationsstruktur, Gemeinnützigkeitsspektrum, Vermögensbindung, GesRZ 2004, 301

Emmerich (1976)

Emmerich, Volker: Der GmbH-Konzern (Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung, Mitbestimmungsrecht, Kartellrecht, Steuerrecht), 1976

Emmerich/Habersack (1998)

Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Aktienkonzernrecht, München 1998

Emmerich/Habersack (2008), Konzernrecht

Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Konzernrecht, 9. Auflage, München 2008

Emmerich/Habersack (2008), A/G Konzernrecht

Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Auflage, München 2008

Emmerich/Sonnenschein (1992)

Emmerich, Volker/Sonnenschein, Jürgen: Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaften, GmbH, Personengesellschaften und Genossenschaften, 4. Auflage, 1992

Emmerich/Sonnenschein (1997)

Emmerich, Volker/Sonnenschein, Jürgen: Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaften, Genossenschaft, Verein und Stiftung, München 1997

Enzinger (2006)

Enzinger, Michael: Zum Auskunftsanspruch des Genossenschafters, Ges 2006, 17

Etzbach (2006)

Etzbach, Markus: Empirische Bausteine für eine Theorie der Konzerne – Betriebswirtschaftliche, institutionelle und rechtliche Merkmale von Konzernen, Dissertatoin, Neubiberg 2006

Fama (1980)

Fama, E.F.: Banking in the theory of finance, Journal of Monetary Economics 1980, 39

Fantur/Zehetner (2000)

Fantur, Lukas/Zehetner, Jörg: Vinkulierte Geschäftsanteile, ecolex 2000, 428

Feldt (2008)

Feldt, Christian: Zum Begriff des wichtigen Abberufungsgrundes gemäß § 75 Abs. 4 AktG, Wann ist die Abberufung von Vorstandsmitgliedern zulässig? SWK 2008, 49

Fleck (1997)

Fleck, Hans Joachim: Zur Beweislast für pflichtwidriges Organhandeln, GmbHR 1997, 237

Fitz (2003)

Fitz, Hanns: Bestellung und Abberufung hauptamtlicher Vorstandsmitglieder von Kreditgenossenschaften, JbI 2003, 690

Frotz (1991)

Frotz, Gerhard: Ende des Genossenschaftsverbundes? ecolex 1991, 849

Frotz (1974)

Frotz, Gerhard: Analyse der genossenschaftlichen Pflichtrevision; Die Genossenschafts Revision, 1974, 10

Fuchs (2004)

Fuchs, Mirjam: Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, Dissertation, Konstanz 2004

Gaggl/Sigari-Majd (2003)

Gaggl, Martin/Sigari-Majd, Farid: Abänderung von Stimmverboten durch den Gesellschaftsvertrag, ecolex 2003, 338

Gardener/Molyneux (1998)

Gardener, E.P.M./Molyneux, P., Moore, B.: The strategic implications of EMU for European banking, The Services Industries Journal, Vol. 18 No.4, 1998, 87-108

Gassner/Lang/Wiesner (1998)

Gassner/ M.Lang/ Wiesner (Hrsg): Besteuerung von Unternehmensgruppen – Bestandaufnahme und Vorschläge zur Reform der Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, 1998

Geist (1996)

Geist, Reinhard: Zur Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 1996, 414

Geist (1992)

Geist, Reinhard: Das Wettbewerbsverbot bei Vorstandsmitgliedern von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, ÖJZ 1992, 257-270 und 290-295

Gelhausen/Hense/Klein (2002)

Gelhausen, Hans /Hense, Burkhard /Klein, Klaus-Günter: Wirtschaftsprüferhandbuch. Handbuch für Rechnungslegung, Prüfung und Beratung, Band 2, 2002

Gelter (2004)

Gelter, Martin: Kapitalerhaltung und internationale Rechnungslegung, GesRZ 2004, 177

Gelter (2001)

Gelter, Martin: Aufsichtsrat und Konzernabschluss, GesRZ 2001, 169

Ginthör/Brodey (2008)

Ginthör, Oliver/Brodey, Martin: Der AG-/SE-Vorstand. Rechte und Pflichten, Wien 2008

Görling (1993)

Görling, Helmut: Die Verbreitung zwei und mehrstufiger Unternehmensverbindungen. Ergebnisse einer empirischen Untersuchungen, Die Aktiengesellschaft, Heft 1993, 538

Göschke (2001)

Göschke, Matthias: Das Verbot der Finanzierung des Erwerbs eigener Aktien im Konzern, RdW 2001, 361

Götz/Tschuschnig (2006)

Götz, Rainer/Tschuschnig, Andreas: Steuerliche Aspekte der Sanierung von Unternehmen, taxlex 2006, 452

Greindl (1999)

Greindl, Georg: Verbotene Einlagenrückgewähr bei Umgründungen im Konzern, RdW 1999, 762

Griehser (2007)

Griehser, Peter: Die Holding in der österreichischen Rechtsordnung, ecolex 2007, 181

Griehser (2007), Holding

Griehser, Peter: Überwachungsmöglichkeiten einer Holding, ecolex 2007, 257

Grossmayer (2008)

Grossmayer, Clemens: Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, ecolex 2008, 1023

Gröhs (1987)

Gröhs, Bernhard: Der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff (§ 15 AktG, § 115 GmbHG). Seine Problematik aus der Sicht der Rechnungslegung, Berichterstattung und Prüfung von Kapitalgesellschaften, RdW 1987, 250

Gruber (2001a)

Gruber, Michael: Aufsichtsratspflicht im grenzüberschreitenden GmbH (& Co)-Konzern, wbl 2001, 254

Gruber (2001b)

Gruber, Michael: Treuhandbeteiligung an Gesellschaften, Wien 2001

Grünberger (2009)

Grünberger, David: Die Konzernrechnungslegungspflicht von Kreditinstituten, RWZ 3/2009

Grünberger (2006)

Grünberger, David: Die Bestimmung des Finanzkonglomerats, ÖBA 2006, 124

Grünberger (2005)

Grünberger, Herbert: Was Unternehmer über die Gruppenbesteuerung wissen sollten. Voraussetzungen und Folgen der Gruppenbesteuerung. Der kompakte Überblick, SWK 2005, 383

Grünwald (2003)

Grünwald, Alfons: SCE, AE, SME, SPE, FE – neue Herausforderungen für das europäische Gesellschaftsrecht, GesRZ 2003, 252

Grünwald (1984)

Grünwald Alfons: Die Aufsichtsratspflicht im GmbH Konzern, NZ 1984, 228

Gurmann/Sakowitsch

Gurmann, Stefan/Sakowitsch, Katja: Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung, GeS 2008, 136

Haberer (2003)

Haberer, Thomas: The Road Ahead: Zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts, GesRZ 2003, 211

Haberl (2005)

Haberl, Andrea: Grenzüberschreitende Ergebnisabführungsverträge und Gruppenbildungen aus kollisionsrechtlicher Sicht, wbl 2005, 545

Habersack (2008)

Habersack, Mathias: Trihotel - Das Ende der Debatte?, ZGR 2008, 533

Habersack (2005)

Habersack, Mathias: Mitwirkungsrechte der Aktionäre nach Macrotron und Gelatine, die Aktiengesellschaft 2005, Heft 5, 137

Hack (2003)

Hack, Christoph: Die Sitztheorie nach dem EuGH Urteil Überseering, GesRZ 2003, 29

Häger/Elkemann-Reusch (2004)

Häger, Michael/Elkemann-Reusch, Manfred: Mezzanine Finanzierungsinstrumente. Stille Gesellschaft – Nachrangdarlehen – Genussrechte, Berlin 2004

Hajek (2007)

Hajek, Wolfgang: Optimierung der Konzernstruktur und rechtliche Rahmenbedingungen, Diplomarbeit, Graz 2007

Hajek (2005)

Hajek, Wolfgang: Wertschaffung und Integration im Post-Merger-Management, Diplomarbeit, Graz 2005

Hajek (2004)

Hajek, Wolfgang: Bilanzanalyse und Unternehmensbewertung bei Mergers and Acquisitions im Kontext internationaler Rechnungslegungsstandards, Diplomarbeit, Graz 2004

Harrer (2009)

Harrer, Friedrich: Vermögensbindung bei der GmbH & Co KG, wbl 2009, 328

Harrer (2004)

Harrer, Friedrich: Das neue Eigenkapitalersatzrecht, wbl 2004, 201

Harrer (1999)

Harrer, Barbara: Ausübung der Leitungsfunktion einer Holding durch Unternehmensverträge, Dissertation, Graz 1999

Harrer (1990)

Harrer, Friedrich: Haftungsprobleme bei der GmbH, Wien 1990

Hartmann (1996)

Hartmann, Guido: Wertsteigerungsanalyse im Managementprozeß, Deutscher Universitätsverlag, Wiesbaden 1996

Helmis (2003)

Helmis, Sven: Fluch oder Segen für den deutschen Kapitalmarkt – Eine empirische Analyse der Squeeze-outs in deutschen Aktiengesellschaften, Institute for Mergers & Acquisitions, 2003

Henze (1994)

Henze, Hartwig: Der qualifiziert faktische GmbH Konzern (Teil I und II), ecolex 1994, 392

Hirschler (2005)

Hirschler, Klaus: Die steuerliche Behandlung der Gründung einer SE in Österreich, eastlex 2005, 91

Hlawati/Birkner/Graf (2000)

Hlawati, Edith/ Birkner, Albert/Graf, Wolfgang: Abwehrmaßnahmen gegen Hostile Takeovers, ecolex 2000, 84

Hochedlinger/Fuchs (2007)

Hochedlinger, Gerhard/Fuchs, Hubert: Stille Gesellschaft. Praxishandbuch zu gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Fragen, Wien 2007

Hoenig/Stingl (2007)

Hoenig, Christian/Stingl, Harald: Geschäftschancen – Gedanken zur Reichweite des Einlagenrückgewährverbotes, GesRZ 2007, 23

Hofmann/Nowotny

Hofmann, Bernd/Nowotny, Christian: Die Bedeutung von Bilanzgarantien beim Unternehmenskauf, GesRZ 2009, 126

Hoffmann (2006)

Hoffmann, Alexander: Der Auskunftsanspruch des Begünstigten einer Privatstiftung, GesRZ 2006, 17

Hofinger/Zawischa (2008)

Hofinger, Hans/Zawischa, Georg: Genossenschaftsreform 2008, am Ziel der kleinen Schritte zur Modernisierung des Genossenschaftsrecht, Die Gewerbliche Genossenschaft 7-8/08, 2

Hofinger (2006)

Hofinger, Hans: Die genossenschaftliche stille Gesellschaft. Ein regionalpolitischer Weg zur Verbesserung der Infrastruktur, Schulze-Delitzsch-Schriftenreihe, Wien 2006

Hofinger (2005)

Hofinger, Hans: Die Europäischen Banken im Wettbewerb, Veränderung und Herausforderungen in der Bankenlandschaft, Alter Orden vom St. Georg, Komturei Gmunden, 15. Juli 2005

Holoubek/Kalss/Kwapil/Raschauer (2005)

Holoubek, Michael/Kalss, Susanne/Kwapil, Eva-Viktoria/Raschauer, Nikolas: Der „qualifizierte Konkurs“ im Finanzdienstleistungsbereich, ÖBA 2005, 192

Hommelhoff (1982)

Hommelhoff, Peter: Konzernleitungspflicht: Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, 1982

Honsell (1987)

Honsell Heinrich: Bankenhaftung bei Unternehmenssanierung, Juristische Blätter, 1987, 146

Honsell (1987)

Honsell Heinrich: Die GmbH und der Gläubigerschutz, GesRZ 1987, 173 ff.

Huber/Zandler

Huber, Peter/Zandler, Dieter: Exit-Regelungen in Private Equity Transaktionen, ecolex 2007, 832

Hüffer (2008)

Hüffer Uwe: Aktiengesetz, 8. Auflage, 2008

Hüffer (2007)

Hüffer, Uwe : Gesellschaftsrecht, 7. Auflage, Wien 2007

Hügel (2006)

Hügel, Hanns: Verbot der Einlagenrückgewähr – Konzernsynergien. Arm's length-Gebot oder bloße Substanzerhaltungsgarantie? Konzerninterne Liefer- und Leistungsbeziehungen – Verrechnungspreisgrundsätze – Konzernsynergien, 2006, Quelle: Online Skript

Hügel (2001)

Hügel, Hanns: Aktuelle Probleme des Spaltungsrechts. Zuordnung und Teilung von Vertragsverhältnissen, Squeeze-out-Spaltung, Konzern-Spaltung, Summegrundsatz, wbl 2001, 387

Immenga (1992)

Immenga, F.A: Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten, in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, 189

Immenga (1970)

Immenga, F.A: Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, 271

Inwinkl (2004)

Inwinkl, Petra: Änderungen von Spaltungsstrategien für die Europäische Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften, NZ 2004, 87

Jablonec/Lucius/Schramm (2009)

Jablonec, Clemens/Lucius, Otto/Schramm, Alfred: Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts – Festschrift für H. René Laurer, Wien 2009

Jabornegg/Strasser, Kommentar (2006)

Jabornegg, Peter/Strasser, Rudolf, Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, Wien 2006

Jabornegg (1989)

Jabornegg, Peter: Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, WBL 1989

Jahraus (1988)

Jahraus, Gerd: Ordnung und Haftung im faktischen GmbH-Konzern, Mannheim 1988

Jansen (2001)

Jansen, Stephan A.: Mergers & Acquisitions. 4. Auflage, Wiesbaden 2001

Jensen/Meckling (1976)

Michael C. Jensen /William H. Meckling: The Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure, 3 J. Fin. Econ. 305, 1976

Jost (2001)

Jost, P.J. (Hrsg): Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, Schäffer-Poeschel, Stuttgart, 2001

Jöstingmeier (1994)

Jöstingmeier, Bernd: Aktuelle Probleme der Genossenschaften aus rechtswissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, 1994, 77

Jud/Zierler (2003)

Jud, Waldemar/Zierler, Joachim: Zur Reichweite mehrheitsregelnder Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften, NZ 2003, 39

Jud/Zollner/Terlitz (2002)

Jud, Waldemar/Zollner, Johannes/Terlitz, Bernd: Höchststimmrechte bei der Ermittlung übernahmerechtlicher Schwellenwerte, NZ 2002, 23

Jud/Hauser (1994)

Jud, Waldemar/Hauser, Werner: Die Vinkulierung von Namensaktien als Instrument der konzernrechtlichen Eingangskontrolle, NZ 1995, 121

Jud/Schummer (1994)

Jud, Waldemar/Schummer, Gerhard: Zur Abschlusskompetenz für Ergebnisabführungsverträge beim Organträger, WBl 1994, 80

Jud (1993)

Jud, Waldemar: Vorratsbeschlüsse im System zustimmungspflichtiger Geschäfte des Aufsichtsrates, ÖBA, 1993

Jud (1993), Stimmrecht

Jud, Waldemar: Die Genossenschaft als Organgesellschaft und ihr Stimmrecht als Organträger, WBl 1993, 347

Jud/Nitsche (1987)

Jud, Waldemar/Nitsche, Gunter: Zur internen Wirksamkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses bei einer GmbH, NZ 1987, 305

Jud (1982)

Jud, Waldemar: Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderen Organfunktionen im Konzern, GesRZ 1982, 111

Jud (1979)

Jud, Waldemar: Aktuelle Aspekte des Rechtes der Anlage-Publikums-KG I, GesRZ 1979, 1

Jud (1978)

Jud, Waldemar: Die Stille Beteiligung an einer GmbH, Eine Alternative zur GmbH & Co KG, Habilitation, 1978

Jud (1968)

Jud, Waldemar: Der Konzernatbestand im österreichischen und deutschen Recht, Dissertation, 1968

Kaindl/Rieder (2006)

Kaindl, Claudia/Rieder, Bernhard: Neuerungen für das Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, GesRZ 2006, 247

Kalss/Eckert/Schörghofer (2009)

Kalss, Susanne/Eckert, Georg/Schörghofer, Paul: Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG, GesRZ 2009, 65

Kalss/Nowotny/Schauer (2008)

Kalss, Susanne/Nowotny, Christian/Schauer, Michael: Österreichisches Gesellschaftsrecht, Wien 2008

Kalss/Zollner (2007)

Kalss, Susanne/Zollner, Johannes: Die Offenlegung von Beteiligungen nach der Börsegesetznovelle 2007, ÖBA 2007, 884

Kalss (2006)

Kalss, Susanne: Das neue Recht des Gesellschafterausschlusses, RWZ 2006, 168

Kalss/Rüffler (2005)

Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH, 2005, 71

Kalss/Oppitz/Zollner (2005)

Kalss, Susanne/Oppitz, Martin/Zollner, Johannes: Kapitalmarktrecht, Wien 2005

Kalss/Greda (2004)

Kalss, Susanne/Greda, Claudia: Die Europäische Gesellschaft (SE) österreichischer Prägung nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 2004, 91

Kalss/Zollner (2004)

Kalss, Susanne/Zollner, Johannes: Die Tochtergesellschaft in der SE-VO. Zu den Voraussetzungen der Gründung einer SE, GeS 2004, 339

Kalss/Rüffler (2003)

Kalss, Susanne/Rüffler, Friedrich: GmbH-Konzernrecht. Stand und Entwicklung im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht, Klagenfurt 2003

Kalss (2003)

Kalss, Susanne: Ausgewählte Fragen der Haftung der sonstigen Gesellschaften gem. § 15 SpaltG, Wbl 2003

Kalss (1993)

Kalss, Susanne: Die Offenlegung von Beteiligungen, ÖBA 1993, 615

Kandut (1990)

Kandut, Elisabeth: Gläubigerschutz und Konzerninsolvenz, Dissertation, Graz 1990

Kapsch/Grama (2003)

Kapsch, Ingo/Grama, Bernd: Business Judgment Rule: Pflichtwidrige oder bloß unglückliche Geschäftsentscheidung?, ecolex 2003, 524

Karollus/Kofler (2005)

Karollus, Martin/Kofler Georg: Eigene Anteile im Rahmen der finanziellen Verbindung nach § 9 Abs. 4 KStG, taxlex 2005, 179

Karollus/Artmann (2001)

Karollus, Martin/Artmann, Eveline: Zur Auslegung einer Vinkulierungsklausel – individuelles Zustimmungsrecht, Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht und mittelbare Anteilsverschiebungen, GesRZ 2001, 64

Karollus (1999)

Karollus, Martin: Gedanken zur Finanzierung im Konzern und zur Reichweite des Ausschüttungsverbotes, ecolex 1999

Karollus (1995)

Karollus, Martin: Auslegung und Gültigkeit einer Substanzwertklausel, NZ 1995, 193

Karollus (1990)

Karollus, Martin, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig“-Erkenntnissen, 1990, ÖBA 1990, 337

Karner (2007)

Karner, Ernst: Grenzen der Amtshaftung bei mangelhafter Bankeaufsicht, ÖBA 2007, 794

Kaserer/Bühner (2002)

Kaserer, Christoph/Bühner, Thomas: Unternehmensabspaltungen als Wertsteigerungsinstrument, Lehrstuhl für Internationales Management/Internationale Kapitalmärkte, München/Fribourg 2002

Kastner/Umfahrer (1991)

Kastner, Alfred/Umfahrer, Michael: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Auflage, 1991

Kastner/Doralt/Nowotny (1990)

Kastner, Walther/Doralt, Peter/Nowotny, Christian: Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage, Wien 1990

Kastner (1980)

Kastner, Walther: Syndikatsverträge in der österreichischen Praxis, ÖZW 1980, 1

Kawan (1988)

Kawan, Elisabeth: Die Haftung des Gesellschafters einer GmbH, Diss., Graz 1988

Keinert (1992)

Keinert, Heinz: Genossenschaftsverbund und Genossenschaftsautonomie, ÖJZ 1992, 284

Keinert (1988)

Keinert, Richard: Österreichisches Genossenschaftsrecht, Wien 1988

Kenney (2004)

Kenney, Chris: Do most Acquirers leave too much to chance? In The Dealermaker's Journal, 002060010, 2004

Kessler/Kräner/Köhler (2004)

Kessler/Kräner/Köhler (Hrsg.): Konzernsteuerrecht, München 2004

Klement (2006)

Klement, Felix Michael: Gesellschafterausschluss nach dem Gesellschafterausschlussgesetz, ecolex 2006, 912

Klemm-Bollenberger (2002)

Klemm-Bollenberger, Margit: Geschäftsführerhaftung, 2. Auflage, Wien 2002

Koblin (2002)

Koblin, Carsten: Wertsteigernde Konzernstrukturen, Dissertation, Freiburg 2002

Kofler/Polster-Grüll (2006)

Kofler, Polster-Grüll, (Hrsg): Private Equity und Venture Capital, Linde Verlag, Wien, 2006

Kohler (1995)

Kohler, Gerhard: Probleme bei atypisch stillen Beteiligungen. Fallstricke nach der jüngsten Rechtssprechung und Verwaltungspraxis, SWK 1995, 423

Konecny/Schubert (1997)

Konecny, Andreas/Schubert, Günter: Kommentar zur KO, Wien 1997

Koppensteiner (2009)

Koppensteiner, Hans-Georg: Über Grenzen der Vertragsfreiheit im Innenverhältnis von GmbH und O(H)G, GesRZ 2009, 197

Koppensteiner (2008)

Koppensteiner, Hans-Georg: Aktienrechtliches Auskunftsrecht und Unternehmensverbund, GesRZ 2008, 200

Koppensteiner (2007)

Koppensteiner, Hans-Georg: Über verdeckte Sacheinlagen, unzulässige Zuwendungen aus dem Gesellschaftsvermögen und freie Verfügung, GeS 2007, 280

Koppensteiner (2006), Existenzvernichtung

Koppensteiner, Hans-Georg: Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176

Koppensteiner (2006), Haftung

Koppensteiner, Hans-Georg: Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006

Koppensteiner (2006), Squeeze-Out

Koppensteiner, Hans-Georg: Einige Fragen zum „Squeeze-Out“, GeS 2006, 143

Koppensteiner (2005), Verbundtatbestände

Koppensteiner, Hans-Georg: Verbundtatbestände im Finanzbereich in ÖBA 2005, 623

Koppensteiner (2005), Ordnungszusammenhänge

Koppensteiner, Hans-Georg: Ordnungszusammenhänge im Wirtschaftsrecht, in JBL 2005, 137

Koppensteiner (2005), Zurechnung

Koppensteiner, Hans-Georg: Zurechnung von Beteiligungen im Wirtschaftsrecht, Wbl 2005, 292

Koppensteiner (2005), Gruppenbesteuerung

Koppensteiner, Hans-Georg: Gruppenbesteuerung, Verlustvortrag und Gesellschaftsrecht, GeS 2005, 404

Koppensteiner (1999)

Koppensteiner, Hans-Georg: Verschmelzung und Vermögensbindung, WBl 1999, 333

Koppensteiner, Kommentar (1999)

Koppensteiner, Hans-Georg: GmbH-Gesetz Kommentar, Wien 1999

Koppensteiner/Rüffler (1999)

Koppensteiner, Hans-Georg/Rüffler, Friedrich: Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (I) und (II), GesRZ 1999, 86 und 144

Koppensteiner (1991)

Koppensteiner, Hans-Georg: GmbH-rechtliche Probleme des Management Buy-Out, ZHR 1991, 97

Koppenseiner (1990)

Koppensteiner, Hans-Georg: Wechselseitige Beteiligung im Recht der GmbH, Wbl 1990, 1

Koppensteiner (1988)

Koppensteiner, Hans-Georg: Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, WBl 1988, 1

Koppensteiner/Rüffler, GmbH Gesetz Kommentar (2007)

Koppensteiner, Hans-Georg/Rüffler, Friedrich: GmbH-Gesetz: Kommentar, 3. Auflage, 2007

Korinek (2000)

Korinek, Stephan: Amtshaftung für fehlerhafte Versicherungsaufsicht, ÖJZ 2000, 741

Kotrnoch (1978)

Kotrnoch, Herbert: Der Konzern im österreichischen Steuerrecht, SWK 1978, A VI 61

Koziol/Welser (2001)

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts II, 12. Auflage, 2001

Koziol (1995)

Koziol, Helmut: Wem haftet der Genossenschaftsrevisor, JBl 1995, 681

Koziol (1994)

Koziol, Helmut: Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209

Koziol (1983)

Koziol, Helmut: Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung, RdW 1983, 34

Kramer (2007)

Kramer, Ernst: Grenzen der Amtshaftung bei mangelhafter Bankaufsicht, ÖBA 2007, 794

Kreil (2002)

Kreil, Linda: Zum Haftungs- und Zurechnungsdurchgriff bei Arbeitnehmeransprüchen im Konzern in Recht der Wirtschaft, 2002, 415

Krejci (2008)

Krejci, Heinz: Zur Weisungsfreiheit bankrechtlicher Geschäftsleiter von Kreditgenossenschaften, ÖBA 2008, 710

Krejci (2007)

Krejci, Heinz: § 38 UGB: Zurück ins Trockendock? ÖJZ 2007, 73

Krejci (2005)

Krejci, Heinz: Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 215

Krejci (2004)

Krejci, Heinz: Zur Zulässigkeit von AG-Stiftungen, GeS 2004, 331

Krejci (2003)

Krejci, Heinz: Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002 in JBl 2003, 217

Krejci (2002)

Krejci, Heinz: Zum Förderungsprivileg der Genossenschaften, Wien 2002

Krejci (2001)

Krejci, Amtshaftung für den Verlust BWG-widriger Investitionen in eine Bank?, ÖBA 2001, 461

Krejci/van Husen (2000)

Krejci, Heinz/van Husen, Rainer: Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54

Krejci (1998)

Krejci, Amtshaftung für Bankprüfer, 1998, 16

Krejci (1993)

Krejci, Heinz: Zum Gmbh-rechtlichen Ausschüttungsverbot in WBl 1993, 269

Krejci (1992), GG

Krejci, Heinz: Zum Unternehmensgegenstand der Genossenschaft, ecolex 1992, 849

Krejci (1992), Vinkulierte Namensaktien

Krejci, Heinz: Vinkulierte Namensaktien, ecolex 1992, 560

Krejci (1992)

Krejci, Heinz: Zur Konzernfähigkeit von Genossenschaften, ÖZW 1992, 97

Krejci (1988)

Krejci, Heinz: Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen? Teil: Partnerschaft, Verein, Konzern. Zur Harmonisierung und Modernisierung des Gesellschafts- und Unternehmensrechtes - Gutachten, Verhandlungen des Zehnten Österreichischen Juristentages Wien 1988

Kropff (1987)

Kropff, Bruno: Bilanz- und Konzernrecht, Festschrift für Reinhard Goerdeler, Hrsg. von Havermann, Düsseldorf 1987

Kurat (2009)

Kurat, Sebastian: Konzernwirkung von Vinkulierungsklauseln, GesRZ 2009, 92

Langenegger (1967)

Langenegger, E.: Konzernunternehmungspolitik: Grundlagen, Grundfragen und Zielsetzungen, Bern 1967 (Schriftenreihe „Prüfen und Entscheiden“, Bd. 4), zugleich Habilitation Universität Bern

Laurer/Borns/Strobl/Schütz M./Schütz O. (2008)

Laurer, Rene/ Borns, Rainer/Strobl, Johann/Schütz, Melitta/Schütz, Oliver: Kommentar zum Bankwesengesetz, Wien 2008

Lauss (2004)

Lauss, Wolfgang: Zum Ausmaß der Berichtspflicht des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat insbesondere bei Konzernmuttergesellschaften. Konzernbericht befreit nicht von der gesonderten Berichtspflicht für das Einzelunternehmen, SWK 2004, 41

Lehner (2005)

Lehner, Andrea: Die Beweislastverteilung der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128

Lindinger (2003)

Lindinger, Christoph: Über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte, JBL 2003, 724

Liebscher (2006)

Liebscher, Thomas: GmbH Konzernrecht – die GmbH als Konzernbaustein, München 2006

Liebscher (2003)

Liebscher, Thomas: Umgehungsresistenz von Vinkulierungsklauseln, ZIP 2003, 825

Luschin (2005)

Luschin, Wolfgang: GESRÄG 2005 – Zwischen Corporate Governance und Aktiengesetz, GeS 2005, 150

Lutter (1976)

Lutter, Marcus: Zur Treuepflicht des Großaktionärs, JZ 1976, 225

Lutter/Timm (1982)

Lutter, Marcus/Timm, Wolfram: Konzernrechtlicher Präventivschutz im GmbH-Recht, NJW 1982, 409

Lutter/Grunewald (1989)

Lutter, Marcus/Grunewald, Barbara: Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH, AG 1989, 409

Lutter (1995)

Lutter, Marcus (Hrsg.): Holdinghandbuch, 1995

Lutter/Scheffler/Schneider (1998)

Lutter, Marcus/Scheffler, Eberhard/Schneider, Uwe (Hrsg.): Handbuch der Konzernfinanzierung, Köln 1998

Mader (2002)

Mader, Peter: Kapitalgesellschaften, 4. Auflage 2002

Margreiter (1995)

Margreiter, Max: GmbH & Atypisch Still. Einige Anmerkungen zum Einkommensteuerrecht, ecolex-script 1995, 2

Mautner (2000)

Mautner, Andreas: Kridadelikte in Konzernen unter strafrechtlichen und zivilrechtlichen Aspekten, Dissertation, Graz 2000

Mayer (1999)

Mayer, Leopold: Skriptum zur Vorlesung Versicherungswirtschaftslehre, www.fam.tuwien.ac.at (28. Jänner 2010)

Mayr (2005)

Mayr, Gunter: Die neue Gruppenbesteuerung nach dem ABGÄG 2005, UFSaktuell 2005, 6

Mestmäcker/Behrens (1991)

Mestmäcker, Ernst-Joachim/Behrens, Peter (Hrsg.): Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991

Meusburger (2008)

Meusburger, Gabriele Susanne: Kapitalaufbringungsvorschriften und Cash-Pooling: Ein Überblick über diskutierte Gestaltungsvarianten und die Lösungsansätze des deutschen MoMIG, GesRZ 2008, 216

Moser (2009)

Moser, Gerald: Beteiligungsmanagement in Konzernen unter besonderer Berücksichtigung der Integration in die Unternehmensstruktur, Aufsichtsrat aktuell 2009 H3, 23

Moser (2008)

Moser, Gerald: Weitere Annäherung der kapitalistischen KG an echte Kapitalgesellschaften, SWK 2008, 187

Nickerl/Portisch/Riefel (2000)

Nickerl, Josef/Portisch, Franz/Riefel, Hans: Praxiskommentar zum Sparkassengesetz, Wien 2000

Novacek (2000)

Novacek, Erich: Handbuch der Konzernbesteuerung in Österreich, Wien 2000

Novacek (1998)

Novacek, Erich: Der Konzernbegriff im Einkommensteuerrecht, RdW 1998, 104

Nowotny (2005)

Nowotny, Georg: Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Wien 2005

Nowotny (1995)

Nowotny, Christian: Anlegerhaftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei Kursverlusten, RdW 1995, 132

Nowtony (1986)

Nowotny, Christian: Wechselseitige Beteiligungen, RdW 1986, 303

Oberlechner/Stelzel

Oberlechner, Peter/Stelzel, Michael: Über Risikomanagement in Kapitalgesellschaften – Bereit für die nächste Krise, ecolex 2009, 832

Oberndorfer/Leitner (2009)

Oberndorfer, Klaus/Leitner, Nikola: Ausdehnung des Einlagenrückgewährverbots auf atypisch stille Gesellschafter, ecolex 2009

Olsen (1996)

Olsen, Trond E.: Agency Costs and the Limits of Integration, RAND Journal of Economics 1996, vol 27, issue 3, 479

Peneder/Schwarz/Jud (2006)

Peneder, Michael/Schwarz, Gerhard/Jud, Thomas: Der Einfluss von Private Equity und Venture Capital auf Wachstum und Innovationsleistung österreichischer Unternehmen, 2006, BWA/WKO

Pernsteiner/Mittermair (2002)

Pernsteiner, Helmut/Mittermair, Klaus (Hrsg.): Handbuch Fusionen – Allgemeine, betriebswirtschaftliche, rechtliche und Branchen-Aspekte, Linz 2002

Picot (2002)

Picot, Gerhard (Hrsg.): Handbuch Mergers & Acquisitions – Planung, Durchführung, Integration, 2. Auflage, Stuttgart 2002

Pilz (1994)

Pilz, Peter: Probleme der verdeckten Gewinnausschüttung. Leistungen einer Gesellschaft an einen Gesellschafter, Dissertation, Graz 1994

Pöltner (2002)

Pöltner, Maria: Der Notgeschäftsführer in der GmbH, Wien, 2002

Popov/Roosenboom (2009)

Popov, Alexander/Roosenboom, Peter: On the real effects of private equity investment; evidence from new business creation, European Central Bank Working Paper Series, 2009, No 1078

Prändl/Sammer (2004)

Prändl, Felix/Sammer, Brigitte: Das Monistische System in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), GeS 2004, 300

Rajan/Servaes/Zingales (2000)

Rajan, Raghuram/Servaes, Henri/Zingales Luigi: The Cost of diversity: The Diversification Discounts and Inefficient Investments, Journal of Finance 2000, 35

Rappaport (1999)

Rappaport, A: Shareholder Value – Ein Handbuch für Manager und Investoren, 2. Auflage, Stuttgart 1999

Raschauer (2005)

Raschauer, Bernhard: Bankaufsicht, Amtshaftung und Beihilfenverbot, ÖJZ 2005

Raschauer/Wessely (2004)

Raschauer, Bernhard/Wessely, Wolfgang: Ausgewählte Fragestellungen zum Staatskommissär im Wirtschaftsaufsichtsrecht, ÖZW 2004, 70

Ratka (2004)

Ratka, Thomas: Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, GeS 2004, 20

Ratka (2003)

Ratka, Thomas: Der Dritte Streich: EUGH Entscheidet „Inspire Art“, GeS 2003, 432

Rau-Bredow (1999)

Rau-Bredow, Hans: Finanzierungsverträge und Konzernbildung, Habilitation, Würzburg 1999

Rauter (2007)

Rauter, Alexander Roman: Beschlussfassung, in JAP 2006/2007/34

Rauter (2006)

Rauter, Alexander Roman: Zu Pflichten und Sorgfalt des Aufsichtsrates oder Auch Sekundenschlaf kann tödlich sein, JAP 2006/2007/6

Rauter (2005)

Rauter, Alexander Roman: Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, JAP 2005/2006/6

Rauter (2004)

Rauter, Roman Alexander: Die geplanten Neuerungen des GesRÄG 2005. Ein Überblick, JAP 2004/2005/47

Rauter (2004)

Rauter, Roman Alexander: Societas Europaea, JAP 2004/2005/25

Rebernick/Schmidsberger (2009)

Rebernick, Reinhard/Schmidsberger, Gerald: Zur Anfechtung von Kapitalmaßnahmen und Umgründungsvorgängen im Insolvenzverfahren, GeS 2009, 182

Rebhahn (2004)

Rebhahn, Amtshaftung für "Bankprüfer" - Wohltat oder Irrweg?, ÖBA 2004, 267

Rebhahn (2003)

Rebhahn, Rechtsvergleichendes zur Amtshaftung, in BMJ (Hrsg), Haftung für staatliches Handeln, 2003, 249

Rebhahn (1997)

Rebhahn, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997

Reich-Rohrwig (2004)

Reich-Rohrwig, Johannes: Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), ecolex 2004, 760

Reich-Rohrwig (2004)

Reich-Rohrwig: Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, Wien 2004

Reich-Rohrwig (2002)

Reich-Rohrwig, Johannes: Wirtschaft im Wandel – Zusammenarbeit ist gefragt, ecolex-skript 2002/23

Reich-Rohrwig (1997)

Reich-Rohrwig, Das Österreichische GmbH-Recht, 2. Auflage, 1997

Reich-Rohrwig (1990)

Reich-Rohrwig, Johannes: Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft weisungsgebunden?, ecolex 1990, 285

Reich-Rohrwig/Thiery (1990)

Reich-Rohrwig, Johannes/Thiery, Gottfried: Zur geplanten Einführung von Mehrstimmrechtsaktien, ecolex 1990, 26

Reich-Rohrwig (1988)

Reich-Rohrwig, Johannes: Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre, WBI 1988, 141

Reich-Rohrwig (1983)

Reich-Rohrwig, Das Österreichische GmbH-Recht, 1. Auflage, 1983

Reichert (2005)

Reichert, Jochem: Mitwirkungsrechte und Rechtsschutz der Aktionäre nach Macrotron und Gelatine, Die Aktiengesellschaft 2005, Heft 5, 150

Reiner (1995)

Reiner, Günter: Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung, München 1995

Resch (2000)

Resch, Reinhard: Zur Ressortverteilung im Vorstand der Aktiengesellschaft, GesRZ 2000

Rinker/Böschnerbröcker/Bauer (2008)

Rinker, Andreas/Böschnerbröcker, Helge/Bauer, Ekkehardt: Central and Eastern European Banking Study 2008: Potentiale, Strategien und Erfolgsfaktoren nationaler und internationaler Kreditinstitute, ÖBA 2008, 827

Riss (2010)

Riss, Olaf: Doppelorganschaft, Kollision von Treuepflichten und Business Judgment Rule, ecolex, 2010, 156

Reul (1997)

Reul, Adolf: Das Konzernrecht der Genossenschaften, Baden Baden 1997, 181

Ruhm/Schröckenfuchs (2004)

Ruhm, Thomas/Schröckenfuchs, Harald: Rechtsfolgen praktischer Verfahrensfehler von Hauptversammlungsbeschlüssen, ÖJZ 2004/11

Risak (2004)

Risak, Martin: Die Arbeitnehmermitwirkung in der Societas Europaea, ecolex 2004, 767

Riegler/Wesener (1997)

Riegler, Günter/Wesener, Wolfgang: Frühwarnparameter und Haftungen nach dem 4. Abschnitt des URG, ecolex 1997, 758

Rogall (2006)

Rogall, Klaus: §§ 30 und 130 OWIG, in: SENGE Lothar (Hrsg), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl, München 2006

Röper (2009)

Röper, Lukas: Rügeobliegenheit beim Share Deal? ecolex 2009, 935

Röpke (2002)

Röpke, Oliver: Europäische (Aktien-)Gesellschaft (SE) und Arbeitnehmerbeteiligung, RdA 2002, 177

Ross/Westerfield/Jaffe (2002)

Ross, Stephan A./Westerfield, Randolph W./Jaffe, Jeffrey: Corporate Finance, New York, 2002

Rüffler (2005)

Rüffler, Friedrich: Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – Überholtes oder sinnvolles Konzept, GeS 2005, 140

Saurer (1995)

Saurer, Ulrich: Leveraged Management Buy-Out – Eine fallbezogene Analyse aus aktien-, handelsbilanz- und steuerrechtlicher Sicht, Dissertation, Graz 1995

Schaschl (1998)

Schaschl, Tatjana: Gestaltung des Stimmrechts im GmbH-Gesellschaftsvertrag, NZ 1998, 65

Schärf (2004)

Schärf, Wolf-Georg: Rieger Bank – OGH zu Fragen der Haftung der Aufsichtsräte – Ende der Fragen, GesRZ 2004, 39

Schärf (1990)

Schärf, Wolf-Georg: Die aktienrechtliche Treuepflicht zwischen den Aktionären, GesRZ 1999, 170

Scheffler (2004)

Scheffler, Eberhard: Konzernmanagement. Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernführungspraxis, München 2004

Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar (1998)

Schiemer, Karl/Jabornegg, Peter/Strasser, Rudolf: Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, Wien 1998

Schierenbeck (1980)

Schierenbeck, H.: Der Pyramiden-Effekt im verschachtelten Konzern, DBW, Bd. 40, 1980

Schima (2007)

Schima, Georg: Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93

Schima (2006)

Schima, Georg: Gestaltungsfragen bei Vorstandsverträgen in der AG, ecolex 2006, 452

Schirmer/Uitz (2007)

Schirmer, Thomas/Uitz, Markus: Syndikatsvertrag, ecolex 2007, 609

Schlosser (2002)

Schlosser, Lothar: Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, Wien 2002

Schmidsberger (2002)

Schmidsberger, Gerald: Eigenkapitalersatz im Konzern – Derzeitige Rechtslage und künftiges EKEG, GeS 2002, 9

Schmidsberger (2000)

Schmidsberger, Gerald: Eigenkapitalersetzende Dienstleistung, RdW 2000, 455

Schmidsberger (1998)

Schmidsberger, Gerald: Eigenkapitalersetzende Gebrauchstüberlassung, ZIK 1998, 15

Schmidt (2002)

Schmidt, Sabine: Stimmverbote in der GmbH. Wann dürfen Gesellschafter in eigener Sache abstimmen, Wien 2002

Schmidt (1995)

Schmidt, Kerstin: Wechselseitige Beteiligungen im Gesellschafts- und Kartellrecht, Hamburg 1995

Schoberl (1996)

Schoberl, Marion: Der Einfluss der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht auf das Stimmrechtsverhalten in AG und GmbH, Dissertation, Graz 1996

Scholtens/Wensveen (2003)

Scholtens, B./Wensveen D.: The Theory of Financial Intermediation, SUERF – The European Money and Finance Forum, Vienna 2003

Schopper/Strasser (2005)

Schopper, Alexander/Strasser, Christian: Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176

Schradin (2004)

Schradin, Heinrich: Versicherungsmanagement unter dem Einfluss von Solvency II und internationaler Rechnungslegung, ÖBA 2004, 906

Schröckenfuchs (2003)

Schröckenfuchs, Harald: Der Gleichheitsgrundsatz und die Information der Aktionäre durch die Gesellschaft, JBl 2003, 541

Schummer (2001)

Schummer, Gerhard: Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung - ebenfalls ein Irrweg? in Koppensteiner-FS, 2001, 211

Schütz/Hörtnagl/Hiebinger (2009)

Schütz, Oliver/Hörtnagl, Bernhard/Hiebinger, Philipp: Die Umsetzung der Akquisitionsrichtlinie in das österreichische Bankwesengesetz, vorbereit. Publik.

Schwarz (1997)

Schwarz, Winfried: Zuständigkeit der Hauptversammlung zu Strukturmaßnahmen, in ecolex 1997, 667

Spatz/Gurmann (2008)

Spatz, Philipp/Gurmann, Stefan: Stimmverbote im Syndikat, GesRZ 2008, 274

Steding (1999)

Steding, Rolf: Die eingetragene Genossenschaft - eine (noch) konkurrenzfähige Rechtsform zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften? NZG 1999, 284.

Stefaner/Weninger (2006)

Stefaner, Markus M./Weninger, Patrick J.: Gruppenbesteuerung Best Practice für den österreichischen Bankensektor in ÖBA 2006, 744

Stefaner/Weninger (2005)

Stefaner, Markus M./Weninger, Patrick J.: Die Gruppenbesteuerung im österreichischen Konzernsteuerrecht, ecolex 2004, 508

Steiner (1995)

Steiner, Gerhard: Der Schutz außenstehender Gesellschafter einer abhängigen GmbH im faktischen Konzern, Graz 1995

Stiglitz/Weiss (1983)

Stiglitz, J.E., and Weiss, A.: Incentive effects of terminations: Applications to the credit and labor markets, American Economic Review 73, 1983, 912

Stiglitz/Weiss (1981)

Stiglitz, J.E., and Weiss, A.: Credit rationing in markets with imperfect information, American Economic Review 71, 1981, 393

Strasser (1990)

Strasser, Rudolf: Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBl 1990, 477 (Teil 1) und 552 (Teil 2)

Straube/Rauter (2007)

Straube, Manfred/Rauter, Roman, Alexander: Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH Geschäftsführer, JAP 2007/2008/15

Straube, Kommentar (2000)

Straube, Manfred: Kommentar zum Rechnungslegungsgesetz (Hrsg.). (HGB-Kommentar, Band II), 2. Auflage Wien 1999/2000.

Süchting/Paul (1998)

Süchting, Joachim/Paul, Stephan: Bankmanagement, Stuttgart 1998

Süss (1993)

Süss, Christa: Größe und Konzernführung. In: Konzernhandbuch, Hrsg. v. Friedrich Hoffmann. Wiesbaden: Gabler, 1993, 440

Terlitza (2005)

Terlitza, Bernd: Neues vom Squeeze-Out : Die Vorgaben der Übernahmerrichtlinie und das Mindestbeteiligungserfordernis im Spaltungsrechtlichen Überprüfungsverfahren, Ges 2005, 71

Theisen (2000)

Theisen, Manuel Renè: Der Konzern. Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmung, München 2000

Thiery (1989)

Thiery, Gottfried: Höchststimmrecht für Aktionäre, NZ 1989, 81

Thöni (2003)

Thöni, Wilfried: Sind treuwidrige Stimmabgaben von GmbH-Gesellschaftern bei der Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter mitzuzählen? GesRZ 2008, 346

Thöni (1994)

Thöni, Wilfried: Verantwortlichkeit der Aktionäre für die Stimmrechtsausübung, ecolex 1994, 230

Thöni (1993)

Thöni, Wilfried: Beschlufanfechtung und Schadenersatzhaftung im GmbH-Recht (I u II), ecolex 1993, 674

Thöni (1987)

Thöni, Wilfried: Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1987, 82

Thunshirn (1997)

Thunshirn, Roman: Rangrücktrittsvereinbarungen im Steuerrecht: Taugliches Instrument zur Beseitigung der Überschuldung, SWK 1997, 507

Tichy (2000)

Tichy, Maximilian: Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften, 2000

Torggler (2006)

Torggler, Ulrich: Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBL 2006, 85

Torggler (2006)

Torggler, Ulrich: Zur sog. Materiellen Beschlusskontrolle, insb. Bei der Umwandlung (Teil II), GeS 2006, 109

Torggler (2002)

Torggler, Ulrich: Business Judgement Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen. Zugleich eine Besprechung von Grass, Business Judgement Rule, ZfRV 2002/9

Torggler (1998)

Torggler, Hellwig: Verantwortung und Haftung der Mitglieder von Stiftungsvorständen, ecolex 1998, 130

Torggler (1996)

Torggler, Ulrich: Treupflichten im faktischen GmbH-Konzern. Zum Minderheitenschutz in der abhängigen GmbH, Dissertation, Wien 1996

Torggler (1980)

Torggler, Hellwig: Atypische Beteiligungsverhältnisse im Handels und Steuerrechte, ÖJZ 1980, 505

Uhde/Heimeshoff (2009)

Uhde, Andre/Heimeshoff, Ulrich: consolidation in banking and financial stability in Europe: Empirical evidence, Diskussionspapier Insitut für wirtschaftspolitik und Quantitative wirtschaftsforschung ISSN 1869-6707

Ulrich (1970)

Ulrich, Hans: Die Unternehmung als produktives soziales System – Grundlagen der allgemeinen Unternehmungslehre, Stuttgart 1970 (Schriftenreihe „Unternehmung und Unternehmungsführung“ Bd. 1)

Van Husen (2001)

Husen van, Rainer: Zum Schicksal des Partizipationskapitals und seiner Verwandtschaft zu Vorzugsaktien, VR 2001, 230

Van Husen (1998)

Husen van, Rainer: Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital, 1998

Vanis (1991)

Vanis, Wolfgang: Beherrschung von Kapitalgesellschaften, Wien 1991

Von Büren (2005)

Von Büren, Roland: Der Konzern – Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Basel 2005

Wagenhofer/Ewert (2002)

Wagenhofer, Alfred/Ewert, Ralf: Interne Unternehmensrechnung, Wien und Frankfurt am Main 2002

Wagner (2006)

Wagner, Raoul: Zessionsverbot & Rechtswahl am Beispiel Cash-Pooling, ecolex 2006, 115

Wallisch (2001)

Wallisch, Gert: Die wechselseitige Beteiligung, GesRZ 2001, 136

Walter (2004)

Walter, Thomas: Umgründungssteuerrecht, Wien 2004

Weinländer (1995)

Weinländer, Lukas: Gestaltung und Finanzierung des Wachstums von Konzernen, Dissertation, Wien 1995

Welser (1983)

Welser, Rudolf: Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 1983

Weston/Chung/Hoag (1990)

Weston, J.F./Chung, K.S./Hoag, S.E.: Mergers, Restructuring, and Corporate Control, Englewood Cliffs N.J. 1990

Wiedmaier (2001)

Wiedmaier, Elisabeth: Haftung von Bankorganen. Die strafrechtliche Verantwortung der im Bankbereich tätigen Organe, Wien 2001

Wiesner/Kirchmayr/Mayr (2008)

Wiesner, Werner/Kirchmayr, Sabine/Mayr, Gunter: Gruppenbesteuerung, Praxiskommentar, 2. Auflage, Wien 2008

Winkler/Vaclavek (2004)

Winkler, Oskar/Vaclavek, Mirjam: Ad hoc – Publizität/Beteiligungspublizität/Insiderproblematik bei Beteiligungsveräußerungen, RdW 2004,

Winkler (1993)

Winkler, Günter: Rechtsfragen der Haltung von Liquiditätsreserven und Mindestreserven im sektoralen Verbund der Raiffeisenbanken, JBl 1993, 137

Winner (2006)

Winner, Martin: Das Pflichtangebot nach neuem Übernahmerecht, ÖJZ 2006/42

Zehetner/Bauer (2004)

Zehetner, Jörg/Bauer, David Christian: Mittelbare Beteiligungen und Konzern im EKEG, ÖJZ 2004/46

Zehetner (2004)

Zehetner, J./Zehetner, U.: Schutz vor unliebsamen Mitgesellschaftern: Vinkulierung von Geschäftsanteilen, GBU 2004/12/13

Zirm (2008)

Zirm, Maximilian: Rechtspolitische Visionen zur Verbandsverantwortlichkeit auf Basis einer praxisbezogenen Analyse des VbVG, Dissertation Graz 2008

Zollner (2007)

Zollner, Johannes: Paralleltransaktionen und Nachzahlungsgarantie im neuen Übernahmerecht, GesRZ 2007, 119

Zöllner (1963)

Zöllner, Wolfgang: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München, Berlin 1963

Zwick (2009)

Zwick, Christian: Die Privatstiftung als Konzernspitze, GesRZ 2009, 278

CURRICULUM VITAE

MMag.rer.soc.oec Mag.iur

Wolfgang Michael Hajek

MBA (Maastricht)

MMMag. Wolfgang M. Hajek, MBA - 1030 Wien - Trubelgasse 11/20

Mobil: 0699 1265 2062

Email: wolfgang.hajek@prosperitates.com

PERSÖNLICHE DATEN

Geboren Leoben, 5. Februar 1981

AUSBILDUNG

1995 – 2000	Bundeshandelsakademie Monsbergergasse
2001 – 2002	Zivildienst im Ausbildungszentrum des Landes Steiermark für behinderte Jugendliche
2000 – 2006	Studium Financial and Industrial Management sowie Management and International Business an der Karl Franzens Universität Graz
2004 – 2007	Studium der Rechtswissenschaften an der Karl Franzens Universität Graz
2005 – 2015 (est.)	Doktoratsstudium der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften an der KFU
2006 – 2007	Business Administration at Maastricht School of Management, The Netherlands
2007 – 2011 (est.)	Doktoratsstudium Rechtswissenschaften Juridikum Wien

BERUFSERFAHRUNG

2000 – 2006	DOMA KG
2001 - 2010	Institut für Sportwissenschaften
2002	Dr. Ulrich Immobilien
2004	Werkstudent Institut für Controlling und Unternehmensführung
2005	Praktikum PriceWaterhouseCoopers Vienna
2006 – 2010	parlamentarischer Mitarbeiter des Europaabgeordneten Mag. Jörg Leichtfried
2007	Finanzmarktaufsicht
seit 2007	Volksbanken Gruppe - Volksbank Wien AG
seit 2008	Prosperitates – Real Estate and Transaction Services