



universität
wien

DISSERTATION

Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbes in England, Österreich und Deutschland

Rechtsvergleichende Analyse und alternative
Regelungsansätze

Mag. iur. Christina Gasser

Zur Erlangung des akademischen Grades

Doctor iuris (Dr. iur)

Wien, November 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A >083 101<

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

Univ. Prof. Dr. Manfred P. Straube

GESAMTÜBERSICHT

INHALTSVERZEICHNIS	III
ANHANGSVERZIECHNIS	VIII
DANKESWORTE	IX
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	X
ANMERKUNGEN ZUR ZITIERWEISE	XIV
A) AUSGANGSLAGE	1
I. EINLEITUNG – GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG	1
II. DIE ZWEITE GESELLSCHAFTSRECHTLICHE RICHTLINIE – DIE KAPITALRICHTLINIE	5
III. DAS VERBOT DES ARTIKEL 23 DER ZWEITEN GESELLSCHAFTSRECHTLICHEN RICHTLINIE..	15
B) GEGENÜBERSTELLUNG DER EINZELNEN NATIONALEN RECHTSLAGEN UND RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE	50
I. DAS VERBOT DER „FINANCIAL ASSISTANCE“ IN ENGLAND	50
II. FINANZIELLE UNTERSTÜTZUNG DES AKTIENERWERBES IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND	105
III. RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE UND STELLUNGNAHME	145
C) ALTERNATIVE REGELUNGSANSÄTZE.....	185
I. ENGLAND.....	185
II. ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND	223
D) ZUSAMMENFASSUNG	298
LITERATURVERZEICHNIS	300
RECHTSPRECHUNGSVERZIECHNIS.....	311
ANHÄNGE	318

INHALTSVERZEICHNIS

A) AUSGANGSLAGE.....	1
I. EINLEITUNG – GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG.....	1
II. DIE ZWEITE GESELLSCHAFTSRECHTLICHE RICHTLINIE – DIE KAPITALRICHTLINIE	5
1) <i>Allgemeines</i>	5
2) <i>Der Anwendungsbereich</i>	7
3) <i>Die Rechtsnatur der KapitalRL – Mindest- oder Höchstregelung?</i>	8
4) <i>Der Aufbau der KapitalRL</i>	9
5) <i>Erste Reformvorhaben und Kritik an der KapitalRL</i>	9
6) <i>Reformen</i>	13
III. DAS VERBOT DES ARTIKEL 23 DER ZWEITEN GESELLSCHAFTSRECHTLICHEN RICHTLINIE ..	15
1) <i>Die Entstehungsgeschichte der englischen Bestimmung der s.54 Companies Act 1948 als historische Wurzel des Artikel 23</i>	15
a) Von der takeover-Lawine der 1920er Jahre bis zum englischen Verbot der finanziellen Unterstützung des Anteilerwerbs	17
b) Kritik an dem neuartigen Verbot und Section 54 CA 1948.....	20
2) <i>Der Anwendungsbereich des Artikel 23</i>	22
3) <i>Der Schutzzweck</i>	23
a) Der Umgehungsschutz	23
b) Selbstständiger Kapitalschutz durch abstrakten Gefährdungstatbestand	24
c) Als Schutz vor Leveraged Buyouts?	26
d) Weitere Schutzzwecke	28
e) Änderung des Schutzzwecks durch die Reform der Richtlinie?.....	29
4) <i>Artikel 23 – Mindest- oder Höchstnorm?</i>	30
5) <i>Der Verbotstatbestand des Artikel 23</i>	31
a) „Erwerb ihrer Anteile“	31
b) „durch einen Dritten“	32
c) Erfasste Unterstützungshandlungen	32
d) „Im Hinblick auf“ – Verhältnis zwischen Unterstützung und Erwerb	33
6) <i>Ausnahmentatbestände</i>	35
7) <i>Die Rechtsfolgen</i>	36
8) <i>Reform der Verbotsbestimmung des Artikel 23</i>	37
a) Allgemeines.....	37
aa) Die materiellen Voraussetzungen.....	37
bb) Die verfahrenstechnischen Voraussetzungen	39
cc) Schutzvorkehrungen bei Interessenskonflikten	40
b) Kritik an der Neuregelung	41
9) <i>Die Umsetzung des Artikel 23 in den ausgewählten Mitgliedstaaten</i>	44
a) England.....	45
b) Deutschland und Österreich.....	47

B) GEGENÜBERSTELLUNG DER EINZELNEN NATIONALEN RECHTSLAGEN UND RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE	50
I. DAS VERBOT DER „FINANCIAL ASSISTANCE“ IN ENGLAND	50
1) Entwicklungen des englischen Verbots der „financial assistance“ nach dem Companies Act 1948 und der Erlassung der Kapitalrichtlinie	50
a) Ausschlaggebende Rechtssprechung für eine Reform.....	50
b) Die Companies Act 1981 und 1985	52
c) Der Companies Act 2006	55
2) Der Schutzzweck.....	57
a) Die fortwährende Relevanz des historischen Schutzgedankens – Verbot als Stütze des Verbotes des Erwerbes eigener Anteile und Einwand gegen Leveraged Buyouts	57
b) Das Verbot der finanziellen Unterstützung als Teil des Kapitalerhaltungsgrundsatzes	58
c) Verhinderung von Marktmanipulation und missbräuchlichen Eingriffen in die Gesellschafterstruktur	60
3) Der Tatbestand	60
a) Erfasste Gesellschaftsformen	60
b) Der Anteilserwerb	62
aa) Person des Erwerbers	62
bb) Gegenstand des Erwerbes	63
cc) Art des Erwerbes	64
c) Begriff der “finanziellen Unterstützung” – Erfasste Unterstützungshandlungen.....	66
aa) Die Schwierigkeiten mit der weit reichenden Bedeutung des Begriffes „finanzielle Unterstützung“	66
bb) Die finanzielle Natur der Unterstützung.....	70
cc) Direkte und indirekte Unterstützung.....	71
dd) Die explizit angeführten Rechtsgeschäfte	74
ee) Der Auffangtatbestand – „any financial assistance“	77
ff) Neutrale und nützliche Transaktionen	81
d) Der zeitliche und der funktionale Zusammenhang der finanziellen Unterstützung und dem Anteilserwerb	83
aa) Zeitpunkt der finanziellen Unterstützung – der zeitliche Zusammenhang	83
bb) „Zum Zweck“ – „for the purpose“	84
cc) „Purpose exceptions“ – die daraus resultierenden Ausnahmen	86
4) Ausnahmetatbestände des Verbots der finanziellen Unterstützung.....	91
a) Die unbedingten Ausnahmen	91
b) Die bedingten Ausnahmen	92
5) Die Rechtsfolgen.....	95
a) Gesetzlich vorgesehene Rechtsfolgen.....	95
b) Die zivilrechtlichen Folgen in Bezug auf die finanzielle Unterstützung	96
c) Die zivilrechtlichen Folgen in Bezug auf den Anteilserwerb.....	98
d) Rechtsgültigkeit einer Vereinbarung trotz untrennbarer Vertragsteile?.....	99
e) Verantwortlichkeit der an der finanziellen Unterstützung Beteiligten.....	100
II. FINANZIELLE UNTERSTÜTZUNG DES AKTIENERWERBES IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND	105

1) Die „Entstehungsgeschichte“ der Bestimmung und ihr Normzweck	105
a) Umgehungsschutz und selbstständiger Kapitalschutz	105
b) Weitere Schutzzwecke	107
2) Der Verbotstatbestand	108
a) Erfasste Gesellschaftsformen und Konzernsachverhalte	108
b) Der Anteilserwerb	114
aa) Person des Erwerbers – Auf eigene Rechnung oder auf Rechnung eines Dritten	114
bb) Gegenstand des Erwerbes	115
cc) Art des Erwerbes	116
c) Das Finanzierungsgeschäft	118
aa) Die ausdrücklich benannten Unterstützungshandlungen – Vorschuss, Darlehen und Sicherheitenbestellung	118
bb) Die indirekte finanzielle Unterstützung	119
cc) Abstrakter Gefährdungstatbestand? – Anwendung auf neutrale und nützliche Rechtsgeschäfte?	121
dd) Anwendung auf andere Rechtsgeschäfte mittels extensiver Auslegung?	122
d) „zum Zweck“ – Der Funktionszusammenhang	130
3) Die Ausnahmen vom Verbot	132
4) Die Rechtsfolgen	137
a) Österreich	138
aa) Rechtswirksamkeit der finanziellen Unterstützung	138
bb) Haftung der Gesellschaftsorgane	138
b) Deutschland	140
aa) Nichtigkeit der finanziellen Unterstützung	140
bb) Sonderfälle im Zusammenhang mit Dreipersonenverhältnissen – indirekte Unterstützung	142
cc) Haftung der Gesellschaftsorgane	144
III. RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE UND STELLUNGNAHME	145
1) Einleitung	145
2) Der Normzweck	147
3) Der Gegenstand der Finanzierung und der persönliche Anwendungsbereich	152
a) Gegenstand der Finanzierung	152
b) Erfasste Gesellschaftsformen	153
c) Indirekte finanzielle Unterstützung	155
aa) Finanzielle Unterstützung durch eine Tochtergesellschaft	155
bb) Finanzielle Unterstützung durch eine Schwestergesellschaft oder Muttergesellschaft	156
cc) Leistung an einen „Vierten“	157
d) Konzernsachverhalte	157
e) Ausländische Tochtergesellschaften	158
4) Sachlicher Anwendungsbereich	158
5) Funktionszusammenhang und zeitlicher Zusammenhang	162
a) Fehlerhafte Umsetzung aufgrund eines abweichenden Wortlautes?	162
b) Zeitlicher Zusammenhang – Hat ein Erwerb tatsächlich zu erfolgen?	164

c) Funktionaler Zusammenhang – Rechtfertigung von gewinnbringenden und für die Gesellschaft vorteilhaften Rechtsgeschäften?	169
6) Ausnahmen	177
a) Finanzielle Unterstützung durch Kreditinstitute	177
b) Finanzielle Unterstützung im Zusammenhang mit Belegschaftsanteilen	179
c) Sonstige Ausnahmen?	180
7) Rechtsfolgen	181
8) Schlussbemerkungen	183
C) ALTERNATIVE REGELUNGSANSÄTZE.....	185
I. ENGLAND.....	185
1) Einleitende Bemerkungen	185
2) Alternative Regelungsansätze?	187
a) Die ultra vires-Doktrin.....	187
b) Die Erhaltung des Gesellschaftskapitals	189
aa) Der allgemeine Kapitalerhaltungsgrundsatz.....	189
bb) Ausschüttungen an Gesellschafter – ss.829 ff CA 2006.....	192
cc) Disguised distributions – „Verkleidete Ausschüttungen“	195
c) Maßnahmen des Insolvenzrechts.....	200
aa) Wrongful trading – s.214 IA 1986.....	200
bb) Transactions at an undervalue – s.238 IA 1986	204
d) Directors’ Duties – Die Pflichten der Direktoren	208
3) Alternative Regelungsansätze – Stellungnahme	218
II. ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND	223
1) Verbot der „Einlagenrückgewähr“ als alternativer Regelungsansatz – Einleitende Bemerkungen.....	223
2) Der Normzweck des Grundsatzes der Vermögensbindung	224
3) Die Reichweite der Vermögensbindung und Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben	226
4) Der Verbotstatbestand des § 52 öAktG und § 57 dAktG.....	228
a) Offene Verstöße.....	229
b) Verdeckte Ausschüttungen in Österreich und in Deutschland vor dem MoMiG	230
aa) Allgemeiner Grundsatz	230
bb) Objektives Missverhältnis – „Drittvergleich“ als Abgrenzungsmaßstab	231
cc) Zusätzliche subjektive Voraussetzung – Aktionärsstellung als ausschlaggebender Zuwendungsgrund?	235
c) Neuerungen durch das MoMiG.....	237
d) Fallbeispiel aus der österreichischen Judikatur.....	242
aa) Darlehen.....	242
bb) Bestellung von Sicherheiten	243
cc) Sonstige verbotene Ausschüttungen	245
e) Fallbeispiele aus der deutschen Judikatur	246
aa) Darlehen.....	246
bb) Bestellung von Sicherheiten	248

cc) Sonstige verbotene Ausschüttungen.....	250
f) Ausschüttungen unter Beteiligung Dritter	251
aa) Leistungen der Gesellschaft durch Dritte	252
bb) Leistungen der Gesellschaft an einen Dritten (Nicht-Aktionär)	253
cc) Leistungen unter Dritten	257
g) Erlaubte Leistungen – Ausnahmen vom Grundsatz der Vermögensbindung	258
5) Konzernsachverhalte	259
6) Die Rechtsfolgen einer verbotenen Ausschüttung	261
a) Österreich	261
aa) Haftung der Aktionäre gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und Rückersatzungsanspruch der Gesellschaft.....	261
bb) Das rechtliche Schicksal von Beschlüssen und Verträgen betreffend verbotene Ausschüttungen	264
cc) Anspruchsschuldner – Ansprüche gegen Dritte (Nichtgesellschaftler)?	268
dd) Kein Anspruch bei gutgläubigem Dividendenbezug.....	269
ee) Verjährung	270
ff) Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates.....	271
b) Deutschland.....	271
aa) Rückersatzungsanspruch der Gesellschaft.....	271
bb) Rechtsverfolgung durch die Gesellschaftsgläubiger	272
cc) Rechtliches Schicksal der Rechtsgeschäfte und Inhalt des Rückersatzungsanspruches der Gesellschaft.....	273
dd) „Verbotene Leistung“.....	276
ee) Anspruchsschuldner – direkte Ansprüche gegen Dritte?.....	276
ff) Schutz gutgläubiger Dividendenempfänger.....	276
gg) Verjährung.....	277
hh) Haftung der Gesellschaftsorgane	277
7) Der Grundsatz der Vermögensbindung als alternativer Regelungsansatz? – Eine Stellungnahme	278
a) Österreich	279
aa) Der Meinungsstand.....	279
bb) Der persönliche Anwendungsbereich im Lichte der Rechtsfolgen.....	280
cc) Die sachlichen Anwendungsbereiche des § 52 und § 66a öAktG	282
dd) Fazit	286
b) Deutschland.....	288
aa) Der Meinungsstand.....	288
bb) Der persönliche Anwendungsbereich	289
cc) Sachliche Anwendungsbereiche	294
dd) Fazit	297
D) ZUSAMMENFASSUNG.....	298
LITERATURVERZEICHNIS	300
RECHTSPRECHUNGSVERZIECHNIS	311

ANHANGSVERZEICHNIS

<i>Nummer</i>	<i>Seite</i>
Anhang 1 1481/74 (ES 127) Code 1.824.512.12 File 15990.1	318-320
Anhang 2 2174/74 (ES 196) Code 1.824.512.12 File 15994.1	321-324
Anhang 3 145/75 (ES 12) Code 1.824.512.12 File 15995.1	325-326
Anhang 4 R/1319/76 (ES 45) Code 1.824.512.12 File 15998.1	327-329
Anhang 5 ss.151 ff CA 1985 und ss.677 ff CA 2006	330-341
Anhang 6 Tabelle englischer Entscheidungen	342-343

DANKESWORTE

Mein Dank für die hilfreiche Unterstützung bei der Erstellung dieser Arbeit geht an meinen Doktorvater Univ.-Prof. Dr. Manfred Straube und an meinen Ansprechpartner DDr. Thomas Ratka, die mir mit ihrem Fachwissen, ihrer konstruktiven Kritik und den vielen Ideen immer eine große Hilfe waren. Ein besonderer Dank gilt auch Herrn Dr. Thomas Bachner, LL.M., Ph.D. (Cambridge), denn er gab mir nicht nur den Anreiz dieses Thema zu bearbeiten, sondern stand mir auch mit fachspezifischen Gesprächen immer zur Seite und unterstützte mich so in der Fertigstellung meiner Arbeit. Durch seine Unterstützung konnte ich auch in Brüssel und England die für diese Arbeit nötigen Forschungstätigkeiten vorantreiben, die das Fundament dieser Arbeit darstellen. Des Weiteren möchte ich auch meinen ehemaligen Arbeitskollegen der Wirtschaftsuniversität Wien und nunmehr auch Freunden einen großen Dank aussprechen, die mir sowohl mit privaten als auch wissenschaftlichen Gesprächen immer den Rücken gestärkt haben und mir so immer wieder den nötigen Antrieb gegeben haben. Eine große Unterstützung waren auch meine Freunde, die immer ein offenes Ohr für mich hatten und stets für die erforderliche Abwechslung gesorgt haben, weshalb auch ihnen mein Dank gebührt.

Ganz besonders danken will ich aber meinen Eltern, die mir nicht nur finanziell mein Studium ermöglicht und mir so auch den Weg für das Doktorat geebnet haben, sondern mich auch stets bestärkten, wenn ich an mir gezweifelt habe. Ein weiteres Wort des Dankes möchte ich auch gegenüber meinem Freund Laurenz und meinen Geschwistern Katrin und Thomas aussprechen, die nicht nur meine Launen und Zeiten der überstrapzierten Nerven geduldet und überstanden haben, sondern mir auch immer wieder mit Verständnis und aufmunternden Gesprächen zur Seite standen.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
AC	Appeal Cases (Entscheidungssammlung)
ACLR	Australian Company Law Reports (Entscheidungssammlung)
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
All E R	All English Reports (Entscheidungssammlung)
Anm	Anmerkung
Aufl	Auflage
Art	Artikel
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BCC	British Company Law Cases (Entscheidungssammlung)
BCLC	Butterworths Company Law Cases (Entscheidungssammlung)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblätter
BWG	Bankwesengesetz
Bzw	beziehungsweise
CA	Court of Appeal
CA (Jahr)	Companies Act (Jahr)
CDDA 1986	Company Director Disqualification Act 1986
Ch	Chancery
Ch App	Chancery Appeal
Ch D	Chancery Division
CLJ	Cambridge Law Journal (Zeitschrift)
ColumJEurL	Columbia Journal of European Law (Zeitschrift)
Co Law	Company Lawyer (Zeitschrift)
dAktG	das deutsche Aktiengesetz
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)

Dh	das heißt
Ders	derselbe
Dies	dieselbe
dGmbHG	(deutsches) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
dh	das heißt
DTI	Department of Trade and Industry
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts-und Insolvenzrecht (Zeitschrift)
Ebd	eben dort
EBLR	European Business Law Review (Zeitschrift)
EBOR	European Business Organisation Law (Zeitschrift)
ECFR	European Company and Financial Review (Zeitschrift)
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Etc	et cetera
EP	Europäisches Parlament
EU	Europäische Union
f(f)	folgend(e) (Seite, Seiten)
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
hL	herrschende Lehre
HL	House of Lords
IA	Insolvency Act
ICCLR	International Company and Commercial Law (Zeitschrift)
iHv	in Höhe von
Insolv Int	Insolvency Intelligence (Zeitschrift)
IntBankL	International Banking Law (Zeitschrift)
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
J	Judge

JBL	Journal of Business Law (Zeitschrift)
Jhd	Jahrhundert
JIBL	Journal of International Banking Law (Zeitschrift)
KapitalRL	Kapitalrichtlinie
KG	Kreisgericht
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landesgericht
lit	litera (Buchstabe)
LJ	Lord Justice / Lady Justice
Lloyds Rep	Lloyds List Law Report (Entscheidungssammlung)
LR	Law Reports (Entscheidungssammlung)
ltd	Private Limited Company
mE	meines Erachtens
MLR	Modern Law Review (Zeitschrift)
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MR	Master of the Roll
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
No	numero (Nummer)
Nr	Nummer
NSWLR	New South Wales Law Reports (Entscheidungssammlung)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
öAktG	das österreichische Aktiengesetz
ÖBA	Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen (Zeitschrift)
OGH	Oberster Gerichtshof
öGmbHG	(österreichisches) Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
OLG	Oberlandesgericht
plc	Public Limited Company
QBD	Queens Bench Division
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
Rsp	Rechtssprechung
Rz	Randziffer
S	siehe
S.	Seite
s(s).	section(s) (in Kombination mit dem Namen des Gesetzes)
subs.	subsection
ua	unter anderem
uU	unter Umständen
v	versus (lat. gegen)
vgl	vergleiche
WL	Westlaw Transcript (Entscheidungssammlung)
WLR	Weekly Law Reports (Entscheidungssammlung)
WM	Wertpapier Mitteilungen (Zeitschrift)
WSA	Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleich (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
zT	zum Teil

ANMERKUNG ZUR ZITIERWEISE

Sofern in dieser Arbeit auf englische Entscheidungen oder englische Aufsätze Bezug genommen wird, wird – abweichend von den sonst verwendeten Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlichen Rechtsquellen (AZR) - der in England vorherrschenden Zitierweise gefolgt.

Zitierweise englischer Entscheidungen:

Bezeichnung	(Jahr der Entscheidung)	[Jahr der Veröffentlichung in einer Zeitschrift (Report)]	Band	Report	Seite	(Zitierte Seite)	(Gerichtshof)
Brady v Brady		[1988]	2	All E R	617	(623)	(HL)
Plaut v Steiner	(1989)		5	BCC	352	(367)	(ChD)

Zitierweise englischer Zeitschriftenartikel:

Autor	Zeitschrift	Jahr	Anfangsseite	(Zitierte Seite)
Hirt,	Co Law	2004,	9	(9)
Instone,	JBL	1980,	99	(103)

A) AUSGANGSLAGE

I. Einleitung – Gegenstand der Untersuchung

Gerade zu diesem Zeitpunkt, in einer Zeit in der die Worte Finanzkrise und Rezession unsere Gesprächsthemen in bedeutendem Maße beeinflussen, wenn nicht sogar dominieren, stellt sich im Zusammenhang mit der Frage nach den Konsequenzen der Finanzkrise auch die Frage nach dem Erfordernis einer Reaktion der Gesetzgebung, um einer möglichen zukünftigen Finanzkrise entgegenzuwirken. Bereits zu Beginn des Jahres 2009 warnte Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Hopt in einem Interview mit dem deutschen Handelsblatt vor der *„Gefahr einer Überregulierung, einer Überfülle an Normen und einer neuen protektionistischen Welle“* und erhoffte sich dabei, *„dass sich der aktuelle Trend zu mehr staatlichen Eingriffen auf die besondere Situation am Finanzmarkt beschränkt und später nicht in die allgemeine Gesetzgebung hinüberschwappt“*; dies sei seines Erachtens *„ganz verfehlt“*¹

Mit einer derartigen Reaktion eines Gesetzgebers – der Übernahme einer Verbotsnorm in die allgemeine Gesetzgebung – als Antwort auf die Weltwirtschaftskrise der 1920er sah sich etwa die englische Rechtsordnung konfrontiert. Eine regelrechte Übernahmewelle überflutete das Land und hinterließ eine große Anzahl an insolventen, ausgeplünderten Gesellschaften. Diese Übernahmen waren meist geprägt von Finanzierungspraktiken, welche die Verwendung der finanziellen Mittel der Zielgesellschaft zum Inhalt hatten. Dadurch erhielten diese Übernahmepraktiken einen meist spekulativen und risikoträchtigen Charakter und resultierten allzu oft in das bereits erwähnte Gesellschaftssterben. Um diesem Missstand zu begegnen, erließ der englische Gesetzgeber Ende der 1920er eine Verbotsnorm, wonach die Unterstützung von Anteilserwerben mit finanziellen Mittel der Zielgesellschaft verboten war. Aufgrund des Beitritts von England und Irland zur EU und mit Erlassung der Kapitalrichtlinie im Jahre 1976 fand auch ein derartiges Verbot in den anderen Mitgliedsstaaten Niederschlag. Mit der Implementierung einer entsprechenden Verbotsnorm in die nationalen Rechtsordnungen sah man sich somit zuerst in Deutschland und später auch in Österreich konfrontiert. Anfänglich wurde dieser Verbotsnorm jedoch weder in Deutschland noch in Österreich allzu viel

¹ Handelsblatt vom 2.1.2009; auch abrufbar unter www.handelsblatt.com.

Aufmerksamkeit geschenkt.² Mit der Erkenntnis, dass diese Bestimmung jedoch durchaus das Potenzial aufwies, fremdfinanzierte Gesellschaftsübernahmen zu unterbinden, begann sich vor allem die deutsche Lehre zunehmend mit dem Verbot der finanziellen Unterstützung auseinanderzusetzen. Allerdings tauchten mit dieser zunehmenden Auseinandersetzung auch etliche Rechtsunsicherheiten auf, welche es weiter zu untersuchen und hinterfragen galt. Die mit diesem Verbot einhergehenden Rechtsunsicherheiten waren auch in der englischen Rechtsordnung nicht unbemerkt geblieben und es regte sich zunehmend Widerstand gegen diese nunmehr europarechtlich verankerte Bestimmung.³ Zum Teil wurde in England sogar die gänzliche Abschaffung des Verbotes verlangt. Erst im Jahre 2006 reagierte man auf europäischer Ebene auf diesen Widerstand. Im Zuge einer Änderungsrichtlinie reformierte man diese Bestimmung und stellte die Mitgliedsstaaten vor die Möglichkeit ihre nationale Bestimmung betreffend das Verbot der finanziellen Unterstützung zu „liberalisieren“ und die finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbes unter bestimmten Voraussetzungen zuzulassen. Allerdings war dies – wie es scheint – nicht die Antwort auf die die Kritiker hinsichtlich des mit Rechtsunsicherheiten behafteten Verbotes gewartet haben. Bislang hat weder England⁴ noch Österreich oder Deutschland die von der Änderungsrichtlinie gebotene Möglichkeit wahrgenommen. Allem Anschein nach werden diese Länder dies nicht mehr tun. Und so wird man wohl auch weiterhin mit einer Bestimmung konfrontiert sein, welche einige Unklarheiten in sich birgt.

Aufgabe des ersten Teiles dieser Arbeit ist somit die Darstellung des Werdeganges der europäischen Richtlinienvorgabe des Verbotes der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbes. Aufbauend auf einer kurzen Darstellung der Kapitalrichtlinie im Allgemeinen, wird auf die konkrete Richtlinienbestimmung einzugehen sein, wobei auch ein Blick auf ihre geschichtliche Entwicklung geworfen

² Sowohl die Bestimmung des § 66a öAktG als auch des § 71a dAktG wurden bislang vor allem von der Rechtsprechung eher stiefmütterlich behandelt. So gibt es in Österreich – soweit ersichtlich – keine einzige Entscheidung, die sich mit § 66a öAktG befasst. In Deutschland sind zwar bereits Entscheidungen ergangen – darunter allerdings erst eine höchstrichterliche vom BGH (XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119) –, doch befassen sich diese nur lapidar mit dem Verbot der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs.

³ In diesem Zusammenhang ist jedoch bemerkenswert, dass trotz der Existenz dieses europaweiten Verbotes der finanziellen Unterstützung und dessen beigemessenen Potenzials, fremdfinanzierte Übernahmen zu erschweren bzw zu verhindern, der LBO-Markt im Aufblühen begriffen ist, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass das Verbot nicht als unüberwindbare Hürde, sondern lediglich als Hindernis angesehen und so die Effektivität dieses Verbotes durchaus in Frage gestellt werden kann; vgl Ferran, Law Working Paper No.84/2007, 25 f: “*Financial assistance law is a hindrance rather than an insurmountable hurdle*”.

⁴ Jedoch hat man in England dem Widerstand insofern Folge geleistet, als man dieses kritisierte Verbot zumindest für die *private companies* mit der Erlassung des Companies Act 2006 abgeschafft hat.

wird. Bevor jedoch auf ihre Umsetzung in den einzelnen, zu untersuchenden Mitgliedsstaaten eingegangen wird, gilt es auf ihre Neuregelung im Zuge der Erlassung der Änderungsrichtlinie im Jahre 2006 einzugehen.

Trotz der auf europäischer Ebene vorhandenen Richtlinienvorgabe ist dennoch bereits auf den ersten Blick eine Abweichung zwischen der englischen und der österreichischen sowie der deutschen Verbotsbestimmung auszumachen. So sind erhebliche Unterschiede in Bezug auf den Wortlaut als auch auf den Umfang der Bestimmungen festzustellen. Folglich soll die vorliegende Arbeit in ihrem zweiten Teil einen Überblick über die jeweiligen nationalen Bestimmungen bieten und im Anschluss daran mittels einer rechtsvergleichenden Analyse die Unterschiede und Gemeinsamkeiten aufzeigen, wobei hier auch auf einzelne Problemkreise einzugehen sein wird.

Der dritte Teil der vorliegenden Arbeit befasst sich mit möglichen alternativen Regelungsansätzen in Bezug auf das Verbot finanzieller Unterstützung. So wurde in England etwa im Zuge der Abschaffung des Verbotes der finanziellen Unterstützung für *private companies* mit Erlassung des CA 2006 der weiter bestehende Schutz der Gesellschaftsgläubiger mittels alternativer Regelungsansätze, wie etwa dem allgemeinen Grundsatz der Kapitalerhaltung, einigen Bestimmungen des Insolvenzrechtes oder auch den *directors' duties*, zur Kenntnis gebracht. Hiernach soll ein kurzer Überblick über die möglichen, insbesondere von der Lehre in den Vordergrund gerückten Rechtsinstitute der englischen Rechtsordnung geboten werden, welche nunmehr den Platz des Verbotes der finanziellen Unterstützung hinsichtlich *private companies* einnehmen und zumindest einen Schutz für die missbräuchlichsten Praktiken bieten sollen. Im Anschluss daran befasst sich der zweite Abschnitt dieses Teiles mit dem Rechtsinstitut des „Verbotes der Einlagenrückgewähr“, welches sowohl in Österreich als auch in Deutschland auf eine lange traditionsreiche Existenz zurückblicken kann. So wird insbesondere in Deutschland die Meinung vertreten, das Verbot der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbes sei im Lichte der mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr einhergehenden umfassenden Vermögensbindung redundant. Inwiefern dieser durchaus kritisierte Meinungsstand weiterhin aufrecht gehalten werden kann, ist hinsichtlich der Neuregulierung des § 57 dAktG aufgrund der erst kürzlich erfolgten Erlassung des MoMiG jedoch fraglich. Auch in der österreichischen Lehre ist eine ähnliche Einstellung zu verspüren. Insofern befasst sich

dieser Abschnitt mit dem Verhältnis dieser beider Rechtsinstitute zueinander und untersucht mitunter die Rechtfertigung ihrer Koexistenz im Lichte des tradierten Grundsatzes der Vermögensbindung, welcher durch das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 52 öAktG und des § 57 dAktG zum Ausdruck gebracht wird.

Hauptaugenmerk der vorliegenden Arbeit wird auf die Aktiengesellschaft gelegt. Dies aufgrund der ausdrücklichen, alleinigen Anwendung der Kapitalrichtlinie und somit auch der Richtlinienvorgabe hinsichtlich des Verbotes der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbes auf diese Gesellschaftsform. In Anbetracht der englischen Rechtslage wird folglich vornehmlich auf die Gesellschaftsform der *public companies limited by shares* (im Folgenden „*public company*“) Bezug genommen. Bezieht sich eine Ausführung dieser Arbeit in Abkehr dazu auf die Gesellschaftsform der GmbH bzw der *private company limited by shares* (im Folgenden „*private company*“), so wird darauf ausdrücklich hingewiesen.

II. Die Zweite Gesellschaftsrechtliche Richtlinie – Die Kapitalrichtlinie⁵

1) *Allgemeines*

Zur gemeinschaftsweiten Förderung einer harmonischen, ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung des Wirtschaftslebens, eines hohen Beschäftigungsniveaus und eines hohen Maßes an sozialem Schutz, der Gleichstellung der Frauen, eines beständigen, nichtinflationären Wachstums, eines hohen Grades an Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistungen, eines hohen Maßes an Umweltschutzes und Verbesserung der Umweltqualität, der Hebung der Lebenshaltung und Lebensqualität, des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts und der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten, hat sich die Europäische Gemeinschaft unter anderem der Herausforderung gestellt, einen Gemeinsamen Markt zu errichten (Art 2 EG-Vertrag⁶). Um diese Herausforderung bewältigen zu können, setzt die EG mitunter auf die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften. Dieser Rechtsangleichung sind jedoch Schranken gesetzt, zumal sie nur erfolgen darf, sofern es für die Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist.⁷ Nichtsdestotrotz ist eine Rechtsangleichung auf bestimmten, wirtschaftlich relevanten Gebieten eine „*notwendige Voraussetzung*“⁸ für die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes. Dadurch sollen die Unterschiede verringert bzw beseitigt werden, welche aufgrund der unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen bestehen und somit der Verwirklichung binnenmarktähnlicher Verhältnisse entgegenstehen.⁹ Um eine Rechtsangleichung realisieren zu können, sieht der EGV unterschiedliche Kompetenznormen vor. Zentralvorschrift dieser Kompetenzbestimmungen ist zwar die „*allgemeine*“ Generalklausel des Art 94 EGV, allerdings wird diese weitgehend von der „*speziellen*“ Generalklausel des Art 95 EGV verdrängt.¹⁰ Überdies enthält der EGV zusätzliche Spezialvorschriften, wie etwa für den Bereich der Niederlassungs-

⁵ Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaften sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten; ABl Nr L 026 vom 31.01.1977, 0001-0013.

⁶ Fortan kurz EGV.

⁷ S Art 3 Abs 1 lit h EGV.

⁸ Iversen in Brödermann/Iversen, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Rz 539.

⁹ Fischer/Köck/Karollus, Europarecht⁴, Rz 1299.

¹⁰ Herrnfeld in Schwarze, EU-Kommentar², Art 95 EGV Rz 9.

und Dienstleistungsfreiheit¹¹, oder der Handelspolitik¹², die zur Erlassung von Maßnahmen der Rechtsangleichung ermächtigen.¹³

Mit der Zeit hat sich gezeigt, dass insbesondere Unternehmen großen Einfluss auf die wirtschaftliche Entwicklung der einzelnen Mitgliedstaaten haben.¹⁴ Im Zeitalter der sich stetig vermehrenden, international operierenden Unternehmen und der länderübergreifenden Geschäftsbeziehungen sowie den verstärkt vorkommenden grenzüberschreitenden Maßnahmen wie etwa Verschmelzungen oder auch Übernahmen, ist das Anliegen der EG, – speziell auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts – die Rechtsangleichung voranzutreiben, nur allzu verständlich. Durch die Annäherungen der unterschiedlichen Gesellschaftsrechte der einzelnen Mitgliedstaaten soll neben der wirtschaftlichen Entwicklung eines gemeinsamen Marktes auch insbesondere dessen Effektivität gefördert werden. Jedoch ist gerade der Sektor des Gesellschaftsrechts von gewichtigen, sozialökonomischen Interessen der nationalen Rechtsordnungen durchzogen, denen bei der Angleichung dieses Rechtsgebietes verstärkt Beachtung geschenkt werden muss. So ist man mit der Zeit von einer einfachen Rechtfertigung, welche sich rein auf die Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes gestützt hat, abgegangen und untermauert nun die Vorschläge zur Harmonisierung des Gesellschaftsrechts vermehrt mit Argumenten, welche darüber hinaus auch die Interessen und Ziele der nationalen Bestimmungen widerspiegeln.¹⁵

Um ihr Ziel – die Rechtsharmonisierung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts – zu verwirklichen, stützt sich die EG hauptsächlich auf die Ermächtigung des heutigen Art 44 Abs 2 lit g EGV¹⁶. Diesem zufolge kann der Rat, auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (WSA) sowie des Europäischen Parlaments (EP), Anpassungsrichtlinien zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit erlassen. Dies allerdings nur insoweit, als sich die Koordinierung der Schutzbestimmungen, welche die einzelnen nationalen Rechtsordnungen ihren Gesellschaften zum Schutz der Interessen Dritter und der Gesellschafter vorschreiben, für eine gleichwertige Ausgestaltung als erforderlich erweist. Bei der Erlassung der Zweiten

¹¹ Art 44, 46-48, 52 und 55 EGV.

¹² Art 133 EGV.

¹³ *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht⁴, Rz 1323.

¹⁴ *Wymeersch*, ZGR 2001, 295 f.

¹⁵ *Timmermans*, *RabelsZ* 1984, 8 f.

¹⁶ Vormalig Art 54 Abs 3 lit g EGV, welcher durch den Amsterdamer Vertrag modifiziert wurde; *Müller-Huschke* in *Schwarze*, *EU-Kommentar*², Art 44 EGV Rz 1.

gesellschaftsrechtlichen Richtlinie – der so genannten Kapitalrichtlinie^{17 18} – berief sich der Rat auf diese Bestimmung. Die KapitalRL richtet ihr Augenmerk auf die Harmonisierung der Regelungen bezüglich der Kapitalaufbringung, der Kapitalerhaltung und der Veränderung des Kapitals durch eine Erhöhung bzw Herabsetzung.

2) *Der Anwendungsbereich*

Wie bereits oben dargetan befasst sich die KapitalRL im Großen und Ganzen mit der Kapitalverfassung von Gesellschaften. Gemäß Art 1 findet sie allerdings nur auf Gesellschaften Anwendung, die mit einer österreichischen bzw deutschen Aktiengesellschaft vergleichbar sind.¹⁹ Die alleinige Anwendung auf Aktiengesellschaften rechtfertigte man in der Präambel des Vorschlages einer Zweiten Richtlinie²⁰ damit, dass sie die wirtschaftlich bedeutendste Gesellschaftsform sei und auch am häufigsten benutzt würde, um über die nationalen Grenzen hinaus tätig zu werden. Ferner sei sie durch ihre weite juristische Ausformung besonders dazu geeignet, die Koordinierung anderer Gesellschaftsformen zu vereinfachen, sobald dieses Gebiet eine Harmonisierung erfahren hat.

Die gesonderte Anwendbarkeit der Regelungen hinsichtlich des Kapitalschutzes auf Aktiengesellschaften und die damit verbundene Andersbehandlung von Gesellschaften in Form einer GmbH stießen jedoch auf Unverständnis. Gläubiger beider Kapitalgesellschaftsformen weisen gleichermaßen einen erhöhten Bedarf an Schutz auf,²¹ zumal die Gläubiger einer GmbH der gleichen, wenn nicht sogar einer noch größeren Gefahr gegenüberstehen.²² Auch der WSA legte in seinem Entwurf einer Stellungnahme die umfassende Harmonisierung auf dem Gebiet der Kapitalgesellschaften unter Berücksichtigung der Besonderheiten der unterschiedlichen Rechtsformen nahe.²³ Obgleich eine Ausdehnung des

¹⁷ Kurz: KapitalRL.

¹⁸ Artikel in diesem Kapitel ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf die KapitalRL.

¹⁹ Fortan werden in diesem Kapitel die verschiedenen Gesellschaftsformen, welche in Art 1 KapitalRL aufgezählt sind, zur Vereinfachung allgemein mit Aktiengesellschaften tituliert.

²⁰ Vorschlag einer zweiten Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, ABI Nr C 48 vom 24.4.70, 0008-0022.

²¹ Wymeersch in FS Drobnič, 745.

²² Kübler, 11 ColumJEurL 219 (224).

²³ Entwurf einer Stellungnahme der fachlichen Gruppe für Wirtschaftsfragen zu dem Vorschlag einer „Zweiten Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikel 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der

Anwendungsbereiches auch auf die Gesellschaftsform der GmbH angedacht wurde und es auch dementsprechende Studien gab²⁴, ist diese Intention bislang aufgeschoben worden, und wird, wie es scheint, auch nicht weiter verfolgt werden.²⁵

3) *Die Rechtsnatur der KapitalRL – Mindest- oder Höchstregelung?*

Ziel bzw Schutzzweck der KapitalRL ist laut ihrer Präambel „*die Koordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften [...], um beim Schutz der Aktionäre einerseits und der Gläubiger der Gesellschaft andererseits ein Mindestmaß an Gleichwertigkeit sicherzustellen*“. Diese Formulierung – „*ein Mindestmaß an Gleichwertigkeit*“ – verleitet dazu, die KapitalRL generell als Mindestregelung anzusehen. So hat sich auch Generalanwalt *Tesauro* auf diese berufen, als er sich in der Entscheidung *Meilicke v ADV/ORG*²⁶ mit der Frage beschäftigte, ob die KapitalRL eine Mindest- oder eine Höchstregelung darstelle. Allerdings wird nach einer eingehenden Untersuchung der einzelnen Bestimmungen klar, dass neben Regelungen, die eine Implementierung strengerer Vorschriften in die nationalen Rechtsordnungen²⁷ vorsehen, auch Regelungen in der KapitalRL aufscheinen, die keinerlei Freiraum für das Ermessen der nationalen Gesetzgeber in ihrer Umsetzung gewähren und somit ein Höchstmaß anstreben.²⁸ Damit kann zusammenfassend gesagt werden, dass die KapitalRL den nationalen Gesetzgebern nicht generell ein uneingeschränktes Ermessen bei der Implementierung strengerer Vorschriften ermöglicht. Allerdings kann der oftmals vertretenen Auffassung, eine Ermächtigung zur Implementierung strengerer Regelungen wäre nur dort gegeben, wo diese ausdrücklich in der Richtlinienvorgabe vorgesehen wäre,²⁹ mE nicht geradewegs gefolgt werden. Sinnvoller erscheint es, Richtlinienvorgaben, aus denen nicht eindeutig eine Ermächtigung zur Implementierungen strengerer Regelungen oder aber ein ausdrückliches Höchstmaß hervorgeht, einzeln und jeweils nach ihrem Sinn und Zweck einer Untersuchung zu unterziehen. Insofern ist nach einem Zwei-Stufen-System vor zu gehen. Anfänglich

Aktiengesellschaft sowie für Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind“; Brüssel, den 21.4.1971; Code 1.824.512.12; File 016005; CES 614/70.

²⁴ S Präambel des Vorschlages: „[...] *die Koordinierung für die anderen Gesellschaftstypen erleichtern*.“; Edwards, EC Company Law, 54 f; *Kalss* in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 1, 188.

²⁵ *Kübler*, 11 ColumJeurL 219 (224).

²⁶ C-83/91, [1992] ECR I-4871.

²⁷ Vgl etwa Art 2, Art 3 sowie Art 26 KapitalRL.

²⁸ Vgl etwa Art 7, Art 8 Abs 1, Art 11 Abs 2 KapitalRL.

²⁹ Stillschweigend vom EuGH bestätigt: *Karella and Karellas*, C-20/90, ECR I-2691; *Kerafina v Greek State and Others*, C134 – 135/91, [1992] ECR I-5699; *Sindesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklesias and Others v Greek State and Others*, C-381/89, [1992] ECR I-2111; *Pafitis and Others v TKE and Others*, C-441/93, [1996] ECR I-1347; vgl auch Edwards, EC Company Law, 56.

kann die Auslegung der Richtlinie in ihrer Gesamtheit einen ersten Aufschluss bieten. Im Folgenden ist dann auf die einzelnen Bestimmungen der Richtlinie einzugehen.³⁰

4) *Der Aufbau der KapitalRL*

Die KapitalRL ist in ihrem Aufbau in fünf Bereiche eingeteilt: Die Gründung der Gesellschaft und die damit zusammenhängende Aufbringung des Kapitals (Art 2 bis 14), die Kapitalerhaltung (Art 15 bis 24a) sowie die Erhöhung (Art 25 bis 29) und die Herabsetzung des Kapitals (Art 30 bis 39), gefolgt von einigen allgemeinen Bestimmungen (Art 40 bis 44).

Den Bestimmungen der KapitalRL liegen zwei besonders signifikante Prinzipien zugrunde. Zum einen die anfängliche Aufbringung eines adäquaten Kapitals und dessen Erhaltung im Verlauf der Tätigkeiten der Gesellschaft und zum anderen die Voraussetzung, dass den Aktionären bei der Ausgabe von neuen Aktien bestimmte Rechte zu gewähren sind.³¹ Die KapitalRL ist insbesondere von deutschen Grundsätzen geprägt.³² Dies ist vor allem im Bereich des festen Kapitals und der Kapitalerhaltung deutlich erkennbar. Dennoch fand sich unter den auffallend kontinentaleuropäisch geprägten Kapitalerhaltungsbestimmungen ein für die österreichische und auch deutsche Rechtsordnung bis zur Umsetzung der Richtlinie unbekanntes Neuland. Eingebettet zwischen den Bestimmungen betreffend die Kapitalerhaltung und insbesondere des Erwerbes eigener Aktien befindet sich der Art 23, welcher die finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbes durch die Gesellschaft verbietet.

5) *Erste Reformvorhaben und Kritik an der KapitalRL*

Zwanzig Jahre nach Erlass der Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, wurden erste Reformen dieser angestrebt. Diese sind auf ein zunehmendes Maß an Unzufriedenheit mit den starren Regelungen der KapitalRL zurückzuführen.³³

Im Mai 1996 gründete die Europäische Kommission die Initiative *Simpler Legislation for the Single Market* (SLIM). Aufgabe der SLIM-Initiative war es, ein einfacheres Regelungssystem für den internationalen Markt zu entwickeln. In

³⁰ Ausführlich zur Frage, ob die KapitalRL und ihre Bestimmungen Mindest- oder Höchstnorm sind *Drinkuth*, Die Kapitalrichtlinie.

³¹ *Edwards*, EC Company Law, 56.

³² *Ganske*, DB 1978, 2461.

³³ *Kübler*, 11 ColumJEurL 219 (223).

Erfüllung ihrer Aufgabe machte die *SLIM*-Initiative auch umfangreiche Vorschläge zur Lockerung und Vereinfachung des Systems der KapitalRL.³⁴

Im Jahre 2001 wurde erneut von der Kommission eine Expertengruppe eingesetzt, um weitere Reformvorschläge für ein modernes europäisches Gesellschaftsrecht auszuarbeiten. Die *High Level Group of Company Law Experts*³⁵ präsentierte in ihrem *final report*³⁶ einen Vorschlag zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts, welcher, in Bezug auf die KapitalRL, auf einem zweistufigen Konzept beruht. Eingangs sollte die Vereinfachung der bisherigen Bestimmungen der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung durch Heranziehung der optimierten, von der *SLIM*-Initiative bereits herausgearbeiteten, Reformvorschläge erfolgen. Anschließend sollte über eine Umsetzung einer Alternativlösung zu den Kapitalerhaltungsregelungen im Sinne eines Solvenztestes nachgedacht werden. Diese Alternativlösung solle den Mitgliedstaaten als Option neben dem Kapitalerhaltungssystem der KapitalRL zur Verfügung stehen und dieses keinesfalls gänzlich ersetzen.³⁷

Als Reaktion auf den Bericht der *Winter*-Gruppe arbeitete die Kommission einen Aktionsplan aus. Den Bedarf, das Gesellschaftsrecht zu reformieren und zu modernisieren, rechtfertigte die Kommission mit der zunehmenden Tendenz an grenzüberschreitender Zusammenarbeit europäischer Unternehmen innerhalb des Binnenmarktes, der fortschreitenden Integration der europäischen Kapitalmärkte, der raschen Entwicklung neuer Informations- und Kommunikationstechnologien und der damaligen kurz bevorstehenden Erweiterung der EU sowie mit der schädlichen Auswirkung von Finanzskandalen.³⁸

Auch der Aktionsplan der Kommission baut auf einem Zwei-Stufen-System auf. Im Zuge der ersten Stufe des Aktionsplanes legte die Kommission dem Rat einen Vorschlag für eine Änderungsrichtlinie vor, welche eine teilweise Lockerung

³⁴ Der Bericht der Kommission an das europäische Parlament und den Rat: Die Ergebnisse der vierten *SLIM*-Initiative sind abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/simplification/docs/com2000-56/com2000-56_de.pdf; dazu auch *Drygala*, AG 2001, 296.

³⁵ Den Vorsitz hatte *Jaap Winter*, weshalb die Expertengruppe auch als „*Winter Group*“ bzw. „*Winter-Gruppe*“ titulierte wurde.

³⁶ Der ganze Bericht ist unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf abrufbar.

³⁷ Stellungnahme der Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht, ZIP 2003, 871.

³⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, Gesellschaftsrecht und Corporate Governance: Kommission legt Aktionsplan vor, IP/03/716, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/716&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>

bestimmter Vorschriften der KapitalRL beinhaltete. Des Weiteren hat die Kommission die Einführung einer Alternativlösung zum Kapitalerhaltungsregime als mögliche zweite Stufe ins Visier genommen. Um dieses Vorhaben bis dahin bekräftigen zu können, schrieb die Kommission im Hinblick auf diese zweite Stufe eine Durchführbarkeitsstudie aus.³⁹

Die Reaktionen in den einzelnen Mitgliedstaaten auf diese Vorschläge waren durchaus unterschiedlich. In England sind Instrumente wie der Solvenzttest schließlich keine unbekannten Mittel.⁴⁰ In der von *Jonathan Rickford*⁴¹ geleiteten englischen Expertengruppe hieß man den Vorschlag der *Winter*-Gruppe, auf ein alternatives System auszuweichen, willkommen. Es wurde die gänzliche Abschaffung des Kapitalerhaltungssystems gefordert und an der Alternativlösung eines Solvenztestes für Ausschüttungen weiter gefeilt. Ergänzt werden sollte diese Alternativlösung noch durch eine strenge Vorstandshaftung.⁴² Auch in einigen anderen Mitgliedstaaten wurde dieser Ansatz der *Winter*-Gruppe begrüßt.⁴³

In Deutschland, wo der Kapitalerhaltungsgrundsatz eine gewisse Tradition hat⁴⁴, waren die Reaktionen auf den Vorschlag, das Regime der Kapitalerhaltung durch eine Alternativlösung ersetzen zu wollen, nicht ganz so eindeutig wie in England. Auch in Deutschland wird die Frage der Funktionalität und der Effizienz des Kapitalerhaltungsregimes derzeit rege diskutiert. Obgleich man meinen könnte, dass man gerade in Deutschland geschlossen hinter dem Grundsatz der Kapitalerhaltung stehe, zeigt der Diskussionsstand dennoch eine Uneinigkeit der deutschen Rechtswissenschaftler auf diesem Gebiet auf. So spricht die Stellungnahme der *Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht*⁴⁵ zum *Winter*-Bericht eindeutig für eine Beibehaltung des tradierten Kapitalerhaltungssystems.⁴⁶ Die Befürworter bangen

³⁹ Marx, Solvenzttest, 50.

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ Direktor des Company Law Centre des British Institute of International and Comparative Law; (Rickford Report, 2004).

⁴² Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, 15 EBLR 919-1029.

⁴³ Im August 2005 legte zB auch die Universität Groningen eine vom niederländischen Ministerium für Justiz beauftragte Studie vor, welche ebenso die Substitution des Kapitalerhaltungssystems gutheißt.

⁴⁴ Vgl. Kuhner, ZGR 2005, 754, 758: „Eines der ehrwürdigsten Institute deutscher Gesellschaftsrechtsdogmatik, die Kapitalerhaltung.[...]“

⁴⁵ *Group of German Experts on Company Law*: Professor Dr. Walter Bayer, Jena; Rechtsanwalt Professor Dr. Michael Hoffmann-Becking, Düsseldorf; Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Göttingen; Professor Dr. Dres.h.c. Marcus Lutter, Bonn; Professor Dr. Ulrich Noack, Düsseldorf; Vors. Richter am Bundesgerichtshof Dr. h.c. Volker Röhricht, Karlsruhe; Professor Dr. Dres.h.c. Karsten Schmidt, Bonn; Professor Dr. Dr.h.c. mult. Peter Ulmer, Heidelberg; Professor Dr. Herbert Wiedemann, Köln; Rechtsanwalt Dr. Martin Winter, Mannheim; Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Zöllner, Tübingen.

⁴⁶ Stellungnahme der Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht, ZIP 2003, 871 ff.

in erster Linie um den Verlust der Rechtssicherheit, welcher durch die Abschaffung des bewährten Systems befürchtet wird.⁴⁷ Zwar wird dem Alternativsystem von Einigen die potenzielle Existenzberechtigung nicht direkt abgesprochen, jedoch bestehen Zweifel, ob diesem System aufgrund von mangelnden Erfahrungswerten – zumindest in Deutschland und auch Österreich – wirklich der Vorzug zu geben ist.⁴⁸ In der deutschen Diskussion treten aber auch Stimmen gegen die Beibehaltung und für die Substituierung durch ein Alternativsystem auf. So vertritt *Merkt*⁴⁹ die Ansicht, dass dem angloamerikanischen Ansatz, vor allem der Trennung von Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz, durchaus Positives abzugewinnen sei und man über eine europaweite Einführung einer insolvenzrechtlichen Haftung nach dem Vorbild der USA oder des englischen Rechtsinstituts des *wrongful trading* zur Schließung etwaiger Schutzlücken nachdenken sollte. Ferner setzt sich auch *Kübler*⁵⁰ für eine Deregulierung des Kapitalerhaltungssystems ein und stimmt den Vorschlägen des *Rickford*-Berichtes vollends zu. Er ist der Meinung, dass Gläubigerschutz auch durch viele andere Mittel auf den verschiedensten Gebieten des Rechts erreicht werden könnte.⁵¹

Zwischenzeitlich liegen nunmehr die Ergebnisse der von der Kommission im Rahmen ihres Aktionsplanes ausgeschriebenen Durchführbarkeitsstudie⁵² vor, welche im Januar 2008 erschienen ist. Das Hauptziel dieser Studie war es – neben der Abschätzung des Einflusses der Internationalen Finanzierungsstandards (IFRS) auf die Gewinnausschüttung – die Durchführbarkeit einer Alternative zu dem derzeitigen Kapitalerhaltungsregime der KapitalRL zu beurteilen. Mittels einer Betrachtung der aktuellen Rechtslage von fünf repräsentativen Mitgliedstaaten⁵³ der EU und einer Gegenüberstellung mit anderen Rechtssystemen von vier Nicht-EU-Staaten⁵⁴ sowie der Analyse der vier Modelle⁵⁵, die im Laufe der Diskussionen Beachtung gefunden haben, soll diese Studie der Kommission in ihren Überlegungen, ob ein alternatives

⁴⁷ *Kleindiek*, BB Beilage 2007, Nr 005, 4 ff mwN; vgl auch *Schön*, ZHR 2002, 5.

⁴⁸ *Kuhner*, ZGR 2005, 787; *Merkt*, ZGR 2004, 322 „Wir können also gar nicht sagen, dieses (oder kein) System ist effizienter.“

⁴⁹ *Merkt*, ZGR 2004, 322 f; s auch *Kübler*, EBLR 2004, 1045.

⁵⁰ *Kübler*, EBLR 2004, 1031.

⁵¹ *Ebd.*, 1034.

⁵² Contract ETD/2006/IM/F2/71 – Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/81/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime; abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/capital/index_de.htm (Stand 4.7.2009); eine Zusammenfassung der Ergebnisse ist ebenso abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/feasibility/markt-position_en.pdf (Stand 4.7.2009).

⁵³ Frankreich, Deutschland, Polen, Schweden und England.

⁵⁴ USA, Kanada, Australien und Neuseeland.

⁵⁵ Der Vorschlag der *High Level Group*, der *Rickford Gruppe*, der *Lutter Gruppe* sowie der *Winter Gruppe*.

System die Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen begünstigt, unterstützen. Dies sollte vor allem anhand des Verwaltungsaufwandes der europäischen Unternehmen gemessen werden, welcher mit dem derzeitigen System verbunden ist und welcher mit einem alternativen System verbunden wäre. Eines der ersten Ergebnisse der Durchführbarkeitsstudie war, dass die Kostenreduktion im Hinblick auf den Verwaltungsaufwand aufgrund eines beinahe Gleichlaufs der unterschiedlichen Systeme in den EU- und Nicht-EU-Staaten keine Motivation für die Einführung eines Alternativsystems sein könne.⁵⁶ Ferner kam man im Zuge dieser Studie zu der Auffassung, dass das vorherrschende Regime der KapitalRL keine signifikanten Probleme in seiner Durchführung für die Gesellschaften mit sich brächte, weshalb auch keine nachfolgenden Maßnahmen oder Änderungen in Bezug auf die Kapitalrichtlinie in naher Zukunft vorherzusehen sind.⁵⁷ Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass es wohl vorerst längere Zeit bei der Beibehaltung der KapitalRL in ihrer derzeitigen Fassung bleiben wird.

6) Reformen

Ende des Jahres 1992 wurde mit Richtlinie 92/101/EWG⁵⁸ ein weiterer Artikel in die KapitalRL eingeführt – Art 24a. Ziel dieser Reform war es, den Erwerb und die Zeichnung eigener Aktien zu beschränken, um der potentiellen Umgehung dieser Bestimmungen durch Einschaltung einer abhängigen Gesellschaft Einhalt zu gebieten. Insofern regelte der neue Art 24a, dass sowohl das Zeichnen als auch der Erwerb oder das Besitzen von Aktien einer AG durch bzw von einer abhängigen Gesellschaft⁵⁹ so zu behandeln ist, als ob die AG selbst die betreffenden Aktien zeichnet, erwirbt oder besitzt. Um weitere Umgehungen zu vermeiden, werden nunmehr auch entsprechende Gesellschaften, die dem Recht eines Drittlandes unterliegen, in den Anwendungsbereich des Art 24a aufgenommen.

Die Kommission legte 2004 im Zuge der Durchführung des bereits zuvor erwähnten Aktionsplanes dem Rat einen weiteren Vorschlag zur Änderung der

⁵⁶ Vgl *Feasibility Study*, 6.

⁵⁷ Zusammenfassung der Ergebnisse der *Feasibility Study*, 2.

⁵⁸ Richtlinie 92/101/EWG des Rates vom 23.11.1992 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG über die Gründung der Aktiengesellschaft sowie die Erhaltung und die Änderung ihres Kapitals, ABl L 347 vom 28.11.1992, 0062-0066.

⁵⁹ Die Abhängigkeit der Gesellschaft richtet sich danach, ob die Aktiengesellschaft, deren Aktien gezeichnet, erworben oder besessen werden, unmittelbar oder mittelbar über die Mehrheit der Stimmrechte an der fraglichen Gesellschaft verfügt oder ob die Aktiengesellschaft unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausübt. Allerdings können Erleichterungen bei mittelbarer Verfügung über die Stimmrechte und bei mittelbarer Einflussnahme von den Mitgliedstaaten vorgesehen werden.

Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie vor. Das Europäische Parlament und der Rat nahmen diesen Vorschlag in einer leicht modifizierten Fassung an und erließen am 9. September 2006 eine Änderungsrichtlinie.⁶⁰ Durch die Änderung der KapitalRL erhoffte man sich zur Steigerung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen wesentlich beitragen zu können, ohne dadurch den Aktionärs- und Gläubigerschutz zu verringern.⁶¹ Die Reformierung der KapitalRL soll jedoch nichts daran ändern, dass das längerfristige Ziel der zweiten Stufe des Aktionsplanes – nämlich die Prüfung einer Alternativlösung zu den Kapitalerhaltungsregeln – weiterhin verfolgt wird.

Im Wesentlichen haben drei Gebiete der Richtlinie Neuerungen erfahren. Eine Neuerung bezieht sich auf den Bereich der Sacheinlagen. Der zweite reformierte Bereich betrifft die Regelungen zum Erwerb eigener Aktien; unter bestimmten Bedingungen ist es den Mitgliedstaaten erlaubt, den Erwerb eigener Aktien bis zur Höhe der ausschüttungsfähigen Rücklagen zu gestatten und den Zeitraum, für den die Hauptversammlung einen solchen Erwerb genehmigen kann, zu verlängern. In diesem Zusammenhang hat auch die Regelung der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs des Art 23 – auf den später näher einzugehen sein wird – eine Erleichterung erfahren. Schließlich wurden auch bezüglich der Kapitalherabsetzung kleinere Änderungen eingefügt.

⁶⁰ Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.9.2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf die Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals; AB I L 264 vom 25.9.2006, 0032–0036.

⁶¹ S dazu Punkt (2) der Präambel der Änderungsrichtlinie.

III. Das Verbot des Artikel 23 der Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie

Gemäß Art 23 Abs 1 KapitalRL⁶² darf eine Gesellschaft im Hinblick auf den Erwerb ihrer Aktien durch einen Dritten – außer in bestimmten Ausnahmefällen – weder Vorschüsse geben noch Darlehen gewähren oder Sicherheiten leisten. Mit diesem Wortlaut hat das Verbot der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs durch die Gesellschaft im Jahre 1976 Einzug in die KapitalRL gehalten. Die erwähnten Ausnahmen beziehen sich auf Rechtsgeschäfte von Banken und anderen Finanzinstituten sowie auf Rechtsgeschäfte in Bezug auf Belegschaftsanteile, sofern dadurch das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft nicht reduziert wird.⁶³ Zusätzlich kennt der Art 23 Abs 3 eine weitere Ausnahme für Investmentgesellschaften mit festem Kapital.⁶⁴ Aufgrund der geringen Relevanz für Deutschland und Österreich⁶⁵ wird auf diese Ausnahme hier allerdings nicht näher eingegangen.

Die Bestimmung des Art 23 blieb nicht unkritisiert⁶⁶ und mit den Forderungen nach einer Reform der KapitalRL kam auch der Wunsch nach der Liberalisierung dieser Bestimmung. Auf diesen Wunsch wurde mit der Änderungsrichtlinie⁶⁷ im Jahr 2006 eingegangen.

1) *Die Entstehungsgeschichte der englischen Bestimmung der s.54 Companies Act 1948 als historische Wurzel des Artikel 23*

Der am 9. März 1970 vorgelegte Vorschlag einer Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie⁶⁸ enthielt noch keine dem Art 23 entsprechende Bestimmung. Erst angesichts des Beitritts Englands und Irlands im Jahre 1973, und dem damit einhergehenden merklichen Einfluss auf die Verhandlungen des Vorschlages, wurde die Aufnahme einer entsprechenden Regelung erwogen.⁶⁹ Ende des Jahres 1974 kam

⁶² In diesem Kapitel beziehen sich Artikel ohne weitere Gesetzesangaben auf Bestimmungen der Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (KapitalRL).

⁶³ Vgl Art 15 Abs 1 lit a der Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie.

⁶⁴ „Absatz 1 gilt nicht für Geschäfte, die im Hinblick auf den Erwerb von Aktien nach Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe h) getätigt werden.“

⁶⁵ Vgl *Kalss in Koppensteiner, Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsrecht*, 192f.

⁶⁶ Vgl vor allem *Wymeersch in FS Drobnič*, 725.

⁶⁷ Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.9.2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf die Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals, ABl L 264/32 vom 25.9.2006.

⁶⁸ Vorschlag einer zweiten Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaften sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, ABl C 48/8 vom 24.4.1970.

⁶⁹ *Drinkuth*, Die Kapitalrichtlinie, 253 ff; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 15 ff mwN; *Edwards*, EC Company Law, 51; s dazu Anhang 1.

ein erster Vorschlag der britischen Delegation hinsichtlich der möglichen Ausgestaltung einer derartigen Regelung.⁷⁰ Dieser Vorschlag war im Vergleich zur Regelung des Art 23 – in der Fassung vor der Änderungsrichtlinie 2006 – zum einen toleranter gegenüber finanziellen Unterstützungen des Anteilserwerbes, zum anderen aber auch, zumindest in manchen Aspekten, weit reichender. Demnach sollte es den Mitgliedstaaten erlaubt sein, unter Vorschreibung gewisser Bedingungen, direkte oder indirekte Unterstützungshandlungen der Gesellschaft zum Erwerb oder zur Zeichnung von Anteilen zuzulassen. Nach Vorlage eines Vorstandsberichtes, welcher bestätigen soll, dass durch die Gewährung der finanziellen Unterstützung das Nettoaktivvermögen nicht unter den Betrag des gezeichneten Kapitals zuzüglich der gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Rücklagen fällt, und welcher ferner Art und Zweck des geplanten Rechtsgeschäftes niederlegt, soll die Hauptversammlung mit qualifizierter Mehrheit über die Genehmigung einer finanziellen Unterstützung entscheiden können. Weiters sah die vorgeschlagene Bestimmung ähnliche Ausnahmen vor, wie sie nunmehr auch in Art 23 KapitalRL vorgesehen sind. Allerdings fiel nicht nur die finanzielle Unterstützung eines derivativen Erwerbes unter die vorgeschlagene Bestimmung, sondern auch der originäre Erwerb, also die Zeichnung von Anteilen der Gesellschaft. Ferner sollte die Bestimmung jegliche Form finanzieller Unterstützung umfassen, welche nicht nur zum Zweck des Erwerbes, sondern auch im Zusammenhang mit einem Erwerb von Anteilen gewährt wurde.⁷¹ In ihren Erläuterungen zu diesem Vorschlag merkte die britische Delegation an, dass man sich in einzelnen Fällen eine Genehmigung der finanziellen Unterstützung durch die Hauptversammlung durchaus vorstellen könne, obgleich ihre nationale Rechtsordnung eine derartige Vorgehensweise generell nicht tolerieren würde, da man es für unangebracht erachte, dass eine Gesellschaft die Bedingungen des Anteilserwerbes einem Dritten auferlegen könne.⁷²

Der Vorschlag der britischen Delegation wurde von den anderen Delegationen heftig diskutiert und auch kritisiert. Aus dieser Kritik entstand ein Alternativvorschlag der belgischen Delegation, welcher den britischen Vorschlag vereinfachen und komprimieren sollte.⁷³ Die Arbeitsgruppe einigte sich daraufhin die mögliche

⁷⁰ Anhang 2.

⁷¹ Die in dem britischen Vorschlag in Verbindung damit erwähnte Gewährung von Darlehen und Stellung von Sicherheiten sollen als nicht abschließend verstanden werden und stellen lediglich Beispiele dar.

⁷² Anhang 2, 3.

⁷³ Anhang 3, 18.

Erlassung einer derartigen Bestimmung fortan anhand dieser verkürzten, die liberale Einstellung eher unterdrückenden, Fassung zu diskutieren.⁷⁴ Diese Fassung sah ein bedingungsloses Verbot finanzieller Unterstützung vor. Gleichwohl ging man von der umfangreichen Begriffsbestimmung „*finanzielle Unterstützung in jeglicher Form*“ ab und nannte anstatt dessen konkrete Rechtsgeschäfte, die unter das Verbot fallen sollten. Letztendlich einigte man sich auf eine Version, dessen Wortlaut wesentlich an der klassischen englischen Bestimmung der s.54 CA 1948 angelehnt war und ein weitgehendes generelles Verbot, den Erwerb von Anteilen finanziell zu unterstützen, aussprach.⁷⁵ Um auf die Bestimmung des Art 23 und vor allem ihren Schutzzweck sodann etwas näher eingehen zu können, bietet sich nunmehr ein kurzer Blick auf die historischen Wurzeln der englischen Bestimmung der s.54 CA 1948 an, welche bis dato oftmals im Schrifttum als eine Art Vorbild des europarechtlichen Verbots der finanziellen Unterstützung betitelt wurde.⁷⁶

a) Von der takeover-Lawine der 1920er Jahre bis zum englischen Verbot der finanziellen Unterstützung des Anteilserwerbs

Noch bevor der Art 23 im Jahre 1979 Einzug in die KapitalRL gehalten hatte, durchlief dessen englische Vorbildbestimmung einen langjährigen und auch wankelmütigen Gesetzgebungsprozess. Das Verbot der finanziellen Unterstützung durch die Gesellschaft zum Zweck des Erwerbes ihrer Anteile⁷⁷ durch einen Dritten wurde in England erstmals in den Zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts gesetzlich verankert. Diese gesetzliche Verankerung ist zurückzuführen auf einen Vorschlag eines vom *board of trade*⁷⁸ beauftragten Komitees⁷⁹. Es galt eine Lösung zu finden, bestimmte missbräuchliche Praktiken, welche aufgrund des *takeover*-Booms der Nachkriegszeit vermehrt aufkamen, einzudämmen bzw ganz zu unterbinden.

⁷⁴ Ebd: „Eine Gesellschaft darf zum Zwecke des Erwerbs ihrer Aktien durch Dritte keine Vorschüsse zahlen oder Kredite aus eigenen Mitteln gewähren, wenn das Geschäft nicht im Rahmen ihrer normalen Tätigkeit unter den Bedingungen und mit der Absicherung getätigt wird, die normalerweise für Vorgänge dieser Art erforderlich sind.“

⁷⁵ Fleischer, AG 1996, 495; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 2; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 44 f.

⁷⁶ S statt vieler Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 44 ff.

⁷⁷ In Bezug auf die englische Rechtslage bietet es sich an, im Gegensatz zur europäischen und österreichischen als auch deutschen Rechtslage von Anteilen zu sprechen und nicht die Bezeichnung Aktien zu verwenden, da das Verbot der finanziellen Unterstützung nicht nur *public companies*, welche mit der AG vergleichbar sind, sondern auch *private companies*, welche wiederum mit der GmbH vergleichbar sind, betrifft.

⁷⁸ Vorläuferinstitution des DTI (Department of Trade and Industry), welches am 28.6.2007 mit der Bekanntgabe der Errichtung des BERR (Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform) aufgelöst und in dieses eingebettet wurde.

⁷⁹ *Company Law Amendment Committee* unter der Leitung des späteren *Master of the Roll Lord Greene* (1926); kurz: *Greene-Komitee*.

Im Jahre 1919, unmittelbar nach Ende des Ersten Weltkrieges, war ein Aufschwung auf dem englischen Kapitalmarkt zu bemerken; allein im Laufe des Jahres 1920 wurden über £ 380 Millionen für Neuemissionen entrichtet. Dies führte zwangsläufig zu einem Preisanstieg auf dem Kapitalmarkt.⁸⁰ Während dieser Blütezeit des Kapitalmarkts wurden die erhöhten Einnahmen vieler Unternehmen jedoch nicht für Investitionen oder zur Produktionsförderung verwendet, sondern dienten zur Verbesserung des Betriebsvermögens. Dies führte letztendlich zu einer erheblichen Überkapitalisierung vieler dieser Unternehmen.⁸¹ Zum Teil wurden die Mittel dieser überkapitalisierten Unternehmen dazu verwendet, bereits bestehende Unternehmen zu absurden Preisen zu erwerben und dadurch so genannte Spekulanten und Investoren zu bereichern.⁸² Eine regelrechte *takeover*-Lawine wurde ins Rollen gebracht. Bei vielen dieser – meist spekulativen – Übernahmen traten allerdings die bereits oben erwähnten missbräuchlichen Praktiken in Bezug auf die dafür benötigte Finanzierung zu Tage. Die damit aufgekommenen Probleme wurden von *Lord Greene MR* in einer späteren Entscheidung⁸³ aus dem Jahre 1942 überaus bezeichnend beschrieben:

„[...] a very common form of transaction in connection with companies was one by which persons – call them financiers, speculators, or what you will – finding a company with a substantial cash balance or easily realizable assets such as war loan, bought up the whole or the greater part of the shares of the company for cash and so arranged matters that the purchase money which they then became bound to provide was advanced to them by the company whose shares they were acquiring, either out of its cash balance or by realization of its liquid investments. That type of transaction was a common one, and it gave rise to a great dissatisfaction and, in some cases, great scandals.”

Die Blütezeit des englischen Kapitalmarktes war gleichwohl nicht von langer Dauer. Bereits im Sommer des Jahres 1920 deutete vieles auf ein baldiges Ende hin. Im Jahre 1921 resultierten schließlich diverse Streiks in den, für die englische Wirtschaft überaus wichtigen, Sparten der Kohleindustrie und des Baumwollgewerbes aufgrund von Lohnstreitigkeiten, Stillstand im Handel, ansteigender Arbeitslosigkeit und einem extremen Preissturz von Bedarfsgütern in einer tiefen Depression.⁸⁴ Die

⁸⁰ Die Rohstoffpreise stiegen zB im Laufe des Jahres um 25%; *Youngson*, Britain's Economic Growth, 25.

⁸¹ *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 24.

⁸² *Youngson*, Britain's Economic Growth, 26; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 24.

⁸³ *Re VGM Holdings Ltd*, [1942] Ch 235.

⁸⁴ *Youngson*, Britain's Economic Growth, 25.

Folgen dieser Wirtschaftskrise waren etliche Zusammenbrüche der von Übernahmen betroffenen Unternehmen.⁸⁵

Infolgedessen erarbeitete das *Greene*-Komitee im Jahre 1926 einen Vorschlag zur Reformierung des englischen Gesellschaftsrechts, um diesen „unerwünschten“ und „skandalösen“⁸⁶ Praktiken einen Riegel vorzuschieben. Offensichtlich verstießen diese Praktiken nach dem Verständnis des *Greene*-Komitees auch gegen das in der Grundsatzentscheidung zur Kapitalerhaltung – *Trevor v Withworth*⁸⁷ – niedergelegte Prinzip, dass es einer Gesellschaft nicht erlaubt sein sollte, eigene Aktien zu erwerben, wodurch ihr Kapital verringert würde.⁸⁸ Das Parlament reagierte auf den Reformvorschlag des *Greene*-Komitees und setzte diesen in der Bestimmung des s.16 CA 1928 um. Kurz darauf wurde s.16 CA 1928 nahezu wortgleich von s.45 des folgenden CA 1929 übernommen. Diese Bestimmung sprach ein weit reichendes Verbot aus; diesem zufolge war es Gesellschaften nicht gestattet, weder direkt noch indirekt, und weder mittels eines Darlehens (*loan*), einer Bürgschaft (*guarantee*), der Leistung einer Sicherheit (*provision of security*) oder auf anderem Wege, zum Zweck oder in Verbindung mit einem bereits erfolgten oder noch zu erfolgenden Erwerb von Anteilen der Gesellschaft durch einen Dritten, finanzielle Unterstützung zu gewähren.⁸⁹ Ausgenommen von diesem Verbot war lediglich das Verleihen von Geld durch Gesellschaften, sofern dies zu ihrem gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehörte sowie Leistungen in Bezug auf den Erwerb bestimmter Belegschaftsanteile⁹⁰. Wurde allerdings gegen dieses Verbot verstoßen, so waren sowohl die Gesellschaft als auch alle schuldhaft handelnden Direktoren mit einer £ 100 nicht übersteigenden Geldstrafe zu belangen.⁹¹ Der anfängliche Schutzzweck der s.54 CA 1948 beruhte folglich

⁸⁵ Schroeder, *Finanzielle Unterstützung*, 25.

⁸⁶ Vgl Lord Greene M.R. in *Re V.G.M. Holdings, Ltd*, [1942] Ch 235.

⁸⁷ (1887) LR 12 App Cas 409.

⁸⁸ Roberts, *Financial Assistance*, Rz 2.03.

⁸⁹ S.45 CA 1929: “Subject as provided in this section, it shall not be lawful for a company to give, whether directly or indirectly, and whether by means of a loan, guarantee, the provision of a security or otherwise, any financial assistance for the purpose of or in connection with a purchase made or to be made by any person of any shares in the company [...]”.

⁹⁰ Leistungen von Geld in Übereinstimmung mit einem Programm für den Erwerb voll eingezahlter Anteile der Gesellschaft durch Treuhänder, welche diese Anteile zum Nutzen der Arbeitnehmer – einschließlich Direktoren, die sich in einem Arbeitsverhältnis befinden oder ein Amt innehaben – der Gesellschaft halten sollten (b). Von dem Verbot ferner ausgenommen war die Gewährung von Darlehen an Personen – mit Ausnahme von Direktoren der Gesellschaft –, welche sich gutgläubig in einem Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft sahen, mit dem Ziel diesen Personen einen „Eigentumserwerb“ (*beneficial ownership*) voll eingezahlter Anteile der Gesellschaft zu ermöglichen (c). Der Gesamtbetrag aller ausstehenden Darlehen, welche unter den Ausnahmebestimmungen (b) und (c) begeben wurden, musste allerdings als selbstständiger Punkt in der Bilanz ausgewiesen sein.

⁹¹ S.45 Abs 1 lit a bis lit c und Abs 2 bis 3 CA 1929.

verstärkt auf einer Erweiterung des Verbotes des Erwerbes eigener Anteile und der Abwendung missbräuchlicher Übernahmepraktiken, bei denen das Vermögen der Gesellschaft in Mitleidenschaft gezogen wurde.

b) Kritik an dem neuartigen Verbot und Section 54 CA 1948

Mit der Einführung eines neuen Verbotes kamen mit der Zeit verständlicherweise auch Fragen und Kritikpunkte auf. Die erste, für diese Bestimmung bedeutende, Entscheidung – die bereits oben zitierte *Court of Appeal*-Entscheidung *Re VGM Holdings, Ltd*⁹² – bezog sich auf den fragwürdigen Punkt, ob das Verbot der s.45 CA 1929 auch die finanzielle Unterstützung für die Zeichnung von Anteilen erfassen sollte.

In Folge dieser und auch anderer Entscheidungen wurde im Zuge einer längst fälligen Reform das Verbot der finanziellen Unterstützung nunmehr auch auf die Zeichnung von Anteilen erstreckt. Zudem wurde auch die finanzielle Unterstützung durch Tochtergesellschaften in die Bestimmung miteinbezogen. Bis auf diese zwei Adaptionen blieb jedoch sowohl der Wortlaut als auch das prinzipielle Verbot, einschließlich der Ausnahmen, unverändert. Die neue, erweiterte Bestimmung fand sich nun in s.54 CA 1948 wieder.

Allerdings wurde ungeachtet der Reform auf wichtige Problempunkte nicht eingegangen und diese blieben somit unbeantwortet. So konnte auch die eher unwesentlich adaptierte Bestimmung die vielen, noch offenen Fragen nicht beantworten und die kritischen Stimmen nicht verstummen lassen. Nicht nur zu viele Unklarheiten umgaben die Reichweite des Verbotes, die darunter fallenden Rechtsgeschäfte und den Schutzzweck, vielmehr wurde die Bestimmung seit Beginn ihrer Existenz als „*unzureichender Versuch diese verpönten Praktiken zu unterbinden*“⁹³ bemängelt. Überdies wurde ihr nicht zugetraut, das gesetzgeberische Ziel zu verwirklichen, da die geringe Geldstrafe im Falle einer Zuwiderhandlung unzulänglich und wenig abschreckend sei; es ginge keine Gefahr von dieser Bestimmung aus.⁹⁴ Auch an den zivilrechtlichen Rechtsfolgen des Verbotes wurde bereits vor dem CA 1948 verstärkt Kritik geübt. Anstoß gebend dafür war die Entscheidung *Victor Battery Company, Ltd v. Curry's Ltd and others*⁹⁵ der Chancery

⁹² Vgl *Re V.G.M. Holdings, Ltd*, [1942] Ch 235.

⁹³ Gower, *Company Law*³, 113.

⁹⁴ *Pettet*, JIBL 1988, 96 (96 Fn 7).

⁹⁵ [1946] Ch 242; ergangen zur Vorgängerbestimmung s.45 CA 1929.

*Division*⁹⁶ des *High Court of Justice* im Jahre 1946: Um die Anteile an der klagenden Gesellschaft (*Victor Battery*) zu erwerben, nahmen zwei Gesellschaften und deren Hauptgesellschafter ein Darlehen bei einem Dritten auf. *Victor Battery* besicherte das Darlehen gegenüber diesem Dritten. In Folge erhob *Victor Battery* Klage und brachte vor, dass die Sicherheit nichtig sei, da sie in Zuwiderhandlung der s.45 CA 1929 geleistet wurde, und somit auch keinerlei Rechtswirkung entfalten könne. Der Richter *Roxburgh J* war der Meinung, dass man unter dem Wort „Sicherheit“ im Sinne der s.45 CA 1929 eine „rechtskräftige bzw gültige Sicherheit“ verstehen müsse, da der Wortlaut der Bestimmung nicht auf den Versuch, finanzielle Unterstützung zu gewähren, abstellt, sondern wohl eher auf eine tatsächliche Gewährung finanzieller Unterstützung. Seinem Erachten nach ist es nicht ersichtlich, wie eine ungültige Sicherheit irgendeine Art von finanzieller Unterstützung sein könne.⁹⁷ Weiterhin führte *Roxburgh J* aus, dass die Gesellschaft nicht als Schutzobjekt dieser Bestimmung zu werten sei, weshalb sie selbst im Falle der Nichtigkeit der Sicherheitsleistung sich nicht auf diese Nichtigkeit berufen könne.⁹⁸ Damit wirkte die Rechtsprechung zusätzlich gegen den intendierten Schutz der Vorschrift, indem auch den zivilrechtlichen Folgen die Fähigkeit, vor einem Verstoß abzuschrecken, aberkannt wurde. Die Gewährung finanzieller Unterstützung wurde zwar weiterhin als verpönt angesehen, war aber dennoch rechtsgültig und somit wirksam. Es lag nun einzig und allein an der Geldstrafe in Höhe von £ 100, den missbräuchlichen Praktiken entgegenzuwirken. Ein Unterfangen, welches wohl eher aussichtslos erscheint.

Im Jahre 1959 wurde erneut ein Komitee vom *board of trade* mit der Untersuchung der Bestimmungen des CA 1948 und dessen Funktionieren beauftragt. Ferner sollte darüber ein Bericht abgefasst werden, in dem auch die Pflichten der Direktoren und die Rechte der Gesellschafter im Lichte moderner Gegebenheiten und Praktiken, einschließlich der Praktiken von Übernahmeangeboten, berücksichtigt und generell Vorschläge in Bezug auf wünschenswerte Anpassungen oder Veränderungen erarbeiten werden sollten.⁹⁹ Dieses 14-köpfige Komitee unter der Leitung von *Lord Jenkins*¹⁰⁰ nahm sich auch der vehement kritisierten Bestimmung der s.54 CA 1948 an.

⁹⁶ Seit dem Reform Act 2005 Chancellor of the High Court; ist eine spezielle Division des High Court, welche sich mit Gebieten des „Privatrechts“ (*equity*) – unter anderem mit dem Erbrecht, *trusts* und dem Gesellschaftsrecht – befasst.

⁹⁷ So auch *South Western Mineral Water Co Ltd v Ashmore*, 1 WLR 1110.

⁹⁸ *Ebd.*, 249.

⁹⁹ *Kohler*, The Accounting Review 1963, 266 (266).

¹⁰⁰ Kurz: *Jenkins-Komitee*.

Das Komitee versuchte vor allem auf einen wesentlichen Kritikpunkt einzugehen, nämlich jenen, der sich auf die als zu umfassend begriffene Reichweite der Bestimmung bezieht. So schlug das *Jenkins*-Komitee zwar vor, den weit formulierten Wortlaut „[...] *to give, whether directly or indirectly, and whether by means of a loan, guarantee, the provision of security or otherwise any financial assistance [...]*“ beizubehalten, diesen jedoch durch Ausnahmen für als nicht verpönt erachtete Transaktionen einzuschränken. Ferner wurde die generelle Zulassung des Gewährens finanzieller Unterstützung empfohlen, sofern dabei bestimmte Maßnahmen zum Schutz der Gläubiger- und Minderheiteninteressen beachtet werden.^{101 102}

Trotz der vermehrten Kritik am Verbot der finanziellen Unterstützung der s.54 CA 1948, verabsäumte der englische Gesetzgeber, zu diesem Zeitpunkt auf die Reformvorschläge einzugehen. So fanden in den etlichen darauf folgenden Jahren keinerlei gesetzgeberische Unternehmungen statt, den Verbotstatbestand der finanziellen Unterstützung erneut zu überarbeiten und die etlichen Problempunkte aus dem Weg zu räumen. In dieser umstrittenen, mit Problemen behafteten Fassung, diente das Verbot der finanziellen Unterstützung der s.54 CA 1948, zum Zeitpunkt der Erarbeitung einer Richtlinie zum Schutz des Gesellschaftskapitals als Vorbild für eine für alle Mitgliedstaaten zur Umsetzung bestimmte Bestimmung.

2) *Der Anwendungsbereich des Artikel 23*

Wie bereits erwähnt,¹⁰³ ist die Kapitalrichtlinie nur auf Aktiengesellschaften anwendbar. Aus diesem Grund sind die Mitgliedstaaten lediglich verpflichtet, die Bestimmung des Art 23 für diese zu erlassen, respektive bei Bestehen eines derartigen Verbotes, dieses im Rahmen des von der Richtlinie Zulässigen beizubehalten. Eine Verpflichtung, dieses Verbot der finanziellen Unterstützung auch auf Gesellschaften wie etwa die GmbH, auszudehnen, besteht nicht, obschon in einigen Mitgliedstaaten solche Regelungen – teils identisch, teils modifiziert bzw liberalisiert – implementiert

¹⁰¹ Durch eine Eintragung in das Handelsregister solle bestätigt werden, dass die Gesellschaft auch nach der Gewährung finanzieller Unterstützung weiters in der Lage sein wird, ihre Verbindlichkeiten tilgen zu können. Außerdem solle die Hauptversammlung dieses Unterstützungsgeschäft mit einer qualifizierten Mehrheit bestätigen. Ferner solle einer Minderheit von 10% die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung des Unterstützungsgeschäftes gegeben werden. Im Falle einer Nichtbeachtung der neuen Vorschriften oder einer falschen Eintragung in das Handelsregister solle den Direktoren der Gesellschaft eine substantielle Strafe drohen. Schließlich solle das gegen die Vorschrift verstoßende Geschäft demjenigen gegenüber unwirksam sein, der Kenntnis von dem Verstoß hatte (*Schroeder*; Finanzielle Unterstützung, 37).

¹⁰² Insofern ist hier eine gewisse Parallele zu dem Vorschlag der britischen Delegation (s Anhang 2) zu erblicken und der Wunsch nach einem liberaleren Ansatz war bereits damals zu spüren.

¹⁰³ S. S.7

wurden, respektive erhalten blieben.¹⁰⁴ Österreich und auch Deutschland haben konträr dazu das Verbot nur für die AG umgesetzt.

Nicht von der Bestimmung erfasst sind Sachverhalte, in denen eine Tochtergesellschaft den Erwerb von Aktien an ihrer Muttergesellschaft finanziert. Die von der Muttergesellschaft gewährte finanzielle Unterstützung zum Erwerb von Aktien an ihrer Tochtergesellschaft ist ebenso nicht erfasst¹⁰⁵ wie die finanzielle Unterstützung durch eine Schwestergesellschaft. Keinerlei Auswirkungen darauf hat der durch die Änderungsrichtlinie 92/101/EWG vom 23. November 1992¹⁰⁶ eingefügte Art 24a. Die darin enthaltene Ausweitung auf Tochtergesellschaften bezieht sich ausschließlich auf die Vorschriften bezüglich der Zeichnung und des Erwerbes von Aktien durch die Gesellschaft selbst sowie deren Besitz. Da es sich bei Art 23 aber lediglich um eine Mindestnorm handelt,¹⁰⁷ steht es den einzelnen Mitgliedstaaten somit frei, die nationale Umsetzungsnorm auch auf finanzielle Unterstützungen durch Tochtergesellschaften auszudehnen, um die mögliche Umgehung der Vorschrift zu erschweren.¹⁰⁸

3) *Der Schutzzweck*

a) Der Umgehungsschutz

Aufgrund der erst später erfolgten Einfügung des Art 23 in das System der KapitalRL kann der tatsächliche Zweck der Bestimmung nicht aus dem Richtlinienvorschlag abgeleitet werden. Generell lässt sich aber sagen, dass die Richtlinie im Gesamten auf den Schutz des Kapitals der Gesellschaft abstellt und damit den Schutz der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter verfolgt. Dies lässt darauf schließen, dass der Europäische Gesetzgeber auch mit dem eingefügten Art 23 dieses Ziel verfolgt. Eingebettet zwischen die Art 15 bis 24a spricht ferner vieles dafür, dass er der Erhaltung des Kapitals dient, obgleich die Präambel der Richtlinie den Art 23 in diesem Zusammenhang nicht explizit erwähnt. Aus diesem Grund wird nicht zuletzt der Verbotstatbestand der finanziellen Unterstützung als Instrument der Kapitalerhaltung begriffen. Eine verbreitete Auffassung schreibt der Bestimmung des

¹⁰⁴ Wymeersch in FS Drobnič, 729 f.

¹⁰⁵ Heidinger/Micheler, ÖBA 1993, 695.

¹⁰⁶ S Fn 58.

¹⁰⁷ S dazu S.30 f.

¹⁰⁸ Davon Gebrauch gemacht haben sowohl England und Österreich und als auch über Umwege Deutschland.

Art 23 in diesem Sinne auch die Funktion eines Umgehungsschutzes zu.¹⁰⁹ So soll der Verbotstatbestand der finanziellen Unterstützung die Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Aktien komplettieren und dessen Umgehung verhindern.¹¹⁰ Dies spiegelt sich ferner in etlichen mitgliedstaatlichen Umsetzungsnormen wider; so hat zB der deutsche Gesetzgeber den § 71a dAktG mit der Überschrift „*Umgehungsgeschäfte*“ versehen und auch die Stellung der betreffenden Normen in den einzelnen nationalen Rechtsordnungssystemen deutet vielfach darauf hin.¹¹¹

In neuerer Zeit wurde jedoch die Funktion des Umgehungsschutzes in Frage gestellt. So wird vor allem auf die Diskrepanzen zwischen den Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Aktien und der als Umgehungsschutz dienenden Bestimmung des Art 23 hingewiesen. Auf Unverständnis stieß in erster Linie die Abweichung auf den Gebieten der Ausnahmebestimmungen und der unterschiedlichen Rechtsfolgen.¹¹² Dass der Umgehungsschutz den einzigen Zweck der Bestimmung darstellt, wurde infolgedessen mit der Zeit bezweifelt;¹¹³ vielmehr sind bislang der Regelungszweck und die Reichweite in vielerlei Hinsicht noch unklar und umstritten.¹¹⁴

b) Selbstständiger Kapitalschutz durch abstrakten Gefährdungstatbestand

An *Schroeder*¹¹⁵ anknüpfend, kann in diesem Zusammenhang nunmehr ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der europäischen Regelung und die geschichtlichen Hintergründe der Vorbildbestimmung der s.54 CA 1948 Aufschluss gewähren.¹¹⁶ So wurde s.54 CA 1948 nicht nur als Ergänzung des Verbotes des Erwerbes eigener

¹⁰⁹ Baldamus, Reform der Kapitalrichtlinie, 194: „Der Regelungszweck ist offensichtlich [...]“; Doralt, M., Management Buyout, 55; Drinkuth, Die Kapitalrichtlinie, 214; Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht², Rz 185; auch in 3.Aufl, Rz 56; Hüffer, NJW 1979, 1069; Kalss, AG 1996, 560; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 1; Lutter in KöKo¹, § 71a Rz 2; auch Arbeitsunterlage der Europäischen Kommission; abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/explanation_de.pdf; 5 (Stand 26.2.2008); aA Pühler, Verbot der Anteilsfinanzierung, 29, 33: „Demgegenüber können die Verbote finanzieller Unterstützung nicht als Umgehungsschutz der Regeln über den Erwerb eigener Aktien angesehen werden.“

¹¹⁰ S auch Edwards, EC Company Law, 73.

¹¹¹ Vgl etwa § 66a öAktG, welcher direkt an die Bestimmung betreffend des Erwerbs eigener Aktien (§ 66 öAktG) anschließt oder auch § 71a dAktG, der dem § 71 dAktG folgt; vgl weiters Wymeersch in FS Drobnič, 733 f.

¹¹² Göschke, RdW 2001, 324; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 107 ff; Pühler, Verbot der Anteilsfinanzierung, 29 ff.

¹¹³ Göschke, RdW 2001, 324; Fleischer, AG 1996, 495.

¹¹⁴ Hansen/Sørensen, [2003] EBLR, 3; Oechsler in MüKo³, § 71a Rz 3; dies spiegelt sich auch in manchen nationalen Rechtsordnungen wider; s dazu etwa für Deutschland: Singhof, NZG 2002, 746; vgl auch die umfangreiche Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen einzelner Mitgliedstaaten bei Wymeersch in FS Drobnič, 732 ff.

¹¹⁵ Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 105 ff; so wohl auch Wymeersch in FS Drobnič, 732 ff; kritisch gegenüber dieser Vorgehensweise Klass, Der Buyout von Aktiengesellschaften, 20 ff; allgemein kritisch gegenüber der Auslegung von Richtlinien unter Rückgriff auf nationale Vorgängerbestimmungen Heß, Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht, 82 f.

¹¹⁶ S hierzu S.15 ff.

Anteile gesehen, sondern auch als Mittel zur Abwendung skandalöser, missbräuchlicher Übernahmepraktiken aufgefasst, welche in der Lage sind, das Kapital der Gesellschaft in Mitleidenschaft zu ziehen. Demnach können Rückschlüsse darauf gezogen werden, dass die Bestimmung des Art 23 mehreren Zwecken zu dienen vermag – zum einen dem Umgehungsschutz, zum anderen aber auch einem weitergehenden Kapitalschutz.¹¹⁷

Letztendlich ist der Umgehungsschutz zwar als dem europäischen Verbot der finanziellen Unterstützung anhaftende Funktion anzuerkennen, jedoch ist er im Vergleich zum eigentlichen Regelungszweck des Verbotes wohl eher subsidiär.¹¹⁸ Nicht zu verkennen sind allerdings die weiterhin bestehenden relevanten Zwecksetzungen der Bestimmungen des Erwerbes eigener Aktien, welche auch von den Bestimmungen des Verbotes der finanziellen Unterstützung zum Teil berührt und dadurch auch durch diese verfolgt werden. Insofern kann gesagt werden, dass der Zweck der Vorschrift, wo dieser den Schutzzweck der Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Aktien überschneidet, im Umgehungsschutz aufgeht. Wo der Zweck jedoch darüber hinausgeht, verfolgt das Verbot der finanziellen Unterstützung eigene, vom Umgehungsschutz unabhängige Ziele – einen selbstständigen Kapitalschutz.¹¹⁹ Dieser Kapitalschutz ist deshalb als ein selbstständiger Kapitalschutz zu bezeichnen, da er den Schutzzweck des allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsatzes übersteigt.¹²⁰ So versucht der allgemeine Kapitalschutz im Sinne der Richtlinie lediglich „*das gezeichnete Kapital zuzüglich der Rücklagen, deren Ausschüttung das Gesetz oder die Satzung nicht gestattet*“ zu schützen.¹²¹ Im Vergleich dazu erhält die Gesellschaft in den von Art 23 aufgezählten Szenarien der Sicherheitsleistung und der Darlehensgewährung einen Forderungsanspruch gegenüber dem unterstützten Dritten als wirtschaftlichen Gegenwert. Gewährt die Gesellschaft einen Vorschuss, so wird sie von einer, wenn auch noch nicht fälligen, Verbindlichkeit befreit. Folglich sind dadurch auf Seiten der Gesellschaft bis dahin keine Einbußen entstanden. Für die Gesellschaft stellt einzig und allein die Uneinbringlichkeit der Forderung eine Gefahr

¹¹⁷ Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 105 ff.

¹¹⁸ So auch schon Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 113; vgl hierzu auch die Ausführung und eigene Stellungnahme hinsichtlich der schwindenden Relevanz des Umgehungsschutzes in der rechtsvergleichenden Analyse S.147 ff.

¹¹⁹ Drygala, AG 2001, 296; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 113 f; Nuyken, ZIP 2004, 1894; Oechsler in MüKo³, § 71a Rz 3 f.

¹²⁰ Ferran, The place for creditor protection, Law Working Paper No. 051/2005, 9; (abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=841884>).

¹²¹ Vgl Art 15 KapitalRL.

dar. Somit wird bereits auf die reine Gefährdung und nicht erst auf die Verringerung des Gesellschaftsvermögens, wie es bei dem allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsatz der Fall ist, abgestellt.¹²²

Die Verbotsbestimmung ist demnach als ein abstrakter Gefährdungstatbestand zu verstehen, welcher gegen spezielle Verhaltensweisen vorgehen soll, bei denen ein Dritter Anteile einer Gesellschaft erwirbt, ohne über eigene Liquidität zu verfügen und in Folge das Vermögen der Gesellschaft dafür heranzieht.¹²³ Es soll insofern vermieden werden, dass das Gesellschaftsvermögen zur Finanzierung des Anteilserwerbs abseits der legalen Gewinnausschüttung verwendet wird und dadurch sowohl Gläubiger als auch Gesellschafter, im Fall der Uneinbringlichkeit der Forderung, in ihren Interessen verletzt werden.¹²⁴ Der Gläubigerschutz der Bestimmung liegt in der Vermeidung eines vergrößerten Ausfallrisikos, welches aus einer Unternehmensübernahme folgen kann. Auf Seiten der Gesellschafter, sollen diejenigen durch dieses Verbot geschützt werden, die einem Angebot zum Verkauf ihrer Anteile nicht zugestimmt hatten oder denen ein derartiges Angebot gar nicht gemacht wurde; insofern wird dadurch auch der in Art 43 festgelegte Gleichbehandlungsgrundsatz gestärkt. Mittlerweile hat auch die Europäische Kommission zum Schutzzweck der Bestimmung Stellung bezogen. Sie sieht in dem Verbotstatbestand neben der Funktion als Umgehungsschutz auch einen „Schutz vor missbräuchlichen Praktiken[...], die Minderheitsaktionäre ebenso schädigen wie Gläubiger“.¹²⁵

c) Als Schutz vor Leveraged Buyouts?

Die bereits oben erwähnten, von der Richtlinienbestimmung aufgezählten Szenarien tauchen meist im Zusammenhang mit so genannten *Leveraged Buyouts* (LBO) auf. Ein LBO bezeichnet die Akquisition einer Gesellschaft unter Verwendung großer Teile Fremdkapitals zur Finanzierung des Erwerbspreises. Für gewöhnlich erfolgt sodann die ausschließliche oder überwiegende Besicherung der Akquisitionsfinanzierung durch die Zielgesellschaft und bzw oder anhand deren Vermögensgegenstände. In Verbindung mit LBOs gehen auch oftmals so genannte *asset stripping*-Fälle einher.

¹²² Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 113 f; Drygala, AG 2001, 296.

¹²³ Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 110 ff.

¹²⁴ Ludwig in Wilhelm Happ, Liber amicorum, 134; Nuyken, ZIP 2004, 1893; Oechsler in MüKo³, § 71a Rz 3; Seibt, ZHR 2007, 299 f; Singhof, NZG 2002, 746.

¹²⁵ Arbeitsunterlage der Europäischen Kommission; abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/explanation_de.pdf.

Hierbei werden Gesellschaften gänzlich oder zum größten Teil erworben und anschließend ihre Vermögenswerte zerschlagen und verkauft.¹²⁶ Zurück bleiben vorwiegend wertlose „*Gesellschaftsskelette*“, für die die Liquidation meist der letzte Ausweg ist. Diese, mit einem hohem Risiko verbundenen Unternehmensübernahmen sollen infolgedessen im Fokus des abstrakten Gefährdungstatbestandes der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbes sein.¹²⁷ Ob das gänzliche Verbot von LBOs tatsächlich gewollt ist, ist eine äußerst strittige und bislang ungeklärte Frage.¹²⁸ Zum Teil wird diese Frage sogar aus der rechtsdogmatischen Diskussion ausgeklammert und in eine rechtspolitische Debatte verlagert.¹²⁹ Im Lichte der neuesten Reform der KapitalRL ist jedoch bereits hier anzumerken, dass aufgrund des Abgehens von einem strengen, generellen Verbot und der Billigung finanzieller Unterstützung unter Vorbehalt,¹³⁰ keinesfalls ein gänzendes Verbot von LBOs abgeleitet werden kann.¹³¹

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass allen drei hier untersuchten Rechtsordnungen der Zusammenhang des Verbotes der finanziellen Unterstützung mit der Übernahmeproblematik nicht verwehrt geblieben ist. So wird generell anerkannt, dass die von den jeweiligen Bestimmungen aufgegriffenen Transaktionen in Kombination mit den anderen Tatbestandselementen die typische LBO-Situation erfasst. In diesem Zusammenhang keimt nunmehr jedoch die Diskussion insbesondere in England¹³² und Deutschland¹³³ auf, ob eine generelle Unterbindung von LBOs überhaupt im Lichte der gegenwärtigen wirtschaftlichen Gegebenheiten noch zeit- und sinngemäß ist. Hierbei werden vor allem von den Befürwortern der Zulassung von LBOs auf die damit einhergehenden Vorteile für die Gesellschaft beleuchtet. Im Gegensatz dazu stützt sich die „*übernahmeskeptische*“¹³⁴ Auffassung hauptsächlich auf das mit einem LBO einhergehende Risiko für das gesellschaftliche Kapital. Die Fragen inwieweit LBOs nunmehr ein Risiko oder doch etwa einen Vorteil für Gesellschaften darstellen und das Verbot der finanziellen Unterstützung folglich

¹²⁶ Dazu *Baldamus*, Reform der Kapitalrichtlinie, 196; *Fleischer*, AG 1996, 499; *Wymeersch* in FS Drobnig, 732.

¹²⁷ *Baldamus*, Reform der Kapitalrichtlinie, 195; *Ferran*, Regulation of private equity, Law Working Paper No 84/2007, <http://ssrn.com/abstract=989748>, 20; *Ludwig* in Wilhelm Happ, Liber amicorum, 135; *Oechsler* in *MüKo*³, § 71a Rz 4; *ders.*, ZHR 2006, 81 f sieht ein generelles Verbot von LBO; *Roberts*, Financial assistance, 7 ff; *Schmolke*, WM 2005, 1829; aA; *Drygala*, Der Konzern 2007, 398; *Freitag*, AG 2007, 158; *Seibt*, ZHR 2007, 300.

¹²⁸ *Wymeersch* in FS Drobnig, 734 f.

¹²⁹ So etwa *Oechsler*, ZHR 2006, 84; vgl dazu auch *Wymeersch* in FS Drobnig, 735.

¹³⁰ Ausführlich zur Reform S.37 ff.

¹³¹ Vgl auch *Drygala*, Der Konzern 2007, 400 f; ferner *Seibt*, ZHR 2007, 300.

¹³² Vgl hierzu insbesondere *Ferran*, Corporate Finance Law, 273 ff.

¹³³ Hierzu vor allem *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 13 ff.

¹³⁴ *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 13.

beibehalten werden muss um dieses Risiko zu unterbinden oder aber eine Abschaffung des Verbots unumgänglich ist um den Gesellschaften die Vorteile einer Übernahmen zukommen zu lassen, sind eng mit volkswirtschaftlichen Überlegungen verbunden und können somit an diesem Punkt auch nicht weiter ausgeführt werden. Insofern wird die weitere Ausarbeitung dieser Arbeit unter Ausklammerung dieser Thematik erfolgen.

d) Weitere Schutzzwecke

Vereinzelte werden noch weitere Schutzzwecke im Zusammenhang mit dem Verbotstatbestand des Art 23 erwähnt. So etwa die Verhinderung von Eingriffen der Verwaltung in die Gesellschafterstruktur,¹³⁵ die insofern auch gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre verstoßen oder auch bei Abwendung von Kursmanipulationen durch die Gesellschaft.¹³⁶ Uneinigkeit besteht hierbei vor allem darin, ob diese Schutzzwecke vom Gesetzgeber intendiert waren oder aber lediglich Beiprodukte darstellen. So sieht *Baldamus*¹³⁷ in der Verhinderung von Marktmanipulationen durchaus einen intendierten Schutzzweck, wohingegen die Beschränkung der Möglichkeit, in die Gesellschafterstruktur eingreifen zu können, seines Erachtens nur eine „Nebenwirkung“ ist. Im Gegensatz dazu betrachtet *Pühler*¹³⁸ die Verhinderung sowohl von Marktmanipulationen wie auch von Eingriffen in die Gesellschafterstruktur als einfaches Nebenprodukt der Bestimmung und nicht als intendierten Schutzzweck. Nichtsdestotrotz sind diese Schutzzwecke im Gegensatz zu den oben erwähnten – Umgehungsschutz und selbstständiger Kapitalschutz – eher zweitrangig, zumal diese zum Teil von anderen Richtlinien verfolgt werden.¹³⁹ Allerdings werden meiner Ansicht nach sowohl die Verhinderung von Eingriffen in die Aktionärsstruktur als auch die Verhinderung einer Marktmanipulation von dem Normzweck des Umgehungsschutzes bereits mit umfasst. Eine Bestimmung, die den Zweck verfolgt, eine andere Bestimmung – die umgangene Norm – vor Umgehungen zu schützen, hat mE den Normzweck der umgangenen Norm in ihrem Schutzzweck aufzunehmen um der Natur eines Umgehungsschutzes gerecht zu werden. So

¹³⁵ Etwa *Ferran*, Regulation of private equity, Law Working Paper No. 84/2007, <http://ssrn.com/abstract=989748>, 20.

¹³⁶ *Göschke*, RdW 2001, 324; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 1; *Seibt*, ZHR 2007, 300.

¹³⁷ *Baldamus*, Reform der Kapitalrichtlinie, 196.

¹³⁸ *Pühler*, Verbot der Anteilsfinanzierung, 292.

¹³⁹ Vgl etwa Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) ABl Nr L 96 vom 12.4.2003, 0016–0025; Richtlinie 2008/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2008 zur Änderung der Richtlinie 2003/6/EG über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) im Hinblick auf die der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl Nr L 81 vom 20.3.2008, 0042–0044.

verfolgen die Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Aktien unter anderem neben dem Erhalt des gesellschaftlichen Vermögens auch die Vermeidung einer Ungleichbehandlung der Aktionäre sowie die Verhinderung einer Markt- und Kursmanipulation.¹⁴⁰ Dadurch dürfte sich die Frage danach, ob es sich um intendierte Schutzzwecke des Verbots handelt oder ob sie lediglich willkommener Nebeneffekt sind, erübrigen, da sie im Umgehungsschutz bereits aufgehen.

e) Änderung des Schutzzwecks durch die Reform der Richtlinie?

Im Gegensatz zu der Änderungsrichtlinie aus dem Jahre 1992 hat die Änderungsrichtlinie 2006 einige Neuerungen für den Art 23 mit sich gebracht.¹⁴¹ Durch die Liberalisierung des Verbotes der finanziellen Unterstützung muss nunmehr auch über einen möglichen Wandel des intendierten Schutzzweckes nachgedacht werden.¹⁴² Hauptgedanke hinter der Modifizierung des Art 23 war die Gewährung finanzieller Unterstützung zu ermöglichen, sofern dadurch das Nettoaktivvermögen nicht unter das gezeichnete Kapital zuzüglich der nicht ausschüttbaren Rücklagen absinkt. Dadurch wurde der Maßstab des von Art 23 verfolgten Kapitalschutzes an den allgemeinen Kapitalschutz erheblich angepasst. Allerdings beinhaltet der neue Art 23 zusätzliche gewichtige Maßnahmen, welche dem Verbot der finanziellen Unterstützung dennoch eine stärkere Ausprägung als dem allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsatz zuweisen. Insofern ist der selbstständige Kapitalschutz des Verbotes der finanziellen Unterstützung nicht um seine Bedeutsamkeit gebracht worden – was man im ersten Augenblick bei Betrachtung des modifizierten Art 23 annehmen könnte –, sondern wurde nur geringfügig modifiziert, indem die Abweichung vom allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsatz nunmehr nicht auf die Reichweite des Schutzes im Sinne des zu schützenden Kapitals abstellt, sondern einfach auf strengere Voraussetzungen verlagert wurde. Folglich ist der Art 23 weiterhin mit einem doppelten Schutzzweck versehen, welchen nunmehr auch die Europäische Kommission anerkennt.¹⁴³

¹⁴⁰ Vgl statt vieler nur *Oechsler* in *MüKo*³, § 71 Rz 18 ff.

¹⁴¹ Ausführlich dazu S.37 ff.

¹⁴² Die Frage auslösend *Oechsler*, ZHR 2006, 84: „Überhaupt mag ein Verbot seine Zwecksetzung ändern, wenn es nachträglich unter Erlaubnisvorbehalt gestellt wird; [...]“.

¹⁴³ S dazu bereits Fn 125.

4) *Artikel 23 – Mindest- oder Höchstnorm?*

Um die Frage zu klären, ob es sich bei der Bestimmung des Art 23 um eine Mindest- oder Höchstnorm handelt, ist auf den Schutzzweck sowohl der Richtlinie in ihrer Gesamtheit als auch auf den der betroffenen Bestimmung zu achten. Die Kapitalrichtlinie verfolgt im Großen und Ganzen die Herstellung einer europaweiten Harmonie der Schutzbestimmungen für die Interessen der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter. Der Blick auf den Schutzzweck der gesamten Richtlinie allein kann jedoch nicht als ausreichend erachtet werden. Dennoch lassen sich aus den Ausführungen zum Schutzzweck des Verbots der finanziellen Unterstützung durchaus einige Schlüsse ziehen. Als Teil der Kapitalerhaltungsbestimmungen soll Art 23 zum einen die Interessen der Gläubiger und Gesellschafter schützen, welche bei einer unzulässigen Verwendung gesellschaftlichen Vermögens außerhalb der erlaubten Gewinnausschüttung verletzt werden und zum anderen wird ihm in der Eigenschaft als Kapitalerhaltungsbestimmung ein Umgehungsschutz für die Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Anteile zugesprochen. Um die gefährdeten Interessen in diesen Bereichen effektiv schützen zu können, spricht vieles für die Anerkennung einer Mindestregelung.¹⁴⁴

Ein weiterer Aufschluss über die Natur der Bestimmung kann auch aus dem Wortlaut und der Systematik der betroffenen Bestimmung gewonnen werden.¹⁴⁵ Vor allem die Reform der Bestimmung durch die Änderungsrichtlinie 2006 und die dadurch erfolgte Formulierung „*wenn ein Mitgliedstaat es einer Gesellschaft gestattet, [...] unmittelbar oder mittelbar Vorschüsse zu zahlen, Darlehen zu gewähren oder Sicherheiten zu leisten, so macht er solche Geschäfte von der Einführung [...] genannten Bedingungen abhängig* [...]“ zeigt deutlich den intendierten Mindestnormcharakter der Verbotsbestimmung des Art 23.¹⁴⁶ Insofern dürfen die Mitgliedstaaten ihre, den Art 23 umsetzende, nationale Bestimmung strenger ausgestalten.¹⁴⁷ In welchen Bereichen dies den Mitgliedstaaten möglich ist, wird in Folge unter den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Art 23 erwähnt.

¹⁴⁴ So etwa auch Ferran, Corporate Finance Law, 268.

¹⁴⁵ Weigl, *ecolx* 1998, 555.

¹⁴⁶ AA Drygala, AG 2001, 294; sieht sowohl in der vorangegangenen Fassung des Art 23 als auch in der reformierten Fassung einen Höchststandard.

¹⁴⁷ Vgl auch Werlauff, EC Company Law, 171; „[...] the state can tighten the prohibition in Art 23(1), but it cannot weaken it“.

5) *Der Verbotstatbestand des Artikel 23*

a) „Erwerb ihrer Anteile“

Vom Verbot des Art 23 ist lediglich die Gewährung einer finanziellen Unterstützung im Hinblick auf einen derivativen Anteilserwerb erfasst; ein originärer Erwerb wird hingegen nicht berührt.¹⁴⁸ Der derivative Erwerb muss jedoch so ausgestaltet sein, dass eine Übertragung der Mitgliedschaft auf den Erwerber erfolgt und dieser folglich über seine Stellung als Gesellschafter verfügen kann.¹⁴⁹ Wird hingegen durch den Erwerb keine Gesellschafterstellung des Erwerbers begründet, so handelt es sich nicht um einen für Art 23 relevanten Erwerb. Darüber hinaus folgt schon allein aus dem Wortlaut der Bestimmung und deren Schutzzweck, dass nur entgeltliche Erwerbsvorgänge von der Vorschrift umfasst sein können, da nur diese de facto einer finanziellen Unterstützungshandlung zugänglich sind.¹⁵⁰

Fraglich ist jedoch, ob nach dem Wortlaut des Art 23 ein Erwerb auch tatsächlich stattzufinden hat. Es wird lediglich vermerkt, dass eine Gesellschaft „*im Hinblick auf den Erwerb*“ ihrer Anteile keine finanzielle Unterstützung gewähren darf; dies schließt nicht mit ein, dass dieser Erwerb auch tatsächlich zu erfolgen hat, da bei dieser Wortwahl mE ein finaler Aspekt fehlt. Nach Meinung von *Breslin* und *Charnley*¹⁵¹ wird ein tatsächlich erfolgter Anteilserwerb von Art 23 allerdings verlangt. Demzufolge wären Unterstützungshandlungen nicht erfasst, welche letztendlich nicht im Erwerb von Anteilen münden. Mit Blick auf den Mindestnormcharakter des Art 23 ist dies jedoch mE ferner irrelevant, insofern die Mitgliedstaaten ohnedies das Verbot der finanziellen Unterstützung strenger ausgestalten dürfen. Folglich könnten auch bereits solche Unterstützungshandlungen dem Verbot unterworfen werden, die lediglich die subjektive Zwecksetzung – den Erwerb finanziell zu erleichtern – aufweisen und letztendlich nicht in einem tatsächlichen Erwerb resultieren.¹⁵²

¹⁴⁸ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 5; *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 5; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 15.

¹⁴⁹ Dies erklärt sich aus dem Zweck der Bestimmung, Eingriffe in die Gesellschafterstruktur zu verhindern; siehe dazu auch *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 151.

¹⁵⁰ *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 151 f.

¹⁵¹ *Breslin/Charney*, Co Law 2000, 269 (272).

¹⁵² Ausführlich zu diesem Problemkreis S.164 ff.

b) „durch einen Dritten“

Das Verbot zielt nur auf den Anteilserwerb durch natürliche oder legale Personen auf eigene Rechnung oder auf Rechnung Dritter ab; der Erwerb durch die Gesellschaft selbst oder durch einen Dritten auf Rechnung der Gesellschaft unterliegt bereits den Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Anteile der Art 19 ff KapitalRL.¹⁵³

c) Erfasste Unterstützungshandlungen

Die Vorschrift des Art 23 enthält eine ausdrückliche Aufzählung von Rechtsgeschäften. Demnach fallen die Gewährung eines Vorschusses, die Einräumung eines Darlehens sowie die Leistung einer Sicherheit unter die Verbotsbestimmung. Unter „Vorschuss“ ist die Abgeltung einer zukünftigen oder noch nicht fälligen Verbindlichkeit zu verstehen. Die Aufnahme in den Art 23 dieses eher ungewöhnlich und wohl auch selten vorkommenden Rechtsgeschäftes soll nach Meinung von *Oechsler*¹⁵⁴ auf die Absicht des Gesetzgebers zurückzuführen sein, auch getarnte Formen der Finanzierung in das Verbot einzubeziehen und demzufolge den Verbotstatbestand einer eher weiten Auslegung zu unterwerfen. Dies soll auch für die beiden anderen genannten Geschäftstypen – der Gewährung eines Darlehens und der Leistung einer Sicherheit – gelten.¹⁵⁵

Dass die Wahl gerade auf diese drei Typen von Rechtsgeschäften gefallen ist, ist wohl darauf zurückzuführen, dass sie im Zuge der Aufbürdung der Kosten und des Risikos eines Anteilerwerbes auf die Gesellschaft in Verbindung mit einem personellen Wechsel, in der Gesellschafterstruktur häufig vorkommen und in diesem Zusammenhang auch große Gefahren für das Vermögen der Gesellschaft in sich bergen.¹⁵⁶ Eine tatsächliche Beeinträchtigung des Vermögens der Gesellschaft bedarf es in diesem Zusammenhang nicht; die abstrakte Gefährdung reicht bereits aus, um das Verbot auszulösen.¹⁵⁷

¹⁵³ *Micheler* in Doralt/Nowotny, Anpassungsbedarf im österreichischen Gesellschaftsrecht, 94; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 155.

¹⁵⁴ *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 16.

¹⁵⁵ Vgl für die nationalen Bestimmungen etwa etwa *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 4; *Hefermehl/Bungeroth* in Geßler/Hefermehl AktG, § 71a Rz 9; *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 27; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 17.

¹⁵⁶ *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 169 f.

¹⁵⁷ *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 170; s dazu auch S.24 f.

Laut hL¹⁵⁸ ist ferner nach Sinn und Zweck der Regelung diese Aufzählung nicht als abschließender Katalog zu verstehen, sondern dient lediglich der symbolischen Darstellung der von dem Verbot erfassten Rechtsgeschäftstypen, da eine Umgehung der Verbotsbestimmung des Art 23 ansonsten nur allzu leicht möglich wäre. Da es sich bei der Bestimmung des Art 23 um einen intendierten Mindestschutz handelt und die Mitgliedstaaten ein durchaus höheres Schutzniveau vorsehen können, steht somit auch in diesem Sinne einer Erweiterung der erfassten Unterstützungshandlungen durch die nationalen Umsetzungsnormen nichts entgegen. Allerdings bleibt fraglich, ob tatsächlich auch der europäische Gesetzgeber eine demonstrative Aufzählung von möglichen Rechtsgeschäften, welche auf eine verbotene finanzielle Unterstützung hinauslaufen können, vor Augen hatte. Untersuchungen der Materialien¹⁵⁹ stützen durchaus auch die Annahme, dass der europäische Gesetzgeber lediglich diese drei Rechtsgeschäfte von dem Verbot erfasst wissen wollte. So entschied man sich von dem vormaligen Vorschlag der britischen Delegation, sowohl die direkte als auch die indirekte finanzielle Unterstützung nur unter gewissen Bedingungen zuzulassen – wobei die Formulierung „*finanzielle Unterstützung*“ Unterstützungshandlungen in jeglicher Form umfassen und insbesondere die Gewährung von Darlehen sowie die Bestellung von Sicherheiten und Garantien einschließen soll –, abzugehen und gab der Aufzählung dreier spezifischer Rechtsgeschäfte den Vorrang, um als Art 23 in die Endfassung der KapitalRL einzugehen.

d) „Im Hinblick auf“ – Verhältnis zwischen Unterstützung und Erwerb

Alleine das Vorliegen einer dieser Unterstützungshandlungen reicht allerdings noch nicht aus, um sie unter das Verbot der finanziellen Unterstützung subsumieren zu können. Vielmehr wird ein gewisses Verhältnis zwischen der finanziellen Unterstützung und dem Erwerb der Aktien verlangt. So sind lediglich Rechtsgeschäfte vom Verbot des Art 23 betroffen, welche im Hinblick auf einen Aktienerwerb erfolgt sind. Die Formulierung „*im Hinblick auf*“ kann zweierlei bedeuten; zum einen kann es einen zeitlichen Faktor indizieren und zum anderen auch einen sachlichen Zusammenhang. In Bezug auf den zeitlichen Aspekt können sowohl dem Anteilserwerb vorangehende Finanzierungshandlungen in Frage kommen als auch

¹⁵⁸ Drygala, Der Konzern 2007, 397; Pühler, Verbot der Anteilsfinanzierung 1996, 53; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 174 ff; Singhof, NZG 2002, 746; aA Habersack in FS Röhrich, 170 (für die deutsche Bestimmung des § 71a AktG); Göschke, RdW 2001, 323: „*taxative Aufzählung*“ (für die österreichische Bestimmung des § 66a AktG); siehe ferner die Ausführung zu den einzelnen Ländern England, Deutschland und Österreich.

¹⁵⁹ S dazu Anhänge 2, 3 und 4.

solche die erst im Nachhinein vorgenommen werden. Die weit reichende und vage Wortwahl des Art 23 lässt durchaus darauf schließen, dass beide Formen von der Bestimmung erfasst sein sollen. Zudem wäre eine wesentliche Möglichkeit gegeben, das Verbot und damit dessen Schutzzweck mit Hilfe eines einfachen Überbrückungskredits zu umgehen, würde man eine dem Anteilserwerb nachfolgende Finanzierungshandlung aus dem Verbot ausklammern.¹⁶⁰ Allein ein zeitlicher Aspekt kann aber noch keine Rechtfertigung für die Einbeziehung in den Anwendungsbereich der Verbotsnorm sein; vielmehr ist dieser lediglich als Indiz für einen Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung zu sehen.¹⁶¹ Schwierig gestaltet sich auch die Frage nach einem für das Verbot relevanten Zeitraum. Eine Verankerung einer starren Frist, innerhalb welcher die Finanzierungshandlung vor oder nach dem Aktienerwerb zu erfolgen hat, wäre in diesem Fall allerdings eher unpraktikabel und unsachgemäß, da auch hier durch ein einfaches Zuwarten einiger Tage oder auch Monate das Verbot leicht umgangen werden könnte.¹⁶²

Dass ein rein zeitlicher Anknüpfungspunkt nicht ausreichend ist, wurde bereits erwähnt, vielmehr muss noch ein gewisser sachlicher Zusammenhang zwischen Aktienerwerb und Finanzierungshandlung hinzutreten. Im Großen und Ganzen liegt der Sinn des Art 23 nicht darin, einer Gesellschaft die Gewährung von Krediten oder die Leistung von Sicherheiten gänzlich zu verbieten. Unzulässig im Sinne des Art 23 soll eine derartige Kreditgewährung oder Sicherheitsleistung nur dann sein, wenn eine Gesellschaft einem Dritten finanzielle Unterstützung gewährt, um diesem den Erwerb von Aktien zu erleichtern. Gerade der Zweck – die finanzielle Erleichterung des Aktienerwerbes – hinter der finanziellen Unterstützung ist das ausschlaggebende Element, welches gewöhnliche von verwerflichen Rechtsgeschäften der Gesellschaft trennen soll.¹⁶³

Fraglich ist aber weiters, ob dieser rein objektive Zusammenhang zwischen dem Aktienerwerb und der finanziellen Unterstützung ausreichend ist um die Unterstützungshandlung als verboten anzusehen. Inwiefern zusätzlich noch ein subjektiver Zusammenhang bestehen soll – also inwiefern die Vertragsparteien gerade

¹⁶⁰ *Fleischer*, AG 1996, 500; *Hansen/Sørensen*, EBLR 2003, 16 f; *Ludwig* in Wilhelm Happ, *Liber amicorum*, 138; *Schroeder*, *Finanzielle Unterstützung*, 194 ff.

¹⁶¹ *Schroeder*, *Finanzielle Unterstützung*, 197 f.

¹⁶² *Ebd.*

¹⁶³ *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 39.

diesen Zweck der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs anstreben – ist nach Meinung *Schroeders*¹⁶⁴ den Mitgliedstaaten überlassen.

6) *Ausnahmetatbestände*

Trotz dem Vorliegen einer finanziellen Unterstützung iS des Art 23 und des zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs mit dem Aktienerwerb, kann ein Rechtsgeschäft dennoch vom Verbot ausgenommen sein. Die Bestimmung des Art 23 sieht in diesem Zusammenhang drei Ausnahmen vor. Zwei dieser Ausnahmen sind allerdings eine einheitliche Voraussetzung immanent: Die von den Ausnahmetatbeständen betroffenen Rechtsgeschäfte dürfen nicht dazu führen, dass das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft, also der Betrag des gezeichneten Kapitals zuzüglich der nicht ausschüttungsfähigen Rücklagen, unterschritten wird. Unter Einhaltung dieser Prämisse dürfen Banken und andere Finanzinstitute im Rahmen ihres laufenden Geschäftsbetriebes Rechtsgeschäfte durchführen, welche eine finanzielle Unterstützung zum Gegenstand haben. Ferner sind unter Beachtung dieser Voraussetzung solche Rechtsgeschäfte ausgenommen, welche im Hinblick auf den Erwerb von Aktien durch oder für Arbeitnehmer der Gesellschaft oder einer mit ihr verbundenen Gesellschaft getätigt werden (Belegschaftsanteile).¹⁶⁵ Darüber hinaus sieht die Bestimmung noch eine weitere Ausnahme in Abs 3 vor; so gilt dieses Verbot nicht für Geschäfte, die im Hinblick auf den Erwerb voll eingezahlter Aktien einer Investmentgesellschaft mit festem Kapital getätigt werden.¹⁶⁶

Weitere Ausnahmen sind in der Bestimmung nicht vorgesehen. Eine Einführung weiterer Ausnahmetatbestände durch die Mitgliedstaaten ist wohl bereits aufgrund des Mindestnormcharakters des Art 23 ausgeschlossen.¹⁶⁷ In diesem Sinne geht wohl auch der Vorschlag, die Ausnahmetatbestände der Bestimmungen bezüglich des Erwerbes eigener Aktien aufgrund des Umgehungsschutzcharakters analog auch auf das Verbot der finanziellen Unterstützung anzuwenden¹⁶⁸, ins Leere. Der weitere, über den Umgehungsschutz hinausgehende Schutzzweck des Art 23 spricht gegen eine analoge

¹⁶⁴ *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 202.

¹⁶⁵ Allerdings zählen hier Leitungsorgane nicht als Arbeitnehmer der Gesellschaft, weshalb diese Ausnahmeregelung auf diese keine Anwendung finden soll; so *Werlauff*, EC Company Law, 174.

¹⁶⁶ Wie bereits zuvor erwähnt ist diese Ausnahmebestimmung für Deutschland und Österreich eher von geringer Relevanz, da es eine derartige Gesellschaftsform in diesen Ländern nicht gibt.

¹⁶⁷ S auch S.169 ff die Ausführungen in Bezug auf eine eventuelle Ausnahme für gewinnbringende, im Interesse der Gesellschaft stehende Transaktionen wie es etwa auch das Ziel der englische *purpose*-Ausnahme ist.

¹⁶⁸ So etwa *Habersack* in FS Röhrich, 169; *Heidinger/Micheler*, ÖBA 1993, 699 ff; *Micheler* in Doralt/Nowotny, Anpassungsbedarf im Österreichischen Gesellschaftsrecht, 94 f; für die deutsche Vorschrift des § 71a AktG *Westermann* in FS Peltzer, 625.

Ausweitung der Ausnahmetatbestände. Ebenso deutet der Wortlaut der Bestimmung unmissverständlich darauf hin, dass es unerheblich ist, ob die Gesellschaft selbst unter gegebenen Umständen eigene Aktien erwerben dürfte. Das Verbot des Art 23 ist als eine eigenständige Bestimmung anzusehen – nicht nur allein aufgrund des weiteren, über den Umgehungsschutz hinausgehenden Schutzzweckes –, welcher auch eigene Ausnahmetatbestände vorsieht und einer analogen Anwendung der Ausnahmetatbestände des Art 19 KapitalRL nicht bedarf.¹⁶⁹

Ungeachtet dessen steht es den Mitgliedstaaten aber aufgrund des Mindestnormcharakters der Bestimmung frei, ob sie von den vorgesehenen Ausnahmebestimmungen für Belegschaftsanteile oder Investmentgesellschaften Gebrauch machen oder nicht, oder ob sie diese Ausnahmetatbestände in ihren nationalen Rechtsordnungen an strengere Voraussetzungen knüpfen wollen.¹⁷⁰ Allerdings gilt diese Wahlmöglichkeit nicht bezüglich der Ausnahmebestimmung für Banken und andere Finanzinstitute im Rahmen ihrer laufenden Geschäfte, da hier ein Verbot der finanziellen Unterstützung auf eine Benachteiligung von Banken in Form einer Aktiengesellschaft gegenüber Banken in Gestalt anderer Gesellschaftsformen hinauslaufen würde.¹⁷¹

7) Die Rechtsfolgen

Offen gelassen hat der europäische Gesetzgeber in Art 23 die Frage, welche Rechtsfolgen mit einem Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung einhergehen sollen. Es ist den Mitgliedstaaten insofern freigestellt, mit welchen Rechtsfolgen sie eine Zuwiderhandlung ahnden wollen.¹⁷² Diese Wahlmöglichkeit resultierte in den unterschiedlichsten Rechtsfolgesystemen in den einzelnen Mitgliedstaaten. So hat man in manchen Mitgliedstaaten bei einem Verstoß gegen das Verbot neben zivilrechtlichen auch mit strafrechtlichen Folgen zu rechnen, während in anderen bloß zivilrechtliche Folgen an eine Zuwiderhandlung geknüpft sind.¹⁷³ Die österreichische Umsetzungsnorm § 66a öAktG spricht sogar nur von einer Unzulässigkeit des Rechtsgeschäftes durch die jedoch die Rechtswirksamkeit des Rechtsgeschäftes nicht berührt wird. Auf diesem Wege sind Mitgliedstaaten durchaus

¹⁶⁹ So etwa *Kalss*, AG 1996, 560; folgend *Göschke*, RdW 2001, 324; *Oechsler* in *MüKo*³, § 71a Rz 39.

¹⁷⁰ *Drinkuth*, Die Kapitalrichtlinie, 214 f.

¹⁷¹ *Ebd.*, 215.

¹⁷² *Drinkuth*, Die Kapitalrichtlinie, 214; *Lösekrug*, Die Umsetzung, 148 f.

¹⁷³ zB: § 71a dAktG verhängt die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes, welches eine erfasste finanzielle Unterstützung zum Gegenstand hat.

in der Lage den Verbotscharakter dieser Bestimmung erheblich abzuschwächen, da eine milde bzw eine fehlende Rechtsfolge wohl eine eher geringe Abschreckungswirkung mit sich bringt.¹⁷⁴

8) *Reform der Verbotsbestimmung des Artikel 23*

a) Allgemeines

Im Zuge des Reformvorhabens der KapitalRL, wurde auch die Bestimmung des Art 23 unter die Lupe genommen. Es wurde auf das Verlangen nach einer Deregulierung des Verbotes der finanziellen Unterstützung beim Aktienerwerb eingegangen und eine Möglichkeit zur Ebnung nationaler Hürden für LBOs geboten.¹⁷⁵ Durch die Änderungsrichtlinie¹⁷⁶ aus dem Jahre 2006 erhielt somit auch die Verbotsbestimmung des Art 23 eine neue liberalisierte Fassung. Angesichts der Erleichterung des Verbotes sollten flexiblere Möglichkeiten zur Änderung in den Besitzverhältnissen in einer AG gestattet werden, ohne dadurch den notwendigen Schutz der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger zu gefährden.¹⁷⁷

Das Verbot wurde zwar im Prinzip beibehalten, jedoch können Mitgliedstaaten fortan Abschwächungen des Verbotes in ihren Rechtsordnungen vorsehen und somit ihren nationalen Gesellschaften die direkte oder indirekte Gewährung finanzieller Unterstützung erlauben, um einem Dritten den Aktienerwerb zu erleichtern, sofern bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden. Diese Voraussetzungen sind nunmehr in Art 23 Abs 1 Unterabsätze 2 bis 5 der modifizierten Richtlinie festgelegt und umfassen sowohl solche materieller als auch verfahrenstechnischer Natur.

aa) Die materiellen Voraussetzungen

Sofern das Rechtsgeschäft zu „*fairen, marktüblichen Konditionen*“ abgewickelt wird, darf eine Gesellschaft nunmehr gemäß Unterabsatz 2 einem Dritten im Zusammenhang mit einem Erwerb ihrer Aktien finanzielle Unterstützung gewähren. Dies gilt vor allem im Zusammenhang mit den an die Gesellschaft gezahlten Zinsen und den Sicherheiten, welche ihr für das unterstützende Darlehen oder den Vorschuss

¹⁷⁴ Dies lässt sich auch schon aus der Geschichte des englischen Verbotes der finanziellen Unterstützung deutlich erkennen. Vgl dazu S.15 ff.

¹⁷⁵ *Drygala*, AG 2001, 294; beachte ferner, dass die irische Delegation bereits vor Erlassung der Kapitalrichtlinie die Bestimmung als zu restriktiv empfand; s dazu Anhang 4, 24 Fn 1.

¹⁷⁶ Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.9.2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf die Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals; ABI L 264 vom 25.9.2006, 0032–0036.

¹⁷⁷ Punkt 5 der Präambel der Änderungsrichtlinie.

geleistet werden. Das Erfordernis der Fairness und Marktüblichkeit setzt das unterstützende Rechtsgeschäft einer Prüfung anhand eines Drittvergleiches aus.¹⁷⁸ Die gewissenhafte Prüfung des Rechtsgeschäftes obliegt dem Verwaltungs- oder Leitungsorgan.¹⁷⁹ ¹⁸⁰ Zwar sieht die Bestimmung keine Sanktion für einen etwaigen Pflichtverstoß vor, es ergibt sich aber dennoch allein schon aus der Wortfolge „*unter der Verantwortung*“ und aufgrund des europarechtlichen Prinzips des „*effet utile*“, dass an einen etwaigen Pflichtverstoß eine Haftung des Leitungsorgans zu knüpfen ist.¹⁸¹ Angesichts der Pflicht, einen Drittvergleich in Bezug auf das Unterstützungsgeschäft durchzuführen, soll ein Vermögensabfluss zu Lasten der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter verhindert und ein tatsächlicher angemessener Aktiventausch gewährleistet werden.¹⁸² Unterstützt wird dieses Erfordernis ferner durch die weiterführende Verpflichtung des Leitungsorgans, die Bonität des Dritten in angemessener Weise zu überprüfen. Dadurch soll etwa verhindert werden, dass ein Darlehen zwar zu fairen, marktüblichen Konditionen gewährt wird, der Rückforderungsanspruch jedoch an der fehlenden Bonität des Dritten scheitert.¹⁸³

An anderer Stelle wird noch ein weiterer Drittvergleich verlangt. In Bezug auf den finanziell unterstützten Aktienerwerb fordert Unterabsatz 5 des neuen Art 23, dass dieser nur zu einem angemessenen Preis erfolgen darf. Gleiches soll auch für die Zeichnung von Aktien, welche anlässlich einer Erhöhung des gezeichneten Kapitals emittiert wurden, gelten. Zum einen wird der Zweck dieser Bestimmung in einem Schutz der Gesellschafterinteressen gesehen, indem verhindert werden soll, dass der Wert ihrer Aktien verwässert wird.¹⁸⁴ Zum anderen wird der Nutzen dieses Erfordernisses aber auch hinterfragt.¹⁸⁵

Ergänzend zu den bereits dargelegten Erfordernissen, sieht die neue Fassung des Art 23 in Unterabsatz 3 vor, dass die Summe aller, von der Gesellschaft gewährten finanziellen Unterstützungen zu keinem Zeitpunkt in eine Unterschreitung des

¹⁷⁸ Freitag, AG 2007, 160.

¹⁷⁹ Art 23 Abs 1 Unterabsatz 2: „[...] *unter der Verantwortung des Verwaltungs- oder Leitungsorgans vorzunehmen* [...]“.

¹⁸⁰ Fortan: Leitungsorgan.

¹⁸¹ Schmolke, WM 2005, 1834; wohl auch DTI, Directive Proposals on Company Reporting, Capital Maintenance and Transfer of the Registered Office of a Company: A Consultative Document, Rz 3.4.2.

¹⁸² Schmolke, WM 2005, 1833.

¹⁸³ Freitag, AG 2007, 160.

¹⁸⁴ Arbeitsunterlage der Kommission; abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/explanation_de.pdf, 5; Schmolke, WM 2005, 1836.

¹⁸⁵ Freitag, AG 2007, 160; wohl auch Schmolke, WM 2005, 1836; der aber mehr die Positionierung der Bestimmung in Frage stellt und diese eher bei den Bestimmungen der Art 19 ff sieht.

Nettoaktivvermögens resultieren darf. Hierbei muss jedoch auch jede Verringerung des Vermögens infolge eines Erwerbes eigener Aktien durch die Gesellschaft selbst oder auf deren Rechnung berücksichtigt werden. Dadurch soll das gebundene Kapital weiterhin den Gesellschaftsgläubigern als gesicherte Haftungsmasse erhalten bleiben.¹⁸⁶ Auch in diesem Fall wird die Verantwortung, den jederzeitigen Erhalt des gesellschaftlichen Nettoaktivvermögens bei der Vornahme einer finanziellen Unterstützung zu gewährleisten und für eine entsprechende Deckung zu sorgen, auf das Leitungsorgan übertragen.¹⁸⁷ Folglich sollte auch hier, trotz Fehlens von Rechtsfolgen, von einer Haftung des Leitungsorgans im Falle einer Nichteinhaltung dieser Voraussetzung ausgegangen werden.¹⁸⁸

Überdies muss die Gesellschaft in ihrer Bilanz auf der Passivseite eine nicht ausschüttbare Rücklage in Höhe des Betrages der insgesamt gewährten finanziellen Unterstützungen bilden. Durch die Bildung der Rücklage wird ein Betrag in Höhe sämtlicher finanzieller Unterstützungen einer Gewinnausschüttungssperre unterworfen. Somit werden die Interessen der Gesellschaftsgläubiger erneut gewahrt.¹⁸⁹

bb) Die verfahrenstechnischen Voraussetzungen

Die Unterabsätze 2 und 3 des reformierten Art 23 sehen Regelungen für die Kompetenzverteilung innerhalb der Gesellschaft vor. Mit der Pflicht des Leitungsorgans, eine beabsichtigte finanzielle Unterstützung auf Fairness und Marktüblichkeit zu prüfen und die Bonität des Dritten zu ermitteln, geht eine Berichtspflicht einher. Diese Berichtspflicht des Leitungsorgans bezieht sich insbesondere auf die Gründe des Rechtsgeschäftes, das Interesse der Gesellschaft an dem Geschäft, die vereinbarten Konditionen und die mit dem Geschäft verbundenen Risiken für Liquidität und Solvenz der Gesellschaft sowie auf den Preis, zu dem der Dritte die Aktien erwerben soll. Der Bericht hat schriftlich zu ergehen und muss so beschaffen sein, dass er über das tatsächliche Vorliegen der zuvor thematisierten materiellen Voraussetzungen – die Fairness und Marktüblichkeit des Rechtsgeschäftes sowie die Kreditwürdigkeit des Unterstützten – Aufschluss gibt.¹⁹⁰ Auf Grundlage dieses Berichtes hat sodann eine außerordentliche Gesellschafterversammlung über die geplante finanzielle Unterstützung zu entscheiden. Wurde der Durchführung der

¹⁸⁶ Schmolke, WM 2005, 1835.

¹⁸⁷ Drygala, Der Konzern 2007, 403.

¹⁸⁸ Vgl. Schmolke, WM 2005, 1834.

¹⁸⁹ Drygala, Der Konzern 2007, 401; Freitag, AG 2007, 162.

¹⁹⁰ Drygala, Der Konzern 2007, 403; Schmolke, WM 2005, 1835.

geplanten finanziellen Unterstützung mit qualifizierter Mehrheit zugestimmt, so darf die Transaktion durchgeführt werden. Der Gesellschafterversammlung wird durch diese Bestimmung jedoch keinesfalls ermöglicht, dem Leistungsorgan eine Blankoerlaubnis zur Gewährung finanzieller Unterstützungen zu erteilen. Jede einzelne Gewährung finanzieller Unterstützung unterliegt der vorherigen Prüf- und Berichtspflicht des Leitungsorgans sowie der Zustimmung der Gesellschafterversammlung.¹⁹¹ Diese auf den Einzelfall bezogene Vorgehensweise wird gleichwohl als „undurchführbar im Zusammenhang mit den meisten gesellschaftlichen Transaktionen, die finanzielle Unterstützungen zum Gegenstand haben“ aufgefasst.¹⁹²

Um es der Gesellschafterversammlung zu ermöglichen, überhaupt über die geplante finanzielle Unterstützung abstimmen zu können, muss eine Vorlage des schriftlichen Berichtes bereits vor Abhaltung der Versammlung erfolgen.¹⁹³ Weiters muss dieser schriftliche Bericht beim Register zur Offenlegung gemäß Art 3 der Publizitätsrichtlinie¹⁹⁴ eingereicht werden.¹⁹⁵ Die Offenlegung soll neben dem Schutz der (Minderheits-)Gesellschafter auch dem (Neu-)Gläubigerschutz dienen.¹⁹⁶

cc) Schutzvorkehrungen bei Interessenskonflikten

Art 23 wurde durch die Reform um eine weitere Bestimmung, Art 23a, ergänzt. Diese Bestimmung hat die abstrakte Gefahr gewisser Interessenskonflikte zum Gegenstand. Sie trägt den Mitgliedstaaten auf, für geeignete Schutzvorkehrungen zu sorgen, sofern einzelne Mitglieder des Leitungsorgans der Gesellschaft, oder Mitglieder des Leitungsorgans eines Mutterunternehmens bzw ein solches Mutterunternehmen selbst, als Vertragspartner eines Finanzierungsgeschäftes iS des Art 23 der Gesellschaft gegenüberstehen, damit ein solches Rechtsgeschäft dem Wohl der Gesellschaft nicht zuwiderläuft. Treten Dritte für Rechnung dieser drei Personengruppen auf, so wird dieser Fall gleich behandelt wie ein Selbstauftreten der Betroffenen.

¹⁹¹ Arbeitsunterlage der Europäischen Kommission;

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/explanation_de.pdf; 4 f.

¹⁹² *DTI*, Directive Proposals on Company Reporting, Capital Maintenance and Transfer of the Registered Office of a Company: A Consultative Document, Rz 3.4.2.

¹⁹³ *Schmolke*, WM 2005, 1835.

¹⁹⁴ Richtlinie 68/151/EWG zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikel 58 Abs 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten vom 9.3.1968 (sog. Publizitätsrichtlinie), ABI Nr. 65 vom 14/3/1968.

¹⁹⁵ Art 23 Abs 1 Unterabsatz 3 KapitalRL.

¹⁹⁶ *Schmolke*, WM 2005, 1835.

b) Kritik an der Neuregelung

Der Leitgedanke, welcher von der Reform der KapitalRL ganz allgemein getragen wurde, war die Vereinfachung des europäischen Gesellschaftsrechts. Die Neuregelung des Verbotstatbestandes des Art 23 weist aber wohl eher auf einen „vorsichtigen ersten Schritt“ in Richtung Liberalisierung und Vereinfachung hin.¹⁹⁷ Trotz des allseits willkommenen Versuchs die KapitalRL zu vereinfachen und zu liberalisieren, so wurde die Reform dennoch mit heftiger Kritik konfrontiert. So wurde sie sogar mit einer „größtenteils sinnlose Liberalisierung des Verbots der finanziellen Unterstützung“ betitelt, „welche nie jemand verwenden werden will, da sie zeitverschwendend, kostspielig, Transaktionen der Gefahr von Anfechtungsklagen der Minderheitsgesellschafter aussetzt und die Leistungsorgane einem übermäßigen persönlichen Haftungsrisiko ausliefert.“¹⁹⁸ Im Lichte dieses Leitgedankens ist folglich der Erfolg der Reform auf dem Gebiet der finanziellen Unterstützung auch mE in Frage zu stellen.

Untersucht man die ursprüngliche Bestimmung des Art 23, so stechen viele ungeklärte Fragen ins Auge, die in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich diskutiert und analysiert werden. Diese Unklarheiten spiegeln sich auch auf nationaler Ebene in den einzelnen Rechtsordnungen verschiedener Mitgliedstaaten wider.¹⁹⁹ Um die Handhabung dieser Bestimmung einfacher zu gestalten, wäre wahrscheinlich eine vorherige Auseinandersetzung bzw Überarbeitung des Verbotstatbestandes von Nöten gewesen.²⁰⁰ Stattdessen wurde das Verbot im Großen und Ganzen in seiner anfänglichen Fassung beibehalten und lediglich durch ein Verfahren ergänzt, welches unter dessen Einhaltung die Gewährung finanzieller Unterstützung gestattet. Somit hat es die Reform meiner Meinung nach nicht geschafft, bereits bestehende Ungereimtheiten aus der Welt zu schaffen, sondern steigert die Komplexität der Bestimmung noch mehr, indem sie neue Fragen auf weiteren Gebieten aufwirft. Die mögliche Verkomplizierung der Bestimmung durch eine Reform wurde bereits von den dänischen Autoren *Hansen* und *Sørensen* prophezeit.²⁰¹

¹⁹⁷ Ferran, Regulation of Private Equity, Law Working Paper N° 84/2007, 26 (abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=989748>); Ferran, Corporate Finance Law, 308.

¹⁹⁸ Ferran, EBOR 2005, 99.

¹⁹⁹ So wohl auch Ferran, Regulation of Private Equity, Law Working Paper N° 84/2007, 32 (abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=989748>).

²⁰⁰ Ferran, Regulation of Private Equity, Law Working Paper N° 84/2007, 32 (abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=989748>).

²⁰¹ Hansen/Sørensen, EBLR 2003, 21 ff.

Bei dem Versuch, das Verbot der finanziellen Unterstützung zu liberalisieren, erkennt man eine Tendenz des europäischen Gesetzgebers, einen adäquaten Gläubigerschutz durch verfahrensrechtliche Vorschriften zu erreichen²⁰² und die Bestimmung näher an das Konzept des generellen Kapitalerhaltungsgrundsatzes heranzuführen. Es lässt sich auch durchaus aus den einzelnen Prämissen der neuen Regelung ein adäquates Schutzniveau herauslesen.²⁰³ Das nunmehr vorgesehene Verfahren erweist sich allerdings nicht nur in seiner Gesamtheit als nicht gerade unproblematisch, kostspielig und relativ kompliziert²⁰⁴, und wird auch bei einer möglichen Umsetzung in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen wohl kaum von Gesellschaften genutzt werden.²⁰⁵ Insbesondere die Ungereimtheiten bezüglich des Zusammenspiels der Voraussetzungen der Fairness und Marktüblichkeit sowie des Erfordernisses der jederzeitigen Erhaltung des Nettoaktivvermögens, in Verbindung mit der zwingenden Bildung einer nicht ausschüttbaren Rücklage, werden wohl mE zu weiteren Unsicherheiten auf dem Gebiet des Verbotes der finanziellen Unterstützung führen.

Die Voraussetzung der jederzeitigen Erhaltung des Nettoaktivvermögens erscheint äußerst fragwürdig, da die reformierte Bestimmung ja bereits nach einem Drittvergleich verlangt, um einen unrechtmäßigen Vermögensabfluss zu Lasten der Gläubiger und Gesellschafter zu unterbinden. Ferner können Rechtsgeschäfte, welche nicht zu fairen und marktüblichen Konditionen abgeschlossen werden, bekanntlich schon durch die generellen Bestimmungen der Kapitalerhaltung sanktioniert werden.²⁰⁶ Darüber hinaus werden die getätigten Unterstützungshandlungen der Gesellschaft durch die Bildung einer nicht ausschüttbaren Rücklage bilanziell festgehalten und neutralisiert.²⁰⁷ Dadurch müssen die nicht ausschüttbaren Rücklagen erhöht werden, auch wenn eine Prüfung der Kreditwürdigkeit des Dritten darauf schließen lässt, dass die Gefahr eines Ausfalles des Anspruches aus dem unterstützenden Rechtsgeschäft so gut wie nicht besteht.²⁰⁸ Durch die

²⁰² Drygala, Der Konzern 2007, 399.

²⁰³ Ebd., 404.

²⁰⁴ Ferran, Corporate Finance Law, 308; Ferran, EBOR 2005, 96 ff.

²⁰⁵ Drygala, Der Konzern 2007, 399.

²⁰⁶ Freitag, AG 2007, 165.

²⁰⁷ Drygala, Der Konzern 2007, 401.

²⁰⁸ Ferran, Regulation of Private Equity, Law Working Paper N° 84/2007, 26 (abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=989748>); Freitag, AG 2007, 157 (161): „Das Rückstellungserfordernis macht überhaupt nur Sinn, wenn es dazu dient, den in der Gewährung eines werthaltigen Darlehens liegenden bilanzneutralen Aktivtausch von Liquidität gegen Rückforderungsanspruch bilanztechnisch als Belastung des

Voraussetzungen einer Vorabprüfung der Bonität des Dritten, der Bildung einer nicht ausschüttbaren Rücklage in Höhe sämtlicher gewährter finanzieller Unterstützungsleistungen, für den Fall eines etwaigen Ausfalles des Rückforderungsanspruches und dem Erfordernis eines Drittvergleiches, sind sowohl die Interessen der Gesellschaftsgläubiger als auch die der Minderheitsgesellschafter mehr als ausreichend gewahrt.²⁰⁹ Insgesamt schießt die Bestimmung des neuen Art 23 weiterhin über das Schutzziel der generellen Kapitalerhaltungsinstrumente hinaus, zumal Gläubiger und Minderheitsgesellschafter auch sonst nicht gegen Verluste aus einem Rechtsgeschäft, welches einem Drittvergleich standhält, geschützt sind.²¹⁰

Weitere Diskussionen wurden auch durch das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit in der Hauptversammlung in Bezug auf die Vorabgenehmigung angeheizt. So sieht *Schmolke*²¹¹ keinen Eingriff in die mitgliedschaftliche Stellung, welche einen qualifizierten Hauptversammlungsbeschluss rechtfertigen würde. Im Gegensatz dazu stellt eine qualifizierte Mehrheit und ein vorausgehender Bericht für *Drygala*²¹² den europäischen Standard auf dem Gebiet von Beschlüssen mit struktureller Bedeutung dar. Geht man davon aus, dass eine Gesellschaft durch gezielte finanzielle Unterstützung durchaus auf die Gesellschafterstruktur Einfluss nehmen kann,²¹³ so ist mE das Argument hinsichtlich der gerechtfertigten qualifizierten Mehrheit durchaus haltbar. Auch die Kommission erklärt, dass eine finanzielle Unterstützung ein Rechtsgeschäft von erheblicher Tragweite darstellt, dessen Genehmigung mittels einer qualifizierten Mehrheit durchaus gerechtfertigt ist. Die Tragweite dieser Beschlüsse spiegelt sich auch in dem Verbot zur Erteilung einer Blankovollmacht für die Gewährung finanzieller Unterstützung wider.²¹⁴

Im Lichte dieser Kritikpunkte bleibt weiterhin abzuwarten, wie die einzelnen Reaktionen der Mitgliedstaaten auf die reformierte Bestimmung aussehen.²¹⁵ Denn auch das von der Bestimmung zu bekämpfende Problem wird in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich gewertet und somit bedarf es auch unterschiedlicher

Gesellschaftsvermögens selbst dann auszuweisen, wenn der Rückgriffsanspruch gegen den Begünstigten bei Gewährung der Unterstützung werthaltig erscheint“.

²⁰⁹ Freitag, AG 2007, 162.

²¹⁰ Ebd.

²¹¹ *Schmolke*, WM 2005, 1835.

²¹² *Drygala*, Der Konzern 2007, 403.

²¹³ Vgl etwa die Ausführungen zum Schutzzweck des Art 23 auf S.23 ff.

²¹⁴ Arbeitsunterlage der Kommission; abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/explanation_de.pdf, 5.

²¹⁵ Da eine etwaige Umsetzung des neuen Art 23 im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt, ist hierbei auch auf keine Umsetzungsfrist zu achten.

Behandlung. Dies ist aller Ansicht nach hauptsächlich auf die unterschiedlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und Rechtsvorschriften, wie zB im Bereich des Steuerrechts, zurückzuführen. So kann es sein, dass in einzelnen Mitgliedstaaten nur ein geringer Bedarf nach einem Verbot finanzieller Unterstützung vorherrscht, da die zu bekämpfenden Gefahren bereits von anderen Rechtsvorschriften unterbunden werden,²¹⁶ wohingegen eine derartige Bestimmung in anderen Mitgliedstaaten sehr wohl eine große Rolle spielen kann. Auch dies hat Auswirkungen auf die Reaktionen der einzelnen Mitgliedstaaten in Bezug auf die Reformierung der Bestimmung.²¹⁷ Ferner kann die Tatsache, dass die KapitalRL lediglich Anwendung auf Aktiengesellschaften findet, ein ausschlaggebender Punkt für divergierende Reaktionen sein, da die Verwendung dieser Gesellschaftsform in den Mitgliedstaaten eine unterschiedliche Gewichtung erfährt und nicht alle Mitgliedstaaten die Regelungen auch für andere Gesellschaftsformen, wie etwa die GmbH, übernommen haben.²¹⁸ Durch die Änderungsrichtlinie wurde den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern lediglich eine Wahlmöglichkeit eröffnet, die vorgesehenen Voraussetzungen für eine erlaubte finanzielle Unterstützung zu übernehmen oder aber das bisherige Verbot beizubehalten. Dadurch ist zu erwarten, dass eine mögliche Umsetzung der liberalisierten Bestimmung nur in einzelnen Mitgliedstaaten erfolgen und dies wiederum zu Divergenzen auf dem Gebiet der finanziellen Unterstützung zwischen den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen führen wird. Nicht von der Hand gewiesen werden kann folglich die potenzielle Gefahr eines daraus resultierenden Antagonismus des Niveaus des Gläubiger- und Minderheitenschutzes in den verschiedenen Mitgliedstaaten, welche die EU anfänglich mit der Erlassung der KapitalRL zu beseitigen versuchte.

9) Die Umsetzung des Artikel 23 in den ausgewählten Mitgliedstaaten

Die Umsetzung des Art 23 in die nationalen Rechtsordnungen erfolgte in den einzelnen Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Art und Weise. Während einige Mitgliedstaaten angesichts der Pflicht zur Richtlinienumsetzung eine neue

²¹⁶ Einen genaueren Blick auf etwaige alternative Regelungsansätze in Bezug auf die englische, österreichische und deutsche Rechtsordnung soll im 3. Teil der vorliegenden Arbeit gewagt werden.

²¹⁷ Ferran, Regulation of Private Equity, Law Working Paper N° 84/2007, 267 (abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=989748>).

²¹⁸ Wymeersch, Law Working Paper November 2006, 2 f (abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=957981>).

Bestimmung in ihre Rechtsordnung erst aufnehmen mussten,²¹⁹ behielten andere Mitgliedstaaten, welche eine vergleichbare Bestimmung in ihren Rechtsordnungen bereits vorsahen, diese lediglich bei; wenngleich mit etwaigen Modifikationen, um einen von der Richtlinie vorgegeben Standard zu erreichen oder gar zu übertreffen²²⁰.

a) England

Zumal es in England das Verbot der finanziellen Unterstützung des Anteilserwerbs bereits vor der KapitalRL gab, wäre der Pflicht zur Richtlinienumsetzung wohl bereits mit der Beibehaltung der damals in Geltung stehenden Bestimmung, s.54 CA 1948, nachgekommen worden. Zu hinterfragen ist hier aber, ob das englische Verbot der s.54 CA 1948 überhaupt dem von der Richtlinie vorgegebenen Standard gerecht wird oder ob s.54 CA 1948 in ihrer Schutzwirkung hinter der des Art 23 zurückbleibt. Rekapituliert man die Entstehungsgeschichte des Art 23 noch einmal genau, so erkennt man, dass sich der erste Vorschlag der britischen Delegation vor allem in Bezug auf die Wortwahl des generellen Verbotes an dem der s.54 CA 1948 orientiert.²²¹ Nach Unterbreitung des gekürzten Alternativvorschlages der belgischen Delegation, der von einer finanziellen Unterstützung „*zum Zweck des Erwerbes*“ spricht,²²² einigte man sich letztendlich auf die Formulierung „*im Hinblick auf den Erwerb*“ für die Endfassung des Richtlinientextes.²²³ Die endgültige Wahl des Richtliniengesetzgebers lässt darauf schließen, dass die Formulierung der britischen Delegation mit der Einbeziehung finanzieller Unterstützungen in Zusammenhang mit einem Anteilserwerb als zu weit reichend und der Vorschlag der belgischen Delegation wohl als zu eng erachtet wurde; man entschied sich mit dem Ausdruck „*im Hinblick auf*“ für einen Mittelweg. Da es sich allerdings bei Art 23 um eine Mindestnorm handelt, ist es den Mitgliedstaaten freigestellt, einen strengeren Maßstab einzuführen bzw. beizubehalten. Somit liegt s.54 CA 1948 nicht nur innerhalb des europarechtlich vorgegebenen Standards, sondern übertrifft diesen sogar, indem auch finanzielle Unterstützungen im Zusammenhang mit einem Erwerb und einer Zeichnung unter das

²¹⁹ wie zB Österreich, Deutschland, Niederlande, Luxemburg, Frankreich, etc; dazu ausführlich Wymeersch in Festschrift Drobnig, 725 ff; in Bezug auf Frankreich und die Niederlande ausführlich: Pühler, Verbot der Anteilsfinanzierung.

²²⁰ zB Italien, Belgien, England und Irland; zu Italien und Belgien ausführlich Pühler, Verbot der Anteilsfinanzierung.

²²¹ S dazu Anhang 2: „[...] *zum Zweck des Erwerbes oder die Zeichnung von Aktien dieser Gesellschaft oder im Zusammenhang damit* [...]“.

²²² S dazu Anhang 3, 18..

²²³ S dazu Anhang 4, 22 und 24.

Verbot fallen. Demzufolge hätte die Beibehaltung der Bestimmung der s.54 CA 1948 das Umsetzungserfordernis betreffend den Art 23 erfüllt.

Nichtsdestotrotz hat der englische Gesetzgeber die Möglichkeit genutzt, im Zuge der obligaten, sehr umfangreichen Umsetzung der KapitalRL, die als zu weit gefasst erachtete und über das Schutzniveau des Art 23 KapitalRL hinausgehende s.54 CA 1948 im Rahmen des europarechtlich Zulässigen zu reformieren. War das Verbot bislang eher knapp formuliert und in einer einzigen Bestimmung der s.54 CA 1948 untergebracht, so wurde durch den CA 1981 diese aufgehoben und eine detailliert abgefasste Verbotsnorm, welche in mehreren Bestimmungen Platz fand, geschaffen. Nur wenige Jahre später wurden die Bestimmungen des CA 1981 durch die Bestimmungen der ss.151 bis 158 CA 1985 ersetzt.²²⁴

Die Bestimmungen der ss.151 bis 154 CA 1985 waren – im Gegensatz zu Art 23, der sich gemäß Art 1 Abs 1 nur auf *public companies* bezieht – sowohl auf *public companies* als auch auf *private companies* anwendbar. Allerdings hat der englische Gesetzgeber den *private companies* eine Erleichterung in Bezug auf finanzielle Unterstützung eingeräumt, welche in den ss.155 bis 158 CA 1985 Niederschlag gefunden haben. So war es *private companies* gemäß ss.155 ff CA 1985 erlaubt, finanzielle Unterstützung für den Erwerb eigener Anteile zu gewähren, sofern sie ein spezielles Gläubiger und Minderheitsgesellschafter schützendes Verfahren einhalten; auf dieses Verfahren wird sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung als „*whitewash procedure*“ Bezug genommen. Demzufolge darf die *private company* nur finanzielle Unterstützung gewähren, sofern das Nettovermögen der Gesellschaft nicht dadurch vermindert wird, es sei denn, es ist kein ausschüttbarer Gewinn vorhanden. Weiters vorgesehen sind ein qualifizierter Gesellschafterbeschluss und eine Solvenzerklärung der *directors*. Von dieser Erleichterung ausgenommen war allerdings die finanzielle Unterstützung des Erwerbes von Anteilen der Muttergesellschaft in Form einer *public company*.

Im Zuge der Erlassung des CA 2006, welcher das englische Gesellschaftsrecht grundlegend reformiert hat, hat man jedoch von den in der Änderungsrichtlinie vorgesehenen Erleichterungen des Verbotes keinen Gebrauch gemacht. In Bezug auf *public companies* gab es somit keinerlei merkliche Änderungen. Bis auf eine

²²⁴ S Anhang 5.

Umstellung der Anordnung der einzelnen Bestimmungen ist auch die Wortfolge so gut wie ident geblieben.^{225 226}

Auch gibt es bislang keinerlei publizierte Vorschläge für eine in näherer Zukunft erfolgende Umsetzung derselben.²²⁷ Zum Teil wird vor einer Umsetzung des reformierten Verbotsbestimmung sogar eindringlich gewarnt.²²⁸ In diesem Zusammenhang nimmt man in neuester Zeit auch vermehrt die Aussage wahr, dass es vermutlich solange zu keiner Änderung der derzeitigen Rechtslage kommen wird, als nicht ein radikaler, sinnvoller Umbruch in Bezug auf die KapitalRL stattfindet.²²⁹

Allerdings nahm der englische Gesetzgeber die Gelegenheit wahr, das Verbot der finanziellen Unterstützung für *private companies* gänzlich zu streichen. Man befand die Erfassung der *private company* durch das Verbot als willkürliche und überflüssige Last und ging ferner davon aus, dass Sachverhalte, welche vorher von dem Verbot erfasst wurden, sofern sie die Interessen von Gesellschaftsgläubigern oder Minderheitsgesellschafter verletzen, weiterhin von anderen Rechtsinstrumenten verhindert werden könnten.²³⁰

b) Deutschland und Österreich

Die den Art 23 umsetzende deutsche Norm war im Gegensatz zur englischen Bestimmung nicht Resultat eines „Gesetzgebungsprozesses“, sondern ausschließlich Ausfluss einer verbindlichen Richtlinienanweisung des europäischen Gesetzgebers.²³¹ Mit dem Durchführungsgesetz von 1978²³² wurde das Verbot des Art 23 in das deutsche Aktiengesetz implementiert. Das entsprechende Verbot findet sich seitdem in § 71a Abs 1 dAktG wieder.

²²⁵ Vgl ss.677 ff CA 2006.

²²⁶ Aus diesem Grund kann in Folge auch auf die Entscheidungen zurückgegriffen werden, welche zu der alten Rechtslage ergangen sind.

²²⁷ Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime, Annexes – Part 1, (abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/capital/index_de.htm).

²²⁸ Ferran, EBOR 2005, 99: „[...] *unimpressed by the proposal and suggests that adopting it is likely to be a largely pointless exercise.*“

²²⁹ Ferran, Corporate Finance Law, 309.

²³⁰ Company Law Review; Final Report, Volume 1, para 2.30.

²³¹ Baldamus, Reform der Kapitalrichtlinie, 195: „*nur zur Umsetzung des Art 23 Abs 1 KapRL in das Aktiengesetz aufgenommen und dass der Gesetzgeber dieser Norm für Deutschland nur geringe Bedeutung beigemessen [...]*“; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 105.

²³² Gesetz zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts, BGBl. I, 1959.

Wie auch einige andere Mitgliedstaaten, hat Deutschland im Zuge der Umsetzung der Kapitalrichtlinie den Wortlaut der Bestimmung des Art 23 mehr oder weniger übernommen. Zudem hat der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung von den vorgesehenen Ausnahmebestimmungen Gebrauch gemacht. Mit dem Durchführungsgesetz von 1978 wurde eine weitere Bestimmung aufgenommen – § 71d dAktG –, welche sich auf das Verbot der finanziellen Unterstützung bezieht. Diese Bestimmung dehnt das Verbot auf finanzielle Unterstützungen des Aktienerwerbes an einer Mutteraktiengesellschaft durch die Tochtergesellschaft aus.²³³ Aus der Richtlinie geht eine Pflicht zur Ausdehnung des Verbots auf derartige Sachverhalte nicht hervor, jedoch steht es den Mitgliedstaaten aufgrund des Mindestnormcharakters der Richtlinienbestimmung frei, auch ein strengeres Verbot auszusprechen. Der § 71d dAktG intendiert eine mögliche Umgehung des Verbotes der finanziellen Unterstützung mittels Einschaltung eines Tochterunternehmens – möglicherweise in der Rechtsform einer GmbH, auf die der § 71a AktG nicht anwendbar ist – zu verhindern. Um der Verbotsbestimmung noch zusätzlich Nachdruck zu verleihen, entschied man sich bei der Implementierung des § 71a dAktG, das Rechtsfolgenwahlrecht derart zu nutzen, als dass die Nichtigkeit des verstoßenden Rechtsgeschäftes ausgesprochen wird.

Mangels der Anwendbarkeit der KapitalRL auf die GmbH hat der deutsche Gesetzgeber von der Einführung einer ähnlichen Rechtsnorm in das dGmbHG abgesehen.

Die Neuerungen, welche durch die Änderungsrichtlinie in Bezug auf Art 23 eingeführt wurden, sind bislang noch nicht in die nationale Rechtsordnung implementiert worden.²³⁴ Auch gibt es bislang keine Anzeichen dafür, dass eine Liberalisierung des Verbotes demnächst in Angriff genommen wird.²³⁵

Mit dem Beitritt zur EU im Jahre 1995 musste auch Österreich den *acquis communautaire* übernehmen, ergo das Resultat der bisherigen Praxis der EU-Organe inklusive der Rechtsprechung des EuGH, somit also das gesamte Gemeinschaftsrecht.²³⁶ In diesem Zusammenhang bestand auch die Pflicht der

²³³ § 71d 4. Satz dAktG; ausführlich dazu S.108 ff und S.119 f.

²³⁴ Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime, Annexes – Part 1, 94.

²³⁵ Gegen eine Umsetzung auch Kübler, EBLR 2004, 1031.

²³⁶ Fischer/Köck/Karollus, Europarecht⁴, Rz 2058; Craig/De Búrca, EU Law³, 23.

Umsetzung der KapitalRL in das österreichische Recht. Das Verbot der finanziellen Unterstützung wurde in Österreich durch das EU-GesRÄG 1996²³⁷ umgesetzt und in den § 66a öAktG implementiert.

Auch die österreichische Umsetzungsnorm war insofern das Ergebnis einer europäischen Umsetzungsanordnung und somit inhaltlich durchaus Neuland für die österreichische Rechtsordnung, da es keine entsprechende Vorläuferbestimmung gab.²³⁸ Der österreichische Gesetzgeber orientierte sich grundsätzlich an der deutschen Umsetzungsnorm. Im Unterschied zu Deutschland hat Österreich jedoch nur die Ausnahmebestimmung für Banken und Kreditinstitute in ihren § 66a öAktG einfließen lassen und nicht die Ausnahme hinsichtlich Belegschaftsaktien. Es überrascht allerdings wenig, dass im Zuge der Umsetzung das Verbot des § 66a öAktG auf die Gewährung finanzieller Unterstützung durch eine Tochtergesellschaft einer AG ausgedehnt wurde, zumal auch der österreichische Gesetzgeber von einer Implementierung eines derartigen Verbotes im österreichischen GmbHG Abstand genommen hatte und eine Umgehung des Verbotes durch Einschaltung eines Tochterunternehmens in Form einer GmbH durchaus denkbar wäre. In Bezug auf die Rechtsfolgen des Verbotes hielt sich Österreich allerdings eher bedeckt und wählte eine im Vergleich zu England und Deutschland harmlose Variante. Demnach wird die Rechtswirksamkeit eines Rechtsgeschäftes durch einen Verstoß nicht berührt.

Trotz der Möglichkeit einer Liberalisierung des Verbotes der finanziellen Unterstützung, welche die Änderungsrichtlinie eingeräumt hat, wird auch in Österreich aller Voraussicht nach die Bestimmung des § 66a AktG nicht abgeändert, da dessen Verbotstatbestand hierzulande bislang eher geringe Aufmerksamkeit erlangt hat. So gibt es zu dieser Norm bis dato keine (veröffentlichte) richterliche Entscheidung und das österreichische Schrifttum, welches sich damit befasst, ist auch eher spärlich.

²³⁷ EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz, BGBl Nr. 304/1996.

²³⁸ *Karollus* in Strasser/Jabornegg, AktG⁴, § 66a Rz 1.

B) Gegenüberstellung der einzelnen nationalen Rechtslagen und Rechtsvergleichende Analyse

I. Das Verbot der „financial assistance“ in England

1) Entwicklungen des englischen Verbots der „financial assistance“ nach dem Companies Act 1948 und der Erlassung der Kapitalrichtlinie

Wie bereits erwähnt, ereignete sich lange Zeit nach Erlassung der viel kritisierten s.54 CA 1948 nichts, was auf eine Reform des Verbotes der finanziellen Unterstützung hindeutete.²³⁹ Es waren erst weitere Entscheidungen notwendig, welche die Schwachstellen der Bestimmung aufzeigten, um das englische Parlament dazu zu bewegen, die Bestimmung einer Reform zu unterziehen. In diesem Reformvorhaben war der Gesetzgeber aber insoweit eingeschränkt, als der europäische Gesetzgeber ihm zuvor gekommen war und bereits bindende Regelungen in Bezug auf das Verbot der finanziellen Unterstützung im Rahmen der KapitalRL erlassen hatte.

a) Ausschlaggebende Rechtssprechung für eine Reform

Es sind im Besonderen vier einschlägige Entscheidungen, welche die Notwendigkeit einer Neuregelung aufzeigten. Sie verdeutlichten, dass das Verbot nicht wirklich in der Lage war, Verstöße zu unterbinden und der stetig wachsenden Komplexität des Wirtschaftslebens Herr zu werden.²⁴⁰ Die Gerichte versuchten zu dieser Zeit den Argumenten der fehlenden Abschreckungswirkung des Verbotes entgegenzukommen und schlugen in ihren Entscheidungen einen Weg ein, der diesen Mangel beheben sollte. Durch die im Jahre 1968 ergangene Entscheidung *Selangor United Rubber Estates Ltd v Cradock (No 3)*²⁴¹ wurde den Gesellschaften die Möglichkeit eröffnet, den Ersatz des Schadens von dem Empfänger der Unterstützung zu erlangen. Der *High Court* ging sogar noch weiter und ließ zudem die Inanspruchnahme der an der finanziellen Unterstützung beteiligten Banken unter gewissen Voraussetzungen zu. Demzufolge hatte eine beteiligte Bank für den entstandenen Schaden einzustehen, da die für die Bank handelnde Person aufgrund einer sorgfältigen Prüfung hätte erkennen müssen, dass das Rechtsgeschäft gegen s.54 CA 1948 verstößt und somit dessen

²³⁹ Hierzu S.20 ff.

²⁴⁰ Vgl zB Buckley LJ in *Wallersteiner v Moir*, [1974] 1 WLR 991 (1014); „*Since that time* (Anm: seit der Entscheidung *In Re V.G.M. Holdings Ltd* [1942]) *financiers have used more sophisticated methods. [...] The transactions are extremely complicated, [...]*“.

²⁴¹ [1968] 1 WLR 1555.

Vornahme verweigern müssen.²⁴² Durch diese Entscheidung wurde die „Durchschlagskraft“ des Verbotes bestärkt und brachte nun umfangreiche Konsequenzen mit sich.²⁴³ Im Jahre 1970 ging die Entscheidung *Heald v O'Connor*²⁴⁴ von der bis dahin ständigen Spruchpraxis ab und sprach die Nichtigkeit der gegen das Verbot verstoßenden Transaktionen aus. In *Wallersteiner v Moir*²⁴⁵ erkannte auch *Buckley LJ* die Bedeutungslosigkeit der gesetzlichen Strafandrohung iHv £ 100 für eine Zuwiderhandlung und sprach der Gesellschaft einen zivilrechtlichen Behelf mittels einer Klage auf Schadenersatz gegen die an dem Verstoß beteiligten Direktoren zu.²⁴⁶

Den wohl bedeutendsten Anstoß für die schon lange ausständige Neuregulierung der s.54 CA 1948, stellte aber die Entscheidung *Belmont Finance Corporation Ltd v Williams Furniture Ltd and Others*²⁴⁷ vom 31. Juli 1979 dar. Erstmals, nach einer Mehrzahl von Entscheidungen zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes, ging ein Gericht näher auf die viel kritisierte Reichweite der Bestimmung ein. Dieser Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Gesellschaft *Belmont* erwarb zu einem überhöhten Kaufpreis die Anteile an einer Gesellschaft *M* von deren Gesellschaftern. Die Gesellschafter setzten den erhaltenen Kaufpreis ein, um die Anteile an *Belmont* zu erwerben. In weiterer Folge klagte *Belmont*, da man in dem Erwerb zu einem überhöhten Preis einen Verstoß gegen s.54 CA 1948 sah. Ferner wurde auf Seiten *Belmonts* behauptet, dass sich die Direktoren durch die Transaktionen des „Missbrauchs“ (*misfeasance*) und des „Treuebruchs“ (*breach of trust*) schuldig gemacht hätten. Der *Court of Appeal* war der Meinung, dass ohne Zweifel eine Verletzung der s.54 CA 1948 vorlag, da die Gesellschaft im Wesentlichen, ohne auf ihr eigenes wirtschaftliches Interesse zu achten, Vermögen von einem Dritten erworben hatte, mit dem einzigen Ziel, diesen Dritten finanziell in die Lage zu versetzen, Anteile in der Gesellschaft erwerben zu können. Als belanglos sah man hingegen die Stellungnahme der Verteidigung an, dass die Direktoren der *M*

²⁴² [1968] 1 WLR 1555 (1633 ff); das Gericht stützte seine Entscheidung auf dem Rechtsinstitut des „*constructive trustee*“, welches dem „*equity*“ zuzuordnen ist. Ein *trust* ist eine rechtliche Beziehung, bei der eine Person, der *trustee*, einen Vermögensgegenstand zu Gunsten einer anderen Person, dem *beneficiary* innehat. Ein *constructive trust* ist eine Form des *trust*. Er ist nicht wie ein *trust* ausdrücklich und vorsätzlich durch Willenserklärungen eingerichtet, sondern entsteht Kraft Gesetzes als Antwort auf bestimmte Umstände, wie zB bei ungerechtfertigter Bereicherung (ausführlicher dazu S.100 ff).

²⁴³ *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 32.

²⁴⁴ [1971] 1 WLR 497.

²⁴⁵ [1974] 1 WLR 911.

²⁴⁶ [1974] 1 WLR 911 (1014); „*That is a trifle sanction*“.

²⁴⁷ [1980] 1 All E R 393.

davon ausgingen, dass der Kaufpreis für die Anteile angemessen war. Selbst die Erbringung einer angemessenen Gegenleistung konnte nach Meinung des *Courts of Appeal* insoweit eine Zuwiderhandlung darstellen, sofern sich das Interesse der Gesellschaft rein auf die Unterstützungshandlung richtet.²⁴⁸ Dadurch wurde die Reichweite des Verbotes stark ausgedehnt, indem nunmehr auch werthaltige Transaktionen unter das Verbot subsumiert werden konnten. Inwiefern dieser Sachverhalt unter das Verbot gefallen wäre, wenn die Transaktion zu einem angemessenen Preis erfolgt und die Finanzierung des Erwerbes nicht der einzige Zweck gewesen wäre, sondern die Transaktion durchaus auch im Interesse der Gesellschaft gelegen hätte, blieb in der Entscheidung bedauerlicherweise unkommentiert.

Hatte man der Bestimmung zuvor noch die Fähigkeit, das gesetzgeberische Ziel zu erreichen abgesprochen, so kamen jetzt vermehrt kritische Stimmen auf, die die ausgedehnte Reichweite und die damit verbundenen Folgen bemängelten; viele Transaktionen würden vom Verbot erfasst und mit den drastischen zivilrechtlichen Konsequenzen sanktioniert, obgleich sie nicht als verwerflich oder unzulässig anzusehen sind. In den Augen vieler Kritiker vermochte die Bestimmung, Unschuldige mit dem Verbot zu treffen, verfehlte aber wiederum den Zweck, die Schuldigen vor einer Zuwiderhandlung abzuschrecken.²⁴⁹

b) Die Companies Act 1981 und 1985

Angesichts dieser Entscheidungen hat das Verbot der finanziellen Unterstützung durch die ihm nun anhaftenden zivilrechtlichen – im Gegensatz zu der unbedeutenden Geldstrafe – als „*drakonisch*“²⁵⁰ bezeichneten Konsequenzen und des weit reichenden Anwendungsbereiches mehr Stärke erfahren, als der historische Gesetzgeber bzw das *Greene*-Komitee bei der Einführung der Verbotsnorm möglicherweise beabsichtigt hatten. Mit der umfassenderen Auslegung des Begriffes der finanziellen Unterstützung durch die Entscheidung *Belmont Finance Corporation Ltd v Williams Furniture Ltd and Others*²⁵¹ und der dadurch erwirkten Reichweite breitete sich jedoch auch eine große Rechtsunsicherheit aus und es wurde schnell klar, dass die Gerichte diese im Alleingang nicht zu beseitigen vermochten und auf weiteren Rückhalt des

²⁴⁸ [1980] 1 All E R 393 (394).

²⁴⁹ „[...] notorious because it has hit the innocent and failed to deter the guilty.“ *Gower*, Company Law³, 113; *Pettet*, JIBL 1988, 96 (96); *ders*, Company Law², 294.

²⁵⁰ *Pettet*, JIBL 1988, 96 (96); *ders*, Company Law², 295.

²⁵¹ S Fn 247.

Gesetzgebers angewiesen waren.²⁵² Durch die im Zuge der Umsetzung der KapitalRL notwendig gewordenen Anpassungen des englischen Gesellschaftsrechts wurde auch s.54 CA 1948 grundlegend neu gestaltet; dies konnte selbstredend nur im von der Richtlinie vorgegebenen Rahmen geschehen, welcher sich jedoch stark an s.54 CA 1948 angelehnt hatte.²⁵³ Mit dem CA 1981 wurde nunmehr s.54 CA 1948 aufgehoben und durch ss.42 bis 44 des CA 1981 ersetzt. Man hatte viel an der Bestimmung gefeilt und versucht die Schwierigkeiten in Bezug auf die Reichweite des Verbotes, welche mit der Entscheidung *Belmont Finance Corporation Ltd v Williams Furniture Ltd and Others*²⁵⁴ aufkamen, zu beseitigen.²⁵⁵ Diese Bestimmungen beinhalteten eine „radikale Überarbeitung“²⁵⁶ des Verbotes. Die ausführliche Überarbeitung der Bestimmung führte mitunter zu einer deutlichen Zunahme des Bestimmungsumfanges. Unter Beibehalten eines generellen Verbotes der finanziellen Unterstützung in Bezug auf *public companies* entschloss man sich jedoch, *private companies* die Möglichkeit einzuräumen, unter Einhaltung von Gläubiger und Minderheitsaktionären schützenden Reglements fortan finanzielle Unterstützung gewähren zu können und aus der dadurch resultierenden Befreiung von dem Verbot Nutzen zu ziehen.²⁵⁷ Beinahe unverändert – abgesehen von einer verbesserten Gliederung – wurde das überarbeitete Verbot wenige Jahre später von dem CA 1985 übernommen und in dessen ss.151 bis 158 implementiert.

Diese ins Detail ausformulierten Bestimmungen sollten die Aufgabe der ss.42 ff CA 1981 übernehmen und auch den offenen Fragen und Kritikpunkten gegenüber der in die Jahre gekommenen s.54 CA 1948 entgegentreten.²⁵⁸ Trotz der Möglichkeit, das Verbot im Rahmen der Richtlinienumsetzung zu lockern und an den von der Richtlinie vorgegebenen Schutzstandard anzupassen, hielt der englische Gesetzgeber an einem umfassenden, einem die Richtlinie zum Teil überschießenden, Verbot fest. Man unterteilte unterdessen die Bestimmung in ein Verbot der vorangehenden oder zeitgleichen Gewährung finanzieller Unterstützung und in ein Verbot der nachfolgenden Unterstützung. Die s.152 CA 1985, welche eine Aufzählung von

²⁵² Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 40 f.

²⁵³ Vgl dazu bereits S.15 ff.

²⁵⁴ S Fn 247.

²⁵⁵ *McMonnies*, The Companies Act 1981, Rz 6.31; *Morse/Arora/Ryan/Morris*, The Companies Act 1981, Rz 62/42; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 41.

²⁵⁶ *Morse/Arora/Ryan/Morris*, The Companies Act 1981, Rz 62/42.

²⁵⁷ Hierbei lehnte man sich stark an den Vorschlägen des *Jenkins*-Komitees an; *Morse/Arora/Ryan/Morris*, The Companies Act 1981, Rz 62/42; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 42.

²⁵⁸ S dazu S.20 ff.

Rechtsgeschäften beinhaltet, sollte weiters Aufschluss über die Vielzahl an Formen verbotener Transaktionen bieten. Dadurch erhoffte man sich, die weite Formulierung des Verbotes gewissermaßen einzuschränken und Klarheit über die Reichweite der Bestimmung zu schaffen. Ferner wurden die Begriffe „*subscription*“ und „*purchase*“ durch das Wort „*acquisition*“ ersetzt. Durch die Einschränkung der Formulierung „*for the purpose or in connection with*“ mittels der Verwendung der weitaus schlichteren Formulierung „*for the purpose*“ wurde der Funktionszusammenhang zwischen dem Anteilserwerb und der finanziellen Unterstützung in gewisser Weise intensiviert. Zusätzlich wurde das Verbot noch durch die Implementierung einiger Ausnahmen, die sich in ss.153 und 154 CA 1985 wieder finden, gelockert. Hierbei handelt es sich zum einen um eine Aufzählung bestimmter Handlungen, die nicht vom Verbot erfasst sein sollen und zum anderen um eine auf die subjektive Zwecksetzung betreffend die finanzielle Unterstützung gerichtete Ausnahme. Hiermit normiert s.153 CA 1985 einige Ausnahmen, die von der Richtlinie nicht vorgesehen sind. Ob die Einführung dieser Ausnahmebestimmungen europarechtswidrig ist, wird an anderer Stelle zu behandeln sein.²⁵⁹ An den Ausnahmebestimmungen für Banken und andere Finanzinstitute sowie für Belegschaftsanteile hat der englische Gesetzgeber in Übereinstimmung mit der Richtlinie festgehalten.

Ein weiterer Versuch das Verbot zu bändigen, lag in der Einführung der ss.155 ff CA 1985, welche eine Ausnahmebestimmung speziell für *private companies* vorsah. Diese Ausnahme für *private companies* knüpfte jedoch an der Einhaltung eines festgelegten Verfahrens an, welches bereits oben unter dem Stichwort „*Whitewash-Verfahren*“ erörtert wurde.

Gleichwohl fand allerdings eine Verschärfung im Bereich der Rechtsfolgen statt. War die Konsequenz eines Verstoßes bislang lediglich mit einer Geldstrafe iHv bis zu £ 100, so wird nunmehr ein Verstoß sowohl mit einer nach oben hin unbegrenzten Geldstrafe als auch einer möglichen Haftstrafe der Direktoren der unterstützenden Gesellschaft geahndet. Die zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes blieben aufgrund einer nicht erfolgten gesetzlichen Verankerung weiterhin Aufgabe richterlicher Entscheidungen.

Aufgabe der ss.151 ff CA 1985 war es, ein zugänglicheres, liberaleres und auch leichter verständliches System zu schaffen. Doch auch die neu formulierten

²⁵⁹ S dazu S.169 ff; vgl auch *Koll-Möllenhoff*, Prinzip des festen Grundkapitals, 189.

Bestimmungen konnten diese Aufgabe nicht zur Zufriedenheit der Kritiker lösen und führten dazu, dass sie bald wieder zu den meist kritisierten Bestimmungen des englischen Gesellschaftsrechts gehörten.²⁶⁰ Kritiker bezeichneten die Bestimmungen als „*kein wirkliches Leitbild eindeutiger Gesetzgebungskunst*“²⁶¹ und warfen ihr Ungenauigkeit und Irreführung in Bezug auf ihre Reichweite, ihrer Handhabung²⁶² und begriffliche Bedeutung²⁶³ vor; ferner würden die daraus resultierenden enormen Beratungsaufwendungen – welche durch die neuen Bestimmungen sogar gestiegen sein sollen – für die Praxis äußerst kostspielig sein.²⁶⁴ Weitere Kritik wurde ferner ausgelöst von einer viel bemängelten gerichtlichen Entscheidung zu den in s.153 CA 1985 vorgesehenen Ausnahmen.²⁶⁵ Nunmehr ist auch die Anwendung der Ausnahmebestimmungen zweifelhaft geworden. Folglich dürfte es nicht verwundern, dass schon lange eine weitere Reform des Verbotes der finanziellen Unterstützung gefordert wurde. Man erhoffte sich durch eine Klärung dieses Punktes mehr Rechtssicherheit zu schaffen²⁶⁶ und infolgedessen auch Kostenersparnisse aufgrund rückgängiger Beratungsanforderungen zu erreichen. Teilweise wurde sogar die gänzliche Abschaffung des Verbotes verlangt.²⁶⁷

c) *Der Companies Act 2006*

Seit 1993 bemühte sich das *DTI* eine angemessene Lösung zu finden. Anscheinend war man aber noch geprägt von den vielen Reformen des Verbotes finanzieller Unterstützung, welche über die Jahre vorgenommen wurden und dennoch nie so wirklich zu einer zufrieden stellenden Lösung führten, denn man stand auch einer weiteren Reform skeptisch gegenüber.²⁶⁸ Nach einigen verbesserten Vorschlägen des *DTI* und einen von der *Company Law Review Steering Group* herausgegebenen Berichtes²⁶⁹, welcher die Ergebnisse zahlreicher Konsultationspapiere zusammenfasste, wurden im Rahmen des am 8.11.2006 erlassenen, äußerst

²⁶⁰ *Payne*, Co Law 1997, 186 (186); etwas zurückhaltender *Ellis*, ICCLR 1997, 286 (286).

²⁶¹ Sinngemäß übersetzt: “[...] *the provisions are hardly a model of clear draftsmanship*“ *Sterling*, Co Law 1987, 99 (99).

²⁶² *Payne*, Co Law 1997, 186 (186); *Ellis*, ICCLR 1997, 286 (286).

²⁶³ *Sterling*, Co Law 1987, 99 (99).

²⁶⁴ *DTI Modern Company Law, Law for a Competitive Economy*, March 1998, 7 Rz 3.3; *Sykes*, Co Law 2000, 65 (65 f).

²⁶⁵ *Brady v Brady*, [1988] 2 All E.R. 617 (Court of Appeal); [1989] AC 755 (House of Lords); ausführlich dazu S.86 ff.

²⁶⁶ S Fn 263.

²⁶⁷ *Sykes*, Co Law 2000, 65 (65 f); *Companies Act Section 151: the nightmare is nearly over*, *The Lawyer*, November 4, 2002, 13.

²⁶⁸ *Ellis*, ICCLR 1997, 286 (289): “*It is to be hoped that the devil we know is not replaced by a worse one.*”; kritisch auch *Cabrelli*, JBL 2002, 272 (283 ff).

²⁶⁹ *The Company Law Review Steering Group, Modern Company Law – For a Competitive Economy, Final Report*.

umfangreich reformierten CA 2006 die Bestimmungen betreffend das Verbot der finanziellen Unterstützung neu geregelt. Das reformierte Verbot findet sich nunmehr in ss.677 bis 683 CA 2006. Allerdings sind diese Bestimmungen ein beinahe unverändertes Spiegelbild des Verbotstatbestandes des CA 1985 und weisen in ihrem Kernstück nur wenige Unterschiede zu diesem auf.²⁷⁰

Hervorzuheben ist jedoch die gänzliche Abschaffung des Verbotes der finanziellen Unterstützung für *private companies* durch den CA 2006. Auf diese Weise wurde auch dem für *private companies* vorgesehenen *Whitewash*-Verfahren der Boden entzogen. Dadurch erfuhren *private companies* eine erhebliche Erleichterung unter anderem in Bezug auf die Finanzierung von Buyouts. Die Beseitigung des Verbotes für *private companies* beruhte allerdings allem Anschein nach nicht auf der Annahme, dass es bei den vom Verbot vormals erfassten Transaktionen keinerlei Bedarf nach einem schützenden Eingriff durch das Gesetz gäbe, sondern darauf, dass es andere Regelungsansätze sowohl im Gesellschaftsrecht als auch im Insolvenzrecht gäbe, die dieser Aufgabe gerecht werden könnten.²⁷¹

Als Folge der minimalen Änderungen durch den CA 2006 hinsichtlich des Verbotes für *public companies* schafft es somit auch diese Reform nicht, die Streitpunkte und Unsicherheiten auf dem Gebiet des Verbotes der finanziellen Unterstützung zu beseitigen²⁷² und Entscheidungen zu den früheren Vorgängerbestimmungen bleiben folglich zum großen Teil weiterhin für die Untersuchung dieses Rechtsgebietes von Relevanz.²⁷³

²⁷⁰ Ferran, Corporate Finance Law, 276; Steinfeld/Mann/Ritchie/Weaver/Galley/Adair/McLarnon/Cloherty, CA 2006, Rz 8.20; Walmsley, The ICSA Companies Act 2006 Handbook, 52; Eine Klarstellung erfuhr die Verbotsbestimmung allerdings in Bezug auf die Gewährung finanzieller Unterstützungen einer ausländischen Tochtergesellschaft zum Zweck des Erwerbes von Anteilen an ihrer englischen Muttergesellschaft; hierzu Näheres S.61 f.

²⁷¹ S dazu S.184 ff.

²⁷² So etwa Hannigan, CA 2006, Rz 7.20; Walmsley, The ICSA Companies Act 2006 Handbook, 53.

²⁷³ In Folge werden demnach auch Entscheidungen betreffend *private companies* – welche auch eine deutlich größere Anzahl aufweisen – in diese Arbeit einbezogen, sofern diese für die Erläuterungen des Verbots der finanziellen Unterstützung von Bedeutung sind. Dies ist vor allem der Fall in Bezug auf die Reichweite, die Auslegung der Begriffe und die Rechtsfolgen des Verbotes.

2) *Der Schutzzweck*

a) Die fortwährende Relevanz des historischen Schutzgedankens – Verbot als Stütze des Verbotes des Erwerbes eigener Anteile und Einwand gegen Leveraged Buyouts

Trotz der zahlreichen Reformen des Verbotes der finanziellen Unterstützung ist der historische Schutzgedanke der s.54 CA 1948²⁷⁴ auch in den jüngeren richterlichen Entscheidungen immer noch gegenwärtig. Zwei neuere Entscheidungen aus dem Jahre 2003²⁷⁵ beziehen explizit Stellung zu diesem historischen Schutzgedanken. In der Entscheidung *Chaston v SWP Group plc*²⁷⁶ beruft sich *Arden LJ* auf die Entscheidung *Re VGM Holdings Ltd*²⁷⁷ aus dem Jahre 1942. Sie lehnte sich an die Ausführungen dieser Entscheidung an²⁷⁸ und führte aus, dass die Gefahr, welche durch das Verbot verhindert werden soll, darin liegt, dass die Ressourcen einer Gesellschaft oder ihres Tochterunternehmens dazu verwendet werden, einem Dritten den Erwerb ihrer Anteile finanziell zu erleichtern und dadurch die Interessen sowohl der Gesellschaftsgläubiger der Mutter- bzw der Tochtergesellschaft als auch die der anderen Gesellschafter, welche das Angebot eines Anteilserwerbes nicht angenommen haben oder denen dieses Angebot gar nicht gemacht wurde, beeinträchtigt werden könnten, wenn sich die Rückforderungsansprüche gegen den Dritten als uneinbringbar erweisen.²⁷⁹ Der historische Schutzgedanke basiert – wie bereits oben dargetan – auf der Vorstellung des *Greene-Komitees*, dass die in der Zwischenkriegszeit aufgekeimten missbräuchlichen Übernahmepraktiken als gleichermaßen gefährlich anzusehen waren, wie der Erwerb eigener Anteile und die damit einhergehende Verringerung des Gesellschaftskapitals.²⁸⁰ Um das Verbot des Erwerbes eigener Anteile weiter zu untermauern und zu ergänzen,²⁸¹ wurde das Verbot der finanziellen Unterstützung des

²⁷⁴ S dazu S.17 ff.

²⁷⁵ *Chaston v SWP Group Plc*, [2003] 1 BCLC 675; *MT Realisation (in liq.) v Digital Equipment Co Ltd*, [2003] BCC 415.

²⁷⁶ [2003] BCC 140 (151).

²⁷⁷ [1942] Ch 235 (239); (s dazu auch S.20) ergangen zu der Vorgängerbestimmung s.45 CA 1929.

²⁷⁸ „[...] a very common form of transaction in connection with companies was one by which persons – call them financiers, speculators, or what you will – finding a company with a substantial cash balance or easily realizable assets such as war loan, bought up the whole or the greater part of the shares of the company for cash and so arranged matters that the purchase money which they then became bound to provide was advanced to them by the company whose shares they were acquiring, either out of its cash balance or by realization of its liquid investments. That type of transaction was a common one, and it gave rise to a great dissatisfaction and, in some cases, great scandals.”

²⁷⁹ S auch *Ferran*, Corporate Finance Law, 269; *Luxton*, Co Law 1991, 18 (18).

²⁸⁰ S dazu bereits S.18 ff.

²⁸¹ *Dine*, Company Law, Rz 3-104; *Hannigan*, Company Law, 627; *Luxton*, Co Law 1991, 18 (18); aA *Davies*, Company Law⁷, 259; *Sykes*, Co Law 2000, 65 (65).

Anteilserwerbes im englischen Gesellschaftsrecht gesetzlich verankert. Infolgedessen wird in diesem Zusammenhang dem Verbot der finanziellen Unterstützung weiterhin eine gewisse Ergänzungsfunktion und damit auch ein merklicher Zusammenhang mit dem allgemeinen Grundsatz der Kapitalerhaltung zugeschrieben. Abgesehen von der Ergänzungsfunktion sollte das Verbot der finanziellen Unterstützung allerdings explizit missbräuchliche Übernahmepraktiken unterbinden.²⁸² Gegenwärtig erkennt man in der Umschreibung von *Lord Greene* in der Entscheidung *Re VGM Holdings Ltd*²⁸³ eine unverkennbare Parallele mit der heutigen Übernahmemethode im Zusammenhang mit LBOs. Diese Methode wird vor allem dadurch geprägt, dass eine Gesellschaft übernommen werden soll und die dafür benötigten Mittel zuerst von einer Bank zur Verfügung gestellt werden, welche meist mit den Ressourcen der zu übernehmenden Gesellschaft besichert werden. Häufig werden auch nach der Übernahme die Verbindlichkeiten gegenüber der Bank aus den Mitteln der übernommenen Gesellschaft beglichen. Diese Szenarien – die Bestellung von Sicherheiten und die nachträgliche Begleichung von Verbindlichkeiten, welche zum Zweck der Übernahme eingegangen wurden – fallen eindeutig unter den Anwendungsbereich des Verbots der finanziellen Unterstützung und sollen demnach auch durch die aktuelle Verbotsbestimmung unterbunden werden.²⁸⁴ Schließlich wurden darin die Gefahren insbesondere für die Gesellschaftsgläubiger in der Verringerung des Gesellschaftskapitals und die Minderheitsgesellschafter in der Diskriminierung gesehen, wie dies auch *Arden LJ* in ihren Ausführungen zum Schutzzweck deutlich macht.

b) Das Verbot der finanziellen Unterstützung als Teil des Kapitalerhaltungsgrundsatzes

Von jeher sieht die hL²⁸⁵ das Verbot der finanziellen Unterstützung als Teil des Kapitalerhaltungsregimes an – oder zumindest als mit diesem stark verlinkt –, durch

²⁸² S dazu vor allem Fn 278.

²⁸³ S Fn 277.

²⁸⁴ Vgl etwa *Ferran*, Corporate Finance Law, 269.

²⁸⁵ S etwa *Doran*, Co Law 1991, 169 (173); *Ferran*, Corporate Finance Law, 271; *Ellis*, ICCLR 1997, 286 (286); *Luxton*, Co Law 1991, 18 (18); *McGee*, Share Capital⁵, Rz 4.35 und 6.3; *Shutkover*, Co Law 2004, 34 (34); *Tal*, GmbHR 2007, 254; dies lässt sich aber auch aus der Positionierung des Kapitels über “financial assistance” in englischen Lehrbüchern herauslesen, so ist dieses bei *Davies*, Company Law⁸ (auch schon in den früheren Auflagen) direkt in das Kapitel “Capital Maintenance” eingefügt (ebenso bei *Bourne*, Company Law⁴; *Griffin*, Company Law⁴; *Mayson/French/Ryan*, Company Law²⁵); Im Gegensatz dazu behandeln sowohl *Ferran*, Company Law als auch *Pettet*, Company Law² das Problem der “financial assistance” jeweils in einem eigenen Kapitel, welches sich jedoch unmittelbar an das Kapitel “Maintenance and Reduction of Capital” bzw “Raising and Maintenance of Capital” anschließt; gänzlich gegen einen Zusammenhang zwischen dem Verbot der finanziellen Unterstützung und dem Kapitalerhaltungsgrundsatz: *Sykes*, Co Law 2000, 65 (65).

den die Bestimmungen bezüglich des Erwerbes eigener Anteile ergänzt werden und gewährleistet werden soll, dass auch auf diesem Wege das Kapital der Gesellschaft nicht angegriffen und geschwächt wird. Allerdings geht das Verbot der finanziellen Unterstützung wohl über die bloße Ergänzungsfunktion und somit auch über die Grenzen des englischen Kapitalerhaltungsgrundsatzes hinaus,²⁸⁶ da es auch Handlungen und Transaktionen erfasst, welche nicht unbedingt auch vom allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsatz²⁸⁷ erfasst sind. Das Verbot der finanziellen Unterstützung fordert schließlich in einigen Fällen keinerlei tatsächliche Beeinträchtigung des Gesellschaftskapitals; vielmehr begnügt sich das Verbot zum Teil mit einer bloßen Gefährdung der gesellschaftlichen Ressourcen und übersteigt somit die vom allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsatz intendierten Ziele. Schließlich erhält die Gesellschaft in Fällen, in denen sie finanzielle Unterstützung in Form eines Darlehens gewährt, eine Forderung gegen den Darlehensnehmer, welche durchaus gleichwertig und wohlmöglich auch besichert sein kann. Denn ist der Darlehensnehmer in der finanziellen Position, das Darlehen zurückzuzahlen, so findet auf Seiten der Gesellschaft lediglich eine Umschichtung von Vermögenswerten statt.²⁸⁸ Auch in den Fällen einer Sicherheitsgewährung durch die Gesellschaft zum Zweck der finanziellen Unterstützung liegt eine Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Ressourcen erst bei Inanspruchnahme der Sicherheit vor.

Verboten sind aber auch Transaktionen, die einen sofortigen Mittelabfluss der Gesellschaft nach sich ziehen. So hat ein Geschenk von Seiten der Gesellschaft an einen Dritten zum Zweck des Erwerbs ihrer Anteile unmittelbar Einfluss auf das gesellschaftliche Vermögen.²⁸⁹ Folglich ist eine Überschneidung mit dem Kapitalerhaltungsgrundsatz nicht gänzlich von der Hand zu weisen und dem Argument, das Verbot der finanziellen Unterstützung hätte keinerlei Zusammenhang mit der Erhaltung des Kapitals,²⁹⁰ Einhalt zu gebieten.

²⁸⁶ *Armour*, 63 MLR 2000, 355 (369); *Dignam/Lowry*, *Company Law*⁴, 121 f; *Ferran*, *Corporate Finance Law*, 271 f; *Pettet*, *Company Law*², 281; *Shutkover*, *Co Law* 2004, 34 (34).

²⁸⁷ Näher dazu S.74 ff.

²⁸⁸ *Davies*, *Company Law*⁸, 342.

²⁸⁹ Vgl s.677 Abs 1 lit a CA 2006, vormalig s.152 Abs 1 lit a (i) CA 1985.

²⁹⁰ So etwa *Sykes*, *Co Law* 2000, 65 (65); skeptisch auch *Hannigan*, *Company Law*, 590; *Pettet*, *Company Law*², 281.

c) Verhinderung von Marktmanipulation und missbräuchlichen Eingriffen in die Gesellschafterstruktur

Neben den Funktionen als Ergänzung des Verbotes des Erwerbes eigener Anteile und als Schutz vor einer Gefährdung der Gesellschaftsressourcen werden dem Verbot der finanziellen Unterstützung noch weitere Funktionen zugesprochen. Diese weiteren Schutzfunktionen weisen allerdings wiederum einen starken Zusammenhang mit der Ergänzungsfunktion auf. Ein Aspekt des Verbotes des Erwerbes eigener Anteile liegt in der Verhinderung des „*share trafficking*“ und der damit verbundenen Möglichkeit, den Markt zu manipulieren, indem der Preis der Anteile künstlich in die Höhe getrieben wird.²⁹¹ Allerdings kann dieses Ergebnis auch durch eine gezielte finanzielle Unterstützung eines Dritten zum Zweck des Erwerbes von Anteilen erreicht werden. In Folge dessen liegt ein weiterer Schutzzweck des Verbotes finanzieller Unterstützung in der Verhinderung gezielter Marktmanipulation.²⁹²

Ein weiterer Aspekt, welcher im Zusammenhang mit dem Schutzzweck des Verbotes der finanziellen Unterstützung gesehen wird, ist die Verhinderung eines missbräuchlichen Eingriffes in die Gesellschafterstruktur durch das Leitungsorgan, indem ausgewählten Dritten der Erwerb von Anteilen durch eine gezielte finanzielle Hilfestellung erleichtert wird. Auch dieser Fall wird vom Schutzzweck des Verbotes des Erwerbes eigener Anteile mit umfasst und zeigt somit die Ergänzungsfunktion des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf.²⁹³

Abschließend kann somit gesagt werden, dass auch die englische Bestimmung im Großen und Ganzen die gleichen Schutzzwecke wie Art 23 KapitalRL verfolgt. Allerdings weist auch sie an dieser Stelle noch einige Streitpunkte – wie etwa ihr Verhältnis zum allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsatz – auf.

3) Der Tatbestand

a) Erfasste Gesellschaftsformen

Bis zur Erlassung des CA 2006 waren sowohl die *public company* als auch die *private company* vom Verbot der Gewährung finanzieller Unterstützung erfasst. Jedoch wurde der *private company* damals die Möglichkeit eröffnet, durch die Anwendung des *Whitewash*-Verfahrens legal finanzielle Unterstützung leisten zu können (ss.155-158

²⁹¹ Ferran, Corporate Finance Law, 208; Davies, Company Law⁸, 325 ff.

²⁹² Ferran, Corporate Finance Law, 271; Hannigan, Company Law, 627.

²⁹³ Ferran, Company Law, 372 f; dies, Corporate Finance Law, 271.

CA 1985). Im Zuge der Reform des englischen Gesellschaftsrechts befreite man die *private company* allerdings von der Bürde, welche mit dem Verbot der finanziellen Unterstützung einherging und schaffte das Verbot für *private companies* zur Gänze ab. Demnach ist es nunmehr *private companies* erlaubt, finanzielle Unterstützung zum Zweck des Erwerbes eigener Anteile zu gewähren, ohne sich einem gesetzlich zwingend vorgesehenen Verfahren bedienen zu müssen.

Gemäß s.678 CA 2006 ist es Gesellschaften verboten, finanzielle Unterstützungen zum Zweck des Erwerbes von Anteilen an einer *public company* zu gewähren. Demnach ist es einer *public company* weder erlaubt, finanzielle Unterstützung für den Erwerb ihrer eigenen Anteile zu gewähren als auch der Anteile an ihrer Muttergesellschaft. Trotz der Beseitigung des Verbotes für *private companies* ist diesen aber nach wie vor eine Gewährung finanzieller Unterstützung zum Zweck des Erwerbes von Anteilen an ihrer Muttergesellschaft untersagt, sofern diese eine *public company* ist (s.678 Abs 1 CA 2006).²⁹⁴ Allerdings ist auch der konträre Sachverhalt vom Verbot erfasst; folglich darf eine *public company* keine finanzielle Unterstützung gewähren, welche dem Erwerb von Anteilen an ihrer Muttergesellschaft, in Form einer *private company*, dient.²⁹⁵ Nicht vom Verbot erfasst ist jedoch die finanzielle Unterstützung eines Anteilserwerbes an einer Schwesterngesellschaft oder die finanzielle Unterstützung durch die Muttergesellschaft zum Zweck des Erwerbes von Anteilen an ihrer Tochtergesellschaft.²⁹⁶ Durch diese Lücken ist jedoch ein Potenzial gegeben, das Verbot zu umgehen, indem eine Muttergesellschaft finanzielle Mittel zur Unterstützung eines Anteilserwerbes in der Tochtergesellschaft zur Verfügung stellt oder dies durch eine Schwesterngesellschaft geschieht.²⁹⁷ Eine weitere Möglichkeit, das Verbot der finanziellen Unterstützung zu umgehen, beschäftigte ein Gericht bereits im Jahre 1996.²⁹⁸ Gemäß dieser Entscheidung fällt die finanzielle Unterstützung einer Tochtergesellschaft zum Zweck des Erwerbes von Anteilen an der Muttergesellschaft, nur unter das Verbot, wenn es sich bei der Tochtergesellschaft um eine englische Gesellschaft handelt. Demnach ist es ausländischen Tochtergesellschaften durchaus erlaubt, einen Erwerb von Anteilen

²⁹⁴ Hannigan, CA 2006, Rz 7.21.

²⁹⁵ s.679 CA 2006; allerdings wird dies als ein eher selten vorkommender Fall angesehen; vgl Davies, Company Law⁸, 352 Fn 276.

²⁹⁶ Cabrelli, JBL 2002, 272 (273); Davies, Company Law⁷, 261 Fn 52 nunmehr auch in Davies, Company Law⁸, 344 Fn 239.

²⁹⁷ Cabrelli, JBL 2002, 272 (281).

²⁹⁸ Arab Bank plc. v Mercantile Holdings Ltd, [1996] 2 BCLC 34; erst kürzlich erneut bestätigt von AMG Global Nominees (Private) Ltd v SMM Holdings Ltd, [2008] BCC 307.

an ihrer englischen Muttergesellschaft finanziell zu unterstützen.²⁹⁹ Werden jedoch die finanziellen Mittel einer Muttergesellschaft an ihre ausländische Tochtergesellschaft transferiert, um diese mit Mittel auszustatten, welche wiederum dazu verwendet werden, einen Erwerber von Anteilen an der Muttergesellschaft finanziell zu unterstützen, so kann dies uU unter das Verbot der – indirekten – finanziellen Unterstützung fallen.³⁰⁰ Gleiches müsste insofern auch für finanzielle Unterstützungen durch eine Schwestergesellschaft gelten.

Baute diese Entscheidung noch auf einer Auslegung der damaligen Bestimmung der s.151 CA 1985 auf, so ist dies nunmehr gesetzlich klargestellt.³⁰¹ Die Bestimmung der s.678 CA 2006 bezieht sich nur auf Tochtergesellschaften (*subsidiary companies*) einer *public company*, welche selbst als „Gesellschaften“ („company“) – iS des CA – unter die Bestimmungen betreffend das Verbot finanzieller Unterstützung fallen. Gemäß s.1 CA 2006 bedeutet das Wort „Gesellschaft“ („company“) für die Bestimmungen des CA 2006 - sofern der Kontext nicht auf eine andere Bedeutung hindeutet - eine Gesellschaft, die nach dem CA 2006 sowohl gegründet als auch eingetragen wurde. Somit sind ausländische Tochtergesellschaften, deren Gründung und Eintragung nicht nach den Bestimmungen des CA 2006 erfolgt sind, von den Bestimmungen der ss.677 ff CA 2006 ausgenommen.

b) Der Anteilserwerb

aa) Person des Erwerbers

Die Verbotsbestimmung bezieht sich auf den Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft durch einen Dritten (*where a person*). Hierbei wird unter „Dritter“ bzw „person“ sowohl jede natürliche als auch jede juristische Person verstanden.³⁰² Folglich kann auch ein Gesellschafter der Gesellschaft als „Dritter“ iS dieser Bestimmung gelten.

Ob in diesem Zusammenhang auch die Gesellschaft, deren Anteile erworben werden sollen, als Dritter im Sinne der Bestimmung betrachtet werden sollte, ist in der englischen Literatur strittig. Es muss jedoch mE in diesem Zusammenhang beachtet

²⁹⁹ Plamer's Company Law Manual, Rz 8-066; aA *Walmsley*, The ICSA Companies Act 2006 Handbook, 52 Fn 1: „Under the existing legislation, the prohibition extends to **all** subsidiaries, but case law has established that the financial assistance prohibition does not have extra-territorial effect and so does not apply to subsidiaries not incorporated in the UK.“.

³⁰⁰ *Cabrelli*, JBL 2002, 272 (277); *Pettet*, Company Law², 298 f.

³⁰¹ *Hannigan*, CA 2006, Rz 7.20.

³⁰² *Ferran*, Corporate Finance Law, 288; *dies*, Company Law, 378.

werden, dass der Erwerb von eigenen Anteilen durch die Gesellschaft selbst bereits durch die Bestimmung der ss.690 ff CA 2006³⁰³ gedeckt ist und ein Fall von finanzieller Unterstützung des Erwerbs eigener Anteile durch die Gesellschaft wohl von diesen Bestimmungen mit umfasst ist; außerdem erscheint die Gewährung einer finanziellen Unterstützung der Gesellschaft an sich selbst im Zuge eines Erwerbs eigener Anteile unsinnig und ist ferner durch die allgemeinen Bestimmungen der Kapitalerhaltung gedeckt, wonach eine Gesellschaft dazu verpflichtet ist, ihr Kapital zu erhalten.³⁰⁴ Allerdings mag dennoch der Bedarf an Klärung dieses Punktes nicht gedeckt sein; so bemängelt etwa *Hannigan*³⁰⁵ die ausgebliebene Bereinigung dieser Debatte im Rahmen der Erlassung des CA 2006.

bb) Gegenstand des Erwerbes

Gemäß s.678 CA 2006³⁰⁶ ist die finanzielle Unterstützung des Erwerbs von „shares“ verboten. Für den Begriff „share“ gibt es jedoch in der englischen Rechtsordnung keine Legaldefinition und ist auch sonst in seiner Bedeutung noch unklar und strittig.³⁰⁷ Man versteht darunter den Anteil eines Gesellschafters am Stammkapital einer Gesellschaft, mit dem bestimmte Rechte – nämlich an Beratungen teilzunehmen und in der Hauptversammlung abzustimmen –³⁰⁸ aber auch Pflichten verbunden sind.³⁰⁹ Mit diesem Anteil wird aber lediglich das Interesse des Gesellschafters an der Gesellschaft selbst dargestellt, welches in einem Geldbetrag gemessen wird³¹⁰ und nicht das an dem gesellschaftlichen Vermögen, da dieses allein der Gesellschaft zuzuschreiben ist.³¹¹ Letztendlich ist es doch so, dass ein Gesellschafter in eine Gesellschaft investiert und sich im Gegenzug dafür eine Dividende erhofft. Folglich wird unter „share“ meist eine einklagbare Forderung („*chose in action*“) in Bezug auf Dividenden und Aufteilung des Vermögens der Gesellschaft nach ihrer Liquidation verstanden.³¹² Als unstrittig gilt aber, dass das Halten von Anteilen an einer Gesellschaft eine Stellung als Mitglied

³⁰³ Vormals s.143 CA 1985.

³⁰⁴ *Ferran*, Company Law, 378; vgl auch *Ferran*, Corporate Finance Law, 288 f.

³⁰⁵ *Hannigan*, CA 2006, Rz 7.20.

³⁰⁶ Vormals s.151 CA 1985.

³⁰⁷ Vgl dazu den Meinungsstand in *Ferran*, Corporate Finance Law, 147; *dies*, Company Law, 315; *Davies*, Company Law⁸, 815 ff.

³⁰⁸ *Davies*, Company Law⁸, 818 f.

³⁰⁹ Vgl *Borland's Trustee v Steel*, [1901] 1 Ch 279 (288): “A share is a measure of a shareholder in the company measured by a sum of money, for the purposes of liability in the first place, and of interest in the second, but also consisting of a series of mutual covenants entered into by all the shareholders inter se. The contract contained in the articles is one of the original incidents of the share. A share is not a sum of money ... but is an interest measured by the sum of money and made up of the various rights contained in the contract.”

³¹⁰ aA *Davies*, Company Law⁸, 817 f.

³¹¹ *Ferran*, Corporate Finance Law, 147; *dies*, Company Law, 315; *Davies*, Company Law⁸, 816 f.

³¹² *Davies*, Company Law⁸, 816.

in einer Gesellschaft mit sich bringt.³¹³ Dementsprechend ist Gegenstand eines für s.678 CA 2006 relevanten Erwerbes ein Anteil an einer Gesellschaft, welcher mit mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten verbunden ist und in Geldeswert gemessen wird.

Laut einer neuseeländischen Entscheidung³¹⁴, welche auch von der englischen Lehre als Referenzpunkt herangezogen wird³¹⁵, ist der Erwerb von verbrieften Verbindlichkeiten, welche in Anteile umgewandelt werden können, nicht unter den Begriff „shares“³¹⁶ zu subsumieren. Somit ist die finanzielle Unterstützung des Erwerbes solcher verbrieftter Verbindlichkeiten nicht Gegenstand eines für das Verbot relevanten Erwerbes.

cc) Art des Erwerbes

Bereits mit der früheren Bestimmung – s. 45 CA 1929³¹⁷ – kam die Frage auf, ob auch der originäre Erwerb von Anteilen unter das Verbot der finanziellen Unterstützung fallen kann. Diese Bestimmung bezog sich damals noch auf den Kauf (*purchase*) von Anteilen. In der Entscheidung *Re V.G.M. Holdings Ltd*³¹⁸ befasste sich *Lord Greene MR* eingehend mit dieser Rechtsfrage. Er ermahnte zur Beachtung der berüchtigten Praktiken, gegen welche die Bestimmung vorgehen sollte und angesichts welcher diese Bestimmung erst ins Leben gerufen wurde, um auf die Reichweite der Bestimmung und die Bedeutung des Begriffes „finanzielle Unterstützung“ schließen zu können.³¹⁹ Weiters führte er aus, dass es keine Passage im CA gäbe, in der, im Zusammenhang mit der Durchführung einer Zeichnung von Anteilen, das Wort „*purchase*“ verwendet wird. Nichts deutet somit auf den Einbezug der Zeichnung von Anteilen in die Verbotsbestimmung hin.³²⁰ Auf diese Entscheidung reagierte der Gesetzgeber sofort und nahm im Zuge der Reform des CA 1929 den originären Erwerb von Anteilen in

³¹³ *Davies, Company Law*⁸, 818 f.

³¹⁴ *NZI Bank Ltd v Euro-National Corporation Ltd*, [1995] B.C.C.1059; in Neuseeland existiert eine fast wortgleiche Bestimmung, die auf dem englischen Verbot der finanziellen Unterstützung der s.54 CA 1948 basiert.

³¹⁵ Zur Möglichkeit der Heranziehung von Entscheidungen des Commonwealth in Bezug auf englische Entscheidungen betreffend die Problematik der finanziellen Unterstützung s *Ferran, Company Law*, 376.

³¹⁶ iS der Bestimmungen der ss.677 ff CA 2006 (vormals ss.151 ff CA 1985).

³¹⁷ “Subject as provided in this section, it shall not be lawful for a company to give, whether directly or indirectly, and whether by means of a loan, guarantee, the provision of a security or otherwise, any financial assistance for the purpose of or in connection with **a purchase** made or to be made by any person of any shares in the company [...]”.

³¹⁸ [1942] Ch 235.

³¹⁹ *Re V.G.M. Holdings Ltd*, [1942] Ch 235 (239).

³²⁰ *Ebd.*, (240).

die reformierte Bestimmung, s.54 CA 1948³²¹, mit auf. Nunmehr fiel sowohl der derivative (*purchase*) als auch der originäre (*subscription*) Erwerb unter den Anwendungsbereich des Verbotes. „*Purchase*“ stand in diesem Sinne für einen Erwerb mittels eines Vertrages, bei dem die Gegenleistung in Geld besteht.³²² Ein Tauschvertrag, in dem zB Anteile gegen andere Vermögensgegenstände zugewendet werden, fiel daher nicht unter diesen Begriff. Durch die Einbeziehung des originären Erwerbes in die Verbotsbestimmung waren nunmehr auch Sachverhalte erfasst, bei denen die Gesellschaft im Zuge ihrer Gründung oder einer Kapitalerhöhung die Erfüllung der Verpflichtung zur Einlagenleistung finanziell unterstützte. Ausschlaggebend war aber auch hier, dass die Anteile nur für eine Gegenleistung in Geld ausgegeben wurden.³²³

Doch auch diese Formulierung der Bestimmung hatte nur bis zur nächsten Reform Bestand. Mit der Erlassung des CA 1981 und in Folge des CA 1985, wurde von der Formulierung „*purchase or subscription*“ abgegangen und man wechselte auf den Wortlaut „*acquisition*“. Diese Wortwahl behielt nunmehr auch der CA 2006 bei. Dadurch wurde die Reichweite der Bestimmung so ausgedehnt, indem fortan auch Rechtsgeschäfte erfasst sind, deren Gegenleistung nicht in Geld bestehen, wie zB ein Tausch von Anteilen gegen andere Vermögensgegenstände oder auch gegen andere Anteile.³²⁴ Ferner fällt sowohl die unbare³²⁵ als auch die bare Zeichnung von Anteilen darunter, somit auch weiterhin der originäre Erwerb.

Neben dieser Wende in Bezug auf die Wortwahl hat man ferner auch die bereits in den ss.151 ff CA 1985 vorzufindende Formulierung „*proposing to acquire shares*“ übernommen. Damit wird wohl nicht nur die finanzielle Unterstützung eines Anteilserwerbs unter die Verbotsbestimmung subsumiert, sondern auch bereits die bloße Offerte eines Anteilserwerbs. Inwiefern dies Auswirkungen auf die Verbotsbestimmung hat, wurde in der englischen Lehre, soweit ersichtlich, nur in geringem Maße thematisiert. Lediglich in Bezug auf das Erfordernis eines tatsächlich zu erfolgenden Erwerbes und der Vereinbarung von so genannten *break fees*, wonach

³²¹ “[...] to give, whether directly or indirectly, and whether by means of a loan, guarantee, the provision of a security or otherwise, any financial assistance for the purpose of or in connection with a purchase **or subscription** made or to be made by any person of **or for** any shares in the company [...]”

³²² Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 124.

³²³ Ferran, Corporate Finance Law, 286; dies, Company Law, 383.

³²⁴ Vgl. *Plaut v Steiner*, (1989) 5 BCC 352; hier ging es um einen Tausch Anteil gegen Anteil; Davies, Company Law⁸, 344 (Fn 238); Roberts, Financial Assistance, Rz 7.18.

³²⁵ Davies, Company Law⁸, 344 (Fn 238).

eine Gesellschaft mit einem potentiellen Erwerber die Zahlung einer Geldsumme für den Fall einer gescheiterten Übernahme vereinbart, wird die Auswirkung dieser Formulierung diskutiert. Allerdings hat sich insofern in dieser Diskussion noch keine klare Linie oder ein Lösungsansatz herausgebildet. Aus diesem Grund verlagert sich hier die Ausarbeitung dieses Problemkomplexes auf das Kapitel „*Rechtsvergleichende Analyse und Stellungnahme*“, da sich die Frage nach dem Erfordernis eines tatsächlich stattzufindenden Anteilserwerbs auch in Österreich und Deutschland zu stellen lohnt.³²⁶

c) Begriff der “finanziellen Unterstützung” – Erfasste Unterstützungshandlungen

aa) Die Schwierigkeiten mit der weit reichenden Bedeutung des Begriffes „finanzielle Unterstützung“

Die Interpretation des Begriffes „*finanzielle Unterstützung*“ („*financial assistance*“), welche einen bedeutenden Einfluss auf die Reichweite des Verbotes hat,³²⁷ hat bereits kurz nach Erlassung des Ursprungsverbotes der s.45 CA 1929 erhebliche Probleme aufgeworfen. Allerdings brachte auch eine Reform der Bestimmung keine Antwort auf diese Schwierigkeiten; die Nachfolgebestimmung s.54 CA 1948 bereitete ebenso Probleme in der Auslegung des Begriffes. Die Leitentscheidung zu dieser Problematik bildete *Belmont Finance Corporation v William Furniture Ltd (No.2)*³²⁸ des *Courts of Appeal*, welche zu einer extremen Ausweitung der Reichweite des Verbotes der finanziellen Unterstützung führte. Die *Belmont*-Entscheidung zeigte die Schwierigkeiten auf, welche das Verbot aufgrund der fehlenden Festlegung der begrifflichen Bedeutung der Worte „*finanzielle Unterstützung*“ mit sich brachte, indem ein Vertrag, bei dem die Gesellschaft Vermögensgegenstände von den zukünftigen Käufern ihrer Anteile erwarb, unter das Verbot der finanziellen Unterstützung subsumiert wurde. Dies selbst auch dann, wenn die Gesellschaft eine werthaltige Gegenleistung erhalten hätte. Zwar untersagte s.54 CA 1948³²⁹ explizit die Gewährung finanzieller Unterstützung im Wege eines Darlehens, einer Garantie oder einer Sicherheit; was aber genau unter der ebenso erwähnten Gewährung „*jedweder finanzieller Unterstützung*“ („...or otherwise, any financial assistance“) zu verstehen

³²⁶ Ausführlich dazu S.164 ff.

³²⁷ *Davies, Company Law*⁸, 345.

³²⁸ [1979] Ch 250; s dazu auch S.50 f.

³²⁹ “[...] it shall not be lawful for a company to give, whether directly or indirectly, and whether by means of a loan, guarantee, the provision of security or otherwise, any financial assistance [...]”

war, wurde an dieser Stelle vom Gesetzgeber offen gelassen. Dies erweckte erneut die Bemühung nach einer weiteren Modifikation des Verbotes. Mit der Erlassung des CA 1981 wurde ein Katalog von Rechtsgeschäften in das Gesetz aufgenommen, welcher sodann auch für den CA 1985 übernommen wurde, um der „*extrem weiten Bedeutung*“³³⁰ der Worte „*finanzielle Unterstützung*“ mehr Sinngehalt zuzuweisen. Neben einer Aufzählung von bestimmten Rechtsgeschäften, wie zB Schenkung, Darlehen, Garantien, Anspruchsverzichte, etc, sieht s.152 CA 1985 wiederum einen weitgreifenden Auffangtatbestand vor. Der Katalog der aufgezählten Rechtsgeschäfte ist keinesfalls als abschließend zu verstehen;³³¹ vielmehr verdeutlicht der eingefügte Auffangtatbestand, dass auch weitere, nicht explizit angeführte Rechtsgeschäfte unter das Verbot subsumiert werden können. Zwar wird das weite Begriffsverständnis der Worte „*finanzielle Unterstützung*“ durch die Aufzählung verschiedener Erscheinungsformen in gewisser Weise beschnitten, allerdings wird dadurch abermals der Begriff als solcher nicht definiert.^{332 333} Es war daher erneut Aufgabe der Gerichte, diesen Worten eine gewisse Bedeutung beizumessen.³³⁴ Aus diesem Grund beschäftigten sich zahlreiche Entscheidungen mit der Aufgabe, die teilweise komplexen Transaktionsstränge zu entwirren und zu untersuchen, ob hierbei ein etwaiger Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung vorliegt.

Die neuen Bestimmungen des CA 2006 behielten sowohl die Aufzählung der erfassten Rechtsgeschäfte als auch den Auffangtatbestand bei.³³⁵ Trotz der erheblichen Probleme, welche mit dem Fehlen einer verbindlichen Definition der Worte „*finanzielle Unterstützung*“ einhergingen und dem offensichtlichen Bedürfnis nach einer Klärung, wurde auch im Zuge dieser neuerlichen Reform der Bedeutungsgehalt der Worte nicht näher konkretisiert. Angesichts dieser Tatsache bleiben die Entscheidungen zu den Vorgängerbestimmungen für die Bedeutungsfindung der Worte „*finanzielle Unterstützung*“ auch für die ss.677 ff CA 2006 weiterhin von Relevanz.³³⁶

³³⁰ Davies, Company Law⁷, 262.

³³¹ Cabrelli, JBL 2002, 272 (274).

³³² In diesem Sinne ist die Überschrift „*Definitions for this chapter*“ der s.152 CA 1985 irreführend, da dies für den Begriff „*finanzielle Unterstützung*“ gerade nicht der Fall ist. In der reformierten Fassung wurde davon abgegangen und eine weniger widersprüchliche Überschrift „*Meaning of „financial assistance“*“ gewählt.

³³³ Arden in Buckley on the Companies Act; Rz 151.7.

³³⁴ Pettet, Company Law², 299.

³³⁵ Vgl s.677 CA 2006.

³³⁶ Sealy/Worthington, Cases and Materials⁸, 404; Dies trifft auch auf Entscheidungen zu, die sich auf *private companies* beziehen, sofern es sich hierbei rein um die Begriffsbedeutung handelt.

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Bedeutung der Worte „finanzielle Unterstützung“ bot erstmals eine Entscheidung aus dem Jahre 1985 – *Charterhouse Investment Trust Ltd v Tempest Diesels Ltd*³³⁷. Trotz der Tatsache, dass diese Entscheidung zu der Reichweite der Vorgängerbestimmung s.54 CA 1948 erging, erweist sie sich dennoch weiterhin als eine geeignete Richtlinie für die Interpretation der s.677 Abs 1 lit d CA 2006³³⁸.³³⁹ So wurde diese Entscheidung mittlerweile vielfach von jüngeren Entscheidungen als Maßstab herangezogen und auch bestätigt.³⁴⁰ Die *Charterhouse*-Entscheidung³⁴¹ befasste sich mit der Rechtsfrage, ob eine Vereinbarung über eine Abtretung steuerlicher Verluste (*surrender of tax losses*) innerhalb eines Konzerns eine verbotene finanzielle Unterstützung darstellen könne. In Folge eines Management Buyouts sollte die finanziell angeschlagene Tochtergesellschaft, die *Tempest Diesels Ltd* (fortan kurz *Tempest*), aus dem Konzern (*Charterhouse-Gruppe*) ausgegliedert werden. Der bisherige Direktor (D) der *Tempest* willigte in den Erwerb der gesamten ausgegebenen Anteile der *Tempest* ein. Die Konditionen des Anteilserwerbes wurden im Kaufvertrag festgelegt. Gemäß der Vereinbarung sollten unter anderem auch die steuerlichen Einbußen der *Tempest* an den Konzern abgetreten werden. Unter der Kontrolle des D wurde *Tempest* schnell wieder profitabel; sie erwirtschaftete in den Jahren 1982, 1983 und 1984 ansehnliche Gewinne. Dementsprechend wäre der Anspruch auf diese „Steuereinbußen“ für *Tempest* wertvoll gewesen, da sie diese nach englischem Recht von der Gesellschaftssteuer absetzen hätte können. D weigerte sich, die vereinbarte Abtretung vorzunehmen. Die *Charterhouse*-Gruppe erhob Klage wegen Nichterfüllung der Vereinbarungen. D leugnete die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung aufgrund eines Verstoßes gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung. In der Entscheidungsbegründung führte *Hoffmann J* aus:

„There is no definition of giving financial assistance in the section (Anm: s.54 CA 1948), although some examples are given. The words have no technical meaning and their frame of reference is in my judgment the language of ordinary commerce.

³³⁷ [1986] BCLC 1; s.678 CA 2006 wäre hier nicht anwendbar, da es sich um eine *private company* handelt. Für die Erläuterung des Begriffes „finanzielle Unterstützung“ ist dies jedoch unerheblich.

³³⁸ Vormals s.152 Abs 1 lit a (iv) CA 1985.

³³⁹ *Pettet*, JIBL 1988, 96 (100).

³⁴⁰ *British and Commonwealth Holdings Plc v Barclays Bank plc*, [1996] 1 WLR 1; *MacPherson v European Strategic Bureau Ltd*, [2002] BCC 39; *MT Realisation (in liquidation.) v Digital Equipment Co Ltd*; [2003] BCC 415; *Chaston v SWP Group plc*, [2003] 1 BCLC 675; *Anglo Petroleum Ltd v TFB (Mortgages) Ltd*, [2007] BCC 407.

³⁴¹ S Fn 337.

One must examine the commercial realities of the transaction and decide whether or not it can properly be described as the giving of financial assistance by the company, bearing in mind that the section is a penal one and should not be strained to cover transactions which are not fairly within it.”³⁴²

Unter Anwendung dieser Feststellungen auf den vorgebrachten Sachverhalt kam *Hoffmann J* zu dem Ergebnis, dass es sich hierbei nur um die Gewährung finanzieller Unterstützung handeln könne, sofern ein Austausch von Werten stattgefunden hat, welcher wiederum Auswirkungen in Form einer Reduktion des Preises für die Anteile mit sich gebracht hätte. Dies war hier nicht der Fall und *Hoffmann J* sah demnach keinen Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung.

Diese Vorgehensweise, die Bedeutung der Formulierung „Gewährung finanzieller Unterstützung“ anhand der gebräuchlichen Wirtschaftssprache auszulegen und die betroffenen Transaktionen anhand ihrer wirtschaftlichen Gegebenheit zu messen, wurde auch für spätere Entscheidungen zu ss.151 ff CA 1985 herangezogen.³⁴³ Auch *Arden LJ* wies in der Entscheidung *MT Realisation Ltd (in Liquidation) v Digital Equipment Co Ltd*³⁴⁴ darauf hin, dass im Zuge der Ermittlungen – ob es sich bei einer bestimmten Transaktion um eine verbotene finanzielle Unterstützung handelt – eine einzelfallbezogene Untersuchung in Bezug auf die wirtschaftliche Substanz und Gegebenheit der Transaktion durchzuführen ist. Daraus ergibt sich weiters, dass jede Transaktion in ihrer Gesamtheit betrachtet und untersucht werden muss, um die wahre wirtschaftliche Substanz derselben identifizieren zu können. Maßgeblich sind also vielmehr das Wesen und der Inhalt eines Rechtsgeschäftes als dessen Form.³⁴⁵ Dennoch darf diese Methode nicht zu einer allzu extensiven Auslegung von Transaktionen führen, da es sich hierbei – wie bereits von *Hoffmann J* in der *Charterhouse*-Entscheidung ausgeführt – um ein mit Strafe bedrohtes Verbot handelt. Insofern darf der Bedeutungsgehalt der Worte „finanzielle Unterstützung“ nicht übermäßig strapaziert werden, dass etwa auch Rechtsgeschäfte

³⁴² (1985) 1 BCC 99544 (99552): „Es gibt keine Definition des Begriffes ‚Gewährung finanzieller Unterstützung in dieser Bestimmung‘, trotz der Erwähnung einiger Beispiele. Die Wörter haben keine technische Bedeutung und ihr Bezugsrahmen ist meines Erachtens die gebräuchliche Sprache der Wirtschaft. Man muss die wirtschaftlichen Gegebenheiten der Transaktion untersuchen und sich entscheiden, unter Berücksichtigung, dass es sich hierbei um eine mit Strafe verbundene Bestimmung handelt und sie deswegen nicht überdehnt werden sollte, um Transaktionen zu erfassen, die nicht ganz davon erfasst sind, ob dies als eine Gewährung finanzieller Unterstützung durch die Gesellschaft betrachtet werden kann.“ (sinngemäß übersetzt).

³⁴³ S Fn 340.

³⁴⁴ [2003] BCC 415; s.678 CA 2006 wäre hier nicht anwendbar, da es sich hier um eine *private company* handelt. Für die Erläuterung des Begriffes „finanzielle Unterstützung“ ist dies jedoch unerheblich.

³⁴⁵ *Roberts*, Financial Assistance, Rz 7.14.

darunter fallen, die unter anderen Umständen völlig legitim wären, wie etwa die Begleichung einer fälligen Verbindlichkeit, ganz gleich ob die dadurch erhaltenen Mittel letztendlich für den Erwerb von Anteilen herangezogen werden.³⁴⁶

bb) Die finanzielle Natur der Unterstützung

Trotz der sehr expliziten Worte der s.678 CA 2006 kam dennoch die Diskussion auf, ob auch Unterstützungen der Gesellschaft, welche nicht finanzieller Natur sind, wie zB die Erlaubnis zur Einsichtnahme in die Bücher der Gesellschaft vor einem potentiellen Anteilserwerb,³⁴⁷ unter das Verbot der finanziellen Unterstützung fallen können.

Das Gericht nahm sich dieser Frage im Jahre 1995 erstmals an und stellte in der Entscheidung *British and Commonwealth Holdings Plc v Barclays Bank plc*³⁴⁸ fest, dass die Unterstützung des Anteilserwerbes nicht nur eine finanzielle Natur aufweist, sondern auch eine Hilfe für den Anteilserwerb darstellen muss.³⁴⁹ Der Sachverhalt dieser Entscheidung umfasste ein Versprechen einer Gesellschaft gegenüber Banken, dass sie rückerwerbzbare Anteile (*redeemable shares*)³⁵⁰ von den Gesellschaftern erwerben könnten, sofern die Gesellschaft diese Anteile nicht selbst zurückkaufen sollte. Das Gericht hielt fest, dass dieses Versprechen gegenüber den Banken, welches mit der Möglichkeit einer Wiederveräußerung der Anteile durch die Gesellschafter gekoppelt war, wohl eher einen „Anreiz“ (*inducement*) für die Gesellschafter und nicht eine Art finanzielle Unterstützung darstellte, die Anteile anfänglich zu erwerben. In der Entscheidung *Chaston v SWP Group plc*³⁵¹ teilte das Gericht diese Ansicht nicht, sondern führte aus, dass in dem Fall des Versprechens in der *Barclays*-Entscheidung deshalb keine verbotene finanzielle Unterstützung zu erblicken war, da die Gesellschaft zu dem Zeitpunkt der Abgabe des Versprechens nicht damit rechnete, diesem nachkommen zu müssen. Weiters hielt das Gericht fest, dass es keine

³⁴⁶ Vgl *MT Realisation (in liquidation.) v Digital Equipment Co Ltd*, [2003] BCC 415; *Davies, Company Law*⁸, 346 f.

³⁴⁷ Vgl *Burton v Palmer*, (1980) 5 ACLR 481; *Davies, Company Law*⁸, 346.

³⁴⁸ [1996] 1 WLR 1.

³⁴⁹ [1996] 1 WLR 1 (14 ff): „[...] the term „financial assistance“ should be given its normal commercial meaning. Thus the section requires that there should be assistance or help for the purpose of acquiring the shares and that the assistance should be financial“; vgl ebenso *Charterhouse Investment Trust Ltd v Tempest Diesels Ltd*, (1985) 1 BCC 99544; hierbei ging *Hoffmann J* nur dann von einem Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung aus, sofern ein Austausch von Werten stattgefunden hat.

³⁵⁰ So genannte rückerwerbzbare Anteile: das sind Anteile, die von der Gesellschaft zu dem Zweck ausgegeben werden, sie auf Antrag des Gesellschafters oder der Gesellschaft wieder zurück zu erwerben; s dazu näher *Grechenig/Lembeck/Oelkers*, ZfRV 2004, 22; sowie ss.684 bis 689 CA 2006.

³⁵¹ *Chaston v SWP Group plc*, [2003] 1 BCLC 675.

allgemeine Regel gäbe, die besagt, dass ein Anreiz zum Erwerb von Anteilen keine finanzielle Unterstützung darstellen könne.³⁵²

Allerdings kommt mE nicht nur aufgrund des klaren Wortlautes der Bestimmung, sondern auch angesichts ihres intendierten Schutzzweckes, unter anderem das gesellschaftliche Vermögen zu schützen,³⁵³ zwangsläufig die Annahme auf, dass eine finanzielle Natur der Unterstützung gegeben sein muss.

cc) Direkte und indirekte Unterstützung

Gemäß s.678 CA 2006³⁵⁴ ist die Gewährung finanzieller Unterstützung durch eine Gesellschaft – entweder direkt oder indirekt – zum Zweck des Erwerbes ihrer Anteile durch einen Dritten untersagt. Bevor man auf einzelne Rechtsgeschäfte eingeht, die vom Begriff der finanziellen Unterstützung erfasst sind, sollte man noch einen Blick auf die Unterscheidung direkter und indirekter finanzieller Unterstützung werfen. Sofern eine Gesellschaft einem Dritten finanzielle Mittel aus ihrem Vermögen, etwa in Form eines Darlehens, überträgt und dieser sodann Anteile an dieser Gesellschaft erwirbt, stellt sich dies als ein anschaulicher Fall einer direkten finanziellen Unterstützung dar. Nimmt der Dritte hingegen ein Darlehen bei einer außen stehenden Bank auf und die Gesellschaft besichert den Rückforderungsanspruch der Bank mit ihrem Vermögen, so empfängt der Dritte nicht direkt finanzielle Mittel von der Gesellschaft, sondern nur indirekt.³⁵⁵ Diese zwei Beispiele fallen auch eindeutig in den Anwendungsbereich der Bestimmung. Von weitaus größerer Bedeutung sind aber die meist höchst komplizierten Transaktionen, welche anhand dieser Unterscheidung dennoch erfasst werden können.³⁵⁶

Die Entscheidung *Selangor United Rubber Estates Ltd v Cradock and others*³⁵⁷, die zu der Vorgängerbestimmung s.54 CA 1948 erging, bietet ein überaus gutes Beispiel für eine indirekt gewährte finanzielle Unterstützung. Unterstützt durch eine Bank, *Contaglo Bank*, unterbreitete der Beklagte *Cradock* ein Übernahmeangebot für sämtliche Anteile der *Selangor United Rubber Estates Ltd* (Fortan kurz *Selangor*). Im Zuge dieses Übernahmeangebotes veranlasste *Cradock* den Transfer des Gesellschaftskontos der *Selangor* durch diese. Das *Selangor*-Gesellschaftskonto

³⁵² aA etwa *Davies*, Company Law⁸, 347: “*Chaston is another example of the financial assistance prohibition striking down an entirely innocuous transaction*”.

³⁵³ Zum Schutzzweck s bereits S.57 ff.

³⁵⁴ Vormals s.151 CA 1985.

³⁵⁵ Vgl *Cabrelli*, JBL 2002, 272 (274); *Ferran*, Corporate Finance Law, 290 f.

³⁵⁶ *Ferran*, Company Law, 381.

³⁵⁷ *Selangor United Rubber Estates Ltd v Cradock and Others* (No. 3), [1968] 1 WLR 1555.

befand sich nunmehr bei der *District Bank. Selangor* stellte auf Veranlassung von *Cradock* und zwei von ihm eingesetzten Direktoren einer dritten Gesellschaft einen Scheck aus; dieser Transfer lief über die *District Bank*. Die dritte Gesellschaft indossierte ihrerseits den Scheck an *Cradock*. *Cradock* beglich mit Hilfe dieses Schecks über die *Contaglo Bank* die Kaufsumme für die Anteile an *Selangor*. Nach Meinung des Gerichtes stellte diese Konstruktion eines Umlaufschecks einen Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung dar. Diese Entscheidung verdeutlicht signifikant die oftmalige Komplexität einiger Transaktionen, die in Verbindung mit einem Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft stehen und indirekt eine verbotene finanzielle Unterstützung gewähren.

Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, kann eine verbotene indirekte finanzielle Unterstützung ferner vorliegen, wenn die Muttergesellschaft ihrer Tochtergesellschaft Mittel zur Verfügung stellt, damit diese den Erwerb von Anteilen an der Muttergesellschaft finanziell unterstützt. Dies trifft auch dann zu, wenn die Tochtergesellschaft an und für sich legal finanzielle Unterstützung gewähren könnte, da es sich bei ihr etwa um eine ausländische Tochtergesellschaft handelt.³⁵⁸ Zudem wäre wohl auch eine derartige Vorgehensweise mit Zwischenschaltung einer Schwestergesellschaft vom Verbot der indirekten finanziellen Unterstützung erfasst.

Kehren wir nunmehr der Frage nach der Person der die finanzielle Unterstützung Erbringenden den Rücken und wenden uns der Frage nach der Relevanz der Person des Empfängers zu. Kann auch eine verbotene finanzielle Unterstützung vorliegen, wenn nicht der Anteilserwerber direkt die finanzielle Unterstützung erhält, sondern etwa der veräußernde Gesellschafter oder gar eine andere, von dem Anteilserwerb völlig unabhängige Person? Aus dem Wortlaut der s.678 CA 2006³⁵⁹ geht die Antwort auf diese Frage nicht hervor. Es ist lediglich einer Gesellschaft verboten – weder direkt noch indirekt – zum Zweck des Erwerbes ihrer Anteile finanzielle Unterstützung zu gewähren. Wer als Empfänger der finanziellen Unterstützung iS der Bestimmung gilt, bleibt offen. In der Entscheidung *Armour Hick Northern Ltd and Others v Whitehouse and Others*³⁶⁰ befand das Gericht, dass der Käufer der Anteile indirekt finanziell unterstützt wurde, indem die Forderungen des Verkäufers gegenüber der Gesellschaft von deren Tochtergesellschaft beglichen wurden. Es war den beteiligten Parteien

³⁵⁸ S dazu S.61 f.

³⁵⁹ Vormals s.151 CA 1985.

³⁶⁰ [1980] 1 WLR 1520; ergangen zu der Vorgängerbestimmung der s.54 CA 1948.

nämlich durchaus bewusst, dass die Übertragung der Anteile nur durchgeführt werden würde, sofern die Verbindlichkeiten der Muttergesellschaft gegenüber dem Verkäufer erfüllt werden. Die Begleichung der Verbindlichkeit gegenüber dem Anteilsverkäufer durch die Tochtergesellschaft ist demnach sehr wohl dazu geeignet, eine (indirekte) verbotene finanzielle Unterstützung darzustellen. Allerdings muss an dieser Stelle noch gesagt werden, dass das Problem einer möglichen unerlaubten finanziellen Unterstützung gar nicht erst aufgetreten wäre, hätte die Muttergesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten selbst beglichen, da es sich hierbei lediglich um eine Begleichung einer eigenen, fälligen Verbindlichkeit gehandelt hätte. Aus dieser Entscheidung geht klar hervor, dass auch eine Leistung an den Anteilsveräußerer in den Anwendungsbereich der Bestimmung fällt, sofern hierdurch der Anteilserwerb gefördert wird und der Erwerber dadurch indirekt Vorteile erlangt. In der Entscheidung *Chaston v SWP Group plc*³⁶¹ war ebenfalls die Leistung finanzieller Unterstützung an eine vom Anteilserwerber unabhängige Person Gegenstand der Entscheidung. Im Zuge einer Gesellschaftsübernahme wurde ein externer Prüfbericht (*due diligence*-Prüfung) benötigt. Es wurde vereinbart, dass die Tochtergesellschaft der Zielgesellschaft die Gebühren für die Erstellung des Prüfberichtes durch die Wirtschaftsprüfer *Deloitte & Touche* begleichen sollte. Im Rahmen eines Rechtsstreites sollte geklärt werden, ob die Zustimmung zur Begleichung der Gebühren durch die Tochtergesellschaft einen Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung darstellte. Der *Court of Appeal* hielt fest, dass durch die Zahlung der Gebühren sowohl die Zielgesellschaft als auch der Erwerber der Anteile von jeglichen Verbindlichkeiten aus der Erstellung des Prüfberichtes befreit wurden. Obwohl die finanziellen Mittel weder an den Erwerber, noch an den Verkäufer der Anteile flossen, sondern an eine vom Erwerb unabhängige Person, *Deloitte & Touche*, lag eine indirekte finanzielle Unterstützung vor, da durch die Übernahme dieser Verbindlichkeiten offenkundig der Anteilserwerb gefördert wurde; es wurde dadurch „der Weg zum Erwerb geebnet“³⁶².

Somit kann eine finanzielle Unterstützung, welche von einer Tochtergesellschaft oder einer verbundene Gesellschaft gewährt wurde oder eine Leistung an eine andere Person als der Anteilserwerber gewährt wurde, eine verbotene finanzielle Unterstützung darstellen, sofern dadurch der Anteilserwerb iS des Verbots gefördert

³⁶¹ [2003] 1 BCLC 675; ergangen zu der Bestimmung der s.151 CA 1985; s.678 CA 2006 wäre hier nicht anwendbar, da in diesem Fall eine *private company* betroffen war; jedoch bleibt die Entscheidung in Bezug auf die Bedeutung des Begriffes „finanzielle Unterstützung“ weiterhin relevant.

³⁶² [2003] 1 BCLC 675 (688 para 38): „[...] smoothed the path [...]“.

wird. Nach Meinung des *Court of Appeal* gäbe es für eine Beschränkung auf die Gewährung an den Erwerber oder den Verkäufer der Anteile keinerlei Grund; ausschlaggebend kann nicht der Empfänger sein, sondern der Zweck der finanziellen Unterstützung.³⁶³

dd) Die explizit angeführten Rechtsgeschäfte

Wie bereits zuvor dargetan, führte man mit dem CA 1981 einen ausführlichen Katalog von Rechtsgeschäften ein, um dem Begriff „*finanzielle Unterstützung*“ ein gewisses Verständnis zuzuschreiben und damit der Bedeutungsproblematik sowie der damit einhergehenden enormen Reichweite des Verbotes Herr zu werden.³⁶⁴ Wortgleich findet sich dieser Katalog nunmehr auch in s.677 Abs 1 CA 2006³⁶⁵ wieder. Gemäß diesem Katalog ist eine Schenkung (*by way of gift*)³⁶⁶, die Leistung einer Garantie (*guarantee*), einer Sicherheit (*security*) oder einer Entschädigung (*indemnity*)³⁶⁷ sowie die Gewährung eines Schuldenerlasses oder der Abgabe einer Verzichtserklärung (*release or waiver*)³⁶⁸ von dem Begriff „*finanzielle Unterstützung*“ erfasst. Weiters angeführt ist die finanzielle Unterstützung anhand der Gewährung eines Darlehens (*loan*) oder aber jede andere Vereinbarung, unter der die Verbindlichkeit der Person, die die finanzielle Unterstützung gewährt, zu einem Zeitpunkt erfüllt wird, an dem gemäß der Vereinbarung die Verbindlichkeit der anderen Partei unerfüllt bleibt.³⁶⁹ Ferner fällt eine Novation (*novation*) sowie die Abtretung von Rechten (*assignment*), welche aus einem Darlehen oder aus jeder anderen Vereinbarung entstanden sind, unter die Gewährung finanzieller Unterstützung.³⁷⁰

Diesen Rechtsgeschäften ist gemein, dass der unterstützenden Gesellschaft kein finanzieller Schaden aus der Gewährung entstehen muss, um als verbotene finanzielle Unterstützung zu gelten. So stellt eine Darlehensgewährung an einen durchaus kreditwürdigen Dritten lediglich einen Aktiventausch dar und die Bilanz der Gesellschaft bleibt gleichermaßen unangetastet; dennoch handelt es sich hierbei um

³⁶³ Vgl auch *Roberts*, Financial Assistance, Rz 7.30; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 146 f.

³⁶⁴ S dazu S.50 ff.

³⁶⁵ Vormals s.152 Abs 1 CA 1985.

³⁶⁶ s.677 Abs 1 lit a CA 2006; vormals s.152 Abs 1 lit a (i) CA 1985.

³⁶⁷ s.677 Abs 1 lit b (i) CA 2006; vormals s.152 Abs 1 lit a(ii) CA 1985.

³⁶⁸ s.677 Abs 1 lit b (ii) CA 2006; vormals s.152 Abs 1 lit a (ii) CA 1985.

³⁶⁹ s.677 Abs 1 lit c (i) CA 2006; vormals s.152 Abs 1 lit a (iii) CA 1985; unter dieser etwas umständlichen Formulierung ist wohl so etwas wie ein Vorschuss oder Ähnliches zu verstehen.

³⁷⁰ s.677 Abs 1 lit c (ii) CA 2006; vormals s.152 Abs 1 lit a (iii) CA 1985.

eine verbotene finanzielle Unterstützung.³⁷¹ Die Begriffe, welche in der s.677 CA 2006 verwendet werden, haben zweifelsohne eine eigenständige, rechtliche Bedeutung – es handelt sich um gewohnte Rechtsbegriffe. Allerdings muss auch hier darauf geachtet werden, dass es sich bei der Bestimmung um eine mit Strafandrohung versehene Verbotsnorm handelt und die Auslegung der einzelnen Begriffe nicht zu weit gehen sollte.³⁷² Die Deutung einzelner Rechtsgeschäfte sollte jeweils im Rahmen ihrer rechtlichen Bedeutung bleiben und nicht auf Transaktionen ausgedehnt werden, die davon nicht erfasst sind. Kann eine Transaktion nicht unter eines der von der Norm aufgezählten Rechtsgeschäfte subsumiert werden, so fällt sie nicht unter das Verbot, sofern hier nicht der Auffangtatbestand der s.677 Abs 1 lit d CA 2006 greift.³⁷³

Allerdings wird unter einer finanziellen Unterstützung mittels einer Schenkung nicht immer eine unentgeltliche Übertragung des Eigentums verstanden, sondern, unter gewissen Umständen, von den Gerichten auch in einem groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung gesehen. In der Entscheidung *Plaut v Steiner*³⁷⁴ belief sich der Betrag einer Ausgleichszahlung, welche die Gesellschaft zu zahlen hatte, auf einen höheren Wert als die dafür erhaltenen Vermögensgegenstände. Das Gericht sah in der Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung eine Schenkung in der Höhe der Überzahlung, und somit einen Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung. Daraus folgt, dass Sachverhalte, bei denen die Gesellschaft mehr überträgt als sie erhält, als finanzielle Unterstützung im Wege einer Schenkung gewertet werden können und diese Kategorie nicht nur auf Sachverhalte beschränkt ist, in denen die Gesellschaft unentgeltlich Eigentum überträgt.³⁷⁵ Ausschlaggebend für eine Subsumierung unter den Begriff der „Schenkungs“ ist somit – wie bereits oben dargetan – jedenfalls das Wesen des Rechtsgeschäftes sowie dessen wirtschaftliche Umstände und nicht die Form, in das es gekleidet ist.³⁷⁶

³⁷¹ *Charterhouse Investment Trust Ltd v Tempest Diesels Ltd*, (1985) 1 BCC 99544; ergangen zu der Vorgängerbestimmung der s.54 CA 1948; s.678 CA 2006 wäre hier nicht anwendbar, da in diesem Fall eine *private company* betroffen war, jedoch bleibt auch diese Entscheidung in Bezug auf die Bedeutung des Begriffes „finanzielle Unterstützung“ weiterhin relevant.

³⁷² Vgl *Charterhouse Investment Trust v Tempest Diesel Ltd*, (1985) 1 BCC 99544 (99552).

³⁷³ S dazu S.77 ff.

³⁷⁴ (1989) 5 BCC 352; ergangen zu der Vorgängerbestimmung s.151 CA 1985; s.678 CA 2006 wäre auch hier nicht anwendbar, da in diesem Fall eine *private company* betroffen war, jedoch bleibt auch diese Entscheidung in Bezug auf die Bedeutung des Begriffes „finanzielle Unterstützung“ weiterhin relevant.

³⁷⁵ Ferran, *Corporate Finance Law*, 280; vgl auch *British and Commonwealth Holdings Plc v Barclays Bank plc*, [1996] 1 WLR 1; aA *Breslin/Charnley*, *CompLaw* 2000, 269 (270); *Roberts*, *Financial Assistance*, Rz 6.25: subsumiert diese Kategorie unter den Auffangtatbestand.

³⁷⁶ Vgl *British and Commonwealth Holdings Plc v Barclays Bank plc*, [1996] 1 WLR 1; s dazu bereits S.66 ff.

Überaus häufig vorkommende Beispiele einer finanziellen Unterstützung sind ferner die Leistung einer Garantie oder einer Sicherheit. Hierbei handelt es sich jeweils um eine indirekte Gewährung finanzieller Unterstützung, da der Dritte nicht direkt von der unterstützenden Gesellschaft finanzielle Mittel erhält.³⁷⁷ So beläuft sich die Besicherung durch die Gesellschaft eines vom Dritten bei einer Bank aufgenommenen Kredites – entweder im Wege einer persönlichen Garantie oder durch die Einräumung einer Sicherheit in Bezug auf die Vermögensgegenstände der Gesellschaft – auf eine unerlaubte finanzielle Unterstützung.³⁷⁸ Neben der Gewährung einer Garantie oder Sicherheit hat auch der Begriff der „Schadloshaltung“ bzw Entschädigung (*indemnity*) einen bereits anerkannten rechtlichen Sinngehalt. So ist darunter eine Vereinbarung zu verstehen, unter der sich eine Partei dazu verpflichtet, für den Schaden der anderen Partei im Verzugsfall oder im Fall der Nichterfüllung aufzukommen.³⁷⁹ Es muss jedoch beachtet werden, dass eine Schadloshaltung hinsichtlich eigenen Verschuldens oder eigenen Verlustes des Verpflichteten (*indemnifier*) nicht unter diese Kategorie fällt; dieser Fall ist explizit von s.677 Abs 1 lit b (i) CA 2006³⁸⁰ ausgenommen. Die Begriffe des „Schulderlass“ („*release*“) und der „Verzichtserklärung“ („*waiver*“) beziehen sich auf Sachverhalte, bei denen die Gesellschaft auf Rechte, die sie gegenüber einer anderen Person hat, verzichtet oder deren Durchsetzung sie unterlässt.³⁸¹ Unter der Gewährung eines Darlehens (*loan*) wird eine Auszahlung von Geld unter der Bedingung der Rückzahlung verstanden; darunter fällt nicht nur der einfache Darlehensvertrag³⁸², sondern auch ein kurzfristiger Kredit³⁸³ oder auch die Gewährung eines Überziehungskredites³⁸⁴. Wird hingegen vereinbart, dass die Gesellschaft ein Darlehen des Erwerbers unter der Bedingung der Rückzahlung

³⁷⁷ S zur indirekten Unterstützung S.71 ff.

³⁷⁸ Vgl. *South Western Mineral Water Co. Ltd v Ashmore*, [1967] 1 WLR 1110; *Heald v O'Connor*, [1971] 1 WLR 497; ergangen zu der Vorgängerbestimmung s.54 CA 1948; *Harlow v Loveday (auch: Re Hill & Tyler Ltd (in admin.))*, [2004] BCC 732; ergangen zu der Vorgängerbestimmung s.151 CA 1985; s.678 CA 2006 wäre nicht anwendbar, da in diesem Fall eine *private company* betroffen war, jedoch bleibt die Entscheidung in Bezug auf die Bedeutung des Begriffes „finanzielle Unterstützung“ weiterhin relevant.

³⁷⁹ *British and Commonwealth Holdings Plc v Barclays Bank plc*, [1996] 1 WLR 1 (14 f); vgl. auch Ferran, Corporate Finance Law, 282 mwN.

³⁸⁰ Vornormals s.152 Abs 1 lit a (ii) CA 1985.

³⁸¹ Ferran, Corporate Finance Law, 282 f; s. auch *Curtis's Furnishing Stores Ltd v Curry's Ltd*, [1966] 1 WLR 1219; ergangen zu der Vorgängerbestimmung s.54 CA 1948; *Grant v Lapid Developments Ltd*, [1996] BCC 410; ergangen zu der Vorgängerbestimmung s.151 CA 1985; s.678 CA 2006 wäre auf beide Fälle nicht anwendbar, da *private companies* betroffen waren, jedoch bleiben die Entscheidungen in Bezug auf die Bedeutung des Begriffes „finanzielle Unterstützung“ weiterhin relevant.

³⁸² *Steen v Law*, [1964] 3 WLR 802; *Coulthard & Ors v Neville Russell (a Firm)*, [1998] BCC 359.

³⁸³ *Re V.G.M Holdings Ltd*, [1942] Ch 235; ergangen zu der Vorgängerbestimmung s.45 CA 1929; s.678 CA 2006 wäre auf beide Fälle nicht anwendbar, da *private companies* betroffen waren, jedoch bleiben die Entscheidungen in Bezug auf die Bedeutung des Begriffes „finanzielle Unterstützung“ weiterhin relevant.

³⁸⁴ Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 126.

befriedigt, so handelt es sich nicht um ein Darlehen in diesem soeben dargelegten Sinn. Ein derartiger Sachverhalt wird jedoch von der weit gefassten Kategorie anderer Vereinbarungen erfasst, unter denen die Verbindlichkeiten der Person, die die finanzielle Unterstützung gewährt, zu einem Zeitpunkt erfüllt werden, an dem gemäß der Vereinbarung die Verbindlichkeiten der anderen Partei der Vereinbarung unerfüllt bleiben.³⁸⁵ Weiters fallen unter diese Kategorie Sachverhalte, bei denen die Gesellschaft Vermögensgegenstände gegen Vorkasse kauft oder mit Gewährung eines Zahlungsaufschubes verkauft. Die letzte Kategorie der explizit aufgezählten Rechtsgeschäfte ist die Novation und die Abtretung einer Verbindlichkeit. Aufgrund einer Novation wird die ursprüngliche Vereinbarung beendet und durch eine Vereinbarung unter anderen Vertragspartnern ersetzt, wodurch die Belastung aus einem Vertrag übertragen werden kann. Im Gegensatz dazu ist bei einer Abtretung lediglich das Recht aus einem Vertrag betroffen.³⁸⁶ All diese erwähnten Rechtsgeschäfte sind demnach als verbotene finanzielle Unterstützung zu betrachten, sofern sie zum Zweck eines Anteilsverkaufes erfolgten.³⁸⁷

ee) Der Auffangtatbestand – „any financial assistance“

Fällt eine Transaktion nicht unter die oben angeführte Kategorie der explizit aufgezählten Rechtsgeschäfte, so kann dennoch, aufgrund einer Betrachtung der wirtschaftlichen Gegebenheiten der Transaktion, ein Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung vorliegen.³⁸⁸ Gemäß s.677 Abs 1 lit d CA 2006³⁸⁹ fällt jedwede finanzielle Unterstützung unter die Verbotsbestimmung, sofern durch diese das Nettovermögen der Gesellschaft in einem erheblichen Ausmaß reduziert wird, oder, sofern die Gesellschaft kein Nettovermögen besitzt, fallen darunter sämtliche Unterstützungshandlungen.³⁹⁰ Was unter dem Nettoaktivvermögen iS des Auffangtatbestandes zu verstehen ist, findet sich in s.677 Abs 2 CA 2006³⁹¹. Hiernach

³⁸⁵ Ferran, Company Law, 390; dies, Corporate Financial Law, 284.

³⁸⁶ Ebd.

³⁸⁷ „for the purpose of“ dazu ausführlicher S.84 ff.

³⁸⁸ Zur Relevanz der wirtschaftlichen Gegebenheit und Substanz der Transaktion s bereits S.66 ff.

³⁸⁹ Vormals s.152 Abs 1 lit a (iv) CA 1985.

³⁹⁰ Breslin/Charnley, Co Law 2000, 269 (270); Ferran, Corporate Finance Law, 284 f; Davies, Company Law⁸, 346; Morse, Palmer's Company Law⁹, Rz 6.505.1; Roberts, Financial Assistance, Rz 7.21; Chaston v SWP Group plc, [2003] 1 BCLC 675; aA in der ersten Instanz MT Realisation (in liquidation.) v Digital Equipment Co Ltd, [2003] BCC 415: im Falle einer Gesellschaft ohne Nettovermögen muss auch ein Reduktion des Nettovermögens erfolgen, jedoch nicht in einem erheblichen Maße; es sollte eine Zunahme der Verbindlichkeiten in der Bilanz ausschlaggebend sein, welche durch die Gewährung finanzieller Unterstützung herbeigeführt wurde.

³⁹¹ Vormals s.152 Abs 1 lit a (iv) CA 1985.

setzt sich das Nettoaktivvermögen aus dem gesamten Gesellschaftsvermögen abzüglich der Gesamtverbindlichkeiten der Gesellschaft zusammen.

Ausschlaggebend für die Subsumierung einer Transaktion unter diesen Auffangtatbestand ist demgemäß die Auswirkung auf das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft. Diese Auswirkung, nämlich die Reduzierung des Nettoaktivvermögens der Gesellschaft in erheblichem Maß, muss in die Auswertung der einzelnen Sachverhalte miteinbezogen werden, sofern es sich um eine Gesellschaft mit Nettoaktivvermögen handelt. Handelt es sich hingegen um eine Gesellschaft ohne Nettoaktivvermögen, so ist laut hL³⁹² jegliche finanzielle Unterstützung verboten. In der zu der Vorgängerbestimmung s.152 Abs 1 lit a (iv) CA 1985 ergangenen Entscheidung *MT Realisation Ltd (in Liquidation) v Digital Equipment Co Ltd*³⁹³ schlug *Laddie J*, Richter der ersten Instanz, einen anderen Interpretationsweg ein. Eine verbotene finanzielle Unterstützung liege seiner Meinung nach dann vor, wenn dadurch das Nettoaktivvermögen einer Gesellschaft in einem erheblichen Maß reduziert wird oder im Fall einer Gesellschaft ohne Nettoaktivvermögen, sofern die Verbindlichkeiten der Gesellschaft um einen beliebigen Betrag erhöht werden. Die Formulierung „in einem erheblichen Maß“ beziehe sich nur auf Gesellschaften mit Nettoaktivvermögen; die Änderung in der finanziellen Lage der Gesellschaft sei aber auch für Gesellschaften ohne Nettoaktivvermögen ausschlaggebend.³⁹⁴ Der *Court of Appeal* bestätigte zwar in zweiter Instanz im Ergebnis die erstinstanzliche Entscheidung, allerdings stützte man sich auf andere Rechtsgrundlagen und umging somit geschickt die Auseinandersetzung mit dieser Alternativauslegung der s.152 Abs 1 lit a iv CA 1985. In einer anderen Entscheidung³⁹⁵, welche der erstinstanzlichen Entscheidung in *MT Realisation Ltd (in Liquidation) v Digital Equipment Co Ltd* folgte, jedoch der *Court of Appeal*-Entscheidung vorausging, lehnte *Arden LJ* diese alternative Interpretation jedoch in einem obiter dictum ab. *Arden LJ* folgte in der Entscheidung *Chaston v SWP Group plc* der herrschenden Lehre und bestätigte, dass lediglich für s.152 Abs 1 lit a (iv) CA 1985 im Fall einer Gesellschaft mit Nettoaktivvermögen finanzieller Schaden in erheblichem Ausmaß relevant sei.

³⁹² S Fn 390.

³⁹³ *MT Realisation (in liquidation.) v Digital Equipment Co Ltd*, [2003] BCC 415 (415-432).

³⁹⁴ Instanz *MT Realisation (in liquidation.) v Digital Equipment Co Ltd*, [2003] BCC 415 (428 para 41 f); kritisch *Hirt*, Co Law 2004, 9 (13 f).

³⁹⁵ *Chaston v SWP Group plc*, [2003] 1 BCLC 675.

Was unter einem erheblichen Ausmaß der Reduzierung zu verstehen ist, ist gleichermaßen eine viel diskutierte Frage. Nichtsdestotrotz beschäftigen sich die Gerichte kaum mit dieser Rechtsfrage. Eine Art Anhaltspunkt kann allerdings die Entscheidung *Parlett v Guppys (Bridport) Ltd*³⁹⁶ geben. Mittelpunkt dieser Entscheidung waren zwei Vereinbarungen zwischen einem Vater (*Mr Parlett*), dessen geschiedener Frau und deren zwei Söhnen. Zu viert besaßen sie die Kontrolle über vier Gesellschaften. In der ersten Vereinbarung einigten sich *Mr Parlett*, seine damalige Frau und die zwei Söhne, dass diese vier Gesellschaften, *Mr Parlett* mit einem Gehalt (£ 100.000), einer Bonuszahlung (£ 65.750) und einer Pension für den Zeitraum von vier Jahren ausstatten sollte. Im Gegenzug dazu sollte *Mr Parlett* seine Anteile an einer der Gesellschaften (*Estates*) zwischen sich und seinen zwei Söhnen aufteilen, wobei er sein Stimmrecht behalten sollte. Die Vereinbarung sah vor, dass die Zahlungen an *Mr Parlett* mit den finanziellen Mitteln der vier Gesellschaften in der Art und Weise beglichen werden sollten, die am förderlichsten für die gesamte Gruppe sei. Soweit die Vereinbarung die Zahlung des Entgelts und der Bonuszahlung betraf, wurde abgemacht, dass sie nur dann getätigt werden, sofern ausreichend Gewinne der vier Gesellschaften vorhanden seien. In einer zweiten Vereinbarung beschloss man, die Pensionszahlungen nur im Gegenzug zu einer Aushändigung unterschriebener Blankoformulare an seine zwei Söhne hinsichtlich der Anteile von *Mr Parlett* an den Gesellschaften *Estates* und *Bridport* auszuzahlen. Im Zuge des Rechtsstreites stellte man fest, dass eine verbotene finanzielle Unterstützung der *Estates* nur insoweit vorliege, sofern eine Beteiligung der *Estates* an dieser Vereinbarung dazu geführt hätte, dass ihr Nettoaktivvermögen in einem erheblichen Ausmaß reduziert worden wäre. Obwohl die Frage nach der Erheblichkeit des Ausmaßes nicht aufkam, da in diesem Fall keine Reduzierung des Nettoaktivvermögens der Gesellschaft vorlag, erläuterte *Nourse LJ*, dass es in Bezug auf diese Frage keinerlei Faustregel gäbe und man sie nur anhand der Fakten des Einzelfalles beantworten könne. Eine Vernichtung des Nettoaktivvermögens ist auf jeden Fall als eine Reduzierung in erheblichem Ausmaß anzusehen.³⁹⁷

Um die Frage nach der Erheblichkeit der Reduzierung beantworten zu können, wäre an zumindest zwei verschiedene Lösungswege zu denken.³⁹⁸ Der erste, welcher

³⁹⁶ [1996] BCC 299; *Barham*, ICCLR 1996, 235 (237); *Lambert*, Co Law 1997, 272 (272).

³⁹⁷ Vgl *MacPherson v European Strategic Bureau Ltd*, [2002] BCC 39.

³⁹⁸ *Ferran*, Corporate Finance Law, 284.

auch von *Nourse LJ* in seiner Entscheidung durchaus Berücksichtigung erhielt, ist ein prozentsatzorientierter Lösungsweg. *Nourse LJ* bejahte trotz seiner Ablehnung gegenüber einer pauschalisierten Lösung, dass eine Reduzierung von 5% oder mehr wohl eine Reduzierung in einem erheblichen Ausmaß darstellen kann. Eine Festlegung auf einen bestimmten Prozentsatz hat allerdings noch nicht stattgefunden und ist auch weiterhin ein strittiger und viel diskutierter Punkt.³⁹⁹ Weiters ist an einen auf absolute Zahlen abstellenden Lösungsansatz zu denken. So stellt man das Nettoaktivvermögen dem Betrag der gewährten finanziellen Unterstützung gegenüber und ermittelt so, ob die Gesamtsumme der Reduzierung im Verhältnis als erheblich zu werten ist.⁴⁰⁰ Abschließend ist allerdings noch an einen kombinierten Lösungsweg zu denken. Bei diesem wird zuerst der Prozentsatz der Reduzierung betrachtet, dann wird der tatsächliche Betrag der Reduzierung ermittelt und zusätzlich wird noch auf die Auswirkungen der Reduzierung auf die Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger geachtet.⁴⁰¹

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Ermittlung der Reduzierung des Nettoaktivvermögens der Gesellschaft ist der, zu dem die finanzielle Unterstützung gewährt wurde. Auch im Zusammenhang mit der Eingehung einer Verbindlichkeit, zukünftige Zahlungen zu tätigen, ist dieser Zeitpunkt ausschlaggebend und nicht der, zu dem die Zahlungen fällig werden.⁴⁰² Es muss hier jedoch auch ein allfälliger Erwerb der Gesellschaft eines werthaltigen Vermögensgegenstandes beachtet werden.⁴⁰³ Um eine Reduzierung des Nettoaktivvermögens festzustellen, ist an den tatsächlichen Werten der Aktiva und Passiva der Gesellschaft anzuknüpfen. Demnach sind nicht die Buchwerte, dh die Zahlen in den Bilanzen der Gesellschaft, ausschlaggebend, sondern der Marktwert.⁴⁰⁴

Trotz dieses weit reichenden Auffangtatbestandes hat die Bestimmung des Verbotes der finanziellen Unterstützung dennoch sehr wohl eine Einschränkung der enormen Reichweite der Vorgängerbestimmungen s.45 CA 1929 und s.54 CA 1948 erfahren. Ergänzt durch den präzisen Katalog der erfassten Rechtsgeschäfte, schränkt

³⁹⁹ Vgl dazu *Roberts, Financial Assistance*, Rz 7.24 f; die hL sieht die Schwelle bei einer Reduzierung von 1% erreicht.

⁴⁰⁰ So wohl *Chaston v SWP Group plc*, [2003] 1 BCLC 675.

⁴⁰¹ *Roberts, Financial Assistance*, Rz 7.26.

⁴⁰² Vgl *Parlett v Guppys*, [1996] BCC 299 (305 f).

⁴⁰³ *Lambert, Co Law* 1997, 272 (272); *Morse, Palmer's Company Law*⁵, Rz 6.505.1; *Parlett v Guppys*, [1996] BCC 299 (305 ff).

⁴⁰⁴ *Parlett v Guppys*, [1996] BCC 299 (305 f).

vor allem die Eingrenzung auf Transaktionen, welche das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft in einem erheblichen Maße schmälern, die Reichweite ein. Im Angesicht der durch die Gesetzesreformen verschärften Strafandrohungen im Falle einer Zuwiderhandlung ist eine Einschränkung in einem europarechtlichen Maße auch durchaus erwünscht.⁴⁰⁵

ff) Neutrale und nützliche Transaktionen

Einer der Streitpunkte im Zusammenhang mit den erfassten Unterstützungshandlungen ist auch das Schicksal von neutralen Transaktionen in Bezug auf Gesellschaften ohne Nettoaktivvermögen. Einführend anzumerken ist hier, dass es in diesen Fällen nach hL⁴⁰⁶ keinerlei finanzieller Einbußen der Gesellschaft bedarf, um darin einen Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung zu erblicken. Was ist nun aber die Rechtfertigung, dass Rechtsgeschäfte, die zwar eine finanzielle Unterstützung darstellen, in der Bilanz jedoch keinen negativen Niederschlag finden, also als neutrale Transaktionen zu werten sind, unterschiedlich behandelt werden – je nachdem, ob die Gesellschaft über ein Nettoaktivvermögen verfügt oder nicht? Ein Anstoß für diese Diskussion ist in der Ausführung von *Laddie J* zu der erstinstanzlichen *MT Realisation*-Entscheidung zu erblicken. Die Annahme, dass eine Beeinträchtigung des Nettoaktivvermögens auch in Bezug auf Gesellschaften ohne einem solchen ausschlaggebend sein muss und somit in diesen Fällen eine verbotene finanzielle Unterstützung auch nur vorliegen kann, sofern folglich die Verbindlichkeiten der Gesellschaft anschwellen, lässt darauf schließen, dass nach Meinung von *Laddie J*, Transaktionen, welche bilanzneutral in Erscheinung treten, weder für Gesellschaften mit Nettoaktivvermögen noch für Gesellschaften ohne ein solches eine verbotene finanzielle Unterstützung darstellen sollte.⁴⁰⁷ Es mag sein, dass ein derartiger Ansatz durchaus wünschenswert ist, jedoch lässt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung eine solche Gleichsetzung von Gesellschaften mit und ohne Nettoaktivvermögen in Bezug auf neutrale Transaktionen nicht herauslesen. Demnach ist der hL beizupflichten, dass ein finanzieller Schaden nur im Fall einer Gesellschaft mit Nettoaktivvermögen ausschlaggebend sein kann und folglich neutrale Transaktionen, sofern sie nicht unter

⁴⁰⁵ Vgl *MT Realisation (in liquidation.) v Digital Equipment Co Ltd*, [2003] BCC 415 (421 para 18)

⁴⁰⁶ *Breslin/Charnley*, Co Law 2000, 269 (270); *Ferran*, Corporate Finance Law, 284 f; *Davies*, Company Law⁸, 346; *Morse*, Palmer's Company Law⁵, Rz 6.505.1; *Roberts*, Financial Assistance, Rz 7.21; *Chaston v SWP Group plc*, [2003] 1 BCLC 675.

⁴⁰⁷ So auch *Hirt*, Co Law 2004, 9 (15): "However it should be taken into account that s.152 (1)(a)(iv) is a broad sweep up provision and as such should not act as an impediment to commercially sensible and desirable transactions."

die explizit aufgezählten Rechtsgeschäfte fallen, nur im Hinblick auf diese vor dem Verbot gefeit sind.

Ähnlich gelagert ist die Frage angesichts der Rechtsgeschäfte, welche in s.677 Abs 1 lit a bis lit c CA 2006⁴⁰⁸ angeführt sind. Diese Rechtsgeschäfte sind selbst auch dann vom Verbot erfasst, wenn der Gesellschaft daraus kein finanzieller Schaden entsteht.⁴⁰⁹ Bereits vor Erlassung der umfangreich reformierten Fassung des Verbotes des CA 1985 plädierte *Instone*⁴¹⁰ für eine Ausnahme von dem Verbot der s.54 CA 1948 für jegliche Verwendung gesellschaftlichen Vermögens, sofern die Gesellschaft dafür eine vollwertige Gegenleistung erhält. Bedauerlicherweise wurde diesem Ansuchen nicht nachgegangen und das Verbot für neutrale Transaktionen aufrechterhalten.⁴¹¹ Für eine Einführung der Voraussetzung einer Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens in Bezug auf das Verbot der finanziellen Unterstützung auf europäischer Ebene plädiert auch *Ferran*.⁴¹²

Zunehmend wird nunmehr auch in Frage gestellt, ob die in s.677 Abs 1 lit a bis lit c CA 2006 aufgezählten Rechtsgeschäfte auch unter das Verbot fallen, wenn sie sich für die Gesellschaft als durchaus nützlich erweisen und als positiver Wert dem Nettoaktivvermögen zufließen.⁴¹³ Bedauerlicherweise haben die Gerichte zu dieser Frage bislang noch nicht Stellung bezogen und diese verbleibt demnach auch ungeklärt. Es lässt sich ebenso kein Rückschluss auf einen derartigen Ansatz aus der Bestimmung selbst ziehen.⁴¹⁴ Geht man aber davon aus, dass das Hauptziel der Bestimmung der Schutz vor einer Verringerung des Gesellschaftsvermögens ist und damit der Schutz der Interessen von Gesellschaftsgläubigern und Minderheitsgesellschaftern erreicht werden soll, so scheint es, als ob ein Verbot von nützlichen Transaktionen über dieses Ziel hinausschießt, da diese Transaktionen doch zur Aufstockung des Gesellschaftsvermögens beitragen können und den Gläubigern dadurch ein größerer Haftungspool zur Verfügung stehen würde. Eine Rechtfertigung, derartige Rechtsgeschäfte vom Verbot der finanziellen Unterstützung auszunehmen,

⁴⁰⁸ Vormalss s.152 Abs 1 (i) bis (iii) CA 1985.

⁴⁰⁹ Vgl dazu bereits S.74 ff.

⁴¹⁰ *Instone*, JBL 1980, 99 (108).

⁴¹¹ Hier spiegelt sich neuerlich der über den allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsatz hinausgehende Schutz des Verbotes der finanziellen Unterstützung wider.

⁴¹² *Ferran*, CLJ 2004, 225 (242).

⁴¹³ *Hirt*, Co Law 2004, 9 (15); also Rechtsgeschäfte, die das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft positiv verändern.

⁴¹⁴ *Arden* in Buckley on the Companies Act, Division B, para152.7A.

könne allem Anschein nach nur noch im Rahmen der später ausführlich zu erläuternden *purpose*-Ausnahmen gefunden werden.

d) Der zeitliche und der funktionale Zusammenhang der finanziellen Unterstützung und dem Anteilserwerb

aa) Zeitpunkt der finanziellen Unterstützung – der zeitliche Zusammenhang

Der zeitliche Zusammenhang des Anteilserwerbes und der finanziellen Unterstützung ist in s.678 CA 2006⁴¹⁵ detailliert geregelt. Diese Bestimmung sieht drei Situationen vor, in denen eine finanzielle Unterstützung als verboten, angesehen werden kann. Gemäß Abs 1 ist es der Gesellschaft verboten eine finanzielle Unterstützung vor oder zur gleichen Zeit des Anteilserwerbes zu gewähren.

Wurden die Anteile hingegen bereits erworben und wurden im Zuge dieses Erwerbes zu diesem Zweck Verbindlichkeiten durch den Erwerber oder einen Dritten aufgenommen, wodurch sich ihre finanzielle Situation verändert hat, sei es sowohl durch eine vollstreckbare als auch unvollstreckbare Vereinbarung, so statuiert Abs 3, dass eine Gesellschaft oder deren Tochtergesellschaft keine finanzielle Unterstützung gewähren darf, um diese Verbindlichkeiten zu mindern oder zu erlassen.⁴¹⁶ Erfasst ist dabei eine finanzielle Unterstützung zum Zweck der gänzlichen oder teilweisen Wiederherstellung der finanziellen Situation einer Person, wie sie sich vor dem Anteilserwerb darstellte.⁴¹⁷

Allerdings muss die Gesellschaft, deren Anteile erworben wurden, zum Zeitpunkt der finanziellen Unterstützung die Gesellschaftsform einer *public company* aufweisen.⁴¹⁸ Ist die Gesellschaft andererseits zu diesem Zeitpunkt eine *private company*, so ist die finanzielle Unterstützung nicht vom Verbot erfasst. Im Gegensatz dazu ist der Fall der Gewährung durch eine *public company* in Bezug auf den Anteilserwerb an einer *private company*, sofern diese die Muttergesellschaft der unterstützenden Gesellschaft ist, ebenso vom Verbot der nachfolgenden finanziellen Unterstützung erfasst.⁴¹⁹

⁴¹⁵ Vormals s.151 CA 1985.

⁴¹⁶ Abs 3 ist allerdings nur dann anwendbar, wenn ein Anteilserwerb vor der Gewährung finanzieller Unterstützung auch tatsächlich stattgefunden hat; vgl *Dyment v Boyden*, [2005] 1 WLR 792.

⁴¹⁷ S.683 Abs 2 lit a und b CA 2006; vormals s.152 Abs 3 lit a und b CA 1985.

⁴¹⁸ Diese Unterscheidung wurde in der Vorgängerbestimmung nicht gemacht. Dies macht vor allem im Lichte der Abschaffung des Verbotes in Bezug auf *private companies* Sinn, ist es diesen bekanntlich nunmehr – im Gegensatz zu der früheren Rechtslage – erlaubt, finanzielle Unterstützung zu gewähren.

⁴¹⁹ S hierzu bereits S.60 ff.

Aufgrund dieser drei von der Bestimmung vorgesehenen Situationen wird ein relativ breites Zeitfenster vom Verbot erfasst, da sowohl eine dem Erwerb vorangehende als auch eine zeitgleiche sowie eine nachfolgende Gewährung gedeckt ist. In Bezug auf die verschiedenen Erscheinungsformen finanzieller Unterstützung macht diese Einteilung nach dem Zeitpunkt der Gewährung keinerlei Unterschied; demnach wurde zuvor nicht speziell darauf eingegangen. Allerdings wird im Falle der Relevanz dieser Einteilung für andere Gebiete der finanziellen Unterstützung näher darauf einzugehen sein.

bb) „Zum Zweck“ – „for the purpose“

Gewährt eine Gesellschaft finanzielle Mittel aus ihrem Vermögen an einen Dritten in Form eines Darlehens oder in Form eines sonstigen Rechtsgeschäftes iS der s.677 CA 2006⁴²⁰, so kann das alleinige Vorliegen eines solchen Rechtsgeschäftes keinesfalls ausreichend sein, diese Transaktion als rechtswidrig betrachten zu können. Diese Annahme würde die Gesellschaft in ihrer Freiheit, mit Dritten rechtsgeschäftliche Kontakte zu pflegen, immens beschränken. Es muss einer Gesellschaft erlaubt sein, Dritten ein Darlehen gewähren oder sonstige Rechtsgeschäfte mit diesem abschließen zu können, ohne dass sie sich mit einem Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung konfrontiert sieht. Der Gesellschaft kann in dem Fall, dass sie einem Dritten finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt hat, ohne dem Wissen, wozu diese Mittel letztlich verwendet werden sollen, nicht vorgehalten werden, dass sie finanzielle Unterstützung gewährt hätte. Die Anknüpfung an ein alleiniges Vorliegen objektiver Tatbestände würde in diesem Fall zu einem „absurden“ Ergebnis führen, vor allem da die Gesellschaft bei einem Verstoß mit einer Strafe belangt werden kann.⁴²¹ Dementsprechend ist der ausschlaggebende Punkt des Verbotes der finanziellen Unterstützung, die hinter der finanziellen Unterstützung stehende Zwecksetzung bzw Funktion der Gewährung.

Steht ein Anteilserwerb mit einer vorhergehenden oder erst zu erfolgenden Gewährung finanzieller Unterstützung in keinerlei Verbindung, so findet die Verbotsnorm auch keine Anwendung.⁴²² Diesem Bindeglied zwischen der finanziellen Unterstützung durch die Gesellschaft und dem Anteilserwerb durch den Dritten ist eine

⁴²⁰ Vormals s.152 CA 1985.

⁴²¹ So schon *Instone*, JBL 1980, 99 (104 f) in Bezug auf s.54 CA 1948.

⁴²² *Griffin*, Company Law⁴, 169: “[...] will not be applicable where the alleged financial assistance was unrelated to the share acquisition”.

klare subjektive Komponente immanent. Der Gesellschaft muss bei der Gewährung der finanziellen Unterstützung die Verwendung der finanziellen Mittel für den Erwerb ihrer Anteile oder der ihrer Muttergesellschaft bewusst sein und dieses Bewusstsein muss sich in dem Vorhaben, den Anteilserwerb finanziell zu unterstützen, widerspiegeln.⁴²³ Augenscheinlich liegt ein klarer Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung dann vor, wenn die Gesellschaft die finanziellen Mittel gewährt, im Besonderen mit der Absicht, den Anteilserwerb zu finanzieren.

Bereits hier ist allerdings anzumerken, dass die Zwecksetzung der Gesellschaft nicht allein in der finanziellen Unterstützung des Anteilserwerbes liegen muss; es können sehr wohl weitere Absichten mit der Gewährung finanzieller Mittel verbunden sein. Auch hier kann gleichermaßen ein Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung des Anteilserwerbs vorliegen - „kann“, da in diesen Fällen durchaus auch Ausnahmen vom Verbot vorgesehen sind.⁴²⁴

Im Falle einer erst nach dem Anteilserwerb erfolgten finanziellen Unterstützung sind allerdings gleich zwei Zwecksetzungen bedeutsam.⁴²⁵ So hat der Erwerber der Anteile oder ein Dritter eine Verbindlichkeit zum Zweck des Erwerbes einzugehen und die Gesellschaft muss wiederum finanzielle Unterstützung zum Zweck der Minderung bzw Erlass dieser Verbindlichkeit gewähren. Die Zwecksetzung der Gesellschaft ist demnach von der ersten Zwecksetzung – der Eingehung einer Verbindlichkeit zum Zweck des Anteilserwerbes – abhängig; sofern die Verbindlichkeit folglich nicht eingegangen wurde, um den Anteilserwerb finanzieren zu können, so ist die anschließende Zwecksetzung der Gesellschaft irrelevant.⁴²⁶

Durch das Erfordernis einer subjektiven Zwecksetzung ist der Anwendungsbereich des Verbotes, im Gegensatz zu der früheren Bestimmung der s.54 CA 1948, welche einst die Gewährung finanzieller Unterstützung sowohl zum Zweck als auch im Zusammenhang mit einem Anteilserwerb untersagte, wesentlich eingeschränkt worden. Das frühere, weit reichendere Verbot der s.54 CA 1948 ließ die Vermutung aufkommen, dass es weniger auf die Intention der Gesellschaft als auf den

⁴²³ Vgl *Instone*, JBL 1980, 99 (105); *McGee*, Share Capital⁵, 100; aA anscheinend *Dignam/Lowry*, Company Law⁴, 122; sehen den subjektiven Tatbestand nicht im generellen Verbot, sondern nur in der „*Purpose-Ausnahme*“; für ein Fehlen der Feststellung ob subjektive oder rein objektive Voraussetzungen erforderlich sind *Ferran*, CLJ 2004, 225 (242).

⁴²⁴ S dazu S.86 ff.

⁴²⁵ *Hirt*, Co Law 2004, 9 (9).

⁴²⁶ *Hirt*, Co Law 2004, 9 (10); *MT Realisation (in liquidation.) v Digital Equipment Co Ltd*, [2003] BCC 415 (425).

Effekt der Gewährung finanzieller Unterstützung ankam und somit nur auf das Vorliegen objektiver Umstände.⁴²⁷

cc) „Purpose exceptions“ – die daraus resultierenden Ausnahmen

Eine weitere Einschränkung des Anwendungsbereiches bieten ferner spezielle Ausnahmen, die nunmehr an der Zwecksetzung der finanziellen Unterstützung anknüpfen. Gemäß s.678 Abs 2 CA 2006 soll es einer Gesellschaft erlaubt sein, finanzielle Unterstützung für den Erwerb ihrer Anteile oder der ihrer Muttergesellschaft zu gewähren, sofern (a) der Hauptzweck (*principal purpose*) der finanziellen Unterstützung nicht der Anteilserwerb ist oder (b) die finanzielle Unterstützung zwar zum Zweck des Anteilserwerbes gewährt wurde, dies aber nur einem übergeordneten bzw größeren Zweck (*incidental part of some larger purpose*) dient. Ferner muss die finanzielle Unterstützung im guten Glauben im Interesse der Gesellschaft (*in good faith in the interests of the company*) gegeben worden sein. Hat der Anteilserwerb bereits stattgefunden und wurde erst im Nachhinein finanzielle Unterstützung gewährt, so sieht s.678 Abs 4 CA 2006 ähnliche Ausnahmen vor. Demnach gilt eine finanzielle Unterstützung nicht als gesetzwidrig, wenn der Hauptzweck der Gewährung nicht in der Minderung bzw Erlassung der für den Zweck des Anteilserwerbes eingegangenen Verbindlichkeiten liegt (a) oder aber die finanzielle Unterstützung mit dem Zweck der Minderung bzw Erlassung derartiger Verbindlichkeiten einem übergeordneten oder größeren Zweck dient (b). Auch in Bezug auf eine den Anteilserwerb nachfolgende Unterstützung muss die Gewährung in gutem Glauben im Interesse der Gesellschaft erfolgt sein.

Der Bedeutung der Formulierungen „Hauptzweck“ und „übergeordneter, größerer Zweck“ widmete sich erstmals die Entscheidung *Brady v Brady*⁴²⁸ in den Jahren 1987 und 1988. Aufgrund brüderlicher Streitigkeiten, wurde die Durchführung einer umfassenden, überaus komplexen Umstrukturierung des Familienunternehmens („*Brady & Sons*“) beschlossen, indem das Unternehmen gleichmäßig zwischen den Brüdern aufgeteilt werden sollte, ohne dass das durchaus erfolgreiche Unternehmen liquidieren zu müssen. Im Zuge dieser Umstrukturierung wurden zwei neue Gesellschaften gegründet, die jeweils von einem der beiden Brüder geführt und auf die das existierende Unternehmen *Brady & Sons* aufgeteilt werden sollten. Ohne die

⁴²⁷ *Instone*, JBL 1980, 99 (103), bezogen auf die Ausführungen von *Roxborough J* in der Entscheidung *Victor Battery Co. Ltd v Curry's Ltd*, [1946] Ch 242 (248).

⁴²⁸ *Brady v Brady* (Court of Appeal), (1987) 3 BCC 535; (House of Lords) [1989] AC 755.

Durchführung dieser Umstrukturierung hätte der aus dem Disput resultierende Geschäftsstillstand des Unternehmens *Brady & Sons* nicht beseitigt werden können. Um Anteile an *Brady & Sons* erwerben zu können, ging eine der neu gegründeten Gesellschaften eine Verbindlichkeit mit der anderen Gesellschaft ein und *Brady & Sons* übertrug Gesellschaftsvermögen an die andere der zwei neu gegründeten Gesellschaften, um die Verbindlichkeiten der ersten Gesellschaft zu begleichen. Diese Transaktion stellte eine verbotene, nachträgliche finanzielle Unterstützung durch *Brady & Sons* dar. Es wurde argumentiert, dass diese Transaktion von der Ausnahmebestimmung der damaligen s.153 Abs 2 CA 1985⁴²⁹ erfasst ist und somit nicht unter das Verbot subsumiert werden könne. Im Gegensatz zu den zwei Entscheidungen der Unterinstanzen, schlug die Entscheidung des *House of Lords* einen weitaus restriktiveren und strengeren Weg in Bezug auf die *Purpose*-Ausnahmen ein. Der *Court of Appeal*⁴³⁰ untersuchte zuerst das Vorliegen einer der zwei Alternativen und befand, dass in diesem Fall die finanzielle Unterstützung gewährt wurde, damit die Gesellschaft ungehindert funktionieren könne, um eine Liquidation zu verhindern und um den Firmenwert und das Fortbestehen des Unternehmens zu sichern. Uneinigkeit herrschte jedoch in der Frage, ob dies nun den Hauptzweck oder den größeren, übergeordneten Zweck der finanziellen Unterstützung darstelle. Allerdings entschied der *Court of Appeal* mit einer Mehrheit, dass die finanzielle Unterstützung zwar im guten Glauben gewährt wurde, dies aber nicht im Interesse der Gesellschaft im Sinne der s.153 Abs 2 lit b CA 1985 erfolgte, da sie weder eine Gegenleistung für die Übertragung der Hälfte ihres Vermögens erhalten noch an die Gläubigerinteressen gedacht hatten.⁴³¹ Auch das *House of Lords* wertete die Gewährung der finanziellen Unterstützung als Verstoß gegen die Verbotsbestimmung der s.151 Abs 2 CA 1985, welche auch nicht aufgrund der *Purpose*-Ausnahmen gebilligt werden konnte. Allerdings erlangte das *House of Lords* dieses Ergebnis anhand eines alternativen Lösungsweges. Lord Oliver führte aus, dass die Formulierung „im guten Glauben im Interesse der Gesellschaft“ als ein einzelner zusammengefasster Ausdruck anzusehen ist. Demnach müssen diejenigen, die für die Gewährung der finanziellen Unterstützung auf Seiten der Gesellschaft verantwortlich sind, in dem aufrichtigen Glauben daran,

⁴²⁹ Nunmehr s.678 Abs 2 bis 4 CA 2006.

⁴³⁰ *Brady v Brady*, (1987) 3 BCC 535 (542 ff).

⁴³¹ *Ebd.*, (551 f).

dass die Gewährung im Interesse der Gesellschaft erfolgt, handeln.⁴³² In der Gewährung finanzieller Unterstützung zur Vorantreibung der Unternehmensumstrukturierung und zur Bewahrung des Unternehmens vor einem Geschäftsstillstand und einer daraus resultierenden Liquidation erkannte *Lord Oliver*, dass diese durchaus im guten Glauben in die Förderung des Unternehmens erfolgte und auch – objektiv betrachtet – im Interesse der Gesellschaft lag. Das Unternehmen sei solvent und es gäbe auch keinerlei Hinweise darauf, dass das Unternehmen nicht in der Lage war, den Verbindlichkeiten gegenüber seinen Gläubigern nachzukommen; die Gläubiger seien dadurch keinesfalls in ihren Interessen gefährdet.⁴³³ Allerdings divergierte *Lord Oliver* in seinen Darlegungen zum Vorliegen eines anderen Hauptzweckes bzw eines übergeordneten, größeren Zweckes im Hinblick auf die Ausführungen des *Court of Appeal*. Ein Hauptzweck iS der *Purpose*-Ausnahmen verlange nach einem zusätzlichen, untergeordneten Zweck; allerdings sei in diesem Fall kein anderer Zweck neben dem Zweck der Verringerung der Verbindlichkeiten, die zum Zweck des Anteilserwerbes eingegangen wurden, zu erkennen. Die finanzielle Unterstützung sei schlicht mit dem einzigen Zweck, diese Verbindlichkeiten zu verringern, gewährt worden. Nach der Feststellung, dass die erste Alternative – das Vorliegen eines anderen Hauptzwecks der finanziellen Unterstützung – als nicht anwendbar anzusehen war, musste das *House of Lords* über das mögliche Vorhandensein der zweiten Alternative entscheiden. Diesem Aspekt widmete sich das *House of Lords* eingehend. Bei dieser Alternative sei der wesentliche Punkt die Feststellung eines größeren gesellschaftlichen Gesamtzweckes, bei dem die Minderung bzw Erlassung der zwecks des Anteilserwerbes eingegangenen Verbindlichkeit lediglich nebensächlich sei. Als äußerst schwierig empfand *Lord Oliver*, der Formulierung „übergeordneter Zweck“ ein gewisses Verständnis zu unterstellen. Allerdings vertrat er die Auffassung, dass es notwendig sei, diesem Ausnahmentatbestand Nachdruck zu verleihen, um eine effektive Anwendung der Verbotsnorm der finanziellen Unterstützung gewährleisten zu können und dies nicht dadurch zu erschweren, indem den Gesellschaften eine allzu einfache Umgehungsmöglichkeit zugänglich gemacht

⁴³² [1989] AC 755 (777): “I have found myself unable to share the views of the majority of the Court of Appeal with regard to paragraph (b). The words ‘in good faith in the interests of the company’ form a single composite expression and postulate a requirement that those responsible for procuring the company to provide the assistance act in the genuine belief that it’s being done in the company’s interest.”

⁴³³ *Ebd.*

wird.⁴³⁴ Bei der Beurteilung, ob ein dem Zweck der Minderung der Verbindlichkeiten übergeordneter Zweck vorliegt oder nicht, müsse man zwischen einem „*größeren Gesellschaftszweck*“ und den „*Beweggründen*“, auf denen diese Zwecke basieren, differenzieren. Finanzielle oder wirtschaftliche Vorteile, die sich aus der betroffenen Transaktion ergeben können, sind lediglich Beweggründe und nicht übergeordnete Zwecke, zu denen die Gewährung finanzieller Unterstützung nebensächlich ist.⁴³⁵ *Lord Oliver* wandte diese Erkenntnis auf den vorliegenden Sachverhalt an und befand, dass der Anteilserwerb nicht als ein rein nebensächliches Ereignis der Umstrukturierungsmaßnahme zur Durchbrechung des Geschäftsstillstandes gesehen werden konnte, sondern, dass der Anteilserwerb das Kernstück dieser Maßnahme und das davon verfolgte Ziel darstellte. Der ausschlaggebende Punkt liegt folglich in der Unterscheidung zwischen einem gesellschaftlichen Zweck und einem Zweck, gegründet auf den Einzelinteressen von Gesellschaftern oder Direktoren; in diesem Fall lagen eindeutig die Einzelinteressen der beiden Direktoren im Vordergrund⁴³⁶ Demnach war auch die zweite Alternative der *Purpose*-Ausnahmen nicht erfüllt und die finanzielle Unterstützung folglich rechtswidrig.

Diese Entscheidung blieb nicht unkritisiert.⁴³⁷ Durch die sehr strenge Auslegung der *Purpose*-Ausnahmen wurde deren Anwendbarkeit und Effizienz extrem in Frage gestellt. Die Wirkungen dieser Ausnahmen wurden durch diese Entscheidung fast zu Nichte gemacht und Sachverhalte, auf die diese Ausnahmen Anwendung finden könnten, sind schwer zu finden.⁴³⁸ In Bezug auf die erste Alternative der Ausnahmen – das Vorliegen eines anderen Hauptzwecks der finanziellen Unterstützung als der Anteilserwerb – gab *Lord Oliver* selbst ein mögliches Beispiel: Er wies auf die *Belmont*-Entscheidung⁴³⁹ hin, welche als Anlassfall für die Einführung dieser Ausnahmen gesehen wird. Durch diese Ausnahmen sollten Transaktionen, wie die der *Belmont*-Entscheidung, aus dem Anwendungsbereich der Verbotsnorm der

⁴³⁴ [1989] AC 755 (779): „[...] but if the paragraph is to be given any meaning that does not in effect provide a blank cheque for avoiding the effective application of section 151 in every case, the concept must be narrower than that for which the appellants contended.”

⁴³⁵ Ebd., (780): „The purpose and the only purpose of the financial assistance remains that of enabling the shares to be acquired and the financial or commercial advantages flowing from the acquisition, whilst they may from the reason for forming the purpose of providing financial assistance, are a by-product of it rather than an independent purpose of which the assistance can properly be considered to be an incident.”

⁴³⁶ Ferran, Company Law, 395.

⁴³⁷ S etwa *Luxton*, Co Law 1991, 18-21.

⁴³⁸ *Dine*, Company Law, Rz 3-112; *Hannigan*, Company Law, 633; *Hannigan/Greaves*, Co Law 1989, 135 (139); *Pettet*, Company Law², 302; *Renshall/Walmsley*, Butterworths Company Law Guide², Rz 5.54; *Roberts*, Financial Assistance, Rz 8.06, Rz 8.15.

⁴³⁹ *Belmont Finance Corporation Ltd v Williams Furniture Ltd (No.2)*, [1979] Ch 250.

finanziellen Unterstützung ausgenommen werden.⁴⁴⁰ Demnach wäre ein vertretbares Beispiel jenes, bei dem eine Gesellschaft einen Vermögensgegenstand von der unterstützten Person erwirbt, welchen sie für ihren Geschäftsbetrieb benötigt. Ein Beispiel in Bezug auf die zweite Alternative wurde von *Lord Oliver* allerdings nicht genannt. Hier könne man wohl an eine Situation denken, bei der eine Tochtergesellschaft Jahre nach ihrem Erwerb, ihrer Muttergesellschaft Geldmittel zur Verfügung stellt, um die Verwendung des Vermögens innerhalb eines Konzerns zu optimieren oder aber um die finanzielle Position des Konzerns zu verbessern. Auch wenn die Muttergesellschaft diese Geldmittel dazu verwendet, um eine zum Zweck des Anteilserwerbs eingegangene Verbindlichkeit zu begleichen, kann an eine Anwendung der Ausnahmerebestimmungen zu denken sein.⁴⁴¹

Dass man aber weiterhin an dieser strengen Auslegung der *Purpose*-Ausnahmen festhielt, zeigte sich nur einige Zeit später in einer Entscheidung⁴⁴², der ein ähnlicher Sachverhalt zu Grunde lag. Hierbei ging es um ein Unternehmen mit vier Gesellschaften, die zwei verschiedenen Familien gehörten. Das Unternehmen sollte aufgrund von Streitigkeiten in zwei gleichwertige Teile zwischen den Familien aufgeteilt werden, um einen herannahenden Geschäftsstillstand abzuwenden. Diese Aufteilung erfolgte unter einer Ausgleichszahlung in Höhe von £ 395.000, um einen entsprechenden Wert zu erhalten. Im Gegensatz zu *Brady v Brady* handelte es sich hier jedoch um eine dem Anteilserwerb vorangehende finanzielle Unterstützung. Da es sich in diesem Zusammenhang aber um eine Gesellschaft handelte, welche aufgrund der Gewährung finanzieller Unterstützung in finanzielle Schwierigkeiten geraten würde, befand das Gericht, dass eine Gewährung finanzieller Unterstützung nicht im guten Glauben im Interesse der Gesellschaft erfolgen konnte. Ferner hatte die finanzielle Unterstützung nichts mit der Aufteilung des Unternehmens zwischen den Gesellschaften zu tun und somit war die Aufteilung keinesfalls Hauptzweck der Gewährung. Ebenso stellte die Ausgleichszahlung keinen, dem größeren Zweck einer Aufteilung dienenden, nebensächlichen Teil dar; die Aufteilung des Unternehmens hätte auch ohne der Gewährung finanzieller Unterstützung vollzogen werden können. Aus dieser und der Entscheidung *Brady v Brady* kann nunmehr die Folgerung gezogen

⁴⁴⁰ *Dine*, Company Law, Rz 3-110; *Hannigan*, Company Law, 631: “[...] designed to ensure that the width of the prohibition does not catch genuine commercial transactions which are in the interests of the company.”; *Luxton*, Co Law 1991, 18 (18).

⁴⁴¹ *Ferran*, Corporate Finance Law, 296; *dies*, Company Law, 394.

⁴⁴² *Plaut v Steiner*, (1989) 5 BCC 352.

werden, dass das Interesse der Gesellschaftsgläubiger nur insofern für das Interesse der Gesellschaft relevant sein kann, sofern es sich um eine insolvente Gesellschaft handelt oder der Gesellschaft die Insolvenz droht.

Auch spätere Entscheidungen gestatteten den *Purpose*-Ausnahmen keinen weiteren Anwendungsbereich und beharrten auf einer restriktiven Auslegung.⁴⁴³ Auch die aus der Entscheidung *Brady v Brady* resultierende Unsicherheit in Bezug auf die Interpretation der *Purpose*-Ausnahmen, wurden bedauerlicherweise nicht vom CA 2006 gelöst und blieb somit in ihrer Gesamtheit bestehen.⁴⁴⁴

4) *Ausnahmetatbestände des Verbots der finanziellen Unterstützung*

Das englische Recht sieht jedoch auch neben den so genannten „*purpose*-Ausnahmen“ weitere Ausnahmen zu dem recht strengen Verbot der finanziellen Unterstützung vor. Diese Ausnahmen können in zwei Kategorien eingeteilt werden: In s.681 CA 2006⁴⁴⁵ sieht das Gesetz Ausnahmen vor, welche an keine weitere Bedingung geknüpft sind und s.682 CA 2006⁴⁴⁶ enthält so genannten bedingte Ausnahmen.

a) Die unbedingten Ausnahmen

Auf Grund der Kritik gegenüber der Vorgängerbestimmung der s.54 CA 1948, das Verbot sei zu weit reichend und vermöge dadurch auch anständige Rechtsgeschäfte, die unter die normale Geschäftstätigkeit fallen, zu erfassen,⁴⁴⁷ wurden im Zuge der Reform des CA 1948 einige Ausnahmen in s.42 CA 1981 implementiert. Diese Ausnahmen wurden auch vom CA 1985 übernommen und nunmehr auch von den Bestimmungen des CA 2006 beibehalten. Diese Auflistung von Ausnahmen dient weitgehend der Beseitigung von möglichen, aufkommenden Zweifeln.⁴⁴⁸ Hauptgedanke hinter diesen Ausnahmen ist, dass Transaktionen, welche vom Gesetz bereits an anderer Stelle erlaubt sind, schließlich nicht unter das Verbot der finanziellen Unterstützung fallen können.⁴⁴⁹ Ferner soll dadurch eine unnötige Replizierung von Regelungen vermieden werden.⁴⁵⁰ Dementsprechend sind – ohne Hinzukommen einer weiteren Voraussetzung – vom Verbot ausgenommen: eine

⁴⁴³ *Chaston v SWP Group plc*, [2003] 1 BCLC 675; *aA MT Realisation Ltd (in liq) v Digital Equipment Co Ltd* (High Court), [2003] BCC 415 (415 – 430).

⁴⁴⁴ *Sealy/Worthington*, Cases and Materials⁸, Rz 8.08.

⁴⁴⁵ Vormals s.153 Abs 3 lit a bis g CA 1985.

⁴⁴⁶ Vormals s.153 Abs 4 lit a bis c CA 1985.

⁴⁴⁷ S dazu S.20 ff sowie S.50 ff.

⁴⁴⁸ *Renshall/Walmsley*, Butterworths Company Law Guide², Rz 5.55.

⁴⁴⁹ *Ferran*, Corporate Finance Law, 297; *Hannigan*, Company Law, 632; *Pettet*, Company Law², 305.

⁴⁵⁰ *Ferran*, Corporate Finance Law, 297.

Ausschüttung von gesellschaftlichen Vermögen im Wege einer gesetzmäßigen Dividende oder der Aufteilung des gesellschaftlichen Vermögens im Zuge einer Liquidation der Gesellschaft, die Zuweisung von *bonus shares*, eine gesetzmäßige Kapitalherabsetzung⁴⁵¹, ein gesetzmäßiger Rückkauf von *redeemable shares*⁴⁵² oder ein gesetzmäßiger Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft⁴⁵³, sämtliche Handlungen gemäß einer gerichtlichen Anordnung in Übereinstimmung mit dem 26. Teil CA 2006⁴⁵⁴, weiters Transaktionen, die gemäß einer Vereinbarung unter s.110 IA 1986⁴⁵⁵ getätigt wurden⁴⁵⁶ als auch Transaktionen, die aufgrund einer Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und ihren Gläubigern im Rahmen eines Insolvenzverfahrens getätigt wurden, gemäß des 1. Teils des IA 1986⁴⁵⁷.

b) Die bedingten Ausnahmen

Die zweite Kategorie – welche in s.682 CA 2006⁴⁵⁸ geregelt ist – umfasst bedingte Ausnahmen und reflektiert die von der Richtlinie vorgegebenen Ausnahmen.⁴⁵⁹ Bedingt, da die Ausnahme vom Verbot in Bezug auf *public companies* weiters noch von der Erfüllung einer Voraussetzung abhängt. Die erste Ausnahme betrifft die Gewährung finanzieller Unterstützung im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes (*ordinary course of business*) eines Kreditinstitutes.⁴⁶⁰ Nicht von der Ausnahme erfasst sind Gesellschaften, welche nur gelegentlich Kredite oder Darlehen gewähren.⁴⁶¹ Diese Ausnahme war schon seit Einführung des Verbotes in die englische Rechtsordnung der finanziellen Unterstützung im Jahre 1928 Teil der Bestimmung. Ausschlaggebend ist hier, dass nicht nur das Gewähren von Darlehen

⁴⁵¹ Chapter 10 des Part 17 CA 2006.

⁴⁵² S dazu bereits Fn 350.

⁴⁵³ s.690 bis 708 CA 2006.

⁴⁵⁴ Dies betrifft Maßnahmen und Vergleiche zwischen der Gesellschaft und ihren Gläubigern sowie ihren Gesellschaftern gemäß ss.896 bis 898 CA 2006. Eine Maßnahme beinhaltet hier gemäß s.895 Abs 2 CA 2006 eine Reorganisation des gesellschaftlichen Stammkapitals unter Konsolidierung verschiedener Anteilsgattungen oder unter der Aufteilung verschiedener Anteilsgattungen bzw unter beider dieser Methoden.

⁴⁵⁵ Insolvency Act 1986.

⁴⁵⁶ Hierbei handelt es sich um eine Vereinbarung unter welcher der Liquidator einer Gesellschaft, Anteile als Gegenleistung für die Veräußerung des Gesellschaftsvermögens erhalten soll.

⁴⁵⁷ *Company voluntary arrangements*; ausführlich dazu Finch, Corporate Insolvency Law, 331 ff.

⁴⁵⁸ Vormalss s.153 Abs 4 iVm s.154 CA 1985; hierbei ist allerdings zu beachten, dass aufgrund der Anwendung der früheren Bestimmungen auch auf *private companies*, die Bedingung nur in Bezug auf *public companies* zu berücksichtigen war. Ferner ist die Bedingung weiterhin aufgrund der Abschaffung des Verbotes für *private companies* lediglich für *public companies* von Relevanz. Ist eine *private company* dennoch unter Umständen von dem Verbot der ss.677 ff CA 2006 erfasst, so hat diese die Bedingung nicht zu erfüllen (s.682 Abs 1 lit a CA 2006).

⁴⁵⁹ Dazu S.35.

⁴⁶⁰ S.682 Abs 2 lit a CA 2006 vormalss s.153 Abs 4 lit a C 1985.

⁴⁶¹ Vgl *Steen v Law*, [1964] 3 WLR 802; obwohl es sich hierbei um eine australische Entscheidung handelt, ist sie dennoch in Bezug auf die Ausnahmebestimmung relevant, da es sich bei der australischen s.148 CA 1936, of New South Wales, um eine an der englischen Vorgängerbestimmung s.45 CA 1929 orientierende Bestimmung handelt.

oder Krediten generell zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft gehört; vielmehr muss auch das konkrete Darlehensgeschäft bzw Kreditgeschäft den objektiven Umständen nach diesen Anforderungen genügen und eine Maßnahme des gewöhnlichen Geschäftsganges darstellen.⁴⁶² Hierbei umfassen die objektiven Umstände unter anderem den Umfang, die Verzinsung, die Dauer, die bestellten Sicherheiten sowie die persönliche Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers.⁴⁶³ Ein Darlehen, welches von einer Bank, welches speziell zum Zweck der Finanzierung eines Anteilserwerbs gewährt wird, hält dieser Anforderung nach ständiger Rechtsprechung allerdings nicht Stand; vielmehr wird vorausgesetzt, dass der Zweck der Kreditaufnahme den üblichen Zwecken der Kreditgewährungen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes entspricht.⁴⁶⁴ Bedingt ist diese Ausnahme aber ferner dadurch, dass durch die Gewährung finanzieller Unterstützung das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft nicht reduziert wird oder aber, sofern das Nettoaktivvermögen doch reduziert wird, dass die finanzielle Unterstützung aus dem verteilbaren Gewinn gewährt wird.⁴⁶⁵ In diesem Zusammenhang steht das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft für den Differenzbetrag um den die Aktivseite die Passivseite übersteigt. Herangezogen werden in diesem Fall – im Gegensatz zu s.677 Abs 2 CA 2006 – die Buchwerte sowohl der Aktiva als auch der Passiva zum Zeitpunkt unmittelbar vor der Gewährung der finanziellen Unterstützung.⁴⁶⁶ Auf der Passivseite sind auch Beträge einzubeziehen, welche als einigermaßen notwendig zurückbehalten werden, um einer Verbindlichkeit, deren Rechtsnatur ausreichend bestimmt ist und die entweder aller Wahrscheinlichkeit nach oder sicher eintreten wird, aber in Bezug auf die Höhe oder den Zeitpunkt des Eintrittes unbestimmt ist, nachkommen zu können.⁴⁶⁷

Weitere Ausnahmen sind in Bezug auf Arbeitnehmerbeteiligungen vorgesehen. So ist die Gewährung finanzieller Unterstützung im Zusammenhang mit der Ausgabe von Anteilen an Arbeitnehmer⁴⁶⁸ oder der Erwerb von Anteilen durch Arbeitnehmer

⁴⁶² Ebd.

⁴⁶³ Vgl Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 209 mwN.

⁴⁶⁴ Steen v Law, [1964] 3 WLR 802; Ferran, Corporate Finance Law, 300.

⁴⁶⁵ S.682 Abs 1 lit b CA 2006 vormal s.154 Abs 1 CA 1985.

⁴⁶⁶ S.682 Abs 4 lit a CA 2006 vormal s.154 Abs 2 lit a CA 1985.

⁴⁶⁷ S.682 Abs 4 lit b CA 2006 vormal s.154 Abs 2 lit b CA 1985.

⁴⁶⁸ Allerdings muss hier beachtet werden, dass durchaus auch Direktoren unter Umständen als Arbeitnehmer gewertet werden können: Grundsätzlich werden *non-executive directors* nicht als Arbeitnehmer angesehen. Im Gegensatz dazu sind im Bezug auf *executive directors* eine Reihe an Umständen in Betracht zu ziehen, wonach die Eigenschaft, als Arbeitnehmer zu gelten, gemessen wird. Vgl hierzu die Auflistung der Fragen in *Ivey v Secretary of State for Employment*, [1997] BCC 145 (146); ebenso *Keay/Walton*, Insolvency Law, 410 f; sowie

vom Verbot nicht erfasst. Unter diesen Ausnahmetatbestand fallen drei verschiedene Modelle. Demnach ist es einer Gesellschaft erlaubt, im Rahmen eines Arbeitnehmerbeteiligungsregimes (*employees' share scheme*)⁴⁶⁹ in gutem Glauben und in ihrem Interesse oder in dem ihrer Muttergesellschaft, finanzielle Unterstützung zu gewähren.⁴⁷⁰ Weiters ist die Gewährung finanzieller Unterstützung mit dem Zweck oder im Zusammenhang mit sämtlichen Handlungen der Gesellschaft (oder einer anderen Gesellschaft derselben Gesellschaftsgruppe⁴⁷¹), die das Ziel haben, Transaktionen von Anteilen in der Gesellschaft oder deren Muttergesellschaft zu ermöglichen oder zu erleichtern, sofern es sich hierbei um den Erwerb von Nießbrauchrechten (*beneficial ownership*)⁴⁷² an Anteilen durch gutgläubige gegenwärtige Angestellte bzw ehemalige Angestellte der Gesellschaft (oder einer anderen Gesellschaft derselben Gesellschaftsgruppe) sowie durch Ehegatten, Lebensgefährten, Witwen, Witwer, überlebende Lebensgefährten, minderjährige Kinder bzw Stiefkinder solcher Arbeitnehmer oder ehemaligen Arbeitnehmer handelt.⁴⁷³ Insofern werden die Anteile von einem Dritten für die von der Ausnahme erwähnten Personen, welche somit aufgrund ihres erworbenen Nießbrauchsrechtes den Nutzen aus den Anteilen ziehen können, gehalten. Dieser Dritte ist meist ein speziell dafür eingerichteter *trust*. Dadurch soll insbesondere der gesellschafts- bzw konzerninterne Handel mit Anteilen gefördert werden.⁴⁷⁴ Das dritte Modell umfasst die Gewährung von Darlehen an Personen (abgesehen von Direktoren)⁴⁷⁵, die im guten Glauben von der Gesellschaft angestellt sind, um diesen den Erwerb von voll eingezahlten Anteilen der Gesellschaft oder ihrer Muttergesellschaft zu ermöglichen, welche sie sodann im Wege eines Nießbrauchrechtes halten. Allerdings bezieht sich das bereits oben erwähnte Erfordernis – dass die Gewährung der finanziellen

ausführlich zu der Problematik im Hinblick auf die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft eines Direktoren *Keay, McPherson's Law of Company Liquidation*⁴, 740-2.

⁴⁶⁹ Vgl dazu s.1166 CA 2006; wonach unter einem Arbeitnehmerbeteiligungsregime ein System zur Ermutigung oder Erleichterung in Bezug auf das Halten von Anteilen an bzw Anleihen von Gesellschaften durch oder auf Rechnung von gutgläubigen gegenwärtigen oder ehemaligen Arbeitnehmer der Gesellschaft, einer Tochtergesellschaft oder einer Schwestergesellschaft. Ebenfalls gelten derartige Systeme in Bezug auf Ehegatten, Partner, Witwen und Witwer als auch minderjährige Kinder und Stiefkinder solcher Arbeitnehmer oder auch ehemaliger Arbeitnehmer der Gesellschaft als Arbeitnehmerbeteiligungsregime.

⁴⁷⁰ S.682 Abs 2 lit b CA 2006 vormalis s.153 Abs 4 lit b CA 1985.

⁴⁷¹ In diesem Zusammenhang gehört eine Gesellschaft derselben Gesellschaftsgruppe wie eine andere Gesellschaft an, sofern die Gesellschaft die Muttergesellschaft oder die Tochtergesellschaft dieser anderen Gesellschaft ist oder die Gesellschaft die Tochtergesellschaft einer Muttergesellschaft der anderen Gesellschaft ist; s. dazu s.682 Abs 5 CA 2006 vormalis s.153 Abs 5 CA 1985.

⁴⁷² Beneficial ownership wird auch oftmals mit wirtschaftlichem Eigentum oder auch Nutzungsberechtigung übersetzt.

⁴⁷³ S.682 Abs 2 lit c CA 2006 vormalis s.153 Abs 4 lit b) CA 1985.

⁴⁷⁴ Vgl *Ferran*, Corporate Finance Law, 301.

⁴⁷⁵ Hier sind Direktoren ausdrücklich nicht von der Ausnahme erfasst.

Unterstützung nicht zu einer Reduzierung des Nettoaktivvermögens der Gesellschaft führen darf, oder, sofern das Nettoaktivvermögen reduziert wurde, die finanzielle Unterstützung aus den verteilbaren Gewinn erfolgt – auch auf die Ausnahme für Arbeitnehmerbeteiligungen. In diesem Zusammenhang gilt das bereits oben Gesagte.

5) *Die Rechtsfolgen*

Seit Einführung des Verbotes der finanziellen Unterstützung des Anteilserwerbes in das englische Gesellschaftsrecht war es Aufgabe der Gerichte, zivilrechtliche Folgen an einen Verstoß zu knüpfen. Auch der neue CA 2006 hat zu etwaigen zivilrechtlichen Folgen nicht Stellung bezogen. Angesichts dieser Tatsachen hat sich über die Zeit eine gängige Spruchpraxis dazu herauskristallisiert.⁴⁷⁶ Neben den ausdrücklich in der Bestimmung normierten Rechtsfolgen gibt es nunmehr eine Mehrzahl von zivilrechtlichen Behelfen gegen eine Zuwiderhandlung. Verstößt eine Transaktion gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung, so kann diese mit Nichtigkeit behaftet sein. Weiters besteht die Möglichkeit, die an der verbotenen Transaktion beteiligten Personen einer Haftung auszusetzen.

a) Gesetzlich vorgesehene Rechtsfolgen

Wird gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung verstoßen, so hat sowohl die Gesellschaft selbst⁴⁷⁷ als auch jeder schuldhaft handelnder Direktor der Gesellschaft eine strafbare Handlung begangen. Personen, die in diesem Sinne eine strafbare Handlung begangen haben, haben mit einer nach oben hin unbegrenzten Geldstrafe oder bzw. und einer zwei Jahre nicht übersteigenden Haftstrafe zu rechnen, sofern es sich um eine Verurteilung in einem ordentlichen Verfahren handelt. Bei einer Verurteilung in einem vereinfachten Verfahren droht der schuldhaft handelnden Person in England und Wales eine 12 Monate nicht übersteigende und in Schottland und Nordirland eine 6 Monate nicht übersteigende Haftstrafe. Auch in diesem Fall

⁴⁷⁶ Auch in Bezug auf die Rechtsfolgen können demnach die Entscheidungen zu den Vorgängerbestimmungen der ss.677 ff CA 2006 aufschlussreich sein und gelten nach wie vor als autoritativ; s dazu zB *Pettet*, JIBL 1988, 96 (102); *ders*, Company Law², Rz 16.7; *Pennington*, Company Law⁶, 386; *Sealy*, Cases & Materials⁷, 379.

⁴⁷⁷ Obwohl die Gesellschaft als Schutzobjekt der Bestimmungen des Verbots der finanziellen Unterstützung gilt (s dazu *Wallersteiner v Moir*, [1974] 1 WLR 991; bestätigt durch *Belmont Finance Corp Ltd v Williams Furniture Ltd*, [1979] Ch 250; aA zuvor noch *Victor Battery Co Ltd v Curry's Ltd*, [1946] Ch 242; bestätigt auch von *Curtis's Furnishing Stores Limited v Freedman*, [1966] 1 WLR 1219) ist sie dennoch dem Kreis der möglichen schuldhaft handelnden Personen zuzuschreiben und hat somit auch mit einer möglichen Geldstrafe zu rechnen. Dies erscheint äußerst befremdlich und wurde bereits häufig aufgegriffen und kritisiert, da eine Geldstrafe der Gesellschaft eindeutig den intendierten Zweck, das Gesellschaftsvermögen vor einer Verringerung zu schützen, widerspricht (s zB *Davies*, Company Law⁸, 352 (Fn 277)); unter „[...] person guilty of an offence [...]“ ist auch in diesem Zusammenhang sowohl eine natürliche als auch juristische Person zu verstehen (vgl etwa in Bezug auf die Person des Erwerbers *Ferran*, Corporate Finance Law, 288), jedoch bezieht sich selbstverständlich die Haftstrafe nur auf die Direktoren der Gesellschaft; die Gesellschaft selbst kann nur mit einer Geldstrafe belangt werden.

kann anstatt dessen bzw auch zusätzlich eine Geldstrafe treten.⁴⁷⁸ Selbstredend kann die Verhängung einer Haftstrafe nur die schuldhaft handelnden Direktoren treffen, eine Haftstrafe der betroffenen Gesellschaft ist wohl naturgemäß undurchführbar.

b) Die zivilrechtlichen Folgen in Bezug auf die finanzielle Unterstützung

Ging man in einer Entscheidung im Jahre 1946⁴⁷⁹ noch davon aus, dass eine Sicherheit, welche in Zuwiderhandlung der Vorgängerbestimmung s.45 CA 1929 gewährt wurde, durchaus Rechtskraft besitzt, so ist nunmehr eine Tendenz zur Nichtigkeit der Verträge zu erblicken.⁴⁸⁰ Bereits in der Entscheidung *Selangor United Rubber Estates Ltd v Cradock and Others*⁴⁸¹ wurde an dem Ansatz, der Transaktion Rechtskraft zuzuerkennen, jedoch Kritik geübt. Schließlich ging man in der Entscheidung *Heald v O'Connor*⁴⁸² von der Annahme, gegen das Verbot verstoßende Rechtsgeschäfte seien rechtsgültig, ab. *Fisher J* wies in dieser Entscheidung darauf hin, dass die Annahme der Nichtigkeit eines rechtswidrigen Rechtsgeschäftes zur Herbeiführung des von der Bestimmung verfolgten Zieles effektiver sei als die sehr geringe Geldstrafe von £ 100.⁴⁸³ Ein gegen das Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft ist demnach gesetzeswidrig, somit nichtig und daher auch für beide Parteien des Rechtsgeschäftes unvollstreckbar. Es können daher ferner keine Rechte und kein Eigentum übertragen werden.⁴⁸⁴ Dabei ist das die finanzielle Unterstützung begründende Rechtsgeschäft ebenso als nichtig anzusehen, wenn es nicht mit dem Erwerber der Anteile, sondern mit einem Dritten abgeschlossen wurde; es sich somit um eine indirekte finanzielle Unterstützung gehandelt hatte.⁴⁸⁵ Diese Spruchpraxis zieht sich nunmehr wie ein roter Faden durch die gerichtlichen Entscheidungen zum

⁴⁷⁸ S.680 CA 2006 vormalis s.151 CA 1985.

⁴⁷⁹ *Victor Battery Ltd v Curry's Ltd and Others*, [1946] Ch 242; s dazu auch S.21.

⁴⁸⁰ Diese Nichtigkeit kann unter Umständen sogar Auswirkungen auf andere, mit dem Unterstützungsgeschäft verbundene Rechtsgeschäfte Auswirkungen haben, wie etwa eine etwaige Besicherung der finanziellen Unterstützung durch einen Dritten. So wurde in *Heald v O'Connor* ([1971] 1 WLR 497) die Nichtigkeit einer Bürgschaft des Erwerbers für die von der Gesellschaft gewährte Sicherheit für den Anteilserwerb zu Gunsten des Verkäufers aufgrund ihrer Akzessorietät ausgesprochen. Im Gegensatz dazu wäre eine abstrakte Sicherheitsleistung nicht von der Nichtigkeit der finanziellen Unterstützung betroffen.

⁴⁸¹ [1968] 1 WLR 1555.

⁴⁸² [1971] 1 WLR 497; bestätigt von *Brady v Brady*, (1987) 3 BCC 535; und *Neilson v Stuart*, [1991] BCC 713.

⁴⁸³ [1971] 1 WLR 497 (502): "All that is necessary to make the financial assistance effective is that the lender should believe the security to be valid and on the strength of it make the loan. The apparent injustice which is the common result of the statutory prohibition of these kinds of transaction is not sufficient warranty for declining to apply the well-settled principle of law. The application of this principle in such circumstances as the present is likely to deter potential lenders from lending money on security which might be held to contravene the statute and is likely to be more efficacious in achieving the policy of the sections than the very small maximum penalty on the company."

⁴⁸⁴ *Renshall/Walmsley*, Butterworth's Company Law Guide², Rz 5.60.

⁴⁸⁵ Vgl hierzu *Selangor United Rubber Estates Ltd v Cradock and Others*, [1968] 1 WLR 1555; *Heald v O'Connor*, [1971] 1 WLR 497.

Verbot der finanziellen Unterstützung.⁴⁸⁶ In Abhängigkeit zur Rechtsnatur der finanziellen Unterstützung werden die Nichtigkeit und Unvollstreckbarkeit des Rechtsgeschäftes unterschiedliche Konsequenzen auf dieses haben. Wurde bislang noch keine finanzielle Unterstützung gewährt, so ist die Vereinbarung, die eine derartige Gewährung enthält, nicht vollstreckbar.⁴⁸⁷ Wurde die finanzielle Unterstützung hingegen bereits gewährt, so ist sie nichtig. Daraus folgt, dass bei einer finanziellen Unterstützung in Form einer Sicherheit, Garantie oder auch einer Vereinbarung zur Schadloshaltung (*indemnity*) die daraus entstandenen Rechte der Partei, der gegenüber die Sicherheit bzw die Garantie oder Vereinbarung zur Schadloshaltung eingeräumt wurde, von dieser nicht eingeklagt werden können.⁴⁸⁸ Handelt es sich jedoch um eine finanzielle Unterstützung in Form eines bereits übergebenen Geschenkes oder eines bereits gewährten Darlehens der Gesellschaft, so wurden diese rechtswidrig ausgeführt und sind nichtig. In diesem Fall stünde der Gesellschaft die Möglichkeit zu, das Gewährte aufgrund rechtsgrundloser Leistung wieder zurückzuverlangen.⁴⁸⁹ Allerdings gingen die Gerichte bislang davon aus, dass die Gesellschaft selbst auch Partei der verbotenen Handlung war und sich als solche nicht auf ihre „*zivilen Rechte*“ aus dieser stützen könne.⁴⁹⁰ Dieses Ergebnis erscheint unbefriedigend, soll doch die Gesellschaft davor geschützt werden, dass ihr Vermögen für den Erwerb ihrer Anteile verwendet wird. Allerdings haben sich in jüngster Zeit durch eine Mehrzahl von gerichtlichen Entscheidungen basierend auf den Prinzipien des *Common Law* einige Umwege für die Gesellschaft aufgetan, um dennoch ihre Zahlung zurückfordern zu können. So kann die Gesellschaft unter Umständen den durch die finanzielle Unterstützung erlittenen Schaden von den Direktoren oder aber auch von anderen Personen, die an der unerlaubten Transaktion beteiligt waren, zurückerlangen.⁴⁹¹

⁴⁸⁶ Vgl etwa *Brady v Brady* (Court of Appeal), (1987) 3 BCC 535 (552); *Coulthard & Ors v Neville Russell (a Firm)*, [1998] BCC 359 (363); *MacPherson & Anor v European Strategic Bureau Ltd*, [2002] BCC 39 (55); *Harlow v Loveday* (auch: *Re Hill & Tyler Ltd* (in admin.)), [2004] BCC 732(751); *Cox v Cox*; [2006] BCC 890 (902).

⁴⁸⁷ *Harlow v Loveday*, [2004] BCC 732.

⁴⁸⁸ Vgl etwa *Heald v O'Connor*, [1971] 1 WLR 497.

⁴⁸⁹ *Cox v Cox*, [2006] BCC 890 (902).

⁴⁹⁰ *Selangor United Rubber Estates Ltd v Cradock*, [1968] 1 WLR 1555 (1655): “[...]when directors act for a company in an illegal transaction with a stranger, the company is itself a party to that transaction and therefore to the illegality. The company therefore, could not rely on that transaction as the ‘source of civil rights’ and, therefore, for example, it could not successfully sue the stranger with regard to rights which it was claimed the transaction conferred.”

⁴⁹¹ Näher dazu S.100 ff.

c) Die zivilrechtlichen Folgen in Bezug auf den Anteilserwerb

Hinsichtlich der zuvor behandelten Nichtigkeit und Unvollstreckbarkeit der finanziellen Unterstützung drängt sich die Frage nach dem Schicksal einer damit verbundenen Erwerbsvereinbarung auf. Welchen Effekt die Nichtigkeit der finanziellen Unterstützung auf den eigentlichen Anteilserwerb hat, ist nach wie vor nicht eindeutig festgemacht worden.⁴⁹²

Die Entscheidung *Carney v Herbert*⁴⁹³ versucht dieses Problem in Bezug auf das Schicksal der Erwerbsvereinbarung anhand der Trennbarkeit der Vereinbarungen zu lösen: Stellen die Vereinbarung der finanziellen Unterstützung und der Erwerb der Anteile eigenständige Rechtsgeschäfte dar, so ist der Erwerb der Anteile normalerweise nicht von der Nichtigkeit und der Unvollstreckbarkeit des anderen Rechtsgeschäftes – der unerlaubten finanziellen Unterstützung – betroffen.⁴⁹⁴ Können die Vereinbarung über die finanzielle Unterstützung und der Anteilserwerb hingegen nicht als eigenständige Rechtsgeschäfte angesehen werden, sondern bilden sie Teile eines so genannten zusammengesetzten Rechtsgeschäftes (*composite transaction*), so kommt es auf die Möglichkeit einer Trennung der verschiedenen Teile an.⁴⁹⁵ Die Kriterien für eine Trennung der Vertragsteile und der damit zusammenhängenden Durchführbarkeit der Erwerbsvereinbarung über die Anteile der Gesellschaft wurden in dieser Entscheidung eingehender ausgeführt. Als eine Art allgemeine Regel gilt, dass, sofern ein gesetzmäßiger Vertrag abgeschlossen wird, wie zB ein Verkauf und Kauf, der eine Nebenvereinbarung enthält, die zwar gesetzwidrig ist, aber ausschließlich zugunsten des Klägers besteht, so wird dem Kläger die Möglichkeit eingeräumt, den Vertrag ohne die gesetzwidrige Abrede zu vollstrecken.⁴⁹⁶ Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben und die Vertragsteile somit nicht trennbar, so ist der gesamte Vertrag und demnach sowohl die Vereinbarung über eine finanzielle Unterstützung als auch die über den Anteilserwerb nichtig und unvollstreckbar. An diesen Prinzipien festhaltend, entschied das Gericht in *Carney v Herbert*, dass eine von der Tochtergesellschaft gewährte Hypothek als Sicherheit für den Erwerb von Anteilen an ihrer Muttergesellschaft von den anderen Vertragsteilen getrennt werden konnte.

⁴⁹² *McGee*, Share Capital⁵, 98.

⁴⁹³ [1985] AC 301; hierbei handelt es sich um eine australische Entscheidung, die allerdings als Commonwealth Entscheidung auch für das englische Recht Autorität besitzt.

⁴⁹⁴ *Davies*, Company Law⁸, 354.

⁴⁹⁵ *South Western Mineral Water Co Ltd v Ashmore*, [1967] 1 WLR 1110; *Carney v Herbert*, [1985] AC 301; *Neilson v Stewart*; [1991] BCC 713.

⁴⁹⁶ Es muss hier jedoch die Einzelfallgerechtigkeit und die öffentliche Ordnung beachtet werden.

Folglich erlangten der Erwerb der Anteile und die persönliche Garantie des Erwerbers Rechtsgültigkeit und konnten auch gesondert vollstreckt werden.

Allerdings behandelte auch die Entscheidung *South Western Mineral Water Co v Ashmore*⁴⁹⁷ teilweise das Problem einer von der Nichtigkeit der finanziellen Unterstützung betroffenen Erwerbsvereinbarung. Man nahm jedoch eine mögliche Heilung der Nichtigkeit der Erwerbsvereinbarung an. *Cross J* trat darin die Überlegung an, dass eine Vereinbarung über einen Anteilserwerb, welche von einer Vereinbarung einer unter das Verbot der finanziellen Unterstützung⁴⁹⁸ fallenden Sicherheitsleistung ergänzt wurde, durchaus Rechtsgültigkeit erlangen könnte, sofern die Vertragsparteien den Anteilserwerb losgelöst von der rechtswidrigen und somit unwirksamen Sicherheitsleistung durchführen würden. Dies könnte entweder durch den Verzicht der Rechte aus der Sicherheit durch den Verkäufer oder aber durch die unverzügliche Begleichung des Erwerbspreises durch den Käufer erfolgen. Könnte die Erwerbsvereinbarung nicht in diesem Sinne von der Nichtigkeit der finanziellen Unterstützung geheilt werden, so sei auch die Erwerbsvereinbarung von der Ungültigkeit betroffen und könne somit auch nicht vollstreckt werden.

d) Rechtsgültigkeit einer Vereinbarung trotz untrennbarer Vertragsteile?

Neben der möglichen Trennung der Vertragsteile hat sich ein weiterer Grundsatz aus einigen Entscheidungen herausgebildet. Die ausschlaggebenden Punkte dieses Grundsatzes sind die Gestaltung und die mögliche Ausführbarkeit des betroffenen Vertrages. Kann ein Vertrag auf zwei Weisen erfüllt werden – zum einen unter Verstoß des Verbots der finanziellen Unterstützung und zum anderen ohne einen derartigen Verstoß – so gehen die Gerichte davon aus, dass die Vertragsparteien die Absicht hatten, den Vertrag gesetzmäßig auszuführen; der Vertrag ist unter diesen Umständen als durchaus vollstreckbar anzusehen.⁴⁹⁹ Darüber hinaus nimmt das Gericht an, dass die Parteien einer Vereinbarung, deren Sinngehalt vernünftigerweise eine Doppeldeutigkeit zukommen kann – einerseits gesetzmäßig andererseits ungesetzmäßig – dieser Vereinbarung den Sinngehalt zuweisen wollten, der ihr Gesetzmäßigkeit und Vollstreckbarkeit verleiht.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ [1967] 1 WLR 1110.

⁴⁹⁸ Diese Entscheidung bezog sich auf den damaligen Verbotstatbestand der s.54 CA 1948.

⁴⁹⁹ *Parlett v Guppy*, [1996] BCC 299; *Grant v Lapid Developments Ltd*, [1996] BCC 410.

⁵⁰⁰ *Neilson v Stewart*, [1991] BCC 713.

e) Verantwortlichkeit der an der finanziellen Unterstützung Beteiligten

Die Gesellschaft kann zwar aufgrund der Nichtigkeit die rechtswidrige Vereinbarung, wie etwa ein gewährtes Darlehen auf vertraglicher Basis nicht rückgängig machen, jedoch kann sie nicht daran gehindert werden, ihre Direktoren oder unter Umständen sogar Dritte, welche an der verbotenen finanziellen Unterstützung beteiligt waren, zur Verantwortung zu ziehen und zu klagen, um den ihr dadurch entstandenen Schaden auszugleichen.⁵⁰¹

Die aus dem englischen Rechtsinstitut des *trust*⁵⁰² entwickelten und auf der besonderen Stellung der Direktoren als eine Art Treuhänder (*fiduciaries*) des gesellschaftlichen Vermögens basierenden *fiduciary duties*⁵⁰³ verpflichten die Direktoren unter anderem im objektiven Interesse der Gesellschaft sowie innerhalb des Gesellschaftsgegenstandes und somit innerhalb ihrer Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis zu handeln.⁵⁰⁴ Ferner hat ein Direktor im Falle eines Interessenskonflikts stets dem Interesse der Gesellschaft den Vorrang vor seinen eigenen Interessen zu geben.⁵⁰⁵ Ein Direktor, der an einer verbotenen finanziellen Unterstützung beteiligt ist, handelt im Widerspruch zu diesen fiduziarischen Pflichten, die er gegenüber der Gesellschaft hat, indem der Direktor das gesellschaftliche Vermögen wider den Gesellschaftsgegenstand verwendet.⁵⁰⁶ Von der Einhaltung der fiduziarischen Pflichten sind aber unter gewissen Umständen auch faktische Direktoren (*shadow directors*) betroffen.⁵⁰⁷ In einer neueren Entscheidung⁵⁰⁸ wurde

⁵⁰¹ *Selangor United Rubber Estates Ltd v Craddock*, [1968] 1 WLR 1555 (1655 f); *Wallersteiner v Moir*, [1974] 1 WLR 991 (1014 f).

⁵⁰² *Bernstorff, Graf von*, Einführung in das englische Recht³, 159 ff: Der *Trust* ist ein mit dem Treuhandverhältnis vergleichbares englisches Rechtsinstitut, welches aber über dieses hinausgeht und somit kein gleichartiges Rechtsinstitut in den kontinentalen Rechtsordnungen kennt. Das Rechtsinstitut des *Trust* reicht bis in das mittelalterliche England zurück. Es findet eine „Eigentumsspaltung“ statt; somit werden dem *trustee* (Treuhänder) und auch dem *beneficiary* (Begünstigter) eigentümerähnliche Positionen an einer einzigen Sache („Treugut“ oder „Trustvermögen“) eingeräumt. Der *Trustee* erhält zwar somit eine Art Eigentum an der Sache, ist jedoch „*in equity*“ (nach dem englischem Billigkeitsrecht) dazu verpflichtet, die Sache zugunsten des *beneficiary* zu verwalten. Aus der Sache erhält demnach der *beneficiary* sämtliche Vorteile, während der *trustee* die Verantwortung dafür trägt und gegenüber Dritten und dem *beneficiary* haftet.

⁵⁰³ Oft als Treuepflichten der Direktoren übersetzt. Dies ist aber irreführend, da sie nicht ein Äquivalent zu den im deutschen Rechtsraum gebräuchlichen Treupflichten der Geschäftsführer bzw des Vorstandes sind, sondern wohl darüber hinausgehen. Richtiger wäre hier, um möglichen Verwechslungen vorzubeugen, von fiduziarischen Pflichten zu sprechen.

⁵⁰⁴ *Ebert/Levedag* in Süß/Wachter; Handbuch, Rz 548 f; *Ferran*, Company Law, 162 ff; *Davies*, Company Law⁸, 495.

⁵⁰⁵ *Güthoff*, Gesellschaftsrecht in Großbritannien², 42; *Ferran*, Company Law, 169 f; *Davies*, Company Law⁸, 557 ff; vgl auch *Re In a Flap Envelope Co Ltd (in liquidation)*, [2003] BCC 487; hierbei ging es um einen Direktor, der eine Auszahlung von gesellschaftlichem Vermögen an sich selbst genehmigte.

⁵⁰⁶ Vgl etwa *Selangor United Rubber Estates Ltd v Craddock*, [1968] 2 Lloyd's Rep 289 (302 f); *Wallersteiner v Moir*, [1974] 1 WLR 991 (1015); *Cox v Cox*, [2006] BCC 890 (901 f).

⁵⁰⁷ *Pettet*, Company Law² 306; s auch *Selangor United Rubber Estates Ltd v Craddock*, [1968] 1 WLR 1555.

auch eine Direktorin zur Rechenschaft gezogen, obwohl diese keinen aktiven Part mehr in der Gesellschaft gespielt hatte. Hat der Direktor einer Gesellschaft eine Pflichtverletzung (*breach of fiduciary duties*) begangen, so hat er der Gesellschaft den Verlust, der ihr dadurch entstanden ist, auszugleichen.⁵⁰⁹ Mit Erlassung des CA 2006 wurde nunmehr eine Reihe an Pflichten der Direktoren kodifiziert. Insofern wird fortan die Haftung der Direktoren wohl auf diesen, später im Zusammenhang mit den alternativen Regelungsansätzen näher auszuführenden, Bestimmungen beruhen. Dennoch haben auch die *Common Law*-Prinzipien, auf denen die Haftung der Direktoren aufgrund der Verletzung ihrer fiduziarischer Pflichten weiterhin Bedeutung.

Insofern sich die Gesellschaft jedoch bereits in der Phase der Liquidation befindet, wird die Haftung der Direktoren hingegen nicht auf die Verletzung ihrer fiduziarischer Pflichten gestützt. Zu diesem Zeitpunkt steht dem Liquidator die Möglichkeit offen, die Direktoren im Zuge eines kostengünstigen und verkürzten Mahnverfahrens hinsichtlich ihrer Pflichtverstöße im Zusammenhang mit der missbräuchlichen Verwendung von Gesellschaftsvermögen in Anspruch zu nehmen.⁵¹⁰ Dieses Verfahren wird als *misfeasance summons* bezeichnet. Die entsprechende Regelung findet sich in s.212 IA 1986. Sie begründet keine neuen Ansprüche oder Verbindlichkeiten, sondern ist eigentlich rein verfahrensrechtlicher Natur und schafft somit lediglich eine Möglichkeit, Ansprüche zum Zeitpunkt der Insolvenz der Gesellschaft geltend zu machen, welche vor diesem Zeitpunkt von der Gesellschaft selbst durchgesetzt hätten werden können.⁵¹¹ Neben dem Liquidator können ferner noch sämtliche Gesellschaftsgläubiger und Beitragsbeteiligten der Gesellschaft gegen die Direktoren den Antrag auf Eröffnung eines derartigen Verfahrens erheben.⁵¹²

Neben diesen Möglichkeiten, den entstandenen Schaden im Wege einer Haftung der Direktoren auszugleichen, ist ferner noch auf das Risiko einer *disqualification* als

⁵⁰⁸ *Cox v Cox*, [2006] BCC 890.

⁵⁰⁹ S dazu *Selangor United Rubber Estates Ltd v Craddock*, [1968] 1 WLR 1555 (1655 f); *Wallersteiner v Moir*, [1974] 1 WLR 991 (1014 f); *Belmont Finance Corporation Ltd v Williams Furniture Ltd (No.2)*, [1979] Ch 250; *Re In a Flap Envelope Co Ltd (in liquidation)*, [2003] BCC 487.

⁵¹⁰ Vgl etwa *Curtis's Furnishing Stores Ltd v Curry's Ltd*, [1966] 1 WLR 1219; *Wallersteiner v Moir*, [1974] 3 All E R 217 (239): "Every director who is a party to a breach of [Anm.: the ban on the giving of financial assistance] is guilty of a misfeasance and breach of trust; and is liable to recoup to the company any loss occasioned to it by the default."; Report of the Company Law Committee; Cmnd 1749 (London: HMSO, 1962), 173.

⁵¹¹ *Keay/Walton*, Insolvency Law, 553.

⁵¹² S.212 Abs 3 IA 1986.

Direktor hinzuweisen.⁵¹³ Nimmt ein Direktor einer Gesellschaft an der Gewährung einer verbotenen finanziellen Unterstützung teil, so wird dies als ein schweres Vergehen (*indictable offence*)⁵¹⁴ angesehen, welches zur Enthebung des Amtes zusammen mit einem auf Dauer ausgesprochenen Ausübungsverbot nach s.2 CDDA 1986⁵¹⁵ führen kann.⁵¹⁶ Darüber hinaus kann sogar das fahrlässige Nichterkennen eines Direktors, dass eine verbotene finanzielle Unterstützung von der Gesellschaft gewährt wurde, einen Faktor darstellen, welcher die Beurteilung der Untauglichkeit eines Direktors für diese Tätigkeit gemäß s.6 CDDA 1986 im Rahmen eines *disqualification*-Verfahrens beeinflussen kann.⁵¹⁷

Allerdings kann die Gesellschaft nicht nur Entschädigung von ihren Direktoren verlangen, sondern kann sich unter Umständen auch an den an der verbotenen finanziellen Unterstützung beteiligten Dritten wenden und somit ihre Forderung auf Schadloshaltung an diesen richten. Hierbei knüpft die Rechtsprechung an das englische Rechtsinstitut des *constructive trust*⁵¹⁸ an. Das Rechtsinstitut des *constructive trust* hat sich aus dem englischen Rechtsinstituts des *trusts* herausentwickelt. Im Gegensatz zu den oftmals rechtsgeschäftlich eingeräumten *trusts* ist der *constructive trust* ein unmittelbar von Rechts wegen entstandener *trust*⁵¹⁹. Hierbei wird aufgrund objektiven Rechts als Reaktion auf bestimmte Ereignisse ein Dritter in Bezug auf einen Vermögensgegenstand als *trustee* für eine andere Person gesehen. Auf diese Weise wird jedoch kein auf Dauer angelegter *trust* begründet und der *trustee* ist lediglich dazu verpflichtet, den Vermögensgegenstand zurückzugeben. Ein *constructive trust* kann unter anderem aufgrund einer Pflichtverletzung, Beeinträchtigung des Treuguts oder auch aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung entstehen. Dabei fallen zwei Fallgruppen unter das Rechtsinstitut des *constructive trust*. Zum einen kann ein Dritter unter bestimmten Voraussetzungen für *knowing receipt* haften, zum anderen kann der Dritte aber auch unter gewissen anderen Voraussetzungen für *knowing assistance* zur Verantwortung gezogen werden. Erhält

⁵¹³ Vgl etwa *Re Continental Assurance Co f. London plc*, [1996] BCC 888; *Coulthard & Ors v Neville Russell (a Firm)*, [1998] BCC 359.

⁵¹⁴ Vgl hierzu s.680 CA 2006.

⁵¹⁵ Company Directors Disqualification Act 1986.

⁵¹⁶ *Ferran*, Corporate Finance Law, 308.

⁵¹⁷ *Ebd.*

⁵¹⁸ *Bernstorff, Graf von*, Einführung in das englische Recht³, 163 f.

⁵¹⁹ S dazu bereits Fn 502.

ein Dritter bewusst⁵²⁰ Vermögensgegenstände aus dem Trustvermögen, so ist er haftbar aufgrund *knowing receipt*. Im Falle des Verbotes der finanziellen Unterstützung hat der Empfänger der finanziellen Unterstützung somit über sämtliche Umstände Kenntnis zu haben bzw muss in fahrlässiger Unkenntnis über die Umstände sein. In Frage kommt hierbei unter anderem der Erwerber der Anteile, sofern es sich um eine direkte finanzielle Unterstützung handelt. Handelt es sich aber um einen Fall der indirekten finanziellen Unterstützung, so kann auch die Bank, welche eine Sicherheit in Bezug auf ein dem Anteilserwerber gewährtes Darlehen von der Gesellschaft erhält, erfasst sein.⁵²¹ Erhält hingegen der bisherige Gesellschafter, dessen Anteile mit Hilfe der finanziellen Unterstützung erworben wurden, die finanziellen Mittel,⁵²² so könnte auch dieser als *constructive trustee* haften. Ist der Dritte hingegen lediglich an der Gewährung der finanziellen Unterstützung beteiligt und nicht selbst Empfänger derselbigen, so ist die zweite Fallkonstruktion des *constructive trust* – *knowing assistance* – anwendbar. Allerdings sind an *knowing assistance* strengere Voraussetzungen geknüpft als dies bei *knowing receipt* der Fall ist. Der Dritte muss hierbei bewusst⁵²³ an einer unredlichen und betrügerischen Verhaltensweise – in diesem Fall der Gewährung finanzieller Unterstützung – beteiligt sein.⁵²⁴ Der Erwerber der Anteile ist von der Haftung für *knowing assistance* insofern betroffen, wenn es sich bei der finanziellen Unterstützung um eine indirekte Gewährung handelt, diese durch die Direktoren der unterstützenden Gesellschaft in einer unredlichen und betrügerischen Weise gewährt wurde und er zumindest in fahrlässiger Unkenntnis der Umstände ist. Gleiches gilt für den bisherigen Gesellschafter als auch für beteiligte Banken. Die Haftung richtet sich auf die Herausgabe des durch die Leistung der Gesellschaft Empfangenen.

⁵²⁰ Hier ist aber nicht positive Kenntnis erforderlich; als ausreichend wird auch die fahrlässige Unkenntnis (*constructive notice*) gesehen. Gefragt ist hier, ob unter den gegebenen Umständen ein vernünftiger Dritter weitere Nachforschungen getätigt hätte; *Selangor United Rubber Estates Ltd v Craddock*, [1968] 1 WLR 1555 (1590 f); s hierzu auch *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 242.

⁵²¹ S hierzu *Selangor United Rubber Estates Ltd v Craddock*, [1968] 2 Lloyd's Rep 289.

⁵²² Vgl hierzu *Armour Hick Northern Ltd. and Others v Whitehouse and Others*, [1980] 1 WLR 1520; *Cox v Cox*, [2006] BCC 890.

⁵²³ Auch hier ging man in der Entscheidung *Selangor United Rubber Estates Ltd v Craddock* ([1968] 1 WLR 1555) davon aus, dass bereits die fahrlässige Unkenntnis (*constructive notice*) ausreicht. Obwohl es mit der Entscheidung *Belmont Finance Corp v Williams Furniture* ([1979] Ch 250(267, 275); so auch *Todd*, IntBankL 403 (407)) eine kurzzeitige Abwendung von diesem Ansatz gab, wurde dieser jedoch beibehalten. Damit wurde eine recht weite Haftung aufgrund von *constructive trust* angewandt, da dadurch ein großer Personenkreis erfasst wird; vgl auch *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 243.

⁵²⁴ *Selangor United Rubber Estates Ltd v Craddock*, [1968] 1 WLR 1555 (1590 f): "The knowledge to hold a stranger liable as constructive trustee in a dishonest and fraudulent design is knowledge of circumstances which would indicate to an honest, reasonable man that such a design was being committed or would put him on inquiry, which the stranger failed to make, whether it was being committed."

Hinzuweisen ist abschließend noch auf die Möglichkeiten, Fälle von schweren missbräuchlichen Verhalten sowohl von Direktoren als auch beteiligten Dritten mit Hilfe der aus dem Strafrecht herrührenden Rechtsfigur *tort of conspiracy*, welche eine Anspruchsgrundlage für die Begleichung von Vermögensschäden schafft, zu ahnden.⁵²⁵

⁵²⁵ Vgl hierzu *Belmont Finance Corp v Williams Furniture*, [1979] Ch 250; *Ferran*, Corporate Finance Law, 307 f.

II. Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbes in Österreich und Deutschland

1) Die „Entstehungsgeschichte“ der Bestimmung und ihr Normzweck

Das deutsche Aktienrecht sah bis zur Erlassung der KapitalRL keine Regelung vor, die die finanzielle Unterstützung eines Dritten durch die Gesellschaft zum Zweck des Erwerbes ihrer Aktien ausdrücklich untersagte. Somit wurde der deutsche Gesetzgeber zur Implementierung einer den Art 23 umsetzenden Bestimmung in das dAktG angehalten.⁵²⁶ Durch das Durchführungsgesetz von 1978⁵²⁷ wurde nunmehr das dAktG mit dem Verbot der finanziellen Unterstützung in Form des § 71a Abs 1 dAktG angereichert. Auch der österreichische Gesetzgeber sah sich im Zuge des Beitritts zur EU gezwungen, ein bis dato fremdes Verbot in die österreichische Rechtsordnung aufzunehmen;⁵²⁸ mittels der Implementierung des § 66a in das öAktG wurde der europäischen Vorgabe letztlich entsprochen.⁵²⁹

a) Umgehungsschutz und selbstständiger Kapitalschutz

Offensichtlich hat sich der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung des Art 23 stark an diesem orientiert und auch ohne eigene weitergehende Normzwecküberlegungen übernommen.⁵³⁰ Gleiches gilt wohl auch für den österreichischen Gesetzgeber, welchem jedoch noch zusätzlich die deutsche Norm – § 71a Abs 1 dAktG – als Vorbild zur Verfügung stand. Beide Normen finden sich – wie auch Art 23 – unmittelbar im Anschluss an die Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft selbst. Demzufolge ist es auch durchaus verständlich, dass das traditionelle Verständnis anfänglich von einer reinen Umgehungsschutzfunktion der Bestimmungen ausging.⁵³¹ So sollen sie die Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft oder auf Rechnung der Gesellschaft ergänzen und somit vor einer möglichen Umgehung schützen.⁵³² Deutlich erkennbar ist dies vor

⁵²⁶ Vgl. Art 43 Abs 1 KapitalRL: „Die Mitgliedstaaten erlassen die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um dieser Richtlinie innerhalb von zwei Jahren nach ihrer Bekanntgabe nachzukommen.“

⁵²⁷ Gesetz zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts, BGBl I, 1959.

⁵²⁸ In Österreich waren folglich die finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbes vor der Implementierung des § 66a öAktG als erlaubt angesehen, sofern sie nicht gegen andere zwingende Regelungen, wie etwa das Verbot des § 52 öAktG, verstoßen. Dies ist wohl auch für Deutschland zu bejahen; vgl. *Heidinger/Micheler*, ÖBA 1993, 691 (699).

⁵²⁹ EU-GesRÄG (BGBl 1996/304).

⁵³⁰ *Oechsler* in MüKo AktG³, § 71a Rz 3.

⁵³¹ So noch *Hefermehl/Bungeroth* in Geßler/Hefermehl AktG (1984), § 71a Rz 1; *Hüffer*, NJW 1979, 1069; *Lutter* in KöKo², § 71a Rz 2.

⁵³² Vgl. etwa *Doralt, M*, Management Buyout, 81; *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 66a Rz 3; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 1; *dies*, SWK 1995, B65, 73; *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 150; *LG Göttingen*, WM 1992, 1375; *Lutter* in KöKo³, § 71a, Rz 2; *Lutter/Wahlers*, AG 1989, 9; *Wiesner* in MüHdb

allem an der vom deutschen Gesetzgeber gewählten Titulierung „Umgehungsgeschäfte“ des § 71a dAktG. Nichtsdestotrotz hat sich der Normzweck auch in Österreich und Deutschland zu einem Streitpunkt entwickelt.⁵³³ Neben der Umgehungsschutzfunktion wird hier ebenfalls ein, wenn auch oftmals in der Begründung von der Lehre nicht näher ausgeführter, selbstständiger Kapitalschutz des Verbotes im Zusammenhang mit einer Änderung der Aktionärsstruktur anerkannt. So wird an diesem Punkt auch meist mit der zur Diskussion bezüglich der europäischen Richtlinienvorgabe vergleichbaren Begründung argumentiert, dass es sich bei diesem Verbot insoweit um eine über den Schutzstandard des allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsatzes hinausgehende Bestimmung handelt, als es hierbei nicht zwangsläufig auf eine Verringerung des Gesellschaftsvermögens ankommt.⁵³⁴ Zwar zieht die finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbes ebenfalls einen vergleichbaren Effekt wie der Erwerb eigener Aktien nach sich – nämlich die teilweise Selbstfinanzierung des Grundkapitals durch die Gesellschaft –⁵³⁵ allerdings wird zunehmend auf die vorhandenen gravierenden Unterschiede zwischen der finanziellen Unterstützung eines Dritten zum Zweck des Aktienerwerbes und dem Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft hingewiesen, welche einen zusätzlichen, vom allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsatz unabhängigen Kapitalschutz in Form eines Gefährdungstatbestandes durchaus rechtfertigen.⁵³⁶ Dem entgegnet hingegen *Klass*⁵³⁷, dass man diese Unterschiede nicht zwangsläufig auf eine Zurückdrängung bzw sogar Absage gegenüber dem Umgehungsschutz rechtfertigen könne. Es komme nicht auf die Übereinstimmung aller tatbestandlichen Elemente der umgangenen Norm an, sondern vielmehr auf die Vergleichbarkeit der fraglichen Sachverhaltskonstellationen. Vielmehr handle es sich bei dem Verbot der finanziellen Unterstützung um einen echten Umgehungsschutz, welcher insofern lediglich typische Umgehungsformen regelt, die von der umgangenen Bestimmung tatbestandlich, wenn auch unter Umständen mittels Analogie, erfasst werden. Dieser echte Umgehungsschutz könne zwar formell als redundant betrachtet werden, hätte aber dennoch seinen Sinn in der

GesR, Band 4 AG³, § 15 Rz 29; an dem Umgehungsschutz grundsätzlich zweifelnd *Habersack* in FS Röhrich, 160.

⁵³³ Vgl zu dieser Streitfrage bereits S.24 ff in Bezug auf den europäischen Art 23 und S.57 ff im Hinblick auf die englischen Bestimmungen (ss.677 ff CA 2006).

⁵³⁴ S hierzu bereits die ähnlich gelagerte Argumentation in Bezug auf Art 23 (S.25 f).

⁵³⁵ *Hefermehl/Bungeroth* in Geßler/Hefermehl AktG (1984), § 71a Rz 5; auch *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 3, daran anschließend *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 1.

⁵³⁶ *Göschke*, RdW 2001, 324; *Schroeder*; Finanzielle Unterstützung, 107 ff; *Pühler*, Verbot der Anteilsfinanzierung.

⁵³⁷ *Klass*, Der Buyout von Aktiengesellschaften, 26 ff.

Klarstellung und Schaffung von „erhöhter Rechtssicherheit in sensiblen Regelungsbereichen“⁵³⁸. Nichtsdestotrotz handle es sich bei dem materiellen Schutzzweck eines echten Umgehungsschutzes um „eine am Sinn und Zweck der Norm orientierte Ausdehnung des Geltungsbereichs der umgangenen Norm“;⁵³⁹ ausschlaggebend für den materiellen Zweck des Verbotes der finanziellen Unterstützung sei folglich der Regelungszweck der Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Aktien. Gleichwohl begegnet *Kalss* dem weitergehenden, unabhängigen Kapitalschutz des Verbotes der finanziellen Unterstützung eher kritisch und weist der Verbotsbestimmung lediglich einen ausreichenden Schutz des gesellschaftlichen Vermögens innerhalb des Rahmens der allgemeinen Kapitalerhaltungsregeln zu.

Die Vermeidung einer Heranziehung des Gesellschaftsvermögens zur Finanzierung eines Aktienerwerbes außerhalb einer legalen Gewinnausschüttung rückt dennoch bezeichnend in den Mittelpunkt der Diskussionen rund um den Schutzzweck dieser Bestimmungen.⁵⁴⁰ Nicht verkannt wurde auch hier der bemerkbare Zusammenhang dieses Verbotes mit der Problematik des *Leveraged Buyouts*,⁵⁴¹ weshalb sich die Auffassung herauskristallisierte, dass sich darin eine Abwehrmaßnahme gegen LBOs und somit eine Hürde für diese verbirgt.⁵⁴²

b) Weitere Schutzzwecke

Nichtsdestotrotz bleibt die Funktion als Umgehungsschutz weiterhin bestehen, wenn auch mit weitaus geringerer Gewichtung als der unabhängige Kapitalschutz. In seiner Funktion als Umgehungsschutz versucht das Verbot der finanziellen Unterstützung, die Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien dahingehend zu ergänzen, dass ein Eingreifen der Gesellschaft auf die Aktionärsstruktur durch die gezielte Gewährung finanzieller Unterstützung an bestimmte ausgewählte Personen verhindert werden

⁵³⁸ *Ebd.*, 30.

⁵³⁹ *Ebd.*, 32.

⁵⁴⁰ *Doralt, M.*, Management Buyout, 81; *Hüffer*, AktG⁸, § 71a Rz 3 f.; *Karollus* in *Jabornegg/Strasser AktG*⁴, § 66a Rz 3; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss AktG*, § 66a Rz 1; *dies*, SWK 1995, B 65, 73; *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 150; *Oechsler* in *MüKo*³, § 71a Rz 3 f.

⁵⁴¹ S. dazu bereits in Bezug auf Art 23 S.26 sowie S.57 hinsichtlich der englischen Rechtsordnung.

⁵⁴² *Oechsler*, ZIP 2006, 1664; zum Teil wird hierin sogar eine gänzliche Absage für LBOs erblickt; vgl. etwa *Bezenberger* in *Schmidt/Lutter*, AktG, § 71a Rz 2; *Ludwig* in *Liber Amicorum Happ*, 135 mwN; aA etwa *Freitag*, AG 2007, 164; *Nuyken*, ZIP 2004, 1894; *Seibt*, ZHR 2007, 300: „[...] verbietet auch nicht generell Leverage-Transaktionen.“.

soll.⁵⁴³ Dieses Anliegen erfährt jedoch insofern eine Beschränkung, als das Gesetz selbst der Gesellschaft eine gewisse Möglichkeit einräumt, gezielt in die Aktionärsstruktur einzugreifen, indem sie vinkulierte Namensaktien ausgibt, wonach deren Übertragung nach der Satzung von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht wird (§ 62 öAktG bzw § 68 Abs 2 dAktG).⁵⁴⁴ Ferner kann dadurch ein derartiges Verbot – die Beeinflussung des Börsenkurses mittels Bereitstellung finanzieller Mittel zur Förderung des Aktienerwerbes – vereitelt werden.^{545 546}

*Oechsler*⁵⁴⁷ spricht dem Verbot der finanziellen Unterstützung einen weiteren Schutzzweck zu: Das Verbot der unmittelbaren bzw alleinigen Finanzierung des Erwerbes aus dem Gesellschaftsvermögens stelle eine Art Seriositätsschwelle im Hinblick auf Übernahmeverfahren dar, indem der Aktienerwerber in erster Linie an andere Geldgeber verwiesen wird, die vor der Gewährung finanzieller Mittel dessen Seriosität und die seines Vorhabens überprüfen. Die Bestimmung des § 71a Abs 1 dAktG hindere den Aktienerwerber nicht daran, im Anschluss an eine Kontrollübernahme eine Verschmelzung seines Vermögens mit der Zielgesellschaft zu bewirken. Mittels dieser vorangehenden Seriositätsprüfung durch den Markt, etwa in Gestalt einer Bank, wird die Gesellschaft jedoch vor einem Aktienerwerber geschützt, der aus eigener finanzieller Kraft eine Übernahme von Aktien nicht hätte durchführen können.⁵⁴⁸

2) *Der Verbotstatbestand*

a) Erfasste Gesellschaftsformen und Konzernsachverhalte

Im Gegensatz zu manch anderen Mitgliedstaaten entschied sich sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber, das Verbot der finanziellen

⁵⁴³ *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 66a Rz 3; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 66a Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 150; *Nuyken*, ZIP 2004, 1894; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 4; *Seibt*, ZHR 2007, 300; *Göschke*, RdW 2001, 324.

⁵⁴⁴ So auch schon *Göschke*, RdW 2001, 324, ebenso *Habersack* in FS Röhrich, 160: der allerdings infolgedessen diesen Schutzzweck überhaupt anzweifelt; aA *Kerber*, NZG 2006, 51 Fn 13: „Allerdings sei darauf hingewiesen, dass im Schrifttum die Vinkulierung von börsennotierten Aktien mE als unzulässig angesehen wird“.

⁵⁴⁵ *Göschke*, RdW 2001, 324; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 66a Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 150.

⁵⁴⁶ Zu ähnlichen Standpunkten im Hinblick auf Art 23 der KapitalRL und der englischen Rechtslage siehe bereits S.28 respektive S.60.

⁵⁴⁷ *Oechsler*, ZIP 2006, 1664; *ders* in MüKo³, § 71a Rz 4.

⁵⁴⁸ Die hM geht davon aus, dass § 71a dAktG keine Anwendung auf Verschmelzungssachverhalte findet, da bereits ausreichend Schutz durch die Verschmelzungsbestimmungen gewährleistet wird; LG Düsseldorf 39 O 180/04, 28.10.2005, ZIP 2006, 520 f; *Becker*, DStR 1998, 1433; *Fleischer*, AG 1996, 505; *Habersack* in FS Röhrich, 177 f; *Nuyken*, ZIP 2004, 1897; *Oechsler*, ZIP 2006, 1664; *ders* in MüKo³, § 71a Rz 4.

Unterstützung des Aktienerwerbes lediglich für Aktiengesellschaften umzusetzen.⁵⁴⁹ Ein derartiges Verbot findet man somit weder im öGmbHG noch im dGmbHG. Ein Argument dafür ist etwa, dass die GmbH bereits durch die generellen Vorschriften der Kapitalerhaltung ausreichend geschützt sei und es somit zu keinem gravierenden Missverhältnis zwischen AG und GmbH käme.⁵⁵⁰ Allerdings kann mE dieser Umstand auch darauf zurückzuführen sein, dass eine derartige Bestimmung vor Erlassung der KapitalRL bzw vor Beitritt zur EU weder von der deutschen noch von der österreichischen Rechtsordnung vorgesehen war und man von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hatte, diese neuartige und bislang unbekannte Bestimmung nur für die von der KapitalRL erfassten Aktiengesellschaften zu übernehmen, um denkbare und mit aller Wahrscheinlichkeit auch auftretende Rechtsunsicherheiten und Anwendungsprobleme, welche von einer bislang unerforschten und somit auch mit wenig Fassbarkeit behafteten Rechtsnorm ausgehen können, hintanzustellen; zumindest auf dem Rechtsgebiet der GmbH. Nach Erforschung und Klarstellung dieser Rechtsunsicherheiten und Anwendungsprobleme ist es schließlich immer noch möglich, eine gleichsamer Bestimmung auch in das GmbHG zu implementieren, wenn sich ein derartiges Erfordernis zeigen sollte. Dieses Argument mag auch die Zurückhaltung gegenüber einer analogen Anwendung verständlich machen.⁵⁵¹

Gemäß der österreichischen Bestimmung des § 66a öAktG ist nicht nur die finanzielle Unterstützung des Erwerbes von Aktien der unterstützenden Gesellschaft von dem Verbot erfasst, sondern auch ausdrücklich die finanzielle Unterstützung des Erwerbes von Aktien der Muttergesellschaft. Ob es sich um ein Mutterunternehmen iS der Bestimmung handelt, richtet sich nach § 228 Abs 3 UGB; demnach ist das Mutterunternehmen, welches der Verpflichtung zur Aufstellung des Konzernabschlusses nachzukommen hat. Allerdings muss das Mutterunternehmen in Form einer AG konzipiert sein, da § 66a öAktG ausdrücklich nur den Erwerb von Aktien erwähnt; die finanzielle Unterstützung eines Erwerbes von Anteilen an einem Mutterunternehmen in Form einer GmbH kann folglich nicht verboten sein.⁵⁵²

⁵⁴⁹ Zum Anwendungsbereich des Art 23 KapitalRL siehe ausführlich bereits S.22.

⁵⁵⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 3; *dies* in MüKo³, § 71a Rz 68; *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 10; aA *Wymeersch* in FS Drobnič, 275.

⁵⁵¹ Zur Frage einer möglichen analogen Anwendung *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 96 GmbHG Rz 14; eine analoge Anwendung gänzlich ablehnend *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 150.

⁵⁵² *Göschke*, RdW 2001, 325; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 66a Rz 6; aA *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 66a Rz 7.

Rein dem Wortlaut der Bestimmung folgend, kann die finanzielle Unterstützung durch eine Tochtergesellschaft zum Zweck des Erwerbes von Aktien an ihrem Mutterunternehmen nur insoweit verboten sein, als die Tochtergesellschaft ebenfalls in Form einer AG besteht. Allerdings könne dadurch das Verbot des § 66a öAktG etwa anhand eines einfachen Rechtsformwechsels der Tochtergesellschaft nur allzu leicht umgangen werden; insofern ist die Anwendung der Bestimmung lediglich auf Tochtergesellschaften in Form einer AG schwer zu rechtfertigen. Diese Unterscheidung in der Anwendung der Verbotsnorm zwischen Tochtergesellschaften in Form einer Aktiengesellschaft und einer anderen Gesellschaftsform wird als planwidrige Lücke angesehen, welche mittels Analogie zu schließen ist.⁵⁵³

Im Gegensatz zur Anwendung des Verbotes auf die finanzielle Unterstützung durch Tochtergesellschaften ist die Gewährung finanzieller Unterstützung durch ein Mutterunternehmen zum Zweck des Erwerbes von Aktien einer Tochtergesellschaft gerade nicht vom Verbot des § 66a öAktG erfasst.⁵⁵⁴ Auch die finanzielle Unterstützung durch eine Schwestergesellschaft ist vom Wortlaut der Bestimmung nicht gedeckt. Folglich ist also auch hier eine Möglichkeit zur Umgehung des Verbotes gegeben.

Im Hinblick auf die deutsche Rechtslage bietet sich hier auf den ersten Blick ein Bild an Unstimmigkeiten. Um Licht in die fast undurchschaubare Häufung an verschiedenen Lehrmeinungen zu bringen, gilt es anfänglich zu unterscheiden zwischen Sachverhalten, wonach ein Dritter von einer Gesellschaft des Unternehmensverbundes finanzielle Unterstützung zum Erwerb von Aktien an einer anderen Gesellschaft des Unternehmensverbundes erhält, und Sachverhalten, welche die Gewährung finanzieller Unterstützung innerhalb eines Unternehmensverbundes umfassen. Vor allem diese Unterscheidung kann Licht in die allzu leicht für Verwirrung sorgenden Kommentierungen in Bezug auf die Anwendbarkeit des Verbotes finanzieller Unterstützung im Unternehmensverbund bringen. Denn erst der zweite Typus von Sachverhalt sorgt in der deutschen Lehre für Uneinigkeit und für Streitpunkte. Anders als etwa die österreichische Bestimmung verbietet das deutsche Pendant, § 71a Abs 1 dAktG, nicht unmittelbar die Gewährung finanzieller Unterstützung eines Dritten durch eine Tochtergesellschaft für den Erwerb von Aktien

⁵⁵³ Göschke, RdW 2001, 325 f; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 66a Rz 6; aA noch Kalss, AG 1996, 560 Fn 129; Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung, 212.

⁵⁵⁴ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 6; Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 9.

an ihrer Muttergesellschaft. Diese Aufgabe übernimmt aber die Bestimmung des § 71d dAktG, wonach kraft Verweisung des § 71d 4. Satz ebenso das Verbot der finanziellen Unterstützung Anwendung finden soll auf Rechtsgeschäfte, an denen ein von der AG abhängiges oder in ihrem Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen bzw ein im eigenen Namen, aber für Rechnung der AG oder eines solchen Unternehmens handelnder Dritter beteiligt ist.⁵⁵⁵ Im Ergebnis kommt man folglich auch hier zu einem Verbot der finanziellen Unterstützung der Tochtergesellschaft zum Zweck des Erwerbes von Aktien an der Muttergesellschaft. Des Weiteren ist folglich auch eine Leistung finanzieller Mittel durch einen Dritten auf Rechnung der Gesellschaft oder auf Rechnung einer Tochtergesellschaft zum Zweck des Erwerbes von Aktien an dieser Gesellschaft vom Verbot der finanziellen Unterstützung erfasst.⁵⁵⁶

Ferner ist die Frage nach der Anwendbarkeit des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf Sachverhalte innerhalb eines Unternehmensverbundes zu klären, welche zu einem fraglichen und umstrittenen Thema in der deutschen Lehre geführt hat. Die Lehre differenziert an dieser Stelle zu Beginn zwischen dem Vorliegen eines Vertragskonzerns und einem faktischen Konzern.⁵⁵⁷ Im Falle eines Vertragskonzerns nahm die hL⁵⁵⁸ bislang an, dass sowohl die Bestimmung des § 291 Abs 3 dAktG, wonach Leistungen der Gesellschaft bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60 dAktG gelten, als auch die Verlustausgleichsverpflichtung nach § 302 dAktG die Anwendbarkeit des § 71a Abs 1 dAktG ausschließt. Dies wurde vor allem mit der weit verbreiteten Auffassung begründet, dass die Bestimmung des § 71a Abs 1 dAktG lediglich einen Sonderfall des § 57 dAktG darstelle und der von dieser Vorschrift verfolgte Schutz durch ein „System koordinierter Systemverantwortung“⁵⁵⁹ nach den Vorschriften in Bezug auf den Vertragskonzern erreicht wird. Die Verdrängung des Verbotes der finanziellen Unterstützung in diesem Zusammenhang ist nunmehr

⁵⁵⁵ Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl AktG (1984), § 71a Rz 7 mit Verweis auf § 71d Rz 38, 79, 93; Merkt in Großkommentar⁴, § 71a Rz 18; Oechsler in MüKo³, § 71d Rz 56 sowie § 71a Rz 34.

⁵⁵⁶ Oechsler in MüKo³, § 71a Rz 34.

⁵⁵⁷ Sofern ein beherrschendes Unternehmen ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung zusammengefasst, so ist hier von einem Konzern zu sprechen (Vgl § 18(1) dAktG). Ist ein Beherrschungsvertrag (§ 291 dAktG) zwischen diesen Unternehmen vorhanden, so spricht man von einem Vertragskonzern; fehlt ein solcher Beherrschungsvertrag, dann liegt ein faktischer Konzern vor.

⁵⁵⁸ Fleischer, AG 1996, 505 ff; Habersack in FS Röhrich, 165 Fn 44; Otto, DB 1989, 1395; Seibt, ZHR 2007, 306; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 285 ff; wohl auch Diem, Akquisitionsfinanzierungen, § 47 Rz 30 f; aA Bezenberger in Schmidt/Lutter, AktG, § 71a Rz 18; Lutter/Wahlers, AG 1989, 9; kritisch auch Nodoushani, Der Konzern 2008, 389.

⁵⁵⁹ Oechsler in MüKo³, § 71a Rz 13.

ausdrücklich mit Erlassung des MoMiG in der gesetzlichen Bestimmung des § 71a dAktG verankert worden, wonach das Verbot der finanziellen Unterstützung nicht für Rechtsgeschäfte gilt, wenn ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag besteht.

Weniger klar ist der Meinungsstand hinsichtlich faktischer Konzerne. Zum Teil wurde in diesem Fall die Meinung vertreten, dass auch hier die Nachteilsausgleichsverpflichtung der beherrschenden Gesellschaft gem § 311 dAktG die Anwendbarkeit des § 71a Abs 1 dAktG negiert.⁵⁶⁰ Diese Ansicht wurde jedoch von einem Teil der Lehre insofern modifiziert, als lediglich eine aufschiebende Bedingung angenommen wird.⁵⁶¹ Das Verbot der finanziellen Unterstützung sollte folglich nur insoweit verdrängt werden, als es dem beherrschenden Unternehmen möglich ist, den Nachteil auszugleichen (§ 311 Abs 2 dAktG), andernfalls sollte das Verbot des § 71a Abs 1 dAktG aufgrund des mangelnden Verlustausgleiches wieder rückwirkend aufleben. Insofern unterstünden Rechtsgeschäfte innerhalb eines faktischen Konzerns, welche eine potentielle finanzielle Unterstützung darstellen, der auflösenden Bedingung des zeitgerechten Verlustausgleichs. Folglich könne neben der Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und dessen Vertreter für den nicht ausgeglichenen Nachteil gem § 317 dAktG die Vorschrift des § 71a Abs 1 dAktG treten. Eine Gegenansicht begründete ihre Auffassung mit der Bestimmung des § 71d dAktG und wollte folglich § 71a Abs 1 dAktG nur in den Fällen angewendet sehen, bei denen die abhängige Tochtergesellschaft den Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft finanziell unterstützt. Alle anderen Fälle finanzieller Unterstützung im Unternehmensverbund – etwa die Gewährung finanzieller Unterstützung eines Erwerbes der abhängigen Gesellschaft von Aktien der Mutter – würden demnach nicht in den Anwendungsbereich des § 71a Abs 1 dAktG fallen.⁵⁶² Dieser Ansicht steht *Diem*⁵⁶³ allerdings insofern kritisch gegenüber, als § 71d dAktG sich nur auf Handlungen Dritter beziehe und nicht auf Handlungen der AG. Demzufolge sei es einer abhängigen Gesellschaft lediglich verboten, einem Dritten finanzielle Unterstützung zu gewähren, um diesem den Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft

⁵⁶⁰ So etwa *Fleischer*, AG 1996, 507.

⁵⁶¹ *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 278 ff; ihm folgend *Diem*, Akquisitionsfinanzierungen, § 47 Rz 26; *Seibt*, ZHR 2007, 306; kritisch *Nodoushani*, Der Konzern 2008, 388 f.

⁵⁶² *Bezenberger* in Schmidt/Lutter, § 71a Rz 18; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 13 und § 71d Rz 56.

⁵⁶³ *Diem*, Akquisitionsfinanzierung, § 47 Rz 24 f.

zu ermöglichen;⁵⁶⁴ jegliche andere finanzielle Unterstützungen innerhalb eines Unternehmensverbundes würden sich nach den oben erläuterten Ansichten richten. An diesem Punkt wurde leider keine Aufklärungsarbeit mit der Einführung des MoMiG geleistet. Geht man jedoch von der dominierenden Ansicht aus und sieht § 71a Abs 1 dAktG als Sonderfall des § 57 dAktG, so kann womöglich ein Blick auf die entsprechenden Ausführungen im Zusammenhang mit dieser Bestimmung von Diensten sein. Zwar wurde eine Aufklärung auch hier vom Gesetzgeber unterlassen, jedoch hat sich im Rahmen einer zu § 57 dAktG nF ergangenen Entscheidung eben diese Frage gestellt. Der BGH entschied sich in diesem Fall für die Natur einer verdrängenden Spezialregelung der §§ 311, 317 dAktG. In Anbetracht der zuvor erwähnten herrschenden Ansicht, spricht folglich vieles dafür, dieser Auffassung auch für § 71a Abs 1 dAktG Geltung zuzusprechen.

Aufgrund des Fehlens ähnlicher Regelungen im österreichischen Recht stand eine vergleichbare Diskussion in Bezug auf eine finanzielle Unterstützung innerhalb eines Unternehmensverbundes bislang noch nicht zur Debatte. Orientiert man sich hier jedoch an der deutschen Herangehensweise in Bezug auf diese Problematik und zieht den Status des Verbotes der finanziellen Unterstützung als Sonderfall des § 52 öAktG, welches verbotene Ausschüttungen an Aktionäre regelt, heran, so ist aufgrund des Fehlens vergleichbarer Regelungen des deutschen Konzernrechts auf das Verhältnis zwischen der Bestimmung des § 52 öAktG und Sachverhalten mit Konzernbezug zu verweisen. Infolgedessen kann darauf geschlossen werden, dass auch innerhalb des Unternehmensverbundes das Verbot der finanziellen Unterstützung seine Geltung beibehält.⁵⁶⁵

In Bezug auf die Anwendung des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf grenzüberschreitende Sachverhalte wird von der Lehre die Meinung vertreten, dass die gesellschaftsrechtliche Verbotsbestimmung auch auf ausländische Tochtergesellschaften Anwendung finden soll, da die Bestimmung die inländische Muttergesellschaft als Schutzobjekt vor Augen hat und in erster Linie auf die Erhaltung ihres Kapitals abzielt. Somit soll der Anknüpfungspunkt das Personalstatut der Muttergesellschaft und nicht das Vertragstatut des Finanzierungsgeschäftes sein.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Vgl hierzu auch *Lutter* in KöKo³, § 70d Rz 49.

⁵⁶⁵ Zum Verhältnis § 52 öAktG und Konzernsachverhalte s S.258 ff.

⁵⁶⁶ *Heidinger/Micheler*, ÖBA 1993, 694; *Göschke*, RdW 2001, 326 f; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 7; *Werner*, AG 1972, 98 (in Bezug auf § 71 dAktG); aA *Huber* in FS Duden, 155 (auch in Bezug auf § 71 dAktG).

Dieser Ansicht ist mit Vorsicht zu begegnen. Zwar mag es stimmen, dass ausländische Tochtergesellschaften dem Verbot der finanziellen Unterstützung Beachtung schenken müssen, allerdings ist in Bezug auf die möglichen Rechtsfolgen eines Verstoßes auf die Komplexität des Kollisionsrechtes zu verweisen, welches die Anwendung der Rechtsordnungen auf das fragliche Rechtsgeschäft mit grenzüberschreitender Anknüpfung bestimmt. So ist es nicht durchwegs eindeutig, ob auch die Rechtsfolgen des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf die von der ausländischen Tochtergesellschaft gewährte Unterstützungshandlung anzuwenden sind. In diesem Zusammenhang muss vor allem auf die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)⁵⁶⁷ verwiesen werden.

b) Der Anteilserwerb

Der Tatbestand des Verbotes der finanziellen Unterstützung weist zwei strikt voneinander getrennte Rechtsgeschäfte auf. Zum einen ist dies das Finanzierungsgeschäft und zum anderen das Erwerbsgeschäft, welches finanziell unterstützt werden soll. Augenscheinlich hat das Finanzierungsgeschäft weitaus größere Bedeutung als im Vergleich zum Aktienerwerb, welcher das Finanzierungsgeschäft bedingt. Allerdings wird anfänglich auf die Person des Erwerbers, den Erwerbsgegenstand sowie das Wesen des Erwerbes näher eingegangen, bevor das Finanzierungsgeschäft, welches den Mittelpunkt der Bestimmung bildet, ausführlich erläutert wird.

aa) Person des Erwerbers – Auf eigene Rechnung oder auf Rechnung eines Dritten

Der für das Verbot relevante Erwerb hat durch eine beliebige Person – sei es eine natürliche oder juristische Person – auf eigene Rechnung oder auf Rechnung einer dritten Person zu erfolgen.⁵⁶⁸ Damit sind etwa auch Personen erfasst, die bereits Gesellschafter der Gesellschaft sind. Erfolgt der Aktienerwerb durch einen Dritten hingegen auf Rechnung der Gesellschaft oder einer ihrer Tochtergesellschaften, so findet § 66a öAktG bzw § 71a Abs 1 dAktG genauso wenig Anwendung, wie wenn die Gesellschaft ihre Aktien selbst erwerben würde. Bei der Frage, auf wessen Rechnung

⁵⁶⁷ Verordnung (EG) Nr.593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I); ABl L 177 vom 4.7.2008, 0006-0016.

⁵⁶⁸ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 8; dies, AG 1996, 560; Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 6; Lutter in KöKo³, § 71a Rz 25; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 155.

der Erwerb letztlich erfolgt ist, hat man der Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen dem Dritten und der AG besondere Beachtung zu schenken.⁵⁶⁹

Handelt es sich bei der Person des Erwerbers um ein Organ der AG, so muss zudem die Bestimmung des § 80 öAktG bzw der §§ 89 und 115 dAktG Beachtung finden. Diese Bestimmungen regeln die Kreditvergabe an Vorstandsmitglieder und leitende Angestellte der AG; respektive für Deutschland die Kreditvergabe an Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder. Allerdings ist der hierbei verfolgte Schutzzweck anderer Natur. Im Gegensatz zum Schutzzweck des Verbotes der finanziellen Unterstützung, bei dem wohl der Kapitalschutz im Vordergrund steht, verfolgen diese Bestimmungen in erster Linie die Beschränkung der Vertretungsmacht und die Verhinderung des Machtmissbrauches.⁵⁷⁰

Beachtung finden muss hier ferner, und ist folglich an dieser Stelle vorweg zu nehmen, dass die Person des Erwerbers und die des Empfängers der finanziellen Unterstützung nicht identisch sein müssen. Das Verbot der finanziellen Unterstützung kann auch auf Rechtsgeschäfte Anwendung finden, die nicht mit dem eigentlichen Aktienerwerber abgeschlossen wurden, sondern etwa mit einer weiteren Person, sofern die finanzielle Unterstützung dem Erwerber zu Gute kommt. Dass dies auch von der Verbotsbestimmung gedeckt ist, zeigt sich in der tatbestandlichen Aufnahme der Sicherheitsgewährung als verbotene finanzielle Unterstützung.⁵⁷¹

bb) Gegenstand des Erwerbes

Der für den Verbotstatbestand relevante Erwerb muss Aktien zum Gegenstand haben.⁵⁷² Die Aktie ist iS des Verbotes der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbes als Inbegriff sämtlicher Rechte und Pflichten zu verstehen, die einem Aktionär aufgrund seiner Beteiligung an der AG zustehen und nicht als das die Rechte und Pflichten verbriefende Wertpapier an sich.^{573 574} Dies kann man insbesondere auch daraus folgern, dass ein, wenn auch eher sekundärer Schutzzweck der Verbotsnorm, die Verhinderung eines Eingriffes der Gesellschaft in die Aktionärsstruktur vor Augen hat. Folglich muss ein Erwerb so konzipiert sein, dass dadurch das oftmals in Form

⁵⁶⁹ Hierzu ausführlich *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 156.

⁵⁷⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 80 Rz 1; *Mertens* in KöKo², § 89 Rz 2; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 11; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 119.

⁵⁷¹ S hierzu ausführlicher S.118 ff.

⁵⁷² Aktiengattung oder auch die etwaige Einbezahlung bzw Nichteinbezahlung auf die Aktien sind hier irrelevant; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 154.

⁵⁷³ *Ebd.*

⁵⁷⁴ Vgl zur Definition der Aktie *Heider* in MüKo³, § 1 Rz 97 mit Verweis auf die deutsche Ausführung auch *Doralt/Diregger*, MüKo³, § 1 Rz 108.

eines Wertpapiers verbriefte Mitgliedschaftsrecht endgültig an den Erwerber übertragen wird, andernfalls kann kein für das Verbot relevanter Erwerb vorliegen.⁵⁷⁵ Da Zwischenscheine ebenso wie Aktienurkunden Mitgliedschaftsrechte verbriefen,⁵⁷⁶ können diese gleichfalls Gegenstand des Erwerbes sein.⁵⁷⁷ Im gleichen Sinne ist der Erwerb von Miteigentumsanteilen denkbar. Im Gegensatz dazu kann der Erwerb von Wertpapieren, die keine Mitgliedschaftsrechte verbriefen, wie etwa Genussscheine, Schuldverschreibungen, Optionsanleihen oder auch Wandelschuldverschreibungen nicht unter den Tatbestand des Verbotes finanzieller Unterstützung subsumiert werden.⁵⁷⁸ Es sei denn, die Ausübung des Rechtes, welches eine Optionsanleihe oder eine Wandelschuldverschreibung verbrieft, durch den Inhaber des Wertpapiers ist so wahrscheinlich, dass man von dem Versuch, das Verbot der finanziellen Unterstützung zu umgehen, ausgehen muss.⁵⁷⁹ Ferner sind derartige Wertpapiere von vornherein als Aktien zu behandeln, wenn die Ausübung des verbrieften Rechtes bereits bei der Ausgabe feststeht, es sich somit um so genannte Pflichtwandelpapiere handelt.⁵⁸⁰

cc) Art des Erwerbes

Strittig und noch weithin ungeklärt ist die Frage, ob der Begriff des Erwerbes sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft umfasst. Dieser Meinungsstreit findet allein in Bezug auf die deutsche Rechtslage statt, was auf das Vorherrschen des Abstraktionsgrundsatzes⁵⁸¹ im deutschen Recht zurückzuführen ist. Zum Teil wird die Meinung vertreten, dass der Erwerbsbegriff des § 71 dAktG auch für das Verbot der finanziellen Unterstützung maßgebend sei⁵⁸² und somit sowohl das Verfügungs- als auch das Verpflichtungsgeschäft umfasse.⁵⁸³ Eine andere Auffassung vertritt allerdings, gestützt auf die unterschiedliche Anknüpfung der Rechtsfolgen des § 71 und des § 71a Abs 1 dAktG, dass lediglich die Verfügung über das

⁵⁷⁵ *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 151 und 154.

⁵⁷⁶ Vgl etwa *Heider* in *MüKo*³, § 8 Rz 99 f.

⁵⁷⁷ *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 26; *Oechsler* in *MüKo*³, § 71a Rz 15; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 154.

⁵⁷⁸ *Ebd.*

⁵⁷⁹ *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 26 mwN.

⁵⁸⁰ *Ebd.*

⁵⁸¹ Dieser Grundsatz enthält in erster Linie das Trennungsprinzip, welches besagt, dass das kausale Verpflichtungsgeschäft und das abstrakte Verfügungsgeschäft sowohl gedanklich als auch in ihrer rechtlichen Behandlung zu trennen sind; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁸, Rz 74 ff.

⁵⁸² *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 26; *Oechsler* in *MüKo*³, § 71a Rz 14.

⁵⁸³ *Hefermehl/Bungeroth* in *Geßler/Hefermehl AktG* (1984), § 71 Rz 16; *Hüffer*, *AktG*⁸, § 71 Rz 4; *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 26.

Mitgliedschaftsrecht ausschlaggebend, der Rechtsgrund auf dem die Verfügung beruht hingegen in Bezug auf den Erwerbsbegriff irrelevant sei.⁵⁸⁴

Beinahe unbestritten ist allerdings die Auffassung, dass sich das Finanzierungsverbot grundsätzlich nur auf den derivativen Erwerb von Aktien bezieht, bei dem bereits zuvor ein Mitgliedschaftsrecht begründet wurde.⁵⁸⁵ Die Zeichnung von Aktien bei einer Gesellschaftsgründung oder Kapitalerhöhung als Form des originären Aktienerwerbes fällt somit nicht unter das Finanzierungsverbot. Dessen ungeachtet kommen in diesem Fall aber nach wie vor die allgemeinen Kapitalaufbringungsgrundsätze zum Tragen.⁵⁸⁶ Bei der Ausgabe junger Aktien im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung ist allerdings zu beachten, dass der Erwerb von Aktien über ein mittelbares Bezugsrecht einen derivativen Erwerb darstellt, wohingegen der Erwerb eines unmittelbaren Bezugsrechts dem Verbot nicht unterliegt.⁵⁸⁷

Die Frage, ob sowohl ein entgeltlicher als auch ein unentgeltlicher Erwerb vom Verbot erfasst ist, wurde allerdings bislang wenig diskutiert.⁵⁸⁸ Geht man vom Wortlaut der Bestimmung aus, so wird man zu dem Schluss kommen, dass nur ein entgeltlicher Erwerb durch die Gesellschaft in Form einer Vorschussgewährung, einer Darlehensgewährung oder aber einer Sicherheitsleistung finanziert werden kann. Finanzierung bedeutet die Bereitstellung finanzieller Mittel.⁵⁸⁹ Ein unentgeltlicher Erwerb von Aktien wird folglich auch keiner finanzieller Mittel und somit auch keiner Finanzierung bedürfen.⁵⁹⁰

Allerdings soll nicht nur die finanzielle Unterstützung des Erwerbes von Aktien vom Verbot erfasst sein. Teilweise wird nunmehr die Auffassung vertreten, dass auch eine finanzielle Unterstützung verboten ist, die das weitere Behalten bereits zuvor

⁵⁸⁴ Schroeder, *Finanzielle Unterstützung*, 151.

⁵⁸⁵ Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl *AktG* (1984), § 71a Rz 1; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG* § 66a Rz 5; Karollus in Jabornegg/Strasser, *AktG* § 66a Rz 5; Lutter in *KöKo*³, § 71a Rz 21; Oechsler in *MüKo*³, § 71a Rz 15; Schroeder, *Finanzielle Unterstützung*, 152ff; aA *Sieger/Hasselbach*, BB 2004, 62.

⁵⁸⁶ Karollus in Jabornegg/Strasser, *AktG* § 66a Rz 5; Lutter in *KöKo*³, § 71a Rz 21.

⁵⁸⁷ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG* § 66a Rz 5; Karollus in Jabornegg/Strasser, *AktG* § 66a Rz 5; Oechsler in *MüKo*³, § 71a Rz 15; Schroeder, *Finanzielle Unterstützung*, 154; aA Lutter in *KöKo*³, § 71a Rz 22: „Vielmehr ist die Gleichbehandlung des mittelbaren und des unmittelbaren Bezugsrechts die weitaus stimmigere Lösung.“.

⁵⁸⁸ S dazu nur Schroeder, *Finanzielle Unterstützung*, 151 f.

⁵⁸⁹ Duden, *Das Bedeutungswörterbuch*³, finanzieren: „(für etwas) das erforderliche Geld zur Verfügung stellen“.

⁵⁹⁰ Schroeder, *Finanzielle Unterstützung*, 151 f.

erworbener Aktien ermöglichen soll.⁵⁹¹ Dies ist jedoch nicht vom Wortlaut der Bestimmung gedeckt, die bekanntlich nur die finanzielle Unterstützung zum Zweck des Erwerbes verbietet. Andererseits wird wohl unter dem „*Ermöglichen des weiteren Behaltens der Aktien*“ lediglich die nachträgliche Gewährung finanzieller Unterstützung des Aktienerwerbes zu verstehen sein, welche von der hL als vom Verbot erfasst begriffen wird.⁵⁹²

c) Das Finanzierungsgeschäft

aa) Die ausdrücklich benannten Unterstützungshandlungen – Vorschuss, Darlehen und Sicherheitenbestellung

Im Mittelpunkt der Bestimmung des § 66a öAktG bzw § 71a Abs 1 dAktG steht die Unterstützungshandlung der Gesellschaft – das Finanzierungsgeschäft – auf das sich auch die Rechtsfolgen beziehen und welches der Bedingung des Aktienerwerbes durch einen Dritten unterstellt ist. Die Bestimmung des § 66a öAktG bzw § 71a Abs 1 dAktG benennt drei Typen von Rechtsgeschäften, die der Klassifizierung eines Finanzierungsgeschäftes unterstehen: die Gewährung eines Vorschusses, eines Darlehens und die Leistung einer Sicherheit. Damit halten sich der deutsche und in weiterer Folge auch der österreichische Gesetzgeber in ihrer Implementierung sichtlich an die Vorgabe der Richtlinienbestimmung. Eine Vorschussleistung ist eine besondere Art der Erfüllung, bei der von Seiten der Aktiengesellschaft eine noch nicht entstandene oder noch nicht fällige Forderung im Voraus geleistet wird, ohne dass eine Rückerstattung gewollt wird, wie etwa die vorzeitige Tilgung einer Kaufpreisschuld oder eines Werklohnes. Zu der tatbestandlichen Gewährung eines Darlehens zählen nicht nur die Fälle des § 938 ABGB bzw der §§ 488 BGB, sondern sie umfasst sämtliche Kreditgeschäfte, die auf die Verschaffung von Kapital gerichtet sind, wie etwa auch die Stundung und somit die Hinausschiebung der Fälligkeit einer bereits bestehenden Forderung.⁵⁹³ Desgleichen ist die Leistung einer Sicherheit in einem sehr weiten Sinn zu verstehen und schließt unter anderem eine Sicherungsübereignung, eine Sicherungsabtretung, eine Bürgschaft, eine Garantie sowie eine Bestellung von

⁵⁹¹ Doralt, M, Management Buyout, 83, gestützt auf Lutter in KöKo², § 71a Rz 6; nunmehr auch in der 3.Aufl, § 71a Rz 41; auch Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 9; Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ Rz 13; Singhof, NZG 2002, 746.

⁵⁹² Vgl hierzu S.130 f.

⁵⁹³ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 4; Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 11; Kumpan, AG 2007, 468; Lutter in KöKo², § 71a Rz 5 (nicht mehr ganz so ausdrücklich in der 3.Aufl, § 71a Rz 28; aA LG Düsseldorf 39 O 180/04, 28.10.2006, ZIP 2006, 519.

Hypotheken ein.⁵⁹⁴ Ausschlaggebend sei hier die Übernahme des Risikos durch die Gesellschaft eines einem Dritten gewährten Kredites durch Einsatz eigener Mittel.⁵⁹⁵

bb) Die indirekte finanzielle Unterstützung

Dass nach der österreichischen und der deutschen Rechtslage auch die Möglichkeit einer indirekten finanziellen Unterstützung anzuerkennen ist, zeigt sich insbesondere an der ausdrücklich in den Tatbestand aufgenommenen Sicherheitsgewährung. Die Vermögensverlagerung liegt hier im Vergleich zu den beiden anderen ausdrücklich benannten Finanzierungsgeschäften etwas anders; bei der Leistung einer Sicherheit werden die finanziellen Mittel dem potenziellen Erwerber der Aktien nicht direkt zugewandt und werden auch sonst nicht unmittelbar verwendet, was folglich keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Gesellschaftsvermögen haben kann. Die Gefahr für die Gesellschaft findet sich hier in der Übernahme des etwaigen Risikos eines Vermögensverlustes zu Gunsten des Aktienerwerbers im Falle einer Inanspruchnahme der gewährten Sicherheit. An dieser Konstellation zeigt sich deutlich, dass es für die Anwendbarkeit der Bestimmung nicht auf eine personelle Übereinstimmung des Aktienerwerbers und des Empfängers der finanziellen Unterstützung ankommen muss, sondern auch Rechtsgeschäfte im Mehrpersonenverhältnis von dem Verbot der finanziellen Unterstützung erfasst sein können. Maßgeblich ist in einem solchen Fall allerdings, dass das Finanzierungsgeschäft indirekt dem Erwerber der Aktien und somit dem Aktienerwerb wirtschaftlich zu Gute kommt,⁵⁹⁶ indem etwa ein von diesem aufgenommener Kredit bei einer Bank von der Gesellschaft besichert wird oder die Gesellschaft gegenüber dem verkaufenden Aktionär für die Kaufpreisverbindlichkeit des Aktienerwerbers bürgt. Folglich findet das Verbot nicht nur auf Finanzierungsgeschäfte zwischen der AG und dem Aktienerwerber Anwendung, sondern auch auf solche zwischen AG und einem Dritten, welcher nicht Erwerber ist.⁵⁹⁷ ⁵⁹⁸ Dabei kann die Erscheinungsform der indirekten Unterstützung wiederum unterteilt werden in interne und externe finanzielle Unterstützung. Eine interne

⁵⁹⁴ *Hefermehl/Bungeroth* in *Geßler/Hefermehl AktG* (1984), § 71a Rz 9; *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 33; *Oechsler* in *MüKo*, § 71a Rz 18; *Schroeder*, *Finanzielle Unterstützung*, 159 f; ausführlich zur Übernahme von Gewährleistungen durch die Gesellschaft *Sieger/Hasselbach*, BB 2004, 60.

⁵⁹⁵ Vgl etwa *Hefermehl/Bungeroth* in *Geßler/Hefermehl AktG* (1984), § 71a Rz 9; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss, AktG*, § 66a Rz 4.

⁵⁹⁶ Ausführlich dazu *Fleischer*, AG 1996, 500; hierbei zieht er die zu § 57 dAktG entwickelten Grundsätze hinsichtlich Ausschüttungen unter Beteiligung Dritter heran (hierzu ausführlich S.250 ff).

⁵⁹⁷ *Fleischer*, AG 1996, 500; *Karollus* in *Jabornegg/Strasser, AktG*⁴, § 66a Rz 12; *Ludwig* in *Liber Amicorum Happ*, 135; *Schroeder*, *Finanzielle Unterstützung*, 162.

⁵⁹⁸ In welchem Ausmaß diese Rechtsgeschäfte von den Rechtsfolgen betroffen sind, s. S.260 ff (insbesondere S.267 ff für Österreich und S.275 f für Deutschland).

finanzielle Unterstützung liegt insofern dann vor, wenn neben der Gesellschaft und dem Aktienerwerber der veräußernde Aktionär an der indirekten finanziellen Unterstützung teilnimmt. Im Gegensatz dazu liegt eine externe finanzielle Unterstützung dann vor, wenn ein gesellschaftsfremder Dritter, wie etwa eine Bank, Partei einer indirekten finanziellen Unterstützung ist.⁵⁹⁹

Einen Sonderfall bildet jedoch ein Dreipersonenverhältnis, bei dem es zu keinem Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Dritten kommt, da etwa der potentielle Erwerber mit der Gesellschaft eine Finanzierungsabrede trifft und diese sodann an einen Dritten als Sicherheit abtritt. Ferner ist noch an einen Sachverhalt zu denken, bei dem ein Dritter ein Darlehen von der Gesellschaft erhält, welches er in späterer Folge an den potenziellen Aktienerwerber weiterleitet. Diese Problematik wird an anderer Stelle im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen eines Verstoßes besprochen.

Eine weitere Möglichkeit der indirekten finanziellen Unterstützung bietet die Gewährung durch eine verbundene Gesellschaft, wodurch das Vermögen der Gesellschaft, deren Aktien erworben werden sollen, nicht direkt verwendet wird. Wie bereits zuvor erwähnt, sieht die österreichische Bestimmung explizit die Einbeziehung der Gewährung finanzieller Unterstützung durch die Tochtergesellschaft zum Zweck des Anteilserwerbes an der Muttergesellschaft vor. Im Gegensatz dazu wird in Deutschland das gleiche Ziel durch einen Normenverweis des § 71d 4. Satz erreicht. Insofern ist in beiden Ländern die indirekte finanzielle Unterstützung durch eine Tochtergesellschaft verboten. Zu denken ist hier aber auch an eine mögliche indirekte Gewährung finanzieller Unterstützung durch die Schwestergesellschaft. Nach der österreichischen Bestimmung ist dieser Fall nicht ausdrücklich vom Wortlaut erfasst, allerdings könnte man davon ausgehen, dass wenn man die Leistung der Schwestergesellschaft der Gesellschaft, welche von dem Verbot ausdrücklich erfasst ist, eindeutig zurechnen kann, da auf ihre Rechnung gehandelt wurde, so ist wohl auch in diesem Fall von einer verbotenen indirekten finanziellen Unterstützung auszugehen. In dieser Hinsicht hat der deutsche Gesetzgeber vorgesorgt, indem er neben der Anwendung der Verbotsbestimmung auf die Tochtergesellschaft mittels einer Verweisnorm auch diesen Fall mittels § 71d erfasst, wonach ebenso das Verbot der finanziellen Unterstützung auf Rechtsgeschäfte Anwendung finden soll, an denen ein

⁵⁹⁹ Ausführlich zu dieser Unterscheidung *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 173.

im eigenen Namen, aber für Rechnung der AG oder eines solchen Unternehmens handelnder Dritter beteiligt ist.⁶⁰⁰ Insofern kann auch die finanzielle Unterstützung durch eine Schwestergesellschaft vom Verbot erfasst sein.

cc) Abstrakter Gefährdungstatbestand? – Anwendung auf neutrale und nützliche Rechtsgeschäfte?

Gemeinsam ist den drei ausdrücklich genannten Finanzierungsgeschäften allerdings, dass durch all diese Erscheinungsformen dem Erwerber letztendlich – sowohl in direkter als auch uU in indirekter Weise – finanzielle Mittel zukommen, mit denen der Aktienerwerb wirtschaftlich ermöglicht werden soll, was auf ihre Finanzierungsfunktion⁶⁰¹ hindeutet.

Wie richtigerweise erkannt wird, handelt es sich jedoch zum Großteil lediglich um Finanzierungsgeschäfte, die bereits ein bloßes Risiko für das gesellschaftliche Vermögen darstellen und nicht zwangsläufig auch einen Verlust desselben mit sich bringen, wie etwa die Bestellung einer Sicherheit.⁶⁰² Streitpunkt ist nach wie vor die Natur dieses Risikos. So wird zum einen vertreten, dass der Verbotstatbestand lediglich eine konkrete Vermögensgefährdung voraussetzt, also das Risiko eines Forderungsausfalles bzw einer Inanspruchnahme des Gesellschaftsvermögens bereits bei Gewährung der finanziellen Unterstützung erkennbar hoch war.⁶⁰³ Dem wird entgegengesetzt, dass bereits Finanzierungsgeschäfte von dem Verbot erfasst sein sollen, die eine bloß abstrakte Gefahr für das Gesellschaftsvermögen in sich bergen, weshalb auch oftmals die Regelung als abstrakter Gefährdungstatbestand betitelt wird.⁶⁰⁴ Schon im Ansatz als verfehlt anzusehen ist mE die Auffassung, dass das Finanzierungsgeschäft einen tatsächlichen Liquiditätsabfluss bewirken müsse.⁶⁰⁵ Dies ist auch nicht aus dem Wortlaut der beiden Bestimmungen herauslesbar. Wie auch bereits *Kerber*⁶⁰⁶ zu Recht erkennt, sieht man vor allem an der vom Tatbestand erwähnten Sicherheitsleistung die Intention, auch Finanzierungsgeschäfte zu erfassen, bei denen der Gesellschaft ein durchaus solventer Aktienerwerber gegenüberstehen

⁶⁰⁰ Vgl. *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 34.

⁶⁰¹ Die Gemeinsamkeit aller Finanzierungsgeschäfte liegt darin, dass sie auf die Verschaffung von Kapital bzw Kaufkraft gerichtet sind, also die Bereitstellung finanzieller Mittel: s dazu *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II, 1 Rz 1/1; *Hopt/Mülbert*, Kreditrecht, Vorbem zu §§ 607 ff Rz 12.

⁶⁰² So etwa *Kerber*, ZIP 2006, 522; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 19; *ders.*, ZIP 2006, 1662.

⁶⁰³ Vgl. etwa LG Düsseldorf 39 O 180/04, 28.10.2005, ZIP 2006, 516; wohl auch *Habersack* in FS Röhrich, 161 f; *Seibt*, ZHR 2007, 303 f.

⁶⁰⁴ So etwa *Bezenberger* in *Schmidt/Lutter*, AktG, § 71a Rz 9; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 19; *ders.*, ZIP 2006, 1662.

⁶⁰⁵ So auch *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 170 f.

⁶⁰⁶ *Kerber* in DB 2006, 522; ebenso *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 19.

kann und das Risiko einer Inanspruchnahme aus einer geleisteten Sicherheit für dessen Verbindlichkeit eher gering ist. Folglich setzt das Verbot der finanziellen Unterstützung des § 66a öAktG und § 71a Abs 1 dAktG lediglich eine abstrakte Vermögensgefährdung durch das Finanzierungsgeschäft voraus. Es kommt daher nur darauf an, dass die Gesellschaft durch die Nutzung und nicht erst durch die Weggabe ihres Vermögens den Aktienerwerb fördert und damit ein etwaiges Ausfall- oder Insolvenzrisiko eingeht. Ein tatsächlicher Eintritt dieser abstrakten Gefahr oder eine erhöhte Wahrscheinlichkeit des Eintrittes ist für die Anwendung des Verbotes dementsprechend nicht erforderlich. Dies kann logischerweise auch die befremdliche Konsequenz mit sich bringen, dass sowohl Rechtsgeschäfte vom Verbot der finanziellen Unterstützung des § 66a öAktG und § 71a Abs 1 dAktG erfasst werden, die sich als vermögensneutral oder sogar als gewinnbringend herausstellen.⁶⁰⁷ Befremdlich ist diese Erkenntnis vor allem aufgrund der angenommenen Kapitalschutzwirkung der Bestimmung, welche gerade dann nicht einzugreifen bräuchte, wenn das Kapital der Gesellschaft gar nicht angegriffen wird, wie das bei einem neutralen oder gewinnbringenden Rechtsgeschäft der Fall ist.

dd) Anwendung auf andere Rechtsgeschäfte mittels extensiver Auslegung?

Die hL⁶⁰⁸ sieht in der Aufzählung des § 66a öAktG bzw § 71a Abs 1 dAktG keinen abschließenden Katalog, sondern vielmehr einen offenen Tatbestand mit Regelbeispielen, die auf eine über den Wortlaut hinausgehende Anwendung hindeuten. Diese Auffassung lässt sich zwar nicht direkt aus dem Wortlaut ableiten,⁶⁰⁹ wird aber mit dem Hinweis auf den Schutzzweck des Verbotes gestützt.⁶¹⁰ Erfasst werden sollen nunmehr insofern Rechtsgeschäfte, die, wie die erwähnten Finanzierungsgeschäfte, denselben Effekt haben und folglich zu einer finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbes geeignet sind und das Vermögen der Gesellschaft gefährden. Somit müssen diese Rechtsgeschäfte ebenso über eine Finanzierungsfunktion als auch über ein zumindest vergleichbares Risiko, wie es der Gewährung eines Vorschusses, eines

⁶⁰⁷ S dazu etwa *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 170 f; aA *Schaefer/Grützediek*, NZG 2006, 206.

⁶⁰⁸ *Hüffer*, AktG⁸, § 71a Rz 2; *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 27; *Oechsler* in *MüKo*³, § 71a Rz 19; *ders*, ZIP 2006, 1662; *Nodoushani*, Der Konzern 2008, 387; *Nuyken*, ZIP 2004, 1897; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 174 f; *Sieger/Hasselbach*, BB 2004, 62; *Singhof*, NZG 2002, 746; aA *Habersack* in FS Röhrich, 169; kritisch auch *Bungert*, ZHR 1996, 404 f: „Mit dieser Auffassung überschreitet *Schroeder* unter Berufung auf eine Rückbesinnung auf die englische Vorbild-Vorschrift unter dem Gewand der richtlinienkonformen Interpretation vollständig den insoweit klaren Wortlaut des § 71a Abs 1 AktG und des Art 23 Abs 1 der Zweiten EG-Richtlinie“.

⁶⁰⁹ Im Gegensatz zur englischen Bestimmung sehen die § 66a öAktG und § 71a dAktG keinen Auffangtatbestand vor (s zum englischen Auffangtatbestand S.77 ff).

⁶¹⁰ *Oechsler* in *MüKo*³, § 71a Rz 19.

Darlehens und der Leistung einer Sicherheit immanent ist, verfügen.⁶¹¹ Ausschlaggebend ist folglich auch bei den durch Analogie erfassten Rechtsgeschäften ihr Finanzierungseffekt und nicht eine tatsächliche Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens.⁶¹² Stellenweise werden diese Rechtsgeschäfte sogar kraft tendenziell großzügiger Interpretationen unter eines der drei von der Bestimmung erwähnten Rechtsgeschäfte subsumiert um eine Vermeidung der analogen Anwendung zu erreichen.⁶¹³ Die wohl erste eingehende Auseinandersetzung mit der Frage nach einer (analogen) Anwendung des Verbotes auf andere als die ausdrücklich in der Bestimmung genannten Rechtsgeschäfte findet sich in der Arbeit *Schroeders*⁶¹⁴ aus dem Jahre 1995. Zusammenfassend wurde dort gesagt, dass das Verbot der finanziellen Unterstützung ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Beeinträchtigung des gesellschaftlichen Vermögens auf die Gewährung einer finanziellen Unterstützung anwendbar sei, sofern diese in Form einer der drei in der Bestimmung aufgezählten Rechtsgeschäfte erfolgte. Darüber hinaus sei das Verbot ferner auch auf andere Rechtsgeschäfte anwendbar, sofern diese ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu Lasten der Gesellschaft aufweisen; die Neutralität eines derartigen Rechtsgeschäftes schließe somit die Anwendbarkeit aus.⁶¹⁵ Im Anschluss an diese Erkenntnisse *Schroeders*, befassten sich fortan verstärkt Kommentierungen, Aufsätze als auch gerichtliche Entscheidungen mit einer Ausdehnung der Reichweite des Verbotes mittels analoger Anwendung. Im Gegensatz zu der eher generellen Untersuchung *Schroeders*, erarbeitete man jedoch nunmehr einen Katalog von möglichen, vom Verbot erfassten Rechtsgeschäfte und kehrte einer generellen Aussage den Rücken.

Eine von der Lehre diskutierte Möglichkeit, einem Dritten finanzielle Mittel zum Zweck des Aktienerwerbes zukommen zu lassen, liegt im Wege eines einfachen Austauschgeschäftes. Dementsprechend könnte die Gesellschaft dem Dritten einen Vermögensgegenstand abkaufen, woraufhin das erhaltene Entgelt zum Erwerb von

⁶¹¹ Vgl etwa *Singhof*, NZG 2002, 746: “[...] kann kein Zweifel bestehen, dass **jede** Form der Finanzierungsunterstützung in Betracht kommt, die ihrer Wirkung nach einer auf die Kaufpreisschuld bezogenen Darlehensleistung oder Stellung von Sicherheiten für den Erwerb der Aktien gleichsteht.“; *Karollus* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 66a Rz 11: “[...] dieses gilt daher auch für sonstige, **vergleichbare Finanzierungsleistungen**.“.

⁶¹² So ausdrücklich *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 27; *Oechsler* in *MüKo*³, § 71a Rz 15.

⁶¹³ So etwa *Merkt* in *Großkommentar*⁴, § 71a Rz 31 ff; nunmehr anscheinend auch *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 27 ff.

⁶¹⁴ *Schroeder*, *Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs*. Der § 71a Abs. 1 AktG und sein Vorbild im englischen Gesellschaftsrecht; davor auch schon ansatzweise *Lutter/Wahlers*, AG 1989, 1.

⁶¹⁵ *Schroeder*, *Finanzielle Unterstützung*, 171 ff.

Aktien eingesetzt würde. *Schroeder*⁶¹⁶ sieht hierbei nur dann den erforderlichen Finanzierungseffekt des Austauschgeschäftes, wenn eine Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung gegeben ist und diese zu Lasten des Gesellschaftsvermögens ausfällt. Ausschlaggebend ist somit ein Drittvergleich, welcher die Unverhältnismäßigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung aufzeigen soll, aus der sich die Wertdifferenz, in der ein Finanzierungseffekt liegt, ergibt. Ebenso verhält es sich mit Rechtsgeschäften, denen gar keine Gegenleistung gegenübersteht. In diesen Fällen kommt es nämlich nicht nur zu einer abstrakten Gefährdung des Gesellschaftsvermögens, sondern vielmehr zu einem unmittelbaren Mittelabfluss. Dieser Ansicht schließt sich ein Großteil der Lehre an, dass ein Verstoß gegen § 71a Abs 1 dAktG vorliegt, wenn eine AG ein Austauschgeschäft mit dem Aktienerwerber eingeht, ohne wirtschaftliches Eigeninteresse, bei dem sie einen Gegenstand oder ein Unternehmen über Wert erwirbt, da in der den Marktpreis übersteigenden Differenz ein Finanzierungseffekt gesehen wird.⁶¹⁷ So argumentiert etwa auch *Merkt*⁶¹⁸, dass ein unverhältnismäßiges Austauschgeschäft einer Aufteilung dieses Rechtsgeschäftes in einen Kaufvertrag und einen Darlehensvertrag in Höhe der Wertdifferenz zum Marktpreises bedarf und folglich ein ähnlicher Finanzierungseffekt erreicht wird, wie bei der Gewährung eines Darlehens.

Gleichfalls im Ergebnis mit der Gewährung eines Darlehens vergleichbar, wird die Beteiligung der Gesellschaft als stiller Gesellschafter an dem Erwerber oder an einem seiner Unternehmen gewertet. Insofern kann die gewährte Einlage der Gesellschaft als stiller Gesellschafter dem Verbot der finanziellen Unterstützung unterfallen.⁶¹⁹

Ferner werden zum Teil auch verlorene Zuschüsse als mit den ausdrücklich erwähnten Finanzierungsgeschäften vergleichbar erachtet.⁶²⁰ Darunter fallen Leistungen der Gesellschaft an den Erwerber der Aktien, ohne dass ein Rückerstattungsanspruch begründet wird. Ebenso als gleichartig werden die Fälle

⁶¹⁶ *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 172 ff (mit Verweis auf die englischen Entscheidungen *Belmont Finance Corporation v Williams Furniture Ltd (No 2)*, [1979] Ch 250 und *Wallersteiner v Moir*, [1974] 1 WLR 991; siehe zu diesen beiden Entscheidungen bereits S.50); ebenso *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 29.

⁶¹⁷ so etwa *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 20 (ebenso mit Verweis auf die *Belmont*-Entscheidung); folgend *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 11; *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 29.

⁶¹⁸ *Merkt* in Großkommentar⁴, § 71a Rz 34.

⁶¹⁹ *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 29; sieht die Einlage als stiller Gesellschafter überhaupt als Darlehen an; *Merkt* in Großkommentar⁴, § 71a Rz 35; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 23.

⁶²⁰ *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 30; *Merkt* in Großkommentar⁴, § 71a Rz 31 (sieht diese überhaupt als Unterfall der Gewährung eines Darlehens); *Oechsler*, in MüKo³, § 71a Rz 21; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 175 f.

angesehen, bei dem die AG rechtsgrundlos eine Schuld anerkennt oder auch auf eine ihr gegen den Erwerber zustehende Forderung verzichtet. Da es bei diesen Fällen unzweifelhaft zu einer Verringerung des Gesellschaftsvermögens kommt und nicht nur ein abstraktes Risiko für das Gesellschaftsvermögen besteht, wird die Subsumierung dieser Fallkonstellationen unter das Verbot der finanziellen Unterstützung mit einem Größenschluss hergeleitet.

Weiters werden Markt- und Kurspflegemaßnahmen in diesem Zusammenhang erwähnt. Auch das OLG Frankfurt am Main⁶²¹ befasste sich bereits mit einem Sachverhalt, nach dem eine AG im Zuge ihrer Börseneinführung eine Vereinbarung mit einer GesbR, die aus mehreren Aktionären bestand, getroffen hatte. Nach dieser Vereinbarung war diese GesbR *„zur Durchführung einer begrenzten Marktpflege zur Vermeidung übermäßiger Kursveränderungen, während einer Übergangszeit bis zur Börseneinführung“* gegenüber der AG verpflichtet. Im Gegenzug dazu versprach die AG eine Vergütung in Höhe von 3,5% der Emmissionserlöse an die als GesbR zusammengefassten Aktionäre der AG zu zahlen. Insgesamt erhielt die GesbR etwa DM 503.000,- (€ 257.179,82) von der AG als Vergütung, da sie in erheblichem Umfang durch Aufkaufen und Wiederveräußern der Aktien zur Kurspflege beigetragen hatten. Das OLG sah *„keinen Anlass, die Kurspflegevereinbarung zu beanstanden“*, da Kurspflegen insbesondere bei Neuemissionen *„üblich und erforderlich“* seien. Vorab untersuchte das OLG die Kurspflegevereinbarung im Hinblick auf das Verbot des § 57 dAktG, sah jedoch keinen Verstoß, da die versprochene Provision von 3,5% nicht den Rahmen des Zulässigen überschreite und eine derartige Kurspflegevereinbarung unter den gleichen Bedingungen auch mit einem Dritten geschlossen worden wäre. Daraufhin prüfte das OLG die Zulässigkeit der Kurspflegevereinbarung anhand der Bestimmung des § 71a Abs 1 dAktG, kam allerdings auch hier zum dem Schluss, dass die Kurspflegevereinbarung nicht zu beanstanden ist, da *„die Zahlung eines Entgelts zur Durchführung von Kurspflegemaßnahmen schon deshalb nicht unzulässig sein kann, weil diese in Anwendung des § 50 (2) der Börseordnung für die Frankfurter Wertpapierbörse bei Neuemissionen von der Börse gefordert werden, um – iS des § 71 (1) dAktG – Schaden von der Gesellschaft und damit auch von ihren Aktionären abzuwenden“*. Allerdings erklärte das OLG in seiner Entscheidung in einem obiter dictum, dass im Wege des Erstrecht-Schlusses auch die Gewährung eines Zuschusses,

⁶²¹ OLG Frankfurt 16 U 120/90 30.1.1992, (*„Hornblower Fischer AG“*), AG 1992, 194.

als was diese Maßnahmen durchaus auch gewertet werden könnten, zum Erwerb von Aktien dem Verbot des § 71a Abs 1 dAktG unterfallen müsse. Ebenso zwiespalten wie diese Entscheidung präsentieren sich auch die Meinungen der Lehre. So wird zum einen vertreten, dass eine Bezuschussung von Markt- und Kurspflegemaßnahmen eines Dritten vor der Börseseinführung ebenfalls einen Finanzierungseffekt aufweist und als Darlehen zu werten sei.⁶²² Dem steht die überwiegende Meinung gegenüber, dass die Übernahme von Markt- und Kurspflegemaßnahmen nicht unter das Verbot der finanziellen Unterstützung zu subsumieren sei, da den Regeln über die Stabilisierung gemäß der einschlägigen europäischen Kapitalmarktverordnung⁶²³ der Vorrang eingeräumt werden müsste.⁶²⁴ Allerdings können Kurspflegevereinbarungen, die nicht im Einklang mit dieser Verordnung sind, als durchaus bedenklich in Bezug auf das Verbot der finanziellen Unterstützung gewertet werden.⁶²⁵

Ein ähnliches Bild an Uneinigkeit zeigt sich in Bezug auf Kursgarantien. Garantiert eine Gesellschaft einem Aktionär einen bestimmten Kurs für seine Aktien, so wird zT angenommen, dass es sich hierbei um eine Art Sicherheitsleistung handelt, die eine Möglichkeit einer Verlustbegrenzung in sich birgt. Diese Möglichkeit der Verlustbegrenzung habe bereits Auswirkungen auf die Kaufentscheidung des Aktienerwerbes und müsse folglich auch als verbotene finanzielle Unterstützung gesehen werden.⁶²⁶ Eine andere Ansicht vertritt hingegen, dass eine Kursgarantie einer Gesellschaft, wenn, dann nur indirekt Einfluss auf den Aktienerwerb habe, da weniger die Anschaffungserleichterung als der Spekulationszweck im Vordergrund stehe und vornehmlicher Sinn einer Kursgarantie sei. Eine Anwendung des Verbotes der finanziellen Unterstützung käme hier nicht in Betracht.⁶²⁷ Zum Teil wird auch vertreten, dass eine Anwendung des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf

⁶²² So etwa *Merkt* in Großkommentar⁴, § 71a Rz 33; sowie noch *Oechsler* in MüKo² (Vorauf.), § 71a Rz 17.

⁶²³ Verordnung (EG) Nr 2273/2003 der Kommission vom 22.12.2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates – Ausnahmeregelungen für Rückkaufprogramme und Kursstabilisierungsmaßnahmen, ABl Nr L 336 vom 23.12.2003, 33 f.

⁶²⁴ *Bezenberger* in Schmidt/Lutter, AktG, § 71a Rz 13; *Hüffer*, AktG⁸, § 71a Rz 3; *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 11; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 22; *Westermann* in FS Peltzer, 625 f.

⁶²⁵ Vgl. *Bezenberger* in Schmidt/Lutter, AktG, § 71a Rz 13; ebenfalls für die Subsumierung unzulässiger Kurspflegemaßnahmen *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 30.

⁶²⁶ *Merkt* in Großkommentar⁴, § 71a Rz 38; so auch LG Göttingen 8 O 123/91, 6.1.1992, WM 1992,1373; ging bei der Kursgarantie jedoch von der Gewährung eines Vorschusses aus.

⁶²⁷ *Lutter*, in KöKo³, § 71a Rz 37; *Oechsler*, in MüKo³, § 71a Rz 25; allerdings räumt er eine mögliche Anwendung ein, wenn die Garantiebedingungen so ausgestaltet sind, dass der Eintritt des Garantiefalles im Rahmen der erwarteten Entwicklungen des Marktes mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht.

Kursgarantien erst gar nicht zur Debatte stünde, da diese sowieso schon vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfasst sei.⁶²⁸

Versprechen, aufgrund derer sich die AG zur Erstattung von Beratungskosten und sonstigen, in Bezug auf den Erwerb von Aktien im Zuge einer Übernahme angefallenen Kosten im Falle eines Scheiterns verpflichtet oder sich bereiterklärt eine Pauschale für diesen Fall zu zahlen, sind ferner ins Blickfeld der Lehre geraten. Zu einem großen Teil wird bei derartigen *break fee*-Vereinbarungen ein Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung angenommen.⁶²⁹ Dies wird damit begründet, dass es sich bei der Abgabe eines derartigen Versprechens, das Risiko eines Misserfolges der Übernahme zu tragen, um eine Art Sicherheit handle, die dem potentiellen Aktienerwerber die Refinanzierung des Erwerbes erheblich erleichtern würde. Da die AG im Falle eines Scheiterns den Gläubigern des Erwerbers als weiterer Schuldner zur Verfügung stehe, habe eine *break fee*-Vereinbarung eine der Bestellung einer Sicherheit vergleichbare Wirkung, indem Kreditgeber aufgrund dieses Anreizes eines weiteren Zugriffsobjektes bereitwilliger dem Erwerber finanzielle Mittel zur Verfügung stellen. Ferner fördere dies die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Übernahme, da die AG dadurch selbst unter Druck gerate, ein Scheitern der Übernahme möglichst zu verhindern. Allerdings seien Vereinbarungen, die lediglich auf einen schuldhaften Abbruch der Vertragsverhandlungen Anwendung finden sollen, nicht im Lichte des Verbotes der finanziellen Unterstützung zu beanstanden.⁶³⁰ Eine insbesondere auch aus der Praxis herrührende Kritik und nunmehr fast hL⁶³¹ stützt sich bei ihrer Argumentation vor allem auf den Wortlaut der Bestimmung, wonach finanzielle Unterstützung „zum Zweck“ des Erwerbes von Aktien gewährt werden muss. Eine Vereinbarung, die auf eine Zahlung im Falle eines Scheiterns des Erwerbes abstellt, könne folglich nicht als zum Zweck des Erwerbes angesehen werden; demnach sei eine Anwendung des Verbotes der finanziellen Unterstützung in diesen Fällen ausgeschlossen. Soll ein Erwerb tatsächlich erfolgen oder ist ein Erwerb bereits erfolgt, und übernimmt die Gesellschaft Verbindlichkeiten, die im Zusammenhang mit dem Erwerb standen, so sieht die Lehre allerdings sehr wohl einen weiteren

⁶²⁸ Bezenberger; in Schmidt/Lutter, AktG, § 71a Rz 13.

⁶²⁹ Bezenberger; in Schmidt/Lutter, AktG, § 71a Rz 11; Hildegard; BB 2008, 293 f; Karollus; in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 11; Oechsler; in MüKo³, § 71a Rz 29; Merkt; in Großkommentar⁴, § 71a Rz 39; aA Lutter; in KöKo³, § 71a Rz 34; Sieger/Hasselbach; BB 2000, 628 f.

⁶³⁰ Oechsler; in MüKo³, § 71a Rz 29.

⁶³¹ So etwa Fleischer; AG 2009, 352 f mwN; Lutter; in KöKo³; § 71a Rz 34; sieht jedoch einen möglichen Anwendungsfall darin, wenn der Aktienerwerber und Vertragspartner der *break fee*-Vereinbarung die Aktien nach Scheitern der Übernahme dennoch behalten darf; Sieger/Hasselbach; BB 2000, 628 f.

Anwendungsfall der Bestimmungen des § 66a öAktG und § 71a Abs 1 dAktG.⁶³² Folglich verstößt die Begleichung von Verbindlichkeiten des Aktionärs gegenüber einem Dritten aufgrund von Beratungstätigkeiten im Zuge des Erwerbes gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung. Derartige Schuldübernahmen durch die Gesellschaft werden meist von der Lehre bereits unter der Kategorie der verlorenen Zuschüsse abgehandelt.

Von dieser Art der Schuldübernahme durch die Gesellschaft sei jedoch von dem Rechtsgeschäft zu unterscheiden, welches in einer neueren Entscheidung⁶³³ einen der Streitpunkte darstellte. Der sehr komplizierte Sachverhalt, der dieser Entscheidung zu Grunde lag, wird im Lichte der hier relevanten Rechtsfrage nur vereinfacht dargestellt: Demnach handelte es sich hierbei um eine Vereinbarung zwischen dem veräußernden Mehrheitsaktionär der Zielgesellschaft und dem Erwerber, der die Verbindlichkeiten des Mehrheitsaktionärs gegenüber der Zielgesellschaft in Höhe von € 524 Mio aus einem Cash-Pool an Erfüllungsort übernehmen sollte. Die Zielgesellschaft stimmte dieser Schuldübernahme durch den Erwerber als Gläubigerin der Verbindlichkeiten zu, was die Hinauszögerung der Fälligkeit dieser Verbindlichkeit nach sich zog. Folglich ist Kernpunkt der Überlegungen nicht die Schuldübernahme an sich, sondern die von der AG abgegebene Zustimmung zu dieser Schuldübernahme. Die von *Kerber*⁶³⁴ vertretene Ansicht anerkennt die grundsätzliche Anwendbarkeit des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf die Zustimmung der Schuldübernahme mit schuldbefreiender Wirkung. Dabei unterteilt er die Zustimmung der AG zum einen in eine Stundung der Forderung gegenüber dem Erwerber und zum anderen in einen Schuldenerlass gegenüber dem Veräußerer; beiden Rechtsgeschäften sei eine finanzielle Förderung des Erwerbes immanent.⁶³⁵ Dieser Ansicht stehen zwei weitere Auffassungen entgegen. So strebt *Nuyken*⁶³⁶ eine teleologische Reduktion an, wonach er danach differenziert, ob Verkäufer und Käufer gleich gute Schuldner sind oder ob der Käufer ein schlechterer Schuldner als der Verkäufer ist. Nur letzterer Fall würde unmittelbare Auswirkungen auf das Vermögen der Gesellschaft haben, da hier die mögliche Uneinbringlichkeit der Forderung in der Bilanz Niederschlag finden würde. Ausschlaggebend sei letztendlich allerdings, ob der durch Schuldübernahme

⁶³² *Sigle/Zinger*; NZG 2003, 303; *Sieger/Hasselbach*; BB 2000, 628.

⁶³³ LG Düsseldorf, 28.10.2005, 39 O 180/04 („*Babcock*“), ZIP 2006, 516.

⁶³⁴ *Kerber*; DB 2004, 1028 ff; *ders.*, NZG 2006, 53; *ders.*, ZIP 2006, 522 ff; mit zT abweichender Argumentierung, aber im Ergebnis zustimmend *Oechsler* in *MüKo*³, § 57 Rz 28.

⁶³⁵ *Kerber*, DB 2004, 1028; aA offensichtlich *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 35.

⁶³⁶ *Nuyken*, ZIP 2004, 1895 ff.

übernommene Cash-Pool im Hinblick auf die Veräußerung gebildet wurde oder ob dieser im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs zwischen Verkäufer und Gesellschaft entstand. Lediglich im ersten Fall würde ein Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung angenommen werden können. Das LG Düsseldorf⁶³⁷ lieferte eine weitere Auffassung, die auch von *Habersack*⁶³⁸ getragen wird, wonach die Anwendung des Verbotes der finanziellen Unterstützung darauf abstelle, dass damit ein echter Liquiditätsabfluss von Gesellschaftsvermögen verbunden sein müsse. Eine Anwendung des Verbotes auf die Zustimmung einer schuldbefreienden Schuldübernahme sei nur anzunehmen, sofern sich dadurch das Risiko eines Forderungsausfalls erhöhe. Dies sei nur der Fall, wenn der Neuschuldner eine schlechtere Bonität als der Altschuldner aufweist oder sich die Konditionen der Forderung verschlechtern, allerdings sei die Gesellschaft hiervon aufgrund der zu erteilenden Zustimmung geschützt.⁶³⁹ Dieser von *Habersack* und dem LG Düsseldorf vertretenen Ansicht steht jedoch der Großteil der Lehre entgegen, die einen tatsächlichen Liquiditätsabfluss als Tatbestandsvoraussetzung des Verbotes der finanziellen Unterstützung ablehnt und lediglich auf eine Vermögensgefährdung abstellt.⁶⁴⁰

Von der hL⁶⁴¹ ausdrücklich nicht unter das Verbot der finanziellen Unterstützung zu subsumieren ist die Zahlung einer Dividende. Hierbei geht man von einem Vorrang der Schutzvorschriften betreffend die Gewinnermittlung, -feststellung und -ausschüttung aus. Innerhalb des vom Gesetz erlaubten Rahmens der Dividendenauszahlung ist eine finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbes somit möglich: missbräuchliches Verhalten wird bereits von den zuvor genannten Bestimmungen verhindert.

⁶³⁷ Fn 633.

⁶³⁸ *Habersack* in FS Röhrich, 172 f; ebenso *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 35.

⁶³⁹ Das über die Berufung entscheidende OLG (OLG Düsseldorf 5 U 6/05, 28.9.2006, NZG 2007, 273; kritische Anmerkungen zu dieser Entscheidung *Kerber*, NZG 2007, 254 ff; *Oechsler*, NZG 2007, 252 ff) ließ hingegen die Frage nach der Anwendbarkeit des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf den vorliegenden Sachverhalt mit der Begründung unbeantwortet, dass die Rechtsnachfolgerin nach der Verschmelzung von der Zielgesellschaft und der übernehmenden Gesellschaft, die eventuell nach §§ 71a, 57 dAktG nichtige Schuldübernahme wirksam genehmigt hatte. Allerdings nahm das OLG in seinen Ausführungen ohne weitere Erklärungen an, dass die Schuldübernahme vor der Verschmelzung gemäß §§ 71a, 57 dAktG nicht wirksam genehmigt werden konnte und die Zustimmung zur Schuldübernahme folglich nichtig war.

⁶⁴⁰ S hierzu bereits S.121 f.

⁶⁴¹ *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 11; *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 32; *Merkt* in Großkommentar⁴, § 71 Rz 36; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 24; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 190 ff.

Des Weiteren ist nach ganz hL⁶⁴² eine auf den Aktienerwerb folgende Verschmelzung des Erwerbers mit der Zielgesellschaft und einem anschließenden Vermögensüberganges gemäß § 20 Abs 1 Nr.2 UmwG auf die Erwerbergesellschaft nicht vom Verbot der finanziellen Unterstützung erfasst und hat somit auch nicht die Nichtigkeit des Verschmelzungsbeschlusses zur Folge. Vielmehr wird der Schutz der Interessen der Aktionäre und Gläubiger im Zuge des Verschmelzungsvorgangs, welchen das Umwandlungsrecht bietet, als ausreichend erachtet.

d) „zum Zweck“ – Der Funktionszusammenhang

Das möglicherweise bedeutendste Tatbestandsmerkmal des Verbotes der finanziellen Unterstützung ist der funktionale Zusammenhang zwischen dem Finanzierungsgeschäft und dem Erwerb der Aktien, welcher mit der Formulierung „Gewährung [...] oder Leistung [...] zum Zweck des Erwerbes“ verdeutlicht wird. Dieses Tatbestandsmerkmal trennt erlaubte von unerlaubten Finanzierungsgeschäften der Gesellschaft.⁶⁴³ Letztendlich liegt hiernach eine verbotene finanzielle Unterstützung nur dann vor, wenn die von der Gesellschaft zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel für den Erwerb ihrer Aktien verwendet werden. Dieser sachliche Zusammenhang von Finanzierungsgeschäft und Aktienerwerb impliziert nach hM ein subjektives Tatbestandsmerkmal. In diesem Sinne wird oftmals zumindest eine konkludente Vereinbarung über den Einsatz der finanziellen Mittel für den Aktienerwerb zwischen der Gesellschaft und dem Vertragspartner des Finanzierungsgeschäftes gefordert.⁶⁴⁴ Indessen wird zunehmend eine echte rechtsgeschäftliche Zweckvereinbarung nicht mehr als erforderlich angesehen; eine Willensbildung der beiden Vertragsparteien in Richtung einer Verwendung der Erlöse des Finanzierungsgeschäftes für den Aktienerwerb sei bereits ausreichend.⁶⁴⁵ Ferner spricht ein Anscheinsbeweis für eine derartige Willensbildung der Parteien, sofern sich

⁶⁴² So etwa Bezenberger in Schmidt/Lutter, AktG, § 71a Rz 19; Diem, Akquisitionsfinanzierung, § 49 Rz 7; Habersack in FS Röhrich, 177f; Lutter in KöKo³, § 71a Rz 38; Oechsler in MüKo³, § 71a Rz 26; Schäffler, BB-Beilage 2006, Nr 009, 7; Seibt, ZHR 2007, 304; Wand/Tillmann/Heckenthaler, AG 2009, 159; nunmehr ausdrücklich auch LG Düsseldorf 39 O 180/04, 28.10.2005, ZIP 2006, 520 f; aA Kerber, ZIP 2006, 522 ff; ders, DB 2004, 1028 f; ders, NZG 2006, 52; ders, NZG 2007, 254 ff.

⁶⁴³ Lutter in KöKo³, § 71a Rz 39; so auch Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 193.

⁶⁴⁴ Doralt, M, Management Buyout, 82; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl AktG (1984), § 71a Rz 6 (stellt aller Ansicht nach nur auf eine ausdrückliche Vereinbarung ab); Hüffer, AktG⁸, § 71a Rz 3; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 66a Rz 9; dies, AG 1996, 560; Lutter in KöKo³, § 71a Rz 39; Nuyken, ZIP 2004, 1894: fordert neben der Willenserklärung ferner eine Aktivität der Zielgesellschaft, welche aus dem Begriff „Gewährung“ zu entnehmen sei und mehr als nur die Hinnahme einer unvermeidlichen Rechtsfolge beinhaltet.

⁶⁴⁵ Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 13; Kumpen, AG 2007, 468; Oechsler in MüKo³, § 71a Rz 35; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 203.

aus den objektiven Umständen ein Funktionszusammenhang zwischen Finanzierungsgeschäft und Aktienerwerb erkennen lässt.⁶⁴⁶

Der funktionale Zusammenhang zwischen der finanziellen Unterstützung und dem Aktienerwerb ist folglich die ausschlaggebende Prämisse für die Subsumierung einer finanziellen Unterstützung einer Gesellschaft unter die Bestimmungen der § 66a öAktG und § 71a Abs 1 dAktG. Gewährt die Gesellschaft einem Dritten einen Vorschuss oder ein Darlehen bzw leistet sie eine Sicherheit und die daraus fließenden finanziellen Vorteile werden nach dem Willen der Vertragsparteien nicht für den Aktienerwerb verwendet, so liegt demzufolge kein funktionaler Zusammenhang und somit auch kein Verstoß gegen den § 66a öAktG bzw § 71a Abs 1 dAktG vor.⁶⁴⁷

Die Bestimmungen des § 66a öAktG und § 71a Abs 1 dAktG vermögen darüber hinaus noch eine zeitliche Komponente zu indizieren. So kann ein Funktionszusammenhang zwischen Finanzierungsgeschäft und Aktienerwerb auch gegeben sein, wenn eine finanzielle Unterstützung erst nach dem Erwerb erfolgt. Eine Einschränkung auf vorangehende Finanzierungsgeschäfte würde der Möglichkeit einer Umgehung anhand einer einfachen Zwischenfinanzierung Tür und Tor öffnen und dem Schutzzweck der Bestimmungen zuwiderlaufen.⁶⁴⁸ Weiters spricht die obligate, richtlinienkonforme Auslegung dieser Bestimmungen für ein derartiges Verständnis; geht doch die europäische Formulierung des Art 23 über die der § 66a öAktG und § 71a Abs 1 dAktG hinaus.⁶⁴⁹ Es lässt sich allerdings keine genaue Zeitspanne definieren, die für die Einbeziehung eines Finanzierungsgeschäftes in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des § 66a öAktG und § 71a Abs 1 dAktG spricht. Ausschlaggebend kann hier wohl nur eine eingehende Prüfung des funktionalen Zusammenhangs sein.⁶⁵⁰ Dabei kann man mE davon ausgehen, dass bei längeren Zeitabständen zwischen Finanzierungsgeschäft und Aktienerwerb ein durchaus stärkerer funktionaler Zusammenhang gegeben sein muss als dies bei

⁶⁴⁶ Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 66a Rz 13; Lutter in KöKo³, § 71a Rz 39; Oechsler in MüKo³, § 71a Rz 35; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 203f; offen lassend Doralt, M, Management Buyout.

⁶⁴⁷ Vgl etwa Göschke, RdW 2001, 325; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 198 f.

⁶⁴⁸ Doralt, M, Management Buyout, 82; Hüffer, AktG⁸, § 71a Rz 3; Kalss, AG 1996, 560; dies in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 66a Rz 5; Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ Rz 13; Koppstein/Rüffler, GesRZ 1999, 150 Fn 155; Lutter in KöKo³, § 71a Rz 40; Oechsler in MüKo³, § 71a Rz 36; mit Hinweis auf den Bezug der Bestimmung auf die takeover-Problematik; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 194 f; aA Otto, DB 1989, 1395; Vertneg, ecolex 1996, 678.

⁶⁴⁹ So etwa auch Fleischer, AG 1996, 500.

⁶⁵⁰ Vgl etwa Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 66a Rz 13.

gleichzeitiger oder kurz vorangehender bzw kurz nachfolgender Gewährung der finanziellen Unterstützung der Fall ist.

3) *Die Ausnahmen vom Verbot*

Sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber haben sich zur Umsetzung der Ausnahme für Kreditinstitute entschieden. Gemäß § 66a 2.Satz öAktG als auch § 71a Abs 1 2. Satz dAktG gilt das Verbot der finanziellen Unterstützung nicht für Rechtsgeschäfte im Rahmen des gewöhnlichen Betriebs oder laufenden Geschäftsbetriebs von Kreditinstituten bzw in Bezug auf die deutsche Bestimmung, ebenso von Finanzdienstleistungsinstituten. Diese Ausnahme soll in erster Linie Banken in Form einer AG vor einem möglichen Wettbewerbsnachteil im Vergleich zu Banken in Gestalt anderer Rechtsformen schützen.⁶⁵¹ Der Begriff des Kreditinstituts richtet sich für die österreichische Bestimmung nach dem § 1 Abs 1 BWG wonach nur Kreditinstitute und nicht hingegen Finanzinstitute (§ 1 Abs 2 BWG) und sonstige Wertpapierdienstleister nach dem WAG dazuzählen. Für die deutsche Bestimmung sind für den Begriff des Kreditinstituts die §§ 1 Abs 1 und 2 Abs 1 KWG heranzuziehen, für den Begriff des Finanzdienstleistungsinstitutes die §§ 1 Abs 1a und 2 Abs 6 KWG. Den Charakter eines Kreditinstitutes bzw Finanzdienstleistungsinstitutes muss diejenige Gesellschaft besitzen, die die finanzielle Unterstützung gewährt bzw auf deren Rechnung sie erfolgt.⁶⁵² Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbes durch derartige Gesellschaften sind jedoch nur insoweit von dem Verbot ausgenommen, als die Finanzierungsgeschäfte „im Rahmen des gewöhnlichen Betriebes“⁶⁵³ des konkreten Kreditinstituts erbracht wurden. Mit der Bedeutung dieses Begriffes befassten sich mittlerweile auch einige wenige deutsche Entscheidungen.

Der BGH⁶⁵⁴ entschied gegen das Vorliegen eines laufenden Geschäftes, wenn sich das Gewähren eines Darlehens zum Aktienerwerb unter Verwendung der zu erwerbenden Aktien als einzige Sicherheit für die Gesellschaft, als unüblich herausstellt, da sie üblicherweise kreditierte Aktien nur zu 60% des Nennwertes zur

⁶⁵¹ Bezenberger in Schmidt/Lutter, AktG, § 71a Rz 20; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl AktG (1984), § 71a Rz 16; Hüfner, AktG⁸, § 71a Rz 5; Lutter in KöKo³, § 71a Rz 60; Oechsler; in MüKo³, § 71a Rz 44; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 216.

⁶⁵² Karollus in Jabornegg/Strasser⁴, § 66a Rz 15.

⁶⁵³ Die deutsche Bestimmung spricht hier zwar vom „laufenden Geschäftsbetrieb“; dennoch kommt beiden Formulierungen – ebenso wie der Formulierung des Art 23 („laufende Geschäfte“) – die gleiche Bedeutung zu; vgl Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 15.

⁶⁵⁴ BGH XI ZR 296/05, 12.9.2006, ZIP 2006, 2119-2122.

Besicherung des Erwerbsdarlehens angesetzt habe und für die restlichen 40% sonstige Sicherheiten bestellt hätten werden müssen. Ferner konnten die überschaubaren finanziellen Verhältnisse des Darlehenempfängers nicht den Verzicht auf weitere Sicherheiten rechtfertigen. Ähnlich entschied zuvor auch das OLG München,⁶⁵⁵ als eine Kreditempfängerin, entgegen den sonstigen Gepflogenheiten der kreditierenden Gesellschaft, keine Sicherheiten im Rahmen der Kreditaufnahme stellen musste, sondern sogar ihrerseits eine Art Sicherheit in Form einer Rückkaufvereinbarung mit einer anderen Gesellschaft zu einem den Erwerbspreis übersteigenden Wert erhalten hatte.

Ob ein Rechtsgeschäft im Rahmen der laufenden Geschäfte⁶⁵⁶ erfolgt ist, wird nach dem regulären Wertpapiergeschäft der konkreten Gesellschaft beurteilt, in dessen Rahmen sie regelmäßig Kredite zum Erwerb von Aktien und anderen Wertpapieren vergibt.⁶⁵⁷ Rechtsgeschäfte die sich sachlich oder auch umfänglich nicht in diesem Rahmen bewegen, fallen nicht unter die Ausnahmebestimmung. Indizien für derartige außergewöhnliche Rechtsgeschäfte sind etwa ein abweichend großes Geschäftsvolumen oder ungewöhnliche Geschäftsbedingungen, vor allem ein Missverhältnis zwischen der gewährten Finanzierung und der Gegenleistung ebenso ungewöhnliche Laufzeiten, eine fehlende Prüfung der Kreditwürdigkeit, eine fehlende Besicherung, usw.⁶⁵⁸ Liegt ein Finanzierungsgeschäft im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes vor, so bedarf es dennoch einer weiteren Zulässigkeitsvoraussetzung. Hier unterscheiden sich die österreichische und die deutsche Bestimmung in ihren Wortlauten. Demnach ist nach der österreichischen Rechtslage ein laufendes Geschäft dennoch gem § 66a öAktG unerlaubt, wenn bei einem hypothetischen Erwerb der Aktien durch die Gesellschaft, diese nach den Bestimmungen des § 225 Abs 5 UGB die vorgeschriebene Rücklage für eigene Aktien nicht bilden könnte, ohne dass das Nettoaktivvermögen das Grundkapital und eine nach Gesetz oder Satzung gebundene Rücklage unterschreiten würde. Da es sich hierbei um eine rein hypothetische Rücklage handelt, muss – anders als beim Erwerb eigener Aktien – keine echte Rücklage gebildet werden. Allerdings herrscht über die

⁶⁵⁵ OLG München 5. Zivilsenat 5 U 4383/05 24.1.2006, unveröffentlicht.

⁶⁵⁶ Im Rahmen des BGH Urteils wurde dem Ansuchen nach einer Vorlage an den EuGH gemäß Art 234 Abs 3 EGV zur Auslegung des Begriffes des laufenden Geschäfts nicht stattgegeben.

⁶⁵⁷ BGH XI ZR 296/05, 12.9.2006, ZIP 2006, 2119-2122; *Hüffer*, AktG⁸, § 71a Rz 5; *Lutter* in KöKo³; § 71a Rz 61; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 46; *Singhof*, NZG 2002, 747.

⁶⁵⁸ BGH XI ZR 296/05, 12.9.2006, ZIP 2006, 2119-2122; *Karollus* in Jabornegg/Strasser⁴, § 66a Rz 16; *Oechsler*, in MüKo³, § 71a Rz 46; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 218; *Singhof*, NZG 2002, 747.

Höhe der hypothetischen Rücklage Uneinigkeit. So wird vom Großteil der Lehre vertreten, dass der gesamte Erwerbspreis, den der Dritte seinerseits für die Aktien bezahlt hat, anzusetzen sei.⁶⁵⁹ Dem steht die Meinung entgegen, nach der die Höhe des Betrages der Finanzierungsleistung maßgebend ist.⁶⁶⁰ Geht man von der Wortwahl des Gesetzgebers aus, so kann der Ansicht beigeplichtet werden, dass der Erwerbspreis der Aktien für die Höhe der hypothetischen Rücklage maßgebend ist, da auch die von § 66a öAktG in Anspruch genommene Bestimmung des § 225 Abs 5 UGB auf den Erwerbspreis der eigenen Aktien Bezug nimmt. Sieht man allerdings den Zweck dieser hypothetischen Rücklagenbildung in der Risikodeckung der finanziellen Unterstützung, so scheint es mE verständlicher, lediglich die hypothetische Rücklage in der Höhe des potenziellen Risikos anzusetzen, welches sich meist in dem Betrag der gewährten finanziellen Unterstützung wieder spiegeln wird, und nicht in einem sogar eventuell höheren Erwerbspreis der Aktien.⁶⁶¹ Beinahe Einigkeit besteht hingegen darüber, dass nicht nur das konkrete Finanzierungsgeschäft, sondern auch frühere oder noch laufende Finanzierungsgeschäfte hinzuzurechnen sind.⁶⁶² Im Gegensatz dazu ist eine finanzielle Unterstützung im Rahmen des laufenden Geschäfts nach der deutschen Rechtslage gleichwohl gem § 71a Abs 1 dAktG nichtig, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbes eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb nicht bilden könnte, ohne das Grundkapital oder eine nach Gesetz oder Satzung zu bildende Rücklage, die nicht ausgeschüttet werden darf, zu mindern. Hier hat sich der deutsche Gesetzgeber um eine Klarstellung der deutschen Rechtslage bemüht, da auch hier vor Erlass des MoMiG eine ähnliche Uneinigkeit in Bezug auf die Höhe der Rücklagenbildung bestand. Ob diese Klarstellung allerdings auch derart geglückt ist, dass jeglicher Zweifel ausgeräumt wurde, sei dahingestellt. Denn auch aus dieser Formulierung geht mE nicht eindeutig hervor, wessen Aufwendungen gemeint sind: die der Gesellschaft oder die des Erwerbers. Insofern können nämlich die Aufwendungen des Erwerbers für den Erwerb über den Aufwendungen der Gesellschaft in Form der finanziellen Unterstützung liegen, da womöglich die

⁶⁵⁹ *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 15; für die deutsche Rechtslage vor dem MoMiG auch *Hüffer*, AktG⁸, § 71a Rz 6; so auch noch *Lutter* in KöKo² (Vorausfl.), § 71a Rz 12; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 48.

⁶⁶⁰ So etwa für die deutsche Rechtslage vor dem MoMiG *Bezenberger* in Schmidt/Lutter, AktG, § 71a Rz 22; *Hefermehl/Bungeroth* in Geßler/Hefermehl AktG, § 1a Rz 15; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 224 f; *Singhof*, NZG 2002, 749 ff.

⁶⁶¹ So nunmehr auch *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 64.

⁶⁶² *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a; für die deutsche Rechtslage vor dem MoMiG auch *Bezenberger* in Schmidt/Lutter, § 71a Rz 22; Rz 17; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 49; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 225 f; *Singhof*, NZG 2002, 751.

Gesellschaft nicht der einzige Finanzier des Erwerbers ist und der Erwerbspreis über der Summe der finanziellen Unterstützung der Gesellschaft liegt. Demzufolge steht auch hier wiederum die Frage nach der Höhe der hypothetischen Rücklage im Raum. Wie für die österreichische Bestimmung, gilt auch für § 71a Abs 1 dAktG, dass es sich wieder um eine hypothetische Rücklage handelt und dass es somit keiner echten Rücklagenbildung bedarf. Darüber hinaus sei jedoch noch gesagt, dass trotz der abweichenden Wortwahl, beide Bestimmungen, ergo die österreichische und die deutsche, auf das gleiche Ergebnis hinauslaufen, nämlich die Vorsorge, dass das potenzielle Risiko, welches mit der Gewährung finanzieller Unterstützung einhergeht, durch genügend frei verfügbare Mittel gedeckt ist.⁶⁶³

In Bezug auf die von Art 23 KapitalRL vorgesehene Ausnahme hinsichtlich Belegschaftsaktien hat sich der österreichische Gesetzgeber im Gegensatz zum deutschen Gesetzgeber gegen eine Umsetzung entschieden. Demzufolge wird hier nunmehr zuerst die deutsche Rechtslage erörtert, um anschließend auf die österreichische einzugehen. Die Gewährung eines Vorschusses oder eines Darlehens, oder die Leistung einer Sicherheit zum Zweck des Erwerbes von Aktien durch Arbeitnehmer der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens unterfallen demnach nicht der Nichtigkeitssanktion des § 71a Abs 1 dAktG, sofern die bereits oben erwähnte hypothetische Rücklage nicht gebildet werden könnte, also die Möglichkeit zur Leistung aus freien Mitteln gegeben ist. Diese Ausnahme ist gleich wie die Bestimmung bezüglich des Erwerbes eigener Aktien durch die Gesellschaft zum Zweck der Ausgabe von Belegschaftsaktien im Lichte sozialpolitischer Erwägungen entstanden.⁶⁶⁴ Unter den Arbeitnehmerbegriff sind im Gleichlauf mit § 71 Abs 1 Z 2 dAktG Personen zu subsumieren, die für eine gewisse Dauer für einen anderen gegen Entgelt Leistungen nach dessen Weisung erbringen oder auch erbrachten.⁶⁶⁵ Aufgrund mangelnder Weisungsgebundenheit sind Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates nicht zu den Arbeitnehmern iS des § 71a Abs 1 dAktG zu zählen.⁶⁶⁶ Entsprechend hat auch das LG Mainz⁶⁶⁷ entschieden, als es die Unanwendbarkeit der Ausnahmebestimmung auf ein Vorstandsmitglied aussprach,

⁶⁶³ Vgl auch *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 65 Rz 76; *Oechsler* in MüKo³, § 71 Rz 320 f; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 223.

⁶⁶⁴ Vgl hierzu *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 62.

⁶⁶⁵ Ausdrücklich auch für die Einbeziehung von Ruheständlern *Peltzer*, AG 1996, 309; vgl ebenso die ausdrückliche Nennung ehemaliger Arbeitnehmer in § 71 Abs 1 Z 2.

⁶⁶⁶ *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 221; ebenso *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 63; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 47; *ders* in MüKo³, § 71 Rz 139.

⁶⁶⁷ LG Mainz 11 HKO 16/04, 27.8.2004, NZG 2005, 325.

da dieser nicht zum Kreis der begünstigten Arbeitnehmer gehört. Zum Zweck dieser Ausnahmebestimmung sind ferner Arbeitnehmer eines verbundenen Unternehmens⁶⁶⁸ den Arbeitnehmern der unterstützenden Gesellschaft gleichgestellt. Dessen ungeachtet entschied das OLG Frankfurt⁶⁶⁹, dass eine GmbH nicht als mit einer AG iS der §§ 15, 17 Abs 1 dAktG verbunden gilt, wenn im Gesellschaftsvertrag als auch in einer *Joint Venture*-Abrede zwischen diesen zwei Gesellschaften vereinbart wurde, dass das Verhältnis zwischen den Partnern paritätisch sein soll und die AG zudem keinen beherrschenden Einfluss auf die GmbH ausüben kann. Folglich ist ein Darlehen, das die AG zum Erwerb von Aktien durch einen Arbeitnehmer der GmbH gewährt, gemäß § 71a Abs 1 dAktG nichtig, wenn bei einer Gleichstellung der verbundenen Unternehmen die Voraussetzungen des § 71a Abs 1 2. Satz dAktG nicht vorliegen.

Welche Auswirkungen hat nunmehr die Nichtumsetzung einer Ausnahme für Belegschaftsaktien für die österreichische Rechtslage? Die hL⁶⁷⁰ geht davon aus, dass diese Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers nicht auf ein generelles Verbot finanzieller Unterstützung von Mitarbeiteraktien schließen lässt, da dies bereits früher als teilweise zulässig erachtet wurde.⁶⁷¹ Vielmehr habe man lediglich auf die Einführung einer Sonderregelung verzichtet und verweise somit auf die Anwendung allgemeiner Bestimmungen.⁶⁷² Folglich können Finanzierungshilfen an Arbeitnehmer (nicht hingegen an Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates) nur gewährt werden, sofern sich diese im Rahmen üblicher betrieblicher Sozialleistungen befinden und mit § 70 öAktG einhergehen.⁶⁷³ Allerdings darf auch hier im Lichte einer richtlinienkonformen Auslegung nicht die zusätzliche Voraussetzung der hypothetischen Rücklagenbildung, wie sie für Kreditinstitute vorgesehen ist, außer Acht gelassen werden.⁶⁷⁴

Neben diesen Ausnahmen sehen weder § 66a öAktG noch § 71a Abs 1 dAktG weitere Ausnahmen zu dem Verbot der finanziellen Unterstützung vor. Gleichwohl

⁶⁶⁸ Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16 dAktG), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17 dAktG), Konzernunternehmen (§ 18 dAktG), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19 dAktG) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind; vgl § 15 dAktG.

⁶⁶⁹ OLG Frankfurt 19 U 78/03; 22.12.2003, NZG 2004, 419.

⁶⁷⁰ *Kalss* in MüKo³, § 71a Rz 71; *dies* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 12; *dies*, SWK 1995, B74; *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 18.

⁶⁷¹ Vgl etwa *Nowotny*, RdW 1986, 327.

⁶⁷² *Kalss* in MüKo³, § 71a Rz 71; *dies* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 12.

⁶⁷³ *Kalss* in MüKo³, § 71a Rz 71; *dies* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 12; *dies*, SWK 1995, B65 (B74); *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 18.

⁶⁷⁴ S Fn 673.

kam die Frage auf, inwieweit die weitaus günstigeren Ausnahmen der Bestimmungen über den Erwerb eigener Aktien auf das Verbot der finanziellen Unterstützung Anwendung finden.⁶⁷⁵ Indessen ist jedoch unverkennbar, dass die Bestimmungen des § 66a öAktG und des § 71a Abs 1 dAktG eigene Ausnahmetatbestände schaffen, die von den Tatbeständen der § 65 öAktG bzw § 71 dAktG unabhängig sind. Das Verbot der finanziellen Unterstützung greift auch dann ein, wenn der Gesellschaft selbst der Erwerb eigener Aktien erlaubt gewesen wäre. Dies ergibt sich bereits daraus, dass sich der Schutzzweck des Verbotes der finanziellen Unterstützung nicht schon im Umgehungsschutz erschöpft, sondern weitere Zwecke verfolgt.⁶⁷⁶ Somit ist es einer Gesellschaft etwa auch nicht erlaubt, finanzielle Unterstützung zur Abwendung eines schweren, unmittelbar bevorstehenden Schadens zu gewähren.⁶⁷⁷

Ebenso wird die Annahme, dass vorteilhafte Rechtsgeschäfte von dem Verbot der finanziellen Unterstützung auszunehmen sind, von der hL⁶⁷⁸ verneint. Dies ist auf den besonderen Schutzzweck zurückzuführen, welcher bereits die abstrakte Gefährdung des Gesellschaftsvermögens zu vermeiden versucht.⁶⁷⁹ Mit einem Größenschluss ist ferner daraus abzuleiten, dass auch ein Finanzierungsgeschäft, welches einem Drittvergleich standhält und somit auch als neutrales Rechtsgeschäft gewertet werden kann, nicht vom Verbot ausgenommen ist.⁶⁸⁰

4) Die Rechtsfolgen

Hinsichtlich der vorherrschenden gravierenden Unterschiede zwischen der österreichischen und deutschen Bestimmung auf dem Gebiet der Rechtsfolgen, welche auf die von Art 23 gebotenen Wahlfreiheit der Mitgliedstaaten zurückzuführen ist, werden nunmehr in Abkehr vom übrigen Teil des Österreich-Deutschland-Kapitels die jeweiligen Länder getrennt voneinander behandelt.

⁶⁷⁵ Für eine analoge Anwendung etwa *Habersack* in FS Röhrich, 167 ff; nunmehr für eine zumindest teilweise Anwendung der Ausnahmen des § 71dAktG auf § 71a dAktG vor allem in Bezug auf die Möglichkeit zur Schadensabwehr *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 42; *Westermann* in FS Peltzer, 625; *Werner*, AG 1990, 14; gegen eine analoge Anwendung *Hefermehl/Bungeroth* in Geßler/Hefermehl AktG (1984), § 71a Rz 11; *Kalss* in MüKo³, § 71a Rz 70; *dies* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 10; *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 14; noch in Vorauf. *Lutter*, KöKo², § 71a Rz 9; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 39.

⁶⁷⁶ S dazu bereits S.105 ff (Schutzzweck).

⁶⁷⁷ AA nunmehr ausdrücklich *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 42.

⁶⁷⁸ Vgl etwa *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 14; *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 38; *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 166 ff.

⁶⁷⁹ S hierzu S.121 f.

⁶⁸⁰ So etwa auch *Nodoushani*, NZG 2008, 292; aA *Schaefer/Grützediek*, NZG 2006, 206.

a) Österreich

aa) Rechtswirksamkeit der finanziellen Unterstützung

Die Bestimmung des § 66a öAktG normiert lediglich die Unzulässigkeit eines Rechtsgeschäftes, welches die Gewährung einer finanziellen Unterstützung eines Aktienerwerbes zum Gegenstand hat, lässt die Rechtswirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte jedoch unberührt. Demzufolge treten etwaige zivile Rechtsfolgen, wie zB die Nichtigkeit gemäß § 879 ABGB, hinsichtlich des betroffenen Rechtsgeschäftes nicht ein.⁶⁸¹ Aus diesem Grund steht auch weder ein Leistungsverweigerungsrecht noch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zu. Ferner steht auch der Rückgewähranspruch des § 56 öAktG nicht zur Verfügung; zweifellos ist ein derartiges Rechtsgeschäft aufgrund seiner Wirksamkeit zu erfüllen. Diese Ausführungen lassen jedoch mögliche Rechtsfolgen aufgrund eines Verstoßes gegen andere Rechtsvorschriften, wie etwa § 57 öAktG oder § 879 ABGB, unberührt.⁶⁸² Ferner kann das unerlaubte Rechtsgeschäft aufgrund seiner Wirksamkeit keinerlei Auswirkungen auf zusammenhängende Rechtsgeschäfte haben, wie zB den Aktienerwerb an sich. Dieser ist somit ebenfalls rechtswirksam zustande gekommen.

bb) Haftung der Gesellschaftsorgane

Dessen ungeachtet darf die Möglichkeit einer Haftung der Gesellschaftsorgane nicht außer Acht gelassen werden. Zumal die Bestimmung des § 66a öAktG als eine Ordnungsvorschrift verstanden wird, die den Organen einen gewissen Verhaltensmaßstab auferlegt, stehen sowohl der Gesellschaft selbst als auch uU den Gläubigern Schadenersatzansprüche im Fall einer Zuwiderhandlung zu.⁶⁸³ Verletzt ein Vorstandsmitglied seine Obliegenheiten, so ist er gemäß § 84 Abs 2 öAktG der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, den aus dieser Verletzung entstandenen Schaden zu erstatten. Diese Haftung gemäß § 84 öAktG birgt eine Verschuldenshaftung in sich, wobei grundsätzlich leichte Fahrlässigkeit genügt.⁶⁸⁴ Sofern bei einem Vorstand mit mehreren Mitgliedern keine Ressortverteilung besteht, ist eine Solidarhaftung vorgesehen. Ist hingegen eine zulässige Ressortverteilung vorhanden, so haftet

⁶⁸¹ Doralt, M; Management Buyout, 85; Kalss; AG 1996, 560; dies; SWK 1995, B74; dies; in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 15; Karollus; in Jabornegg/Strasser⁴, § 66a Rz 19, Koppensteiner/Rüffler; GesRZ 1999, 150.

⁶⁸² Vgl etwa Doralt, M; Management Buyout, 85.

⁶⁸³ Doralt, M; Management Buyout, 85; Kalss; AG 1996, 560; dies; SWK 1995, B74; dies; in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 15; Karollus; in Jabornegg/Strasser⁴, § 66a Rz 19, Koppensteiner/Rüffler; GesRZ 1999, 150.

⁶⁸⁴ OGH 1 Ob 179/73; 31.10.1973, SZ 46/113; Strasser; in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 77-84 Rz 98.

prinzipiell das zuständige Vorstandsmitglied. Allerdings befreit dies nicht die restlichen Vorstandsmitglieder von ihren umfänglichen Informations-, Überwachungs- und Interventionspflichten, weshalb auch die restlichen Vorstandsmitglieder einer etwaigen Haftung aufgrund einer Verletzung dieser ihnen obliegenden Pflichten ins Auge blicken müssen.⁶⁸⁵ Die Schadenersatzansprüche stehen grundsätzlich der Gesellschaft zu, sofern ihr ein Schaden aus der Handlung des Vorstandes entstanden ist. Allerdings können diese Ersatzansprüche gemäß § 84 Abs 5 öAktG auch von Gesellschaftsgläubigern unmittelbar in ihrem eigenen Name geltend gemacht werden, sofern sie in Bezug auf ihre Forderung gegenüber der Gesellschaft keine oder nur ungenügende Befriedigung erhalten. Handelt es sich bei dem anspruchsauslösenden Verhalten des Vorstands nicht um einen von § 84 Abs 3 öAktG aufgezählten Tatbestand, so wird zusätzlich grobe Fahrlässigkeit auf Seiten des Vorstandes gefordert, damit eine Geltendmachung des Anspruches durch einen Gesellschaftsgläubiger erfolgen kann. Zumal jedoch die Verteilung von Gesellschaftsvermögen (§ 84 Abs 3 Z 5 öAktG) und die Gewährung eines Kredites entgegen den gesetzlichen Bestimmungen des öAktG (§ 84 Abs 3 Z 7 öAktG) in dieser Aufzählung enthalten sind, liegt mE der Schluss nahe, dass die Gewährung finanzieller Unterstützung entgegen § 66a öAktG bereits bei leichter Fahrlässigkeit die Geltendmachung der Haftung durch die Gesellschaftsgläubiger rechtfertigt. Die Verjährungsfrist eines Anspruches gegen den Vorstand gemäß § 84 öAktG beträgt fünf Jahre, allerdings sagt die Bestimmung nichts über den Beginn des Fristenlaufes aus, was zu einigen Kontroversen geführt hat. Hier ist zum einen ein objektiv geprägter Anknüpfungspunkt denkbar, welcher sich etwa am Eintritt des Schadens orientiert und zum anderen ein subjektiver, welcher an die Kenntnis des Schadens anknüpft. Die hL⁶⁸⁶ geht von dem Lauf der Verjährungsfrist ab Kenntniserlangung des Schadens durch die Gesellschaft aus. Eine etwaige Unterbrechung oder auch Hemmung der Frist richtet sich nach den allgemeinen Regeln.⁶⁸⁷ Eine Haftungsbefreiung des Vorstandes aufgrund eines Verzichtes auf den Anspruch oder eines Vergleiches kann frühestens nach Ablauf von fünf Jahren nach Entstehung des Ersatzanspruches der AG bewirkt werden. Gleiches soll allerdings für sämtliche gerichtliche wie auch außergerichtliche Maßnahmen gelten, die ebenfalls auf die Aufgabe eines Ersatzanspruches gemäß

⁶⁸⁵ OGH 3 Ob 536/77, 10.1.1978, GesRZ 1978, 36.

⁶⁸⁶ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, §§ 77-84 Rz 110 mwN.

⁶⁸⁷ Vgl §§ 1494 ff ABGB.

§ 84 öAktG gegen ein Vorstandsmitglied gerichtet sind.⁶⁸⁸ In Bezug auf eine mögliche Haftung des Aufsichtsrates verweist § 99 öAktG auf die Bestimmung des § 84 öAktG.

b) Deutschland

aa) Nichtigkeit der finanziellen Unterstützung

In diesem Zusammenhang wird hier wiederum auf die Besonderheit des deutschen bürgerlichen Rechts Bezug zu nehmen sein. Im Gegensatz zu den meisten anderen Rechtsordnungen kennt das deutsche Recht das Abstraktionsprinzip, nach dem das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft und das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft nicht als Einheit gesehen werden, sondern einzeln für sich und getrennt voneinander. Dies hat vor allem die Konsequenzen in Bezug auf die von § 71a Abs 1 dAktG ausgesprochene Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes, welches die Gewährung finanzieller Unterstützung zum Gegenstand hat.⁶⁸⁹ Nach hM trifft die Nichtigkeit des § 71a Abs 1 dAktG nur das obligatorische Verpflichtungsgeschäft, nicht hingegen das dingliche Verfügungsgeschäft.^{690 691} Dieser Auffassung entgegnet *Oechsler*⁶⁹², dass im Falle einer Überschneidung der Anwendungsbereiche des Verbotes der Einlagenrückgewähr (§ 57 dAktG) und des Verbotes der finanziellen Unterstützung differenziert werden müsse. Verstößt ein Rechtsgeschäft gegen § 57 dAktG, so ist nach hL⁶⁹³ sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungs- als auch das dingliche Verfügungsgeschäft von der Nichtigkeitsandrohung betroffen. Verstößt nunmehr ein Rechtsgeschäft sowohl gegen § 57 dAktG als auch gegen § 71a Abs 1 dAktG, so verdränge die Spezialnorm § 71a Abs 1 dAktG das generellere Verbot der Einlagenrückgewähr.⁶⁹⁴ Im Hinblick darauf sei allerdings eine Andersbehandlung in Bezug auf die Rechtsfolgen nicht gerechtfertigt und es müsse sich daraus die

⁶⁸⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, §§ 77-84 Rz 112.

⁶⁸⁹ Die Wortwahl „*Rechtsgeschäft, das die Gewährung [...] zum Gegenstand hat*“ ist irreführend; gemeint ist damit lediglich die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft und nicht etwa, dass nur Rechtsgeschäfte von der Nichtigkeitsanordnung betroffen sein sollen, die das Innenverhältnis zwischen AG und Aktienwerber betreffen; Schroeder, *Finanzielle Unterstützung*, 251 ff.

⁶⁹⁰ *Hefermehl/Bungeroth* in Geßler/Hefermehl AktG (1984) § 71a Rz 10; *Hüffer*, AktG⁸, § 71a Rz 4; *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 50; *Schroeder*, *Finanzielle Unterstützung*, 254; aA *Joost*, ZHR 1985, 430; *Nuyken*, ZIP 2004, 1894; *Schäffler*, BB Beilage 2006, Nr 9, 6; differenzierend im Falle einer Überschneidung der Anwendungsbereiche des § 71a und des § 57 dAktG: *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 40; *ders.*, ZIP 2006, 1666.

⁶⁹¹ Anderes soll jedoch ausnahmsweise für Rechtsgeschäfte gelten, bei denen eine Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht so einfach durchgeführt werden kann, da das Rechtsgeschäft bereits in der Bewirkung der Leistung besteht. Dies ist etwa der Fall bei akzessorischen Sicherheiten, wie beispielsweise bei einer Bürgschaft oder einer Besicherung durch eine Hypothek. Folglich ist in solchen Fällen auch das dingliche Verfügungsgeschäft von der Nichtigkeit betroffen; *Schroeder*, *Finanzielle Unterstützung*, 255.

⁶⁹² *Oechsler* in MüKo³, § 71a Rz 40; so auch *Hefermehl/Bungeroth* in Geßler/Hefermehl AktG (1984), § 71a Rz 10; *Joost*, ZHR 1985, 430; *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 50.

⁶⁹³ S hierzu S.270 f.

⁶⁹⁴ Gegen eine Verdrängung und für eine Anwendung beider Normen allerdings *Lutter* in KöKo³, § 71a Rz 20.

Nichtigkeit des dinglichen Verfügungsgeschäftes neben der des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes auch nach § 71a Abs 1 dAktG ergeben.

Ferner trifft die Nichtigkeitsfolge nicht nur Finanzierungsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und dem Aktienerwerber, sondern auch Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und einem Dritten, wie zB dem veräußernden Aktionär oder einem dritten Kreditgeber.⁶⁹⁵ Dieser Ansicht stehen keinerlei Bedenken hinsichtlich des Verkehrsschutzes entgegen, da auch bei Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaft und einem vom Aktienerwerber fremden Dritten der funktionale Zusammenhang gefordert wird, und damit auch die subjektive Tatbestandsvoraussetzung.⁶⁹⁶ Da sich aufgrund der Nichtigkeit des Finanzierungsgeschäftes keine Erfüllungsansprüche ergeben können, steht der Gesellschaft auch ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber ihren Vertragspartnern zu, sofern noch keine Leistung erbracht wurde.⁶⁹⁷

Ein bereits erfolgter Verfügungsakt ist dennoch wirksam, da die Nichtigkeitsanordnung, wie bereit zuvor erwähnt, nicht das dingliche Verfügungsgeschäft betrifft. Hat eine Leistung also bereits stattgefunden, so käme sowohl eine Rückforderung mittels allgemeiner bereicherungsrechtlicher Grundsätze in Betracht als auch der aktienrechtliche Rückgewähranspruch des § 62 Abs 1 dAktG, wonach ein Aktionär Leistungen zurückgewähren muss, die er entgegen den Vorschriften des dAktG empfangen hat. Allerdings wird von einem Großteil der Lehre die unmittelbare Rückforderung einer unter das Verbot des § 71a Abs 1 dAktG fallenden Leistung nach § 62 dAktG abgelehnt; lediglich bei einem gleichzeitigen Verstoß der Leistung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 57 dAktG stünde neben den allgemeinen bereicherungsrechtlichen Ansprüchen aufgrund des Verstoßes gegen § 71a Abs 1 dAktG auch ein Rückgewähranspruch nach § 62 dAktG zu.⁶⁹⁸ Eine andere Ansicht vertritt Hüffer⁶⁹⁹, nach welcher der Rückforderungsanspruch zwar unmittelbare Anwendung findet, dies allerdings nur unter der Prämisse, dass der Empfänger der finanziellen Unterstützung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Finanzierungsgeschäftes als Aktionär gilt; andernfalls sind die allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätze heranzuziehen. Diese Ansicht wird

⁶⁹⁵ Nuyken, ZIP 2004, 1894; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 253.

⁶⁹⁶ Hüffer, AktG⁸, § 71a Rz 4; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 253.

⁶⁹⁷ Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 251.

⁶⁹⁸ Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl AktG, § 71a Rz 10; Klass, Der Buyout von Aktiengesellschaften, 27; Lutter/Wahlers, AG 1989, 10; so etwa auch LG Mainz 11 HKO 16/04, 27.8.2004, NZG 2005, 325; für eine alleinige Anwendung der bereicherungsrechtlichen Vorschriften Schäffler, BB Beilage 2006, Nr 9, 6.

⁶⁹⁹ Hüffer, AktG⁸, § 71a Rz 4.

in modifizierter Weise nunmehr zu Recht zunehmend von der hL⁷⁰⁰ vertreten. So soll § 62 dAktG insofern angewendet werden, wenn die Gesellschaft aufgrund eines § 71a Abs 1 dAktG unterfallenden Finanzierungsgeschäftes an den Aktienerwerber oder an den bisherigen Aktionär geleistet. Anschaulich macht man sich hier die herrschende Ansicht zu Nutzen, dass auch zukünftige Aktionäre unter den Anwendungsbereich des § 62 dAktG fallen, sofern ein zeitlicher und tatsächlicher Zusammenhang zwischen der verbotswidrigen Leistung und dem Erwerb der Aktien, also der Aktionärsstellung besteht.⁷⁰¹ Gewährt die Gesellschaft hingegen finanzielle Unterstützung an einen gesellschaftsfremden Dritten und somit nur indirekt dem Aktienerwerber, wie dies etwa bei der Leistung einer Sicherheit an eine Bank der Fall sein kann, so stehen der Gesellschaft nur die allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätze zur Verfügung.⁷⁰²

bb) Sonderfälle im Zusammenhang mit Dreipersonenverhältnissen – indirekte Unterstützung

Wie bereits zuvor darauf hingewiesen, können bestimmte Konstellationen indirekter finanzieller Unterstützung im Hinblick auf die Rechtsfolgen Schwierigkeiten aufweisen. Zum einen stellt sich die Frage nach der Anwendung der Nichtigkeitsfolge auf eine finanzielle Unterstützung, etwa in Form einer Sicherheit, wenn es zwischen der finanziell unterstützenden Gesellschaft und einem durch den Aktienerwerber eingeschalteten Dritten als letztendlicher Sicherungsnehmer keine vertragliche Vereinbarung gibt.⁷⁰³ Hier werden von der deutschen Lehre mittlerweile drei Lösungswege vorgeschlagen, welche jedoch im Endeffekt alle das gleiche Ziel verfolgen, nämlich den Schutz der Gesellschaft vor einer möglichen Inanspruchnahme aus der Sicherheit. So wird zum einen der Standpunkt vertreten, dass sich die Anwendung der Verbotsbestimmung stets auf das Verhältnis von Sicherungsgeber und dem aktuellen Sicherungsnehmer beziehe, und somit in diesem Fall das dingliche Sicherungsgeschäft betreffe, da zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer keine schuldrechtliche Vereinbarung bestehe. Folglich wäre das dingliche Rechtsgeschäft als nichtig zu werten und die Gesellschaft hätte ein

⁷⁰⁰ Lutter in KöKo³, § 71a Rz 53; Nodoushani, NZG 2008, 291 f; Nuyken, ZIP 2004, 1894; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 256 ff; so auch Oechsler in MüKo³, § 71a Rz 41 f; Schneider, NZG 2007, 891; OLG München 5 U 4383/05, 24.1.2006, un veröffentlicht; aA anscheinend BGH XI ZR 296/05, 12.9.2006, ZIP 2006, 2119.

⁷⁰¹ Hierzu ausführlich S.252 ff und S.275 f.

⁷⁰² Lutter in KöKo³, § 71a Rz 54; Nodoushani, NZG 2008, 291 f; Nuyken, ZIP 2004, 1894; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 256 ff; so auch Oechsler in MüKo³, § 71a Rz 41 f; Schneider, NZG 2007, 891; OLG München 5 U 4383/05, 24.1.2006, un veröffentlicht; aA anscheinend BGH XI ZR 296/05, 12.9.2006, ZIP 2006, 2119.

⁷⁰³ Dies ist insbesondere der Fall bei einer akzessorischen Sicherheit.

Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Dritten.⁷⁰⁴ Die zweite Auffassung stützt ihre Argumentation auf die Heranziehung einer Durchgriffskondiktion.⁷⁰⁵ Im Gegensatz dazu verweist die dritte Ansicht richtigerweise auf den zu bevorzugenden Kapitalschutz gegenüber dem Vertrauen des Dritten auf seine Rechtsposition, sofern diesem der Sicherungsgeber und der Zweck des von ihm gewährten Darlehens bekannt bzw. grob fahrlässig nicht bekannt waren.⁷⁰⁶ Insofern habe die Gesellschaft aufgrund dessen ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Sicherungsnehmer im Falle einer Inanspruchnahme.

Vor ein anderes Problem wird man in Bezug auf die Gewährung eines Darlehens an einen Dritten, welcher in weiterer Folge diese Mittel an den Aktienerwerber weiterleitet – also so genannte Durchleitungsfälle –, gestellt. An diesem Punkt bedarf es einer Differenzierung, ob der Dritte entweder auf Rechnung der Gesellschaft handelt, oder aber auf Rechnung des Aktienerwerbers. Handelt der Dritte auf Rechnung der Gesellschaft, so wird über die Bestimmung des § 71d dAktG dieses Handeln mit dem Handeln der Gesellschaft gleichgestellt. Hier stellt sich aber wiederum die Frage, welches der beiden Vereinbarungen von der Nichtigkeit betroffen sein soll – die Darlehensvereinbarung zwischen Gesellschaft und Dritten oder das Finanzierungsgeschäft zwischen dem Dritten und dem Aktienerwerber. Nimmt man die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes zwischen Gesellschaft und Dritten an, so besteht die Möglichkeit einer Rückforderung des gewährten Betrages.⁷⁰⁷ Dies lasse sich allerdings nur in dem Fall rechtfertigen, wenn die Gesellschaft eine bewusste Umgehung der Verbotsbestimmung anhand der Einschaltung eines Dritten beabsichtigt hat; in allen anderen Fällen könne nur der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Aktienerwerber von der Nichtigkeit erfasst sein.⁷⁰⁸ Handelt der Dritte jedoch auf Rechnung des Aktienerwerbers, so könnten die allgemeinen Grundsätze in Bezug auf verbotene Leistungen an einen Aktionär Abhilfe schaffen, wonach etwa Leistungen an einen Dritten dem Aktienerwerber zugerechnet werden können, sofern der Dritte auf Veranlassung des Erwerbers gehandelt hat.⁷⁰⁹

⁷⁰⁴ So etwa *Schroeder*, *Finanzielle Unterstützung*, 166, 251 ff; dem folgend *Lutter* in *KöKo*³, § 71a Rz 57; kritisch *Merkt* in *Großkommentar*⁴, § 71a Rz 52.

⁷⁰⁵ *Oechsler* in *MüKo*³, § 71a Rz 32 f; wiederum kritisch *Merkt* in *Großkommentar*⁴, § 71a Rz 54.

⁷⁰⁶ *Merkt* in *Großkommentar*⁴, § 71a Rz 55.

⁷⁰⁷ So etwa *Oechsler* in *MüKo*³, § 71a Rz 34.

⁷⁰⁸ *Merkt* in *Großkommentar*⁴, § 71a Rz 57.

⁷⁰⁹ So etwa *Oechsler* in *MüKo*³, § 71a Rz 34 mwN.

cc) Haftung der Gesellschaftsorgane

Neben der von § 71a Abs 1 dAktG angeordneten Nichtigkeit des Finanzierungsgeschäftes erfahren auch die Haftungsregelungen der §§ 93 und 116 dAktG Anwendung. Da es sich hierbei allerdings um eine verschuldensabhängige Haftung handelt, wird zumindest leichte Fahrlässigkeit verlangt.⁷¹⁰ Sofern es laut Satzung oder Geschäftsordnung eine Aufteilung der einzelnen Aufgabenbereiche unter den Vorstandsmitgliedern gibt, so haftet jedes Vorstandsmitglied generell für sein eigenes Verschulden, es sei denn, ein Vorstandsmitglied kommt der zwingenden Überwachungspflicht, welche einer Verteilung auf einzelne Mitglieder des Vorstandes nicht zugänglich ist, nicht nach. Die Beweispflicht, dass die nötige Sorgfalt eingehalten wurde, liegt bei dem in Anspruch genommenen Vorstandsmitglied. Voraussetzung für die Geltendmachung derartiger Ersatzansprüche gegen den Vorstand ist ferner das Vorliegen eines Schadens auf Seiten der Gesellschaft. Sofern der Gesellschaft insofern kein Schaden durch die Gewährung finanzieller Unterstützung entstanden ist, ist eine Haftung des Vorstandes zu verneinen.

Gleichfalls ist an eine mögliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder als Gesamtschuldner gemäß § 116 dAktG zu denken. Hierbei begründet sich die Haftung auf einer möglichen Verletzung der Überwachungspflicht, welche dem Aufsichtsrat generell obliegt. In Bezug auf den Verschuldensgrad und die Beweislast kann auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden.

Die Ansprüche der Gesellschaft gegenüber ihren Organen können unter Umständen auch von den Gesellschaftsgläubigern geltend gemacht werden, vorausgesetzt, sie können keine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erlangen (§ 93 Abs 5 dAktG). Die Ansprüche gegen die Organe verjähren in fünf Jahren, wobei sich der Beginn, die Unterbrechung und die Hemmung der Frist nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 194 ff BGB richten (§ 93 Abs 6 dAktG).

⁷¹⁰ Spindler in MüKo³, § 93 Rz 158 ff und in Bezug auf Abs 3 Rz 193.

III. Rechtsvergleichende Analyse und Stellungnahme

1) *Einleitung*

Nach der Darstellung der einzelnen nationalen Verbotsbestimmungen der englischen, österreichischen und auch deutschen Rechtsordnung lassen sich auf den ersten Blick einige Unterschiede, vor allem in Bezug auf den Wortlaut aufzeigen, die einer genaueren Betrachtung bedürfen. Dies ist wohl vordringlich mit den vom Grunde auf abweichenden Entstehungsgeschichten zu erklären. So stehen einer Bestimmung, die als Geschöpf einer Anlassgesetzgebung als Antwort für eine die Wirtschaftswelt erschütternde Krise hervorging und auf einer geschichtlich erfassbaren Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung fußt, zwei andere Bestimmungen gegenüber, denen ein vergleichbarer Werdegang fremd ist und die lediglich Produkte angewiesener Rechtssetzung im Namen des Europarechts sind. Einem englischen Rechtsanwender werden folglich auch Möglichkeiten geboten, den Sinn und Zweck dieses Verbotes anhand ausführlicher Gesetzesmaterialien zu erklären sowie mittels Heranziehung umfangreicher Rechtssprechung den Anwendungsbereich abzugrenzen. Demgegenüber konnte sich ein österreichischer und deutscher Rechtsanwender zu Beginn lediglich auf den von der Richtlinie vorgegebenen Umsetzungsauftrag in Form des Art 23 sowie den europäischen Gesetzesmaterialien zu den Richtlinienverhandlungen stützen. Dies spiegelt sich vor allem auch in der früheren Kommentarliteratur sowie in den zu dieser Zeit eher spärlich vorhandenen Aufsätzen zu diesem Thema wieder. Während sich die frühere Lehre mehr oder weniger mit einer sehr am Wortlaut orientierten und knappen Kommentierung der Bestimmung begnügte, zeigt sich nunmehr sowohl in Österreich als auch in Deutschland eine Tendenz zu ausführlichen Überlegungen hinsichtlich des Regelungszweckes und der Reichweite ihrer nationalen Bestimmungen.⁷¹¹

Ausschlaggebend für diese Bewegung ist allem Anschein nach die im Jahre 1995 erschienene, umfassende Arbeit von *Schroeder*⁷¹². Darin widmete er sich der eingehenden Untersuchung des deutschen § 71a Abs 1 dAktG im Lichte der

⁷¹¹ Vgl etwa *Hefermehl/Bungeroth* in Geßler/Hefermehl AktG (1984), § 71a; § 71a; *Lutter* in der Vorauf. KöKo², § 71a; im Vergleich zu *Lutter* in KöKo³, § 71a; *Oechsler* in MüKo³, § 71a. Insbesondere in Bezug auf die Kommentierungen Lutters im KöKo ist dies ersichtlich. So hatte anfänglich die Kommentierung zu § 71a Abs 1 dAktG in der 2.Auflage des KöKo lediglich einen Umfang von 12 Randziffern, wohingegen in der neuen 3.Auflage nunmehr die Kommentierung 65 Randziffern umfasst.

⁷¹² *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung.

englischen s.54 CA 1948, welche allgemein als Vorbild für Art 23 KapitalRL gilt.⁷¹³ Im Zuge dieses Vergleichs mit der früheren englischen Bestimmung orientierte sich *Schroeder* an der Entstehungsgeschichte sowie den Erwägungen der englischen Gerichte und der englischen Lehre zu s.54 CA 1948 und zog daraus – besonders im Hinblick auf den Normzweck und die Reichweite – Schlüsse für die deutsche Bestimmung, § 71a Abs 1 dAktG. Auch wenn man den maßgeblichen Grundgedanken dieser Vorgehensweise im Lichte des Werdegangs der Richtlinienbestimmung zu erkennen vermag und auch in gewisser Weise nachvollziehen kann, wurde sie dennoch kritischen Auseinandersetzungen unterworfen. So wurde die von *Schroeder* angewandte Methode, die auf der Heranziehung der kompletten Auslegungsgeschichte einer nationalen Regelung zum Zweck der Auslegung einer Richtlinienbestimmung basiert, als neuartig und für den Zweck der Auslegung richtlinienumsetzenden Rechts als „*unbefriedigend*“ beanstandet: Eine Regelung, auch wenn sie aus einem europäischen Regelungsauftrag entspringt, müsse nicht losgelöst von ihrem nationalen Normengefüge betrachtet werden und könne auch nicht die Zugehörigkeit zu ihrer nationalen Rechtsordnung verlieren.⁷¹⁴ Ungeachtet dieser Kritik hat sich dennoch eine merkliche Bewegung auf Basis der Aufzeichnungen *Schroeders* abgezeichnet, hin zu einer eingehenderen Auseinandersetzung mit diesem Verbot des § 71a Abs 1 dAktG und einem weiteren Verständnis dieser Bestimmung. Nahezu die gesamte Kommentarliteratur, welche nach Veröffentlichung der Arbeit *Schroeders* hervorkam, stützt sich auf seine Erkenntnisse.⁷¹⁵ Mit dem Blick über die Grenzen ins Nachbarland, den man immer wieder in der österreichischen Kommentarliteratur entdecken kann, hat sich nunmehr auch in der österreichischen Lehre eine daran angepasste Auffassung herausentwickelt.⁷¹⁶ Dadurch entwickelte sich mit der Zeit eine allmählich partielle Annäherung in Bezug auf ihre Auslegung der anfänglich als unterschiedlich wirkenden Bestimmungen. Diese Gemeinsamkeiten gilt es in diesem Teil der Arbeit zu untersuchen, allerdings ohne die dennoch weiterhin vereinzelt bestehenden Unterschiede unberücksichtigt zu lassen. Ein weiteres Anliegen dieses Teiles der

⁷¹³ Vgl hierzu bereits S.15 ff.

⁷¹⁴ *Klass*, Der Management Buyout, 20 ff; ebenso kritisch *Fleischer*, AG 1996, 501; im Allgemeinen gegen den Rückgriff auf nationale Vorgängerbestimmungen bei der Auslegung von Richtlinien *Heß*, Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht, 82 f; auch *Bungert*, ZHR 1996, 403, 408 allerdings im Endeffekt von den Ergebnissen *Schroeders* überzeugt; *Heß*, Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht, 82 f.

⁷¹⁵ Vgl etwa insbesondere die Nachweise in den Fußnoten bei *Bezzenberger* in Schmidt/Lutter, AktG, § 71a; *Oechsler* in MüKo³, § 71a; bezeichnend auch *Merkt* in Großkommentar⁴, § 71a Fn 7.

⁷¹⁶ Vgl etwa die Nachweise bei *Karollus* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a.

Arbeit ist es, einzelne Problemfelder im Zusammenhang mit den nationalen Bestimmungen aufzugreifen und etwaige Lösungsansätze auszuarbeiten.

2) *Der Normzweck*

Sowohl in der Ausführung zur englischen als auch zur österreichischen und deutschen Rechtslage zeichnet sich ein ähnliches Bild ab, welches weithin Uneinigkeit und Rechtsunsicherheit auf dem Gebiet des Normzweckes des Verbotes finanzieller Unterstützung wiedergibt. Anderes lässt sich auch konsequenterweise nicht erwarten, da ebenso auf europäischer Ebene vieles in Bezug auf den Schutzzweck nicht geklärt ist.⁷¹⁷ Ursprünglich deutete vieles auf eine Divergenz der einzelnen Ansichten in den zu untersuchenden Ländern hin, was schlicht auf die unterschiedliche Entstehungsgeschichte und die unterschiedlich lange Existenz des Verbotes zurückzuführen ist. So war es der Zusammenbruch der englischen Wirtschaft, dem das Verbot der finanziellen Unterstützung seine Existenz zu verdanken hatte. Dieser Umstand und der darauf folgende fortwährende Bestand des Verbotes finanzieller Unterstützung in der englischen Rechtsordnung gaben dem englischen Rechtsanwender den nötigen Hintergrund und die nötige Zeit, sich dem Normzweck der Regelung bewusst zu werden. Ferner ermöglichte das längerfristige Bestehen das Entstehen eines Konvoluts an Entscheidungen, die das Überdenken der Regelung vorantrieben, was oftmals in einer Neuregelung mündete, und einen besseren Einblick in das Konzept verschafften, welches hinter diesem Verbot steht. Im Gegensatz dazu sah sich sowohl der österreichische als auch der deutsche Rechtsanwender mit einer neuartigen Bestimmung konfrontiert, deren Zusammenspiel mit dem restlichen nationalen Normengefüge ungewiss war und deren Normzweck es erst zu erforschen galt. Man begnügte sich folglich zu Beginn mit der reinen Umgehungsschutzfunktion der Regelung und maß ihr anfänglich keinerlei weitere Funktionen bei. Allerdings hat sich mit der Zeit gezeigt, dass sich diese anfängliche Divergenz der einzelnen Auffassungen annähernd zu einem Gleichlauf entwickelte, was wohl zum großen Teil auf die Bemühungen *Schroeders*, einen rechtsvergleichenden Blick nach England zu wagen, zurückzuführen ist. Nunmehr lassen sich derzeit wesentliche Parallelitäten in den einzelnen Rechtsordnungen erkennen. So scheinen in allen Diskussionen hinsichtlich des von den einzelnen Bestimmungen verfolgten Normzweckes ähnliche Ansätze auf. Zum einen wird dem Verbot der finanziellen Unterstützung eine, wenn

⁷¹⁷ S hierzu bereits S.23 ff.

auch nunmehr eher als zweitrangig erachtete, Umgehungsschutz- bzw Ergänzungsfunktion im Hinblick auf die Bestimmungen des Erwerbes eigener Aktien unterstellt, zum anderen aber auch die Funktion eines selbstständigen Kapitalschutzes. Ferner verbinden alle drei Rechtsordnungen weitere Funktionen mit dem Verbot der finanziellen Unterstützung, wie etwa die Verhinderung eines Eingriffes in die Aktionärsstruktur sowie den Schutz vor Kurs- und Marktmanipulationen. Nicht zu verkennen ist auch die allgemeine Wahrnehmung der Bedeutung des Verbotes der finanziellen Unterstützung für die Gleichbehandlung der Aktionäre in den drei untersuchten Ländern.

Dem vor allem in der österreichischen und deutschen Lehre zunehmend aufscheinenden Zweifel in Bezug auf die Rechtfertigung einer Umgehungsschutzfunktion ist mE beizupflichten. Jedoch stützt sich die dieser Arbeit unterliegende Argumentation weniger auf die verschiedenen Unstimmigkeiten zwischen den jeweiligen Regelungen, sondern vielmehr auf die schwindende Relevanz, die Bestimmungen hinsichtlich des Erwerbes eigener Aktien vor Umgehungen zu schützen. Bereits in der durchaus überzeugenden Argumentation, dass der Normzweck des Verbotes der finanziellen Unterstützung nicht allein im Umgehungsschutz aufgehen kann und im Lichte der Kapitalschutzfunktion als zweitrangig erachtet werden müsse,⁷¹⁸ zeigt sich, dass dieser Schutzzweck bereits deutlich – im Gegensatz zu den früheren Ansichten – an Bedeutung verloren hat. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass das Verbot der finanziellen Unterstützung seinen ursprünglichen Ausgangspunkt in der Implementierung eines vom englischen Recht inspirierten Regelungsauftrages des europäischen Gesetzgebers hatte und so in den einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen Einfluss auf bereits bestehende Regelungen nahm oder überhaupt auf eine Neuregelung hinauslief. Entscheidend war hierbei vor allem die ursprüngliche, grundsätzliche Abneigung der englischen Rechtsordnung gegen den Erwerb eigener Aktien.⁷¹⁹ Diese Abneigung findet sich in der Intention der britischen Delegation, ein derartiges Verbot in die KapitalRL einfließen zu lassen, wieder, indem eine Umgehung des Erwerbes eigener Aktien verhindert werden sollte. Dies geht auch aus den Materialien zu den Verhandlungen im

⁷¹⁸ Göschke, RdW 2001, 324; Habersack in FS Röhrich, 158 ff; Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 107 ff; Pühler, Verbot der Anteilsfinanzierung, 29 ff.

⁷¹⁹ Vgl Lutter in KöKo³, § 71a Rz 2 mwN.

Rahmen der Erlassung der KapitalRL klar hervor.⁷²⁰ Nunmehr musste aber mit der Erlassung der KapitalRL, die eine wesentlich liberalere Einstellung zum Erwerb eigener Aktien aufwies, auch der englische Gesetzgeber den Erwerb eigener Aktien unter bestimmten Voraussetzungen zulassen, was eine Abänderung der ursprünglichen englischen Rechtslage zur Folge hatte. Daraus lässt sich jedoch schließen, dass eine derart strenge Umgehungsschutznorm wohl nicht mehr im Sinne der vormals ablehnenden Haltung der englischen Rechtsordnung gegenüber dem Erwerb eigener Aktien sein kann, wenn der Erwerb nunmehr unter Prämissen erlaubt sein soll. Ferner ist auf europäischer Ebene eine weitere Tendenz hin zur grundsätzlichen Erleichterung des Erwerbes eigener Aktien zu erblicken,⁷²¹ was gleichfalls den weiteren Nutzen eines Umgehungsschutzes wesentlich in Frage stellt. So sieht die Änderungsrichtlinie 2006 nunmehr eine weitere Erleichterung des Erwerbes eigener Aktien vor, die die einzelnen Mitgliedstaaten in ihre Rechtsordnungen übernehmen können. Zwar haben der österreichische und deutsche Gesetzgeber „*vorerst*“⁷²² noch keine wesentlichen Erleichterungen übernommen, die ihnen die neue Richtlinienbestimmung bietet; dennoch ist eine gewisse Tendenz hin zur liberaleren Handhabung des Erwerbes eigener Aktien zu verspüren. So hat etwa der österreichische Gesetzgeber sich zu einer Erstreckung der Frist in Bezug auf die Erteilung der Ermächtigung hinsichtlich des Erwerbes eigener Aktien von 18 auf 30 Monate entschlossen, sofern eine Ermächtigung überhaupt vorgesehen ist. Einen weiteren Hinweis auf die aufkommende liberalere Einstellung des österreichischen Gesetzgebers gegenüber dem Erwerb eigener Anteile kann ferner auch der durch das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007⁷²³ reformierte § 81 öGmbHG geben. Dadurch wurde dem vormals mit Abneigungen gegenüber dem Erwerb eigener Geschäftsanteile behafteten GmbH-Recht – bislang war dies grundsätzlich unzulässig – Möglichkeiten geboten, unter gewissen Voraussetzungen eigene Geschäftsanteile zu erwerben. Insofern wurde dem § 81 GmbHG der Satz angefügt: „[...] *auf den unentgeltlichen Erwerb eigener Anteile, auf den Erwerb eigener Anteile im Weg der Gesamtrechtsnachfolge und auf den Erwerb eigener Anteile zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern sind die entsprechenden, für den Erwerb eigener Aktien geltenden Vorschriften sinngemäß*

⁷²⁰ S dazu Anhang 1.

⁷²¹ Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.9.2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf die Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals; ABl. L 264 vom 25.9.2006, 32–36.

⁷²² *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008, 109.

⁷²³ Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007 – GesRÄG 2007; BGBl I Nr 72/2007.

anzuwenden“. Gleichfalls hat auch der deutsche Gesetzgeber reagiert und will im Zuge der Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie⁷²⁴ die Dauer einer Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien gemäß § 71 Abs 1 Nr.7 Satz 3 und Nr.8 Satz 1, welche von der Hauptversammlung erteilt werden darf, ebenfalls von bisher 18 Monaten auf 5 Jahre erstrecken. Ferner soll nunmehr auch die Verpflichtung zur Berichterstattung an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) für die Gesellschaften im Rahmen eines Erwerbs eigener Aktien entfallen.⁷²⁵

Insofern die Umgehungsschutzfunktion in den Schatten gerückt wird, muss sich die Frage nach der Relevanz der anderen – dem Verbot der finanziellen Unterstützung ebenfalls zugewiesenen Normzwecke – gestellt werden. Dabei drängt sich vor allem der Schutz des gesellschaftlichen Vermögens vor dessen Verwendung außerhalb der legalen Gewinnausschüttung für die Erwerbsfinanzierung von Aktien auf. Dass das Verbot der finanziellen Unterstützung damit den Erhalt des Gesellschaftsvermögens zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger verfolgt, wird insofern in den jeweiligen Rechtsordnungen zum Großteil bejaht. Lediglich eine englische Mindermeinung will keinen derartigen Zusammenhang zwischen dem Verbot der finanziellen Unterstützung und dem Grundsatz der Kapitalerhaltung sehen. Dennoch wird die fortdauernde Relevanz dieses Schutzzweckes sowohl in Österreich, Deutschland als auch in England im Lichte anderer, meist generellerer Bestimmungen, die ein ähnliches Ziel verfolgen und dies auch meist effektiver zu erreichen vermögen, diskutiert. So wird in England vor allem auf Regelungen des Insolvenzrechts oder auch Regelungen in Bezug auf die *directors' duties* hingewiesen, die sich als „wesentliche Abschreckungsmittel“ für Direktoren im Hinblick auf die Gewährung finanzieller Unterstützung bewiesen haben.⁷²⁶ Auch die österreichische und deutsche Lehre unterhält eine rege Diskussion, inwiefern das Verbot der finanziellen Unterstützung im Lichte der traditionsreichen Grundsätze der Vermögensbindung – vor allem in Gestalt des Verbotes der „verdeckten Einlagenrückgewähr“ – noch einen eigenständigen Anwendungsbereich vorfindet oder ob diese Bestimmungen dadurch nicht überhaupt obsolet sind. Dieser Streitfrage widmet sich jedoch der nachfolgende Teil dieser Arbeit und bleibt insofern an dieser Stelle unkommentiert.⁷²⁷

⁷²⁴ Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, ABl. L 184 vom 14.7.2007, 17–24.

⁷²⁵ Vgl. Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG); 29.5.2009, Drucksache 512/09.

⁷²⁶ Dazu ausführlich im 3. Teil der vorliegenden Arbeit ab S.184.

⁷²⁷ Dazu im 3. Teil ab S.277 ff.

Im Hinblick auf den weitergehenden Kapitalschutz konzentrieren sich nunmehr die meisten Abhandlungen des Verbotes der finanziellen Unterstützung primär auf den Erwerber der Aktien sowie dessen finanzielle Lage und suchen hierin die Rechtfertigung des Schutzzweckes der Verbotsbestimmung. Allgemein wird angenommen, dass das Gesellschaftsvermögen nicht für den Zweck herangezogen werden sollte, um einen eventuell finanziell unzureichend ausgestatteten Dritten bei einem Aktienerwerb zu unterstützen.⁷²⁸ Hierbei wird jedoch mE verkannt, dass durchaus auch Gefahren von dem veräußernden Aktionär ausgehen können, welche es zu unterbinden gilt. Die bei einem Verkauf von Aktien im Mittelpunkt stehenden Interessen sind wohl zum einen die des Erwerbers als auch die des veräußernden Aktionärs. Wenig Beachtung finden hierbei die Interessen der Gesellschaft selbst. Folglich steht im Grunde dem Streben nach der Aneignung der Aktien das finanzielle Interesse des veräußernden Aktionärs, die Aktien zu einem guten Preis zu veräußern, gegenüber. Um dieser Überlegung Nachdruck zu verleihen, sollte man auch von dem Szenario ausgehen, welches für die Gesellschaft wohl am gefährlichsten ist und vom Gesetzgeber zu verhindern versucht wird, nämlich den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung mittels finanzieller Unterstützung, wodurch der Erwerber eine mit Einfluss bekleidete Stellung in der Gesellschaft erlangt. Lag zuvor noch das Interesse des Aktionärs in einem positiven Zahlungsstrom in Gestalt einer Dividendenausschüttung der Gesellschaft, so wird sich zum Zeitpunkt des anstehenden Verkaufes auf Seiten des veräußernden Aktionärs sein Interesse insofern wandeln, als er auf einen positiven Zahlungsstrom in Form eines hohen Ertrages aus dem Verkauf seiner Anteile hofft. Somit wird er auch kein begründetes Interesse mehr haben, die Gesellschaft und ihr Gesellschaftsvermögen zu schützen, was sich bislang in der erhofften Erzielung hoher Dividenden widerspiegelte. Mit diesem, zu Lasten des Gesellschaftsvermögens gerichteten Interesses, geht der oftmals überschätzte Optimismus des Erwerbers einher, höhere Erträge und zusätzliche Leistungen aus dem Unternehmen herauszuholen und folglich die zum Zweck des Erwerbes aufgenommenen fremden Mittel nach dem Erwerb durch diese hohen Erträge wieder ausgleichen zu können.⁷²⁹ Um sein Vorhaben nunmehr verwirklichen zu können, wendet sich der Erwerber zumeist an die Gesellschaft, um finanzielle Unterstützung zu erlangen. Insofern nimmt der veräußernde Aktionär sehenden Auges in Kauf, dass durch die –

⁷²⁸ Vgl hierzu S.57 ff für England und S.105 f für Österreich und Deutschland.

⁷²⁹ *Bezzenger* in Schmidt/Lutter, AktG, § 71a Rz 10 mwN.

meist auch durch seinen Einfluss veranlasste – finanzielle Unterstützung und die von ihm vorangetriebene Erhöhung des Erwerbspreises die damit einhergehende Finanzierungslast der Gesellschaft gesteigert und dadurch deren wirtschaftliche Zukunft beeinträchtigen wird. Aus dem für die Gesellschaft bedenklichen Zusammenspielen dieser Faktoren ergibt sich eine risikoträchtige Situation für die Gesellschaft, welche meist in einem Ausfall der Forderung aus der finanziellen Unterstützung gipfelt. Durch die generelle Untersagung finanzieller Unterstützung könnte der veräußernde Aktionär zwar immer noch den Erwerbspreis seiner Anteile zur Erzielung höchst möglicher Erträge in die Höhe treiben, allerdings wird ihm die Möglichkeit genommen, mit Hilfe seines Einflusses die Gesellschaft zu einer Verwendung ihres Vermögens zur finanziellen Unterstützung des Erwerbers zu veranlassen. Folglich hat auch der veräußernde Aktionär sich im Rahmen der vom Markt bestimmten Preispolitik zu bewegen, da der Erwerber aufgrund des Verbotes auf gesellschaftsfremde Kreditgeber verwiesen wird und diese wohl kaum Kredite für unverhältnismäßig hohe Erwerbspreise ausgeben werden. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt auch *Oechsler*⁷³⁰, allerdings sieht er die Kontrollfunktion des Marktes gegenüber dem Erwerber verwirklicht.

Gleichfalls wurde von allen drei Rechtsordnungen die Relevanz des Verbots der finanziellen Unterstützung für den Schutz der Gesellschafter in ihr Verständnis hinsichtlich dessen Schutzzweckes aufgenommen. Insofern vermag das Verbot neben den Gesellschaftsgläubigern auch die Gesellschafter zu schützen, indem insbesondere deren Gleichbehandlung gewahrt wird.

3) *Der Gegenstand der Finanzierung und der persönliche Anwendungsbereich*

a) Gegenstand der Finanzierung

Gegenstand der verbotenen Finanzierung ist in allen drei Rechtsordnungen zunächst der Erwerb von Anteilen bzw Aktien an einer von der Bestimmung erfassten Gesellschaftsform durch einen Dritten. Der finanziell unterstützte Erwerber kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein. Insbesondere kann es sich dabei auch um einen Gesellschafter der Gesellschaft handeln, welcher zu seinen bereits vorhandenen Anteilen weitere erwerben möchte und sich hierbei von der Gesellschaft finanziell unterstützen lässt. Ausschlaggebend für die Anwendung der jeweiligen

⁷³⁰ Vgl hierzu bereits ausführlich S.108.

untersuchten nationalen Verbotsbestimmungen ist ferner, dass durch den finanziell unterstützten Erwerb die Begründung einer Gesellschafterstellung in der Gesellschaft erreicht wird. Folglich kann der Erwerb von Wertpapieren, welche keine direkten Mitgliedschaftsrechte begründen – wie etwa in Österreich und Deutschland namentlich Genussscheine, Schuldverschreibungen, Optionsanleihen oder auch Wandelschuldverschreibungen –, finanziell unterstützt werden und ziehen somit auch nicht die Anwendung des Verbotes der finanziellen Unterstützung nach sich.

Abweichungen der drei Rechtsordnungen ergeben sich allerdings in Bezug auf die Art des Erwerbes der Anteile. Hierbei weicht die englische Verbotsbestimmung erheblich von der österreichischen und der deutschen ab. Sowohl die österreichische als auch die deutsche Bestimmung gehen von dem Erfordernis der Entgeltlichkeit des Erwerbes aus, ferner gilt nur der derivative Erwerb als von der Bestimmung erfasst. Im Gegensatz dazu hat sich nach einer langwierigen Debatte der englische Gesetzgeber nunmehr für die Verwendung der Formulierung „*acquisition of shares*“ entschieden, wonach sowohl der derivative als auch der originäre Erwerb erfasst ist. Darüber hinaus ist neben dem entgeltlichen auch der unentgeltliche Erwerb von dieser Formulierung erfasst. Im Ergebnis übersteigt die englische Verbotsbestimmung insofern in Bezug auf den Finanzierungsgegenstand den Anwendungsbereich der österreichischen und deutschen Bestimmung.

Ferner sei hier noch hervorzuheben, dass die englische Verbotsbestimmung neben dem Erwerb auch bereits die Abgabe einer Erwerbsofferte erwähnt. Inwiefern dies lediglich eine Hervorhebung der Einbeziehung einer zeitlich vor dem Erwerb gewährten finanziellen Unterstützung bedeutet oder ob tatsächlich bereits die bloße Erwerbsofferte als einer verbotenen finanziellen Unterstützung zugänglich angesehen wird, war bereits Streitpunkt in der englischen Lehre. Ob aufgrund dessen ein finanziell unterstützter Anteilserwerb tatsächlich zu erfolgen hat, um die Anwendung der Verbotsbestimmung bejahen zu können, soll hier vorerst noch unbeantwortet bleiben, da dies Gegenstand einer ausführlichen Darstellung an anderer Stelle dieses Kapitels sein wird.

b) Erfasste Gesellschaftsformen

Die verbotene finanzielle Unterstützung muss ferner von einer bestimmten Gesellschaftsform gewährt werden. In Österreich und Deutschland ist dies namentlich die AG. Für die englische Rechtsordnung kann dies nur bedingt als zutreffend erachtet

werden. Zwar wurde mit der Erlassung des CA 2006 die *private company* vom Verbot der finanziellen Unterstützung ausgenommen, allerdings bleibt dennoch ein kleiner Ausnahmefall bestehen, wonach auch die finanzielle Unterstützung des Anteilsverkauf an einer *private company* als verboten gilt. Sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber haben von der Implementierung eines Verbotes finanzieller Unterstützung in Bezug auf die Gesellschaftsform der GmbH Abstand gehalten. Dies wurde vor allem in Österreich mit dem Hinweis auf den bereits ausreichenden Schutz begründet, welchen das allgemeine Verbot des GmbH-Rechts, Ausschüttung an die Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen vorzunehmen, bietet.⁷³¹ Allerdings geht die hL ebenfalls davon aus, Handlungen einer Tochtergesellschaft in der Rechtsform einer GmbH als eine verbotene finanzielle Unterstützung anzusehen, sofern diese zum Zweck des Erwerbes von Anteilen an der Muttergesellschaft in der Form einer AG gesetzt wurde. Insofern ergibt dies im Ergebnis einen gleichen Anwendungsfall des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf eine GmbH, wie er auch nach der englischen Bestimmung vorgesehen ist.

Eine ähnliche rechtfertigende Erklärung hinsichtlich der Nichtübernahme des Verbotes der finanziellen Unterstützung für die GmbH lässt sich wohl auch für die deutsche Rechtslage finden, da der Großteil der im Zusammenhang mit dieser Bestimmung stehenden Fälle, insbesondere LBOs, im GmbH-Recht von der deutschen Lehre unter den Aspekten des Ausschüttungsverbotes abgehandelt werden.⁷³² Ferner würde dies wohl in einer nicht gerechtfertigten Diskrepanz innerhalb des deutschen GmbH-Rechts resultieren, da die Implementierung eines gleichartigen Verbotes, wie es im deutschen Aktienrecht Einzug gefunden hatte, einen umfänglichen Schutz des Gesellschaftsvermögens einer GmbH nach sich ziehen würde, welcher nach dem im GmbH-Recht vorhandenen Ausschüttungsverbot in diesem Ausmaß nicht vorgesehen ist. Im Gegensatz zum österreichischen GmbH-Recht sieht nämlich das deutsche GmbH-Recht lediglich die Erhaltung des Stammkapitals vor. Die Frage, ob eine derartige Diskrepanz im Lichte einer möglichen Implementierung eines weiteren Verbotes in das GmbH-Recht überhaupt wünschenswert ist und ob darüber hinaus in diesem Fall eine Anpassung erfolgen müsste, bleibt jedoch aufgrund der nicht

⁷³¹ So ausdrücklich *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 66a Rz 3; *dies* in MüKo³, § 71a Rz 57 mwN.

⁷³² S etwa *Bellweg*, Der Gläubigerschutz beim Management Buyout; *Kerber*, WM 1989, 475 ff; *Lutter/Wahlers*, AG 1989, 13 ff; *Peltzer*, DB 1987, 976.

erfolgten Übernahme eines derartigen Verbotes in das deutsche GmbHG unbeantwortet.

Hingegen sah der englische Gesetzgeber anfänglich auch ein Verbot der finanziellen Unterstützung des Anteilserwerbes für die mit der GmbH vergleichbare Gesellschaftsform der *private company* vor. Abweichend von der strengen, durch die KapitalRL weiterhin beizubehaltenden Regelung für *public companies* sah man ein „*legales Schlupfloch*“ für *private companies* vor, indem man ihnen formale Verfahrensvorschriften zur Seite stellte, wonach sie legal finanzielle Unterstützung gewähren konnten. Im Sinne eines immer stärker werdenden Drucks von Seiten der zunehmenden Anzahl an Kritikern, wurde nunmehr das Verbot der finanziellen Unterstützung für *private companies* – mit Ausnahme der Gewährung einer finanziellen Unterstützung einer Tochtergesellschaft in Form einer *private company* für den Zweck des Erwerbes von Anteilen an ihrer Muttergesellschaft in Form einer *public company* – gänzlich beseitigt.

c) Indirekte finanzielle Unterstützung

aa) Finanzielle Unterstützung durch eine Tochtergesellschaft

Sofern es sich um die indirekte Gewährung finanzieller Unterstützung eines verbundenen Unternehmens handelt, lässt sich auf den ersten Blick ein gewisser Gleichlauf nur in Bezug auf die englische und österreichische Rechtslage erkennen. Beide Rechtsordnungen weiten ausdrücklich die Verbotsbestimmung auf die finanzielle Unterstützung durch die Tochtergesellschaft zum Erwerb von Anteilen an ihrer Muttergesellschaft aus. Eine Abweichung lässt sich jedoch darin erblicken, dass die österreichische hL lediglich die Unterstützung des Erwerbes der Anteile an einer Muttergesellschaft in Form einer Aktiengesellschaft vom Verbot als erfasst wissen will. Im Gegensatz dazu normiert die englische Bestimmung in s.679 CA 2006 ausdrücklich die Gewährung finanzieller Unterstützung durch die Tochtergesellschaft zum Zweck des Erwerbes von Anteilen an der Muttergesellschaft in Form einer *private company*, sofern es sich bei der, die finanzielle Unterstützung gewährenden Tochtergesellschaft um eine *public company* handelt. Lediglich Karollus⁷³³ will auch nach der österreichischen Bestimmung die finanzielle Unterstützung in dieser Konstellation erfasst sehen, da der Zweck der Bestimmung ebenso darin bestehe, der

⁷³³ Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 66a Rz 7.

AG die finanzielle Unterstützung des mittelbaren Erwerbes ihrer Aktien über die Muttergesellschaft zu verbieten.

Im Gegensatz zur englischen und österreichischen Rechtslage ist die deutsche Verbotsbestimmung des § 71a Abs 1 dAktG nicht unmittelbar auf die Gewährung finanzieller Unterstützung eines Dritten zum Zweck des Erwerbes von Aktien an der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft anwendbar, allerdings kommt man auch in Deutschland mittels eines Verweises des § 71d dAktG im Endeffekt auf das gleiche Ergebnis, wie es in der englischen und österreichischen Rechtslage zu finden ist. Insofern ist auch hier ein Gleichlauf der drei Rechtsordnungen zu erkennen.

bb) Finanzielle Unterstützung durch eine Schwestergesellschaft oder Muttergesellschaft

Eine Umgehungsmöglichkeit mittels Einschaltung einer Schwesterngesellschaft ist sowohl nach der englischen als auch der österreichischen Bestimmung gegeben, ebenso wie die Möglichkeit einer Muttergesellschaft, den Erwerb von Anteilen an der Tochtergesellschaft finanziell zu unterstützen, da insbesondere Leistungen von Schwestergesellschaften oder der Muttergesellschaft nicht ausdrücklich vom Verbot erfasst sind. Allerdings ist aufgrund der in der englischen Vorschrift verwendeten Formulierung „*entweder direkt oder indirekt*“ eine Ausweitung auf die Gewährung finanzieller Unterstützung durch Schwesterngesellschaften oder auch durch vom Verbot ausgenommene ausländische Gesellschaften insofern möglich, als die Leistung eigentlich einer vom Verbot ausdrücklich erfassten Gesellschaft zuzurechnen ist, etwa wenn diese die Mittel zur Verfügung stellt. Die Möglichkeit, ebenso Leistungen einer Schwesterngesellschaft unter die Verbotsbestimmung zu subsumieren besteht auch nach der deutschen Rechtslage gemäß § 70d dAktG, wenn sie auf Rechnung der Gesellschaft oder einer ihrer Tochtergesellschaften handelt.⁷³⁴

Anderes gilt in Bezug auf die österreichische Regelung, welche nicht ausdrücklich die finanzielle Unterstützung durch eine Schwestergesellschaft als verboten ansieht. Ob in dieser Hinsicht die Möglichkeit einer Ausweitung mittels Zurechnung zu einer vom Verbot erfassten Gesellschaft besteht, war bislang noch nicht Gegenstand einer Debatte. Wagt man jedoch einen vergleichenden Blick auf die

⁷³⁴ Vgl hierzu bereits S.108 ff.

Ansichten in Bezug auf den verwandten § 52 öAktG⁷³⁵, wonach Leistungen einer Schwestergesellschaft nicht mit einer Leistung der Gesellschaft gleichgestellt werden können und somit auch nicht unter das Verbot des § 52 öAktG fallen,⁷³⁶ so lässt dies vermuten, dass man ebenso in Bezug auf § 66a öAktG zu einem ähnlichen Ergebnis kommen wird; natürlich nur sofern die Schwestergesellschaft nicht auf Rechnung der erfassten Gesellschaft handelt, da ansonsten auch nach den Grundsätzen zu § 52 öAktG von einer Gleichstellung mit der Leistung einer erfassten Gesellschaft auszugehen ist.

cc) Leistung an einen „Vierten“

Auch die Möglichkeit einer indirekten Unterstützung durch Leistung an eine vom Anteilserwerber verschiedene Person wurde von allen drei Rechtsordnungen erkannt. Demnach wird die Anwendung des Verbotes finanzieller Unterstützung auch auf derartige indirekte Gewährungen nicht nur von den Gerichten, sondern auch von der hL anerkannt, sofern diese den Erwerb fördert und somit dem Anteilserwerber zu Gute kommt.

d) Konzernsachverhalte

Im Gegensatz zur englischen als auch österreichischen Verbotsbestimmung sieht der deutsche § 71a Abs 1 dAktG ausdrückliche Regelungen vor, inwieweit das Verbot der finanziellen Unterstützung Auswirkungen auf fragliche Rechtsgeschäfte innerhalb eines Unternehmenskonzerns hat. So wird nunmehr mit Einführung des MoMiG ausdrücklich die Nichtanwendbarkeit des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf Rechtsgeschäfte innerhalb eines Vertragskonzerns von § 71a Abs 1 dAktG festgelegt, sofern ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag besteht. Gleichfalls wird wohl im Lichte der Grundsätze zu § 57 dAktG ein, an die aufschiebende Bedingung der Begleichung des Nachteilsausgleiches oder der Verweigerung des Ausgleiches geknüpfter Vorrang der spezielleren Regelungen gegenüber der Verbotsbestimmung des § 71a Abs 1 dAktG hinsichtlich faktischer Konzerne anzunehmen sein.

Im Vergleich dazu haben sowohl in England als auch in Österreich die Bestimmungen in Bezug auf das Verbot der finanziellen Unterstützung aufgrund fehlender Spezialregelungen weiterhin Relevanz für Sachverhalte innerhalb eines

⁷³⁵ Zum Verhältnis zwischen § 52 öAktG und § 66a öAktG siehe ausführlich S.277 ff.

⁷³⁶ Zu den anerkannten Grundsätzen in Bezug auf verbotene Ausschüttung entgegen § 52 öAktG unter Beteiligung Dritter siehe S.250 ff.

Gesellschaftskonzerns und vermögen demnach derartige Rechtsgeschäfte unter den herkömmlichen Grundsätzen als verboten gelten zu lassen.

e) Ausländische Tochtergesellschaften

Einen klaren Unterschied gibt es auch in Bezug auf die Anwendung der einzelnen nationalen Verbotsbestimmungen auf internationale Sachverhalte. So geht nunmehr aus der Bestimmung der s.678 CA 2006 eindeutig hervor, dass das Verbot der finanziellen Unterstützung der ss.677 ff CA 2006 nicht auf ausländische Tochtergesellschaften anwendbar ist. Im Gegensatz dazu geht man vor allem in Österreich und wohl auch in Deutschland von der Anwendbarkeit der Verbotsbestimmung der finanziellen Unterstützung auf ausländische Tochtergesellschaften aus. In diesem Zusammenhang ist hier jedoch erneut darauf hinzuweisen, dass dieser Ansicht nur insoweit gefolgt werden kann, als dadurch lediglich die Würdigung der Existenz eines derartigen Verbotes Ausdruck finden kann, da man insbesondere im Hinblick auf die deutschen Rechtsfolgen nicht unmittelbar auf deren Anwendbarkeit hinsichtlich Leistungen ausländischer Tochtergesellschaften schließen kann. Hier gilt es, auch die spezifischen Verordnungen der Europäischen Union in Betracht zu ziehen.

4) Sachlicher Anwendungsbereich

Auf diesem Gebiet differenziert die englische Verbotsbestimmung auf den ersten Blick erheblich sowohl von der österreichischen als auch der deutschen Bestimmung. Der umfangreiche Katalog an Rechtsgeschäften, die uU als verbotene finanzielle Unterstützung aufgefasst werden können, sowie der weit reichende Auffangtatbestand der englischen Bestimmung weisen – im Gegensatz zu den sehr am Wortlaut der Richtlinienvorgabe angelehnten, kurzen und prägnanten Bestimmungen des österreichischen und deutschen AktG – auf einen ausgedehnten sachlichen Anwendungsbereich hin. Neben der Gewährung eines Vorschusses, eines Darlehens und der Leistung einer Sicherheit, welche ebenso in der österreichischen und deutschen Bestimmung Erwähnung finden, sind ferner weitere Rechtsgeschäfte, wie etwa eine Schenkung, ein Schuldenerlass, eine Verzichtserklärung oder auch eine Novation von der englischen Verbotsbestimmung erfasst. Bei all diesen Rechtsgeschäften bedarf es keinerlei finanziellen Schaden auf Seiten der unterstützenden Gesellschaft, um sie als verbotene finanzielle Unterstützung zu werten, sofern auch der erforderliche Zweckzusammenhang gegeben ist. Anders ist die

Lage jedoch in Bezug auf den Auffangtatbestand, wonach nur dann eine verbotene finanzielle Unterstützung vorliegt, wenn dadurch eine Beeinträchtigung des Nettoaktivvermögens einer Gesellschaft in erheblichen Ausmaß herbeigeführt wird – es sei denn, es handelt sich bei der Gesellschaft um eine Gesellschaft ohne Nettoaktivvermögen. In diesem Fall ist jegliche finanzielle Unterstützung als verboten anzusehen. Abschließend lassen sich somit zwei Erscheinungsformen finanzieller Unterstützung feststellen. Zum einen sind das Rechtsgeschäfte, die nicht notwendigerweise einen finanziellen Schaden für das Gesellschaftsvermögen bedeuten – dies wären insofern die in dem Katalog aufscheinenden Rechtsgeschäfte sowie sämtliche Unterstützungshandlungen einer Gesellschaft ohne Nettovermögen – und zum anderen Rechtsgeschäfte, die eine Reduzierung des Nettovermögens in erheblichem Ausmaß nach sich ziehen müssen. Um in einer Transaktion eine verbotene finanzielle Unterstützung im Sinne der englischen Verbotsnorm erkennen zu können und diese in der Folge einer der beiden Kategorien zuordnen zu können, geht die englische Lehre und Rechtsprechung von einer einzelfallbezogenen, wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus, wonach die wirtschaftliche Substanz und Gegebenheit der fraglichen Transaktion untersucht wird. Maßgebend dafür sind hauptsächlich die Beschaffenheit und der Inhalt der Transaktion und nicht die Form, in die sie gekleidet ist. Dabei kommt es in erster Linie auch darauf an, ob es sich tatsächlich um eine Hilfestellung finanzieller Natur handelt und ob dadurch der Erwerb der Anteile erleichtert wurde.⁷³⁷ Inwiefern auch bereits ein Anreiz zum Anteilserwerb als ausreichende finanzielle Unterstützung gesehen werden kann, muss aufgrund kontroverser Gerichtsentscheidungen an dieser Stelle unbeantwortet bleiben.

Im Gegensatz dazu enthält die Aufzählung der österreichischen und deutschen Bestimmung lediglich die Gewährung eines Vorschusses, eines Darlehens und die Leistung einer Sicherheit. Anfänglich wurde sowohl in Österreich als auch in Deutschland nicht auf eine etwaige Ausweitung des Tatbestandes hinsichtlich anderer Rechtsgeschäfte eingegangen. Allerdings wurde mit der Zeit und vor allem nach Erscheinen der Arbeit *Schroeders* eine mögliche Anwendung des Verbotes auf andere Rechtsgeschäfte angedacht und erarbeitet. Zwar ist insofern eine Ausweitung des Tatbestandes weder aus dem Wortlaut der nationalen Norm noch aus dem Wortlaut der Vorgabe der Richtlinie eindeutig herauslesbar. Im Gegenteil, man könne hier sogar

⁷³⁷ Vgl hierzu bereits S.70 f.

entgegenhalten, dass sich der Richtliniengesetzgeber augenscheinlich gegen die Übernahme eines Auffangtatbestandes, wie er anfänglich noch in dem Vorschlag der britischen Delegation vorgesehen war, und sich nur für die Erwähnung dieser drei Rechtsgeschäfte entschieden hatte.

Allerdings steht einer Ausweitung insofern nichts entgegen, als es sich bekanntlich bei Art 23 KapitalRL um eine Mindestregelung handelt und es den Mitgliedstaaten freisteht, ein strengeres Verbot in ihren nationalen Vorschriften vorzusehen. Zu hinterfragen bleibt jedoch, ob sich auch der deutsche Gesetzgeber für eine Ausweitung des Verbotstatbestandes auf andere als die ausdrücklich erwähnten Rechtsgeschäfte bei der Implementierung des § 71a Abs 1 dAktG entschieden hat bzw ob ihm die mögliche Ausweitung überhaupt bewusst war und diese von ihm folglich auch erwünscht ist. Ferner bleibt zu hinterfragen, inwiefern eine Ausweitung der tatbestandlichen Rechtsgeschäfte im Lichte der Existenz des Verbotes der „Einlagenrückgewähr“ sowohl in der österreichischen als auch in der deutschen Rechtsordnung überhaupt Sinn macht, da wohl ein Großteil dieser Rechtsgeschäfte bereits von diesem Verbot erfasst sein wird.⁷³⁸ Diese Frage ist an dieser Stelle jedoch noch offen zu lassen, da sich ein eigenständiger Teil dieser Arbeit ausführlich mit dem Verhältnis dieser zwei Regelungen – Verbot der finanziellen Unterstützung und Verbot der „Einlagenrückgewähr“ – auseinanderzusetzen versucht.

Der Grundgedanke der Ausweitung des Verbotstatbestandes mittels analoger Anwendung auf andere Rechtsgeschäfte, welche nunmehr vom Großteil der österreichischen und deutschen Lehre als zulässig erachtet wird, basiert auf dem Vergleich der fraglichen Rechtsgeschäfte mit den drei ausdrücklich erwähnten Rechtsgeschäften anhand ihrer Finanzierungsfunktion und dem damit verbundenen Risiko. Dabei mag man im Endeffekt gleichfalls eine Vorgehensweise erkennen, welche der englischen ähnelt, nämlich eine wirtschaftliche Betrachtung der fraglichen Transaktionen, um einen möglichen Finanzierungseffekt und das mögliche Risiko zu erkennen.⁷³⁹ Im Gegensatz zur englischen Rechtslage sieht die österreichische und die deutsche hL in ihrer nationalen Verbotsbestimmung lediglich eine Erscheinungsform der finanziellen Unterstützung vor. Um eine verbotene finanzielle Unterstützung darzustellen, bedarf es weder eines tatsächlichen Vermögensverlustes auf Seiten der

⁷³⁸ So auch Wiesner in MüHdB⁴, § 15 Rz 29.

⁷³⁹ So auch Kerber, ZIP 2006, 522: „Vielmehr verlangt – [...] – gerade der Schutzzweck der Norm (also die Kapitalerhaltung) gebieterisch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise“.

Gesellschaft noch einer konkreten Gefährdung des Gesellschaftsvermögens durch das fragliche Rechtsgeschäft; als ausreichend wird von der hL bereits die abstrakte Gefährdung des gesellschaftlichen Vermögens erachtet.⁷⁴⁰ Dies gilt auch für die mittels Ausweitung des Verbotstatbestandes einbezogenen anderen Rechtsgeschäfte. Insofern bleiben ebenso neutrale Rechtsgeschäfte als auch darüber hinaus etwaige gewinnbringende Rechtsgeschäfte im Visier des Verbotes der finanziellen Unterstützung. Dadurch ergibt sich allerdings wiederum eine Abweichung der österreichischen und deutschen von der englischen Verbotsbestimmung, da somit unter Umständen ein Rechtsgeschäft, welches nach der englischen Regelung nicht als verbotene finanzielle Unterstützung gewertet wird, da es weder unter eines der von der Bestimmung aufgezählten Rechtsgeschäfte subsumiert noch mittels des Auffangtatbestandes vom Verbot aufgrund des Fehlens einer Beeinträchtigung des Nettoaktivvermögens in erheblichem Maße erfasst werden kann, dennoch unter die österreichische oder deutsche Verbotsbestimmung fallen würde. Dies lässt sich beispielhaft an der Vereinbarung von *break fees* verdeutlichen. Da es sich hierbei um ein Rechtsgeschäft handelt, welches sich nicht allzu leicht unter eines der von der englischen Bestimmung aufgezählten Rechtsgeschäfte subsumieren lässt, geht eine Ansicht davon aus, dass es sich hierbei um einen klassischen Anwendungsfall des Auffangtatbestandes handelt.⁷⁴¹ Zu fragen bleibt hier im Folgenden – unter Ausklammerung etwaiger anderer Fragen, welche sich im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf *break fee*-Vereinbarungen stellen⁷⁴² –, ob die Vereinbarung bzw die anschließende Zahlung von *break fees* das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft in erheblichem Maße beeinträchtigt hat. Insofern es um die Erheblichkeit der Beeinträchtigung geht, hat die englische Rechtsprechung angedeutet, dass sie sich hierbei nicht auf eine Faustregel festlegen will, allerdings sei eine Beeinträchtigung in Höhe von 5% des Nettoaktivvermögens durchaus als erheblich anzusehen. Jedoch hat sich in der Praxis gezeigt, dass oftmals die Vereinbarung von *break fees* den Umfang von 1% des Übernahmepreises nicht übersteigt, was auch nach der Rule 21.2 des *City Code on Takeovers and Mergers* verlangt wird.⁷⁴³ Und so hat sich auch aus der englischen Rechtsprechung herauskristallisiert, dass eine Beeinträchtigung des

⁷⁴⁰ Vgl. S.121 f.

⁷⁴¹ So etwa Ferran, Corporate Finance Law, 284 f. „[...] this category is potentially applicable to break fees.“

⁷⁴² S. hierzu S.167 ff.

⁷⁴³ Vgl. Breslin/Charney, Co Law 2000, 269 (271); Ferran, Corporate Finance Law, 285.

Nettoaktivvermögens im Ausmaß von weniger als 1% nicht als wesentlich empfunden wird und somit nicht als Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung gilt.⁷⁴⁴ Folglich kann gesagt werden, dass eine *break fee*-Vereinbarung, welche in diesem Sinne für das englische Verbot der finanziellen Unterstützung als nicht wesentlich gewertet wird, trotz allem nach der österreichischen und deutschen Lehre als vom Verbot erfasst angesehen werden kann.⁷⁴⁵

Durch diese Abweichung – welche sich jedoch in der Praxis wohl eher als minimal herausstellen wird – hat sich gleichwohl herausgestellt, dass die österreichische und deutsche Bestimmung über den sachlichen Anwendungsbereich der englischen Bestimmung hinausgeht. Somit kann gesagt werden, dass die anfängliche Annahme, der sachliche Anwendungsbereich der englischen Bestimmung gehe weiter als jener der österreichischen und deutschen Bestimmung, revidiert werden muss.

Sowohl der englischen als auch der österreichischen und deutschen Verbotsbestimmung ist allerdings gemein, dass sie durchaus so konzipiert sind, dass sie neben neutralen Rechtsgeschäften auch gewinnbringende oder für die Gesellschaft vorteilhafte Transaktionen verhindern können, indem sie bei ihren Vornahmen unter Umständen mit schwerwiegenden Rechtsfolgen sanktioniert werden. Vor allem in Bezug auf gewinnbringende für die Gesellschaft vorteilhafte Transaktionen erscheint dieses Ergebnis jedoch unbefriedigend. Inwiefern derartige Rechtsgeschäfte womöglich doch noch eine Rechtfertigung erfahren können, bleibt hier allerdings vorerst dahingestellt. Es sei an dieser Stelle jedoch darauf hinzuweisen, dass insbesondere die englische Rechtsordnung Bemühungen aufweist, Transaktionen von dem Verbot auszunehmen, die im wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft liegen.

5) **Funktionszusammenhang und zeitlicher Zusammenhang**

a) Fehlerhafte Umsetzung aufgrund eines abweichenden Wortlautes?

Bevor man sich dem Vergleich der einzelnen nationalen Vorgaben im Hinblick auf die Beziehung zwischen dem Erwerb von Aktien bzw Anteilen und die dafür gewährte finanzielle Unterstützung widmen kann, stellt sich mE vordergründig noch die Frage

⁷⁴⁴ Vgl Ferran, Regulation of Private Equity, Law Working Paper No.84/2007, 24.

⁷⁴⁵ Vgl hierzu bereits Fn 624; zu beachten gilt hier jedoch auch die hL, wonach *break fees* nicht unter das Verbot zu subsumieren ist. Insofern muss hier zur Verdeutlichung des engeren Anwendungsbereiches der englischen Bestimmung – ungeachtet der später auszuführenden Meinung der Autorin und der Gegenansicht – der Meinung gefolgt werden, dass *break fees* vom Verbot erfasst seien.

nach einer möglichen fehlerhaften Umsetzung in den nationalen Rechtsordnungen aufgrund einer abweichenden Wortwahl von der Richtlinienvorgabe. So bemisst sich der von der Richtlinienbestimmung vorgegebene Grad an Intensität der Beziehung zwischen der finanziellen Unterstützung und dem unterstützten Erwerb, an dem die mögliche Rechtswidrigkeit eines Rechtsgeschäftes zu beurteilen ist, daran, dass die finanzielle Unterstützung „*im Hinblick auf*“ den Erwerb gewährt wurde. In Bezug auf die englische Version der Richtlinie wird dies mit „*with a view to*“ ausgedrückt, wobei dies im Ergebnis auch mit „*im Hinblick auf*“ übersetzt werden kann.

Sowohl der deutsche als auch – diesem folgend – der österreichische Gesetzgeber haben sich bei der Umsetzung der Richtlinienvorgabe in ihre nationalen Rechtsordnungen auf eine abweichende Formulierung und sich für ein Verbot der finanziellen Unterstützung „*zum Zweck*“ des Aktienerwerbes entschieden. Gleichfalls hat der englische Gesetzgeber sich von der vormals weiten Formulierung seiner nationalen Bestimmung, welche bereits vor Erlassung der Kapitalrichtlinie in der englischen Rechtsordnung Bestand hatte, verabschiedet und sich für die – auch hinsichtlich der Richtlinienvorgabe – etwas engere Formulierung „*for the purpose of*“ – ergo „*zum Zweck*“ – entschlossen.

In Anlehnung an eine strikte Wortauslegung lässt sich feststellen, dass sowohl die englische als auch die österreichische und deutsche Verbotsbestimmung einen intensiveren Grad der Verbindung zwischen finanzieller Unterstützung und Anteilserwerb fordern als dies die Richtlinienbestimmung tut und somit den Anwendungsbereich insofern beschneiden, als zwangsläufig aufgrund des geforderten höheren Grades an Intensität weniger Transaktionen unter das Verbot fallen. Denn die Bedeutung der Formulierung „*im Hinblick auf*“ – wie sie in der Richtlinienbestimmung gewählt wurde – kann insofern gleichgesetzt werden mit den Formulierungen „*im Zusammenhang mit*“ oder auch „*in Bezug zu*“ und birgt die Bedeutung „*bei Betrachtung bzw Berücksichtigung von etwas*“ in sich.⁷⁴⁶ Folglich können sämtliche Aufwendungen, welche lediglich im Zusammenhang mit einem Anteilserwerb stehen und nicht zwangsläufig direkt für den Erwerb an sich gedacht waren, einer finanziellen Unterstützung zugänglich sein. Im Gegensatz dazu ist unter „*zum Zweck*“ der Beweggrund einer zielgerichteten Tätigkeit oder eines Verhaltens zu verstehen. Dementsprechend ist eine Zwecksetzung als ein kausaler Prozess zu sehen,

⁷⁴⁶ Duden – Das Bedeutungswörterbuch³, „Hinblick“.

welcher final determiniert wird.⁷⁴⁷ Bezieht man diese Definition nunmehr auf das Grundprinzip des Verbotes der finanziellen Unterstützung, so ist der kausale Prozess in der Gewährung einer finanziellen Unterstützung zu erblicken, welcher durch den Erwerb als Ziel dieses Prozesses bedingt wird. Daraus könnte somit der Schluss gezogen werden, dass es lediglich die finanzielle Unterstützung für die tatsächlichen Aufwendungen des Erwerbspreises als unter die Verbotsbestimmung zu subsumieren gilt. Da es sich jedoch bei der Richtlinienvorgabe um eine Mindestregelung handelt, kann der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung zwar strengere Regelungen implementieren und in etwa den Anwendungsbereich erweitern, jedoch darf der Anwendungsbereich der nationalen Bestimmung nicht enger ausfallen als die Vorgabe der Richtlinienbestimmung. Aus dieser Abweichung vom eigentlichen Wortlaut der Richtlinienvorgabe und der strikten Wortauslegung ergeben sich neben der zwangsläufig zu hinterfragenden Fehlerhaftigkeit der Umsetzung zwei weitere potenzielle Problemfelder in Bezug auf die nationalen Verbotsbestimmungen. Zum einen stellt sich die Frage, ob nicht die finale Formulierung „zum Zweck“ eine nachträgliche Gewährung finanzieller Unterstützung ausschließt. Zum anderen drängt sich ferner die Frage auf, ob dadurch nicht auch ein tatsächlich zu erfolgender Erwerb der Anteile suggeriert wird.

Die Abweichung der Formulierungen und der damit einhergehenden möglichen Fehlerhaftigkeit der Umsetzung blieben allerdings nicht unbemerkt. Man erkannte die Diskrepanz zwischen dem weiteren Wortlaut der Richtlinienvorgabe und der engeren Formulierung der nationalen Bestimmungen und begegnete dieser mit dem Hinweis auf das Erfordernis einer richtlinienkonformen Auslegung von umgesetztem Recht,⁷⁴⁸ womit das Ziel erreicht werden soll, einen ebenso weiten Anwendungsbereich zu schaffen, wie ihn die Richtlinienbestimmung vorgibt, um insofern dem Vorwurf der fehlerhaften Umsetzung entgegenzutreten.

b) Zeitlicher Zusammenhang – Hat ein Erwerb tatsächlich zu erfolgen?

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, birgt der erforderliche Zusammenhang zwischen der finanziellen Unterstützung und dem Aktienerwerb sowohl eine zeitliche als auch eine funktionelle Komponente in sich. Im Gegensatz zur europäischen Vorgabe, Art 23 KapitalRL, sowie der österreichischen und deutschen Bestimmung

⁷⁴⁷ Vgl etwa Duden – Das Bedeutungswörterbuch³, „Zweck“.

⁷⁴⁸ Vgl etwa S.132.

hat sich der englische Gesetzgeber für eine ausdrückliche Hervorhebung der zeitlichen Komponente in der englischen Verbotsbestimmung entschieden. Anhand einer relativ umständlich formulierten und teilweise missverständlichen Wortwahl,⁷⁴⁹ welche sich wiederkehrend in einzelnen *sections* über mehrere Absätze zieht, verbietet die englische Regelung sowohl die vorhergehende, die zeitgleiche als auch die nachträgliche finanzielle Unterstützung.

Nicht nur die österreichische, sondern auch die deutsche Formulierung der Verbotsbestimmung, welche die finanzielle Unterstützung „*zum Zweck*“ des Aktienerwerbes verbietet, lassen den Schluss zu, dass ihr finaler Sinngehalt nur auf die dem Erwerb vorangehende Gewährung abzielt. So ist es nicht verwunderlich, dass diese Ansicht, wenn auch nur vereinzelt, durchaus Vertreter gefunden hat.⁷⁵⁰ Wie allerdings die hL zu Recht die zu enge Formulierung der nationalen Bestimmungen im Vergleich zur europäischen Richtlinienvorgabe erkannt zu haben scheint, wird nunmehr überwiegend sowohl die vorangehende als auch die nachfolgende Gewährung finanzieller Unterstützung als vom Tatbestand erfasst angesehen. Zum Teil wird dies mit dem Schutzzweck und der Möglichkeit, das Verbot allzu leicht umgehen zu können, bekräftigt. Zum Teil wird aber auch auf die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung der nationalen Verbotsbestimmung verwiesen, da die Formulierung „*im Hinblick auf*“ des Art 23 weiter reiche und sowohl die vorhergehende als auch die nachträgliche Gewährung finanzieller Unterstützung mitumfasse.⁷⁵¹ Insofern ist sowohl nach der englischen als auch nach der österreichischen und deutschen Verbotsbestimmung ein in etwa gleich großer Rahmen im Hinblick auf die zeitliche Erfassung finanzieller Unterstützung gegeben.

Von einer Festlegung auf ein fixes Zeitfenster durch Angabe eines bestimmten Zeitpunktes, ab dem eine Transaktion als eine verbotene finanzielle Unterstützung gelten solle sowie durch Angabe eines bestimmten Zeitpunktes nach dem Erwerb, ab dem eine Transaktion nicht mehr als Verstoß gegen das Verbot gesehen werden kann, haben alle drei Rechtsordnungen aufgrund offensichtlich mangelnder Sinnhaftigkeit und daraus resultierender Probleme Abstand genommen.

⁷⁴⁹ Zu der dadurch ausgelösten Diskussion über das Erfordernis des tatsächlich erfolgten Anteilserwerbes siehe sogleich.

⁷⁵⁰ So etwa Otto, DB 1989, 1389; Vertneg, ecolex 1996, 678.

⁷⁵¹ So etwa Oechsler, in MüKo³, § 71a Rz 36.

Ein weiterer zuvor aufgegriffener Problemkreis, welcher sich aus der strikten Wortauslegung ergibt, befasst sich mit der Frage nach dem Erfordernis eines tatsächlich zu erfolgenden Anteilserwerbes. Die von der europäischen Richtlinienbestimmung Art 23 KapitalRL verwendete Formulierung „*im Hinblick auf den Erwerb*“, welche eine ausgedehnte Reichweite aufweist, deutet allem Anschein nach nicht darauf hin, dass der finanziell unterstützte Erwerb auch tatsächlich zu erfolgen hätte.⁷⁵² Relevanz hätte diese Ansicht insofern, als sämtliche nationale Umsetzungsnormen in ihrer Umsetzung als fehlerhaft angesehen werden müssten, wenn sich diese lediglich auf einen tatsächlich erfolgten Erwerb stützten. Im Gegensatz dazu wären mit der gegenteiligen Ansicht keinerlei Probleme für die nationalen Umsetzungsnormen verbunden, da aufgrund des Mindestnormcharakters der Richtlinienbestimmung die nationalen Gesetzgeber auch strengere Regelungen bei der Umsetzung vorsehen und somit auch das Erfordernis eines tatsächlich erfolgten Erwerbes ausklammern könnten. Nichtsdestotrotz müsse man mE bei der Hinterfragung dieses Problems den Schutzzweck des Art 23 KapitalRL im Hinterkopf behalten und anhand dessen nach einer Lösung suchen. Geht man nunmehr davon aus, dass die europäische Richtlinienvorgabe zum einen als Umgehungsschutz für die Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Anteile gesehen wird bzw wurde, so kann daraus abgeleitet werden, dass wie bei dem Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft, ebenso bei der finanziellen Unterstützung eines Anteilserwerbes durch einen Dritten ein Erwerb tatsächlich zu erfolgen hat, damit das Verbot als verletzt angesehen werden kann und mit seinen Rechtsfolgen schlagend wird. Die Frage danach, ob eine bloße Offerte der Gesellschaft, eigene Anteile zu erwerben ebenso nur unter den erforderlichen Prämissen als zulässig erachtet werden sollte, stellt sich in Bezug auf die Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Aktien erst gar nicht. Dies ist auf das potentielle Risiko für das gesellschaftliche Vermögen, welches allerdings nur in Verbindung mit dem tatsächlich erfolgten Erwerb auftritt, zurückzuführen.⁷⁵³ Zu demselben Ergebnis, dass die Bestimmung des Art 23 KapitalRL auf einen tatsächlich erfolgten Erwerb abstellt, kommt man ebenfalls

⁷⁵² AA Breslin/Charnley, Co Law 2000, 269 (274).

⁷⁵³ So dient die Bestimmung betreffend den Erwerb eigener Aktien zum einen der Kapitalerhaltung, da die Zahlung des Erwerbspreises an den Aktionär als seine verbotene Ausschüttung außerhalb der legalen Gewinnausschüttung gesehen wird und zum anderen auch der Abgrenzung der Kompetenzverteilung dient, da bei eigenen Aktien das Stimmrecht mangels abweichender Regelung vom Vorstand der Gesellschaft ausgeübt werden könnte und dadurch das Verhältnis der Kompetenzverteilung erheblich gestört wäre; vgl in etwa Hüffer, AktG⁸, § 71 Rz 1; Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 65 Rz 2 und 3.

über die Heranziehung des Schutzzweckes, die Mitgliederstruktur der Gesellschaft vor einem missbräuchlichen Eingriff des Leitungsorgans zu schützen. Nur durch einen tatsächlichen Erwerb von Anteilen und den damit verbundenen Mitgliedschaftsrechten ist auch ein gezielter Eingriff in die Mitgliederstruktur vorstellbar. Des Weiteren wäre da noch der mit der Zeit in den Vordergrund gerückte Schutzzweck, das gesellschaftliche Vermögen davor zu schützen, dass es außerhalb einer legalen Gewinnausschüttung für den Erwerb von Anteilen durch einen Dritten, welcher nicht über ausreichend liquide Mittel verfügt, herangezogen und dadurch eventuell verringert wird. Auch hier lässt sich eher das Erfordernis eines tatsächlich zu erfolgenden Erwerbes herauslesen, da sich vor allem die KapitalRL in ihrer Gesamtheit dem Kapitalaufbringungs- sowie dem Kapitalerhaltungsgrundsatz verschrieben hat, wonach sichergestellt werden soll, dass die Gesellschaft anfänglich eine angemessene Gegenleistung für ihre Anteile erhält und im Anschluss nur unter der Bedingung einer rechtmäßigen Dividendenausschüttung oder einer Kapitalherabsetzung ihr so erhaltenes Kapital an ihre Gesellschafter verteilt;⁷⁵⁴ die Annahme, ein Erwerb habe in Bezug auf das Verbot der finanziellen Unterstützung nicht stattzufinden, würde diesem System somit zuwiderlaufen, da der potentielle Erwerber erst durch den tatsächlichen Erwerb mit der Pflicht, eine angemessene Gegenleistung zu erbringen, konfrontiert wird. Ebenso würde der Dritte auch nicht Gesellschafter werden, an den die Kapitalrichtlinie nur Dividendenauszahlungen und Ausschüttungen in Verbindung mit einer rechtmäßigen Kapitalherabsetzung vorsieht, um dem Grundsatz der Kapitalerhaltung gerecht zu werden. Insofern kann der gegenteiligen Mindermeinung, dass ein tatsächlicher Erwerb von Art 23 KapitalRL vorausgesetzt wird, durchaus gefolgt werden.

Nunmehr zeigt sich dieser Problemkreis vor allem in Bezug auf die Vereinbarung so genannter *break fees*. Ungeachtet der bereits zuvor gemachten Ausführungen im Zusammenhang mit dem sachlichen Anwendungsbereich stellt sich insbesondere die Frage nach dem Bezug der Zahlung der vereinbarten *break fees* aufgrund eines gescheiterten Anteilserwerbes und dem Verbot der finanziellen Unterstützung, zumal hierbei nur eine Verwendung des gesellschaftlichen Vermögens in Betracht kommt, wenn gerade kein Erwerb der Anteile zustande kommt. Ginge man insofern von der Erfüllung des Erwerbstatbestandes als Tatbestandvoraussetzung aus,

⁷⁵⁴ Vgl hierzu S.7.

so wäre eine *break fee*-Vereinbarung nicht vom Verbot der finanziellen Unterstützung erfasst, da die Vereinbarung gerade nicht „zum Zweck“ des Erwerbes getroffen wird, sondern eben nur für den Fall eines Scheiterns des Erwerbes; die Tatbestandsvoraussetzung wäre folglich nicht erfüllt. Folgt man jedoch der Gegenmeinung und sieht keinerlei Erfordernis der Erfüllung des Erwerbstatbestandes, sondern geht davon aus, dass bereits die Vereinbarung von *break fees* den Erwerb insofern unterstützt, als ohne die Vereinbarung gar kein Interesse an dem Erwerb aufkäme, so wäre die Subsumierung von *break fee*-Vereinbarungen unter das Verbot der finanziellen Unterstützung durchaus denkbar.

Vor allem in England hat sich hinsichtlich des Erfordernisses der Erfüllung des Erwerbstatbestandes im Zusammenhang mit *break fee*-Vereinbarungen eine rege Diskussion herausentwickelt. Blickt man auf die Formulierung der s.678 Abs 1 CA 2006, gemäß der die finanzielle Unterstützung eines Dritten, welcher Anteile „[...] erwirbt oder eine Offerte für den Erwerb unterbreitet [...]“⁷⁵⁵ verboten ist, so stellt sich scheinbar die Frage, ob es für das Verbot der finanziellen Unterstützung eines anschließenden Anteilserwerbes überhaupt bedarf. Geht man wiederum von einer strengen Wortauslegung aus, so ist ein tatsächlich erfolgreicher bzw erfolgter Erwerb für die Erfüllung des Verbotstatbestandes nicht erforderlich.⁷⁵⁶ Somit könne eine Transaktion auch gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung verstoßen, wenn lediglich ein Erwerbsangebot des Dritten vorliegt und eine Gewährung finanzieller Unterstützung im Hinblick auf diese Offerte erfolgt, der Erwerbsvorgang vor dessen Abwicklung allerdings scheitert.⁷⁵⁷ Jedoch ist die gegensätzliche Auffassung, der Anteilserwerb sei ein wesentlicher Bestandteil der Verbotsbestimmung,⁷⁵⁸ ebenso vertretbar. Die Aufnahme eines bloß offerierten Anteilserwerbes in die Formulierung des Verbotes sei eher als reine Formsache zu verstehen und solle lediglich die Einbeziehung der drei relevanten Zeiten – Gewährung finanzieller Unterstützung vor einem Erwerb, zeitgleich mit einem Erwerb und nach einem Erwerb – bezeichnen;⁷⁵⁹ außerdem könne eine finanzielle Unterstützung nicht „vor einem Erwerb“ gewährt werden, wenn ein Erwerb gar nie erfolgt bzw erfolgt

⁷⁵⁵ „Where a person is acquiring or proposing to acquire shares in a public company [...]“.

⁷⁵⁶ So etwa Ferran, CLJ 2004, 225 (233); dies, Regulation of Private Equity, Law Working Paper No. 84/2007, 24; Roberts, Financial Assistance, Rz 7.31; Palmer's Company Law Manual, Rz 8-065; vgl auch *Cox v Cox*, [2006] EWHC 1077 (Ch).

⁷⁵⁷ *Chaston v SWP Group plc*, [2003] 1 BCLC 675 (690) (para 42).

⁷⁵⁸ *Breslin/Charnley*, Co Law 2000, 269 (173).

⁷⁵⁹ *Ebd.*

ist.⁷⁶⁰ Einen weiteren Hinweis auf die bloße Hervorhebung der vorhergehenden finanziellen Unterstützung biete auch die mangelnde Repetition der Formulierung in anderen Teilen der Verbotsbestimmung, wie in etwa bei der Ausdehnung des Verbotes auf Tochtergesellschaften.⁷⁶¹ Ferner deutet der intendierte Schutzzweck der Bestimmung auf eine Relevanz des tatsächlich erfolgten Anteilserwerbes hin, wird das Verbot doch als Teil des Kapitalerhaltungsregimes gewertet, indem es schon von Beginn an als Ergänzung der Bestimmungen betreffend den Erwerb eigener Anteile gesehen wurde.⁷⁶² Bedauerlicherweise hat auch der neue CA 2006 eine Klärung dieses strittigen Punktes verabsäumt.⁷⁶³ Insofern ist auch nach der englischen Rechtslage die Frage nach der Einbeziehung von *break fee*-Vereinbarungen in den sachlichen Anwendungsbereich der ss.677 ff CA 2006 noch ungeklärt und bleibt voraussichtlich weiterhin ein Diskussionspunkt.

Im Gegensatz dazu findet sich weder in Österreich noch in Deutschland eine direkte Auseinandersetzung mit der generellen Frage nach der Erforderlichkeit der Erfüllung des Erwerbstatbestandes. Allerdings befasst sich die Lehre durchaus mit der Subsumierung von *break fee*-Vereinbarungen unter das Verbot der finanziellen Unterstützung. Dabei erblickt man einen ähnlichen Argumentationsstrang auf Seiten der nunmehr hL, wie er in England teilweise vertreten wird, wonach der fehlende Funktionszusammenhang zu einem Erwerb in den Mittelpunkt gestellt wird.⁷⁶⁴ Die dennoch von einem großen Teil der Lehre vertretene Gegenmeinung, stellt hingegen sehr wohl auf die Anwendung des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf eine *break fee*-Vereinbarung ab, wodurch angenommen werden kann, dass auch hier auf das Erfordernis der Erfüllung des Erwerbstatbestandes verzichtet wird. Trotzdem erblickt man die Tendenz der hL hin zu dem Erfordernis eines erfüllten Erwerbstatbestandes.

c) Funktionaler Zusammenhang – Rechtfertigung von gewinnbringenden und für die Gesellschaft vorteilhaften Rechtsgeschäften?

Sowohl die englische als auch die österreichische und deutsche Lehre gehen einhellig von einer subjektiven Komponente des Funktionszusammenhangs zwischen der

⁷⁶⁰ Ferran, Company Law, 384; vgl s.678 Abs 1 CA 2006: “[...] it is not lawful [...], to give financial assistance before or at the same time as the acquisition [...]”

⁷⁶¹ Breslin/Charnley, Co Law 2000, 269 (173 f).

⁷⁶² So auch Breslin/Charnley, Co Law 2000, 269 (173 f).

⁷⁶³ Hannigan, CA 2006, Rz 7.20.

⁷⁶⁴ Hierzu bereits S.125.

Gewährung finanzieller Unterstützung und dem Anteilserwerb aus.⁷⁶⁵ Insofern ist dies auch schon aus dem Wortlaut der einzelnen Bestimmungen herauslesbar; so ist es einer Gesellschaft aufgrund der englischen Bestimmung verboten, „*direkt oder indirekt finanzielle Unterstützung zu gewähren*“ („*to give financial assistance directly or indirectly*“). Gleichfalls wird in der österreichischen und deutschen Verbotsbestimmung die Formulierung „*Gewährung eines Vorschusses oder eines Darlehens oder die Leistung einer Sicherheit*“ verwendet. Sowohl das Gewähren als auch das Leisten von etwas impliziert zumindest ein bewusstes Handeln des Gewährenden bzw des Leistenden.⁷⁶⁶ Im Gegensatz zur österreichischen und deutschen hat sich die englische Lehre nicht mit den subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des Vertragspartners der finanziellen Unterstützung auseinandergesetzt. Vielmehr wird von der englischen Lehre ein bewusstes Handeln der Gesellschaft mit dem Zweck, den Anteilserwerb zu unterstützen, als ausreichend erachtet.⁷⁶⁷ Wie dieses bewusste Handeln der Gesellschaft nach außen in Erscheinung zu treten hat, also ob eine reine Willensbildung ausreiche oder ob eine tatsächliche Willenserklärung erforderlich sei, war bislang noch nicht Gegenstand einer rechtlichen Debatte. Das Erfordernis einer ausdrücklichen Willenserklärung der Gesellschaft macht jedoch mE kaum Sinn und würde die Möglichkeit einer Umgehung des Verbotes Tür und Tor öffnen, da es äußerst unwahrscheinlich sein wird, dass eine Gesellschaft mit dem Wissen um einen Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Vorschriften, diesen ausdrücklich in einer Erklärung artikuliert. Ferner sind anscheinend auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale auf Seiten des Vertragspartners des Unterstützungsgeschäftes in Bezug auf die Zwecksetzung der finanziellen Unterstützung und des Anteilserwerbes von der Lehre nicht behandelt worden. Insofern kann daraus geschlossen werden, dass die subjektive Seite des Vertragspartners wohl als irrelevant angesehen wird. Dies könnte folglich dazu führen, dass auch derartige Konstellationen unter das Verbot der finanziellen Unterstützung fallen, bei denen zB ein Dritter von einem potentiellen Anteilserwerber angewiesen wird, ein Darlehen bei der Gesellschaft aufzunehmen, ohne ihm den tatsächlichen Verwendungszweck zu nennen und dieses Darlehen letztendlich mit dem Wissen der

⁷⁶⁵ Auf europäischer Ebene wird das Erfordernis einer zusätzlichen subjektiven Komponente nach Ansicht *Schroeders* den Mitgliedstaaten überlassen; vgl hierzu bereits S.33 ff.

⁷⁶⁶ So auch schon BGH VII ZR 207/70, 24.2.1972, BGHZ 58, 188, der eine Leistung als die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens versteht; ebenso BGH III ZR 56/98, 4.2.1999, NJW 1999, 1394.

⁷⁶⁷ Vgl hierzu S.84 ff.

Gesellschaft für den Erwerb der Anteile verwendet wird. Dementsprechend könne hierin bereits aufgrund von objektiven Umständen, nämlich der tatsächlichen Verwendung der finanziellen Unterstützung für den Anteilserwerb bei Vorliegen aller sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen – somit auch den subjektiven Voraussetzungen auf Seiten der Gesellschaft – sowie in Ermangelung eines Ausnahmetatbestandes eine verbotene (indirekte) finanzielle Unterstützung gesehen werden.

Im Gegensatz dazu wird von der österreichischen und deutschen hL sowohl auf Seiten der Gesellschaft als auch auf Seiten ihres Vertragspartners des Unterstützungsgeschäftes zumindest eine Willensbildung, die finanzielle Unterstützung für den Aktienwerb zu verwenden, vorausgesetzt. Ein Anscheinsbeweis, dass eine Willensbildung beider Parteien vorliegt, schafft hier sofern sich aus den objektiven Umständen ein Funktionszusammenhang zwischen Finanzierungsgeschäft und Aktienwerb erkennen lässt, allerdings Abhilfe. Insofern käme man im Hinblick auf das zuvor ausgeführte Szenario mit Hilfe des Anscheinbeweises ebenso nach österreichischem und deutschem Recht zu dem gleichen Ergebnis wie nach der englischen Rechtslage.

Eine der beachtlichsten Abweichungen von der österreichischen und der deutschen Rechtslage bietet wahrlich die mit der Erlassung des CA 1981 in die Verbotsbestimmung aufgenommene Ausnahmeregelung im Hinblick auf den geforderten Funktionszusammenhang von finanzieller Unterstützung und Anteilserwerb. Den Grundgedanken dieser Ausnahmeregelung bildet die Forderung, gewinnbringende oder auch für die Gesellschaft förderliche Rechtsgeschäfte von den schwerwiegenden Rechtsfolgen, welche mit einem Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung einhergehen, zu schützen. So wird allgemein angenommen, dass kein Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung vorliegt, wenn der Anteilserwerb nicht den Hauptzweck der finanziellen Unterstützung darstellt oder die finanzielle Unterstützung zwar zum Zweck des Anteilserwerbes gewährt wurde, dies jedoch nur, um einem übergeordneten Zweck zu dienen. Allerdings muss hierbei die finanzielle Unterstützung im guten Glauben im Interesse der Gesellschaft gewährt worden sein. Eine derartige Ausnahmeregelung sieht hingegen weder die österreichische noch die deutsche Verbotsbestimmung vor. Ungeachtet dessen kann auch in der österreichischen und deutschen Rechtsordnung die Sinnhaftigkeit, gewinnbringende und für die Gesellschaft förderliche Transaktionen durch das Verbot

der finanziellen Unterstützung zu unterbinden, hinterfragt werden. In diesem Zusammenhang lassen sich zwei Punkte herausarbeiten, die einer näheren Betrachtung bedürfen. So stellt sich anfänglich zum einen die Frage, ob die Einführung der Ausnahmeregelung in die englische Rechtsordnung durch den CA 1981 überhaupt europarechtskonform ist und zum anderen, ob – vorerst ungeachtet der Frage nach der Europarechtskonformität der Ausnahmeregelung – eine ähnliche Ausnahmeregelung auch in Österreich und Deutschland denkbar wäre.

In Bezug auf die erste Frage könne *prima facie* gesagt werden, dass die *purpose*-Ausnahme der englischen Bestimmung keine Deckung in der von der KapitalRL erteilten Ermächtigung findet, da die europäische Bestimmung des Art 23 KapitalRL neben den Ausnahmen betreffend Banken, Belegschaftsanteilen und Investmentgesellschaften keine weiteren Ausnahmen vom Verbot der finanziellen Unterstützung vorsieht. Insofern stellt sich nunmehr die Frage inwieweit ein nationaler Gesetzgeber bei der Umsetzung einer Richtlinienbestimmung davon abweichen darf. Bei den formellen Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinienbestimmungen sind die Mitgliedstaaten insofern frei, als sich die Form und auch die Mittel nach den nationalen Vorgaben richten. Im Gegensatz dazu sind die nationalen Gesetzgeber im Hinblick auf die materiellen Voraussetzungen einer Umsetzung an die durch die Richtlinie zu erreichenden Ziele gebunden.⁷⁶⁸ Folglich ist zu fragen, ob die nationale Bestimmung den verbindlichen Zielen der Richtlinie insgesamt gerecht wird und sich im Rahmen der europäischen Vorgaben bewegen; ist dies der Fall, so kann wohl auch eine Abweichung von der Richtlinienvorgabe gerechtfertigt sein, sofern diese also mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel kompatibel sind. Um zu klären, ob dies der Fall ist oder ob es sich doch um eine Divergenz zwischen dem nationalen Recht und der Richtlinienvorgabe handelt,⁷⁶⁹ ist zunächst das verbindliche Ziel der Richtlinienbestimmung durch Auslegung zu ermitteln. Sodann ist zu überprüfen, ob die nationale Regelung eindeutig genug den verbindlichen Zielen der Richtlinie nachkommt. Hierbei werden allerdings an die Eindeutigkeit strenge Maßstäbe gesetzt.

⁷⁶⁸ Heß, Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht, 101; in Bezug auf die formellen Voraussetzungen ausführlich *ebd.*, 33 ff; vgl auch von *Colson und Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, EuGH 10.4.1984, C-14/8, [1984] ECR 1891.

⁷⁶⁹ Ausführlich zu der Vorgehensweise Heß, Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht, 101 ff; zwar handelt es sich dabei zum einen um die Frage, ob eine Umsetzung entbehrlich ist, sofern eindeutig bestehende nationale Vorschriften den Vorgaben der Richtlinie entsprechen als auch um die Frage, ob die geplante Maßnahme zur Umsetzung eindeutig genug und vollständig ist; allerdings spricht mE nichts gegen eine Heranziehung dieser Kriterien ebenso für eine nachträgliche Prüfung der Kompatibilität der bereits bestehenden Umsetzungsnorm mit der Richtlinienvorgabe.

So ist zum einen eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Bestimmung, welche das erwünschte Ergebnis erzielen soll, allein meist nicht ausreichend. Vielmehr müsse die Umsetzungsnorm „eine so bestimmte, klare und durchschaubare Lage“ schaffen, „dass die einzelnen von ihren Rechten Kenntnis erlangen und diese geltend machen können.“⁷⁷⁰ Jedoch muss hier auch die Möglichkeit einer „Abweichung“, welche die Richtlinienvorgabe selbst zulässt, Beachtung finden. Dabei ist vor allem an die ausdrückliche als auch konkludente Genehmigung der Richtlinienvorgabe aufgrund ihrer Natur als Mindest- oder Höchstnorm, gemäß der etwaige strengere bzw. liberalere Regelungen von den Mitgliedstaaten erlassen werden dürfen, zu denken. Da diese „Abweichungen“ von den verbindlichen Zielen der Richtlinie allerdings ausdrücklich bzw. unter Umständen auch konkludent zugelassen werden, kann in diesem Sinne jedoch nicht wirklich von einer Abweichung gesprochen werden.⁷⁷¹ Bei der Richtlinienvorgabe des Art 23 KapitalRL handelt es sich, wie bereits an anderer Stelle erwähnt, um eine Mindestregelung, was die Zulässigkeit strengerer nationaler Regelungen mit sich bringt. Die Implementierung einer zusätzlichen, nicht von der Richtlinienbestimmung vorgesehenen Ausnahmenregelung stellt hingegen keine zulässige Verschärfung des Verbotes dar, sondern ganz im Gegenteil, eine Entschärfung. Nunmehr wird diese Abweichung von der Richtlinienvorgabe zum Teil damit gerechtfertigt, dass das englische Verbot der finanziellen Unterstützung im Prinzip aufgrund des weiten sachlichen Anwendungsbereiches eine strengere Regelung als der Art 23 KapitalRL in sich birgt und somit eine Einschränkung dieser Strenge wiederum durch eine zusätzliche Ausnahme im Rahmen des von der Richtlinie Zulässigen berechtigt sei.⁷⁷² Abhilfe schaffe in diesem Sinne auch die strenge Auslegung der *purpose*-Ausnahme im Zusammenhang mit der Entscheidung *Brady v Brady*⁷⁷³, da dadurch einer ausufernden Anwendung dieser Ausnahmebestimmung Einhalt geboten wurde.

Da es sich hierbei jedoch nicht um eine von der Richtlinienvorgabe erlaubte „Abweichung“ handelt, bleibt zu fragen, ob trotz der zusätzlichen Ausnahmebestimmung die englische Bestimmung dem verbindlichen Ziel der Richtlinie gerecht wird. Das grundsätzliche Ziel der Richtlinie ist es einen Mindeststandard an Schutz für Gläubiger und auch Gesellschafter hinsichtlich der

⁷⁷⁰ *Kommission/Deutschland*, EuGH 28.2.1991, Rs. C-131/88, [1981] ECR I-825.

⁷⁷¹ Vgl. *Heß*, Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht, 111 f.

⁷⁷² So etwa *Ferran*, *Company Law*, 392.

⁷⁷³ *Brady v Brady*, [1989] AC 755; vgl. ebenso dazu bereits S.86 ff.

Gründung einer AG sowie der Erhaltung und Änderung ihres Kapitals zu schaffen. Nunmehr impliziert die neue Fassung des Art 23 KapitalRL, dass der europäische Gesetzgeber auch für das Verbot der finanziellen Unterstützung die Schwelle des generellen Grundsatzes der Kapitalerhaltung, welche in Art 15 Abs 1 KapitalRL benannt ist, vorsieht und einen weitergehenden Schutz des Kapitals mittels Überschreitung dieser Schwelle in Bezug auf die Gewährung finanzieller Unterstützung des Anteilserwerbes nicht für erforderlich hält, sofern noch zusätzliche Bedingungen erfüllt sind.⁷⁷⁴ Im Lichte dieser Überlegung geht die englische Verbotsbestimmung, ungeachtet der nicht erfolgten Übernahme der neuen Fassung des Art 23 KapitalRL in die englische Rechtsordnung, über das verbindliche Ziel der Richtlinie hinaus, indem sie beinahe sämtliche Rechtsgeschäfte, die eine finanzielle Unterstützung darstellen, unter das Verbot subsumiert, auch wenn sie eventuell keinerlei Auswirkungen auf das Kapital der Gesellschaft haben. Insofern wäre eine Ausnahme, welche neutrale oder auch gewinnbringende, für die Gesellschaft nützliche Transaktionen vom Verbot der finanziellen Unterstützung ausnimmt, auch nach der neuen Fassung des Art 23 KapitalRL denkbar und wohl auch wünschenswert. Allerdings darf hier nicht unbeachtet bleiben, dass die Änderungsrichtlinie in Bezug auf Art 23 KapitalRL zwar die Möglichkeit einer Liberalisierung brachte, dies aber nur insofern, als ein Katalog an materiellen und formellen Prämissen in die nationalen Rechtsordnungen übernommen wird und dieser auch von den Gesellschaften bei der Gewährung finanzieller Unterstützung Beachtung findet. Andernfalls müsse am generellen Verbot der finanziellen Unterstützung festgehalten werden. Dies betrifft insofern sowohl Transaktionen, die das gesellschaftliche Vermögen nicht angreifen als auch gewinnbringende Transaktionen; anderes kann auch nicht aus der Richtlinienbestimmung herausgelesen werden. Infolgedessen müsse mE nunmehr die in der englischen Bestimmung vorgesehene *purpose*-Ausnahme ebenfalls den Anforderungen der Richtlinienbestimmung entsprechen und die geforderten materiellen und formellen Bedingungen erfüllen, um nicht als europarechtswidrig angesehen zu werden. Der Hinweis auf den weiter reichenden sachlichen Anwendungsbereich vermag hier auch nicht zu überzeugen, da die hL auch in Bezug auf Art 23 KapitalRL nicht von einem abschließenden Katalog der Rechtsgeschäfte

⁷⁷⁴ S zu den Änderungen des Art 23 KapitalRL im Zuge der Erlassung der Änderungsrichtlinie 2006 ausführlich S.37 ff.

ausgeht, sondern lediglich eine symbolische Darstellung sein soll.⁷⁷⁵ Daraus folgt mE ferner, dass die bereits vor Erlassung der Änderungsrichtlinie existierende *purpose*-Ausnahme zu diesem Zeitpunkt als gegen die Richtlinienvorgabe verstoßend betrachtet werden müsse, da eine derartige Ausnahme von der alten Fassung des Art 23 KapitalRL nicht gedeckt sein kann, welche ein generelles Verbot finanzieller Unterstützung ausspricht; sei es nun eine neutrale Transaktion oder auch eine gewinnbringende.⁷⁷⁶ Ferner ist auch darauf hinzuweisen, dass sich nach der Richtlinienvorgabe die Frage nach einer eventuell weiteren, womöglich auch förderlichen Zwecksetzung der finanziellen Unterstützung neben dem Anteilserwerb insofern gar nicht stellen kann, da das Verbot nach Art 23 KapitalRL bereits die Gewährung im Hinblick auf den Erwerb verbietet und diese Formulierung, wie bereits zuvor ausgearbeitet, einen umfassenderen Einsatz des Verbotes auf fragliche Transaktionen erlaubt als dies die Formulierung „zum Zweck“ indiziert. Infolgedessen sind auch Transaktionen, welche lediglich im Zusammenhang mit einem Anteilserwerb stehen und womöglich auch nur einen Teil einer für die Gesellschaft wirtschaftlich förderlichen Transaktion darstellen, vom Verbot erfasst. Allerdings bietet auch, wie bereits zuvor ausgeführt, die neue Fassung des Art 23 KapitalRL nur im Rahmen der nunmehr vorgesehenen Bedingungen eine weitere Ausnahme vom Verbot. Demzufolge kann eigentlich nur die Umsetzung der Vorgaben der neuen Fassung des Art 23 KapitalRL in diesem Sinne Abhilfe schaffen. Angesichts der Kritik an der Neuregelung und der Abneigung, einer weiteren Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiet durch Implementierung einer potentiell mit Problemen behafteten Neuregelung den Einzug zu gewähren, wäre mE jedoch von diesem Schritt abzuraten; zumindest so lange, bis eine eventuelle Klärung oder gar ein Umdenken erfolgt ist und eine weniger komplexe Ausnahme für gewinnbringende oder wirtschaftlich förderliche Transaktionen auf europäischer Ebene aufgenommen wird. Zwar mag diese Ansicht im Hinblick auf die Möglichkeit, finanzielle Unterstützung unter Umständen zuzulassen, befremdlich wirken, da es doch als willkommene Liberalisierung vor allem in Bezug auf eben diese gewinnbringenden oder auch wirtschaftlich förderlichen Transaktionen gedacht war, jedoch wird durch die ablehnende Haltung gegenüber dieser Liberalisierung den nationalen Rechtsordnungen insofern nichts genommen, als

⁷⁷⁵ Vgl hierzu bereits S.32 f.

⁷⁷⁶ Allerdings stellte sich die Frage nach der möglichen Europarechtswidrigkeit bislang wohl auch insofern nur selten, als durch die sehr strenge Auslegung der *purpose*-Ausnahme durch die Gerichte ein nur sehr geringer, wenn nicht sogar schwindender Anwendungsbereich für diese Ausnahme verblieb.

auch nach der neuen Fassung eine erhebliche Behinderung dieser Transaktionen aufgrund der erschwerlichen Voraussetzungen zu erwarten ist.

Auch nach der österreichischen und deutschen hL ergibt sich der Standpunkt, dass eine verbotene finanzielle Unterstützung dann nicht vorliegt, wenn sie gerade nicht dem Aktienerwerb dienen soll und somit aufgrund des fehlenden Funktionszusammenhanges zwischen finanzieller Unterstützung und Aktienerwerb nicht unter das Verbot der finanziellen Unterstützung subsumiert werden kann. Dies ist durchaus logisch und geht auch bereits aus dem Wortlaut der nationalen Bestimmungen hervor; insofern kann es sich dabei um ein übliches Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem Dritten handeln, zu dem die Gesellschaft auch durchaus berechtigt ist. Wie allerdings die Konsequenzen für eine finanzielle Unterstützung der Gesellschaft aussehen, wenn diese nicht allein zum Zweck des Aktienerwerbes gewährt wurde, sondern durchaus – neben diesem Zweck – in einem eigenen wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft erfolgt ist, wurde in diesem Zusammenhang in der österreichischen und deutschen Lehre bis dato nicht angedacht. Diese Frage stellt sich nunmehr vor allem auch im Hinblick der zuvor erörterten englischen Rechtslage, welche eine Ausnahme für derartige Transaktionen vorsieht. Dabei könnten aber durchaus auch Überlegungen herangezogen werden, die sowohl in der österreichischen als auch deutschen Rechtsordnung bereits seit längerem in Bezug auf das Rechtsinstitut des Verbotes des § 52 öAktG bzw § 57 dAktG Bestand haben, wonach es der Gesellschaft verboten ist, das gesellschaftliche Vermögen an die Aktionäre auszuschütten, sofern es sich dabei nicht um gesetzliche Ausnahmen oder drittübliche Rechtsgeschäfte handelt oder das Rechtsgeschäft uU betrieblich gerechtfertigt ist.⁷⁷⁷ Insofern könnte auch in Bezug auf das Verbot der finanziellen Unterstützung gefragt werden, ob es hierfür eine eventuelle betriebliche Rechtfertigung geben könne, welche die Gewährung finanzieller Unterstützung zum Zweck des Aktienerwerbes legitimieren würde. Dies ist mE eine Frage, die durchaus Beachtung verdient. In einer seiner Entscheidungen⁷⁷⁸ zum Verbot der Einlagenrückgewähr betonte der OGH, dass nicht allein deshalb eine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegen muss, weil ein objektives Missverhältnis vorhanden ist, sondern dieses Missverhältnis auch damit gerechtfertigt werden könne, dass besondere betriebliche Gründe im Interesse der Gesellschaft existieren, die auch ein solches

⁷⁷⁷ Ausführlich hierzu S.230 ff und S.257 f.

⁷⁷⁸ OGH 6 Ob 271/05d, GesRZ 2006.

Geschäft mit einem Dritten begründen würden. In diesem Fall ging es darum, ob allein die gemeinsame Aufnahme eines Kontokorrentkredits durch eine Gesellschaft und ihren Gesellschafter als Solidarkreditnehmer gegen die Vorschriften zur Kapitalerhaltung verstößt, wenn die Gesellschaft auch dann für die Rückzahlung des Kredites haftet, wenn der Kredit allein vom Gesellschafter in Anspruch genommen wird. Der OGH akzeptierte aufgrund der vorliegenden engen geschäftlichen Beziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ein rechtfertigendes Eigeninteresse der Gesellschaft, da die Zusammenarbeit auch für die Gesellschaft von hohem wirtschaftlichem Wert war. Diese Auffassung einer betrieblichen Rechtfertigung ist mit gewissen Modifikationen auch in der hL⁷⁷⁹ weit verbreitet. Die Möglichkeit der betrieblichen Rechtfertigung lässt sich ebenso aus der deutschen Lehre als auch der deutschen Rechtsprechung herauslesen.⁷⁸⁰ Übernimmt man einen derartigen Ansatz auch für die Verbotsbestimmung der finanziellen Unterstützung, so ist allerdings auch hier darauf hinzuweisen, dass die Richtlinienvorgabe des Art 23 KapitalRL eine derartige Ausnahme nicht explizit vorsieht. Dementsprechend muss ebenfalls auf das zur englischen *purpose*-Ausnahme Gesagte verwiesen werden und auf das damit verbundene Erfordernis der Umsetzung der materiellen und formellen Bedingungen, welche die neue Fassung des Art 23 KapitalRL vorsieht, hingedeutet werden.

6) *Ausnahmen*

a) Finanzielle Unterstützung durch Kreditinstitute

Sowohl der englische als auch der österreichische und deutsche Gesetzgeber sehen im Einklang mit der Richtlinienvorgabe des Art 23 KapitalRL eine Ausnahme vom Verbot finanzieller Unterstützung für Kredit- bzw Finanzinstitute vor, sofern diese im Rahmen der laufenden Geschäfte getätigt werden bzw wurden und dadurch das Nettoaktivvermögen nicht das gezeichnete Kapital, zuzüglich nicht ausschüttungsfähiger gesetzlicher oder gesellschaftsvertraglicher Rücklagen unterschreitet.⁷⁸¹

Die englische Rechtslage geht bei der Ermittlung, ob die Ausnahme für Kreditinstitute überhaupt greift, von einem zweistufigen Prüfungsmaßstab aus. Zum

⁷⁷⁹ Nowotny, RdW 1987, 287; Reich-Rohrwig, eolex 2003, 152; ders, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 183 ff; Krejci, wbl 1993, 271; Schmidberger, GesRZ 1997, 16.

⁷⁸⁰ Vgl hierzu S.232 f.

⁷⁸¹ Vgl zu den Richtlinienvorgaben Art 23 Abs 2 KapitalRL.

einen muss im Einzelfall geprüft werden, ob das Gewähren von finanzieller Unterstützung, etwa in Form eines Darlehens, grundsätzlich zum gewöhnlichen Geschäftsbetriebes der Gesellschaft gehört und zum anderen ist dann noch zu prüfen, ob sich auch die fragliche finanzielle Unterstützung nach den objektiven Umständen innerhalb dieses Rahmens des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes bewegt. Ferner darf diese Gewährung finanzieller Unterstützung nicht das Nettoaktivvermögen reduzieren oder, falls dies doch der Fall sein sollte, hat sie zumindest aus dem verteilbaren Gewinn zu erfolgen.

Die österreichische Verbotsbestimmung sieht insofern eine Ausnahme für Kreditinstitute nicht jedoch für Finanzinstitute vor. Im Gegensatz dazu erstreckt der deutsche Gesetzgeber die Ausnahme neben Kreditinstituten auch auf Finanzdienstleistungsinstitute. Allerdings resultiert dies insofern nur in einer geringen Abweichung der beiden Bestimmungen, als Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne der deutschen Ausnahmebestimmung umfangreiche Tätigkeitsbereiche aufweisen, welche jedoch nach der österreichischen Rechtslage mitunter von der Definition eines Kreditinstitutes erfasst werden, wie etwa das Kreditkartengeschäft.⁷⁸² Auch nach der österreichischen und deutschen Rechtslage ist die Ausnahme für Kreditinstitute durch eine Voraussetzung beschnitten, da die Gewährung der finanziellen Unterstützung „*im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebes*“ bzw. „*des gewöhnlichen Betriebes*“ zu erfolgen hat. Auch hierbei knüpft der Maßstab, ob es sich bei der gewährten finanziellen Unterstützung um ein Rechtsgeschäft im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes der Gesellschaft handelt, an objektiven Kriterien an, wie etwa dem Umfang, den Geschäftsbedingungen, der Gegenleistung, der Besicherung, der Laufzeit als auch der Kreditwürdigkeit. Die Prüfung, ob der laufende Geschäftsbetrieb der Gesellschaft generell derartige Rechtsgeschäfte einschließt, wie sie in England als erster Prüfschritt vorgesehen ist, wird insoweit bereits von den in den relevanten Bestimmungen des BWG und KWG zu findenden Legaldefinitionen übernommen, als diese einen Katalog an Tätigkeiten, welche von Kreditinstitute verrichtet werden können, enthalten. Die weitere Anforderung der Richtlinienbestimmung, eine bestimmte Kapitalgrenze zu beachten, wird sowohl von der österreichischen als auch von der deutschen Ausnahmenbestimmung mit dem Erfordernis einer hypothetischen Rücklagenbildung umgesetzt, ohne dass dadurch das Grundkapital bzw die nach

⁷⁸² Vgl hierzu § 1 Abs 1a Z8 KWG und § 1 Abs 1 Z6 BWG.

Gesetz oder Satzung zu bildende Rücklage, die nicht ausgeschüttet werden darf, zu beeinträchtigen.

Im Ergebnis erreichen sowohl die englische als auch die österreichische und deutsche Ausnahme für Kreditinstitute das gleiche inhaltliche Ziel, nämlich, dass nur Rechtsgeschäfte, welche im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebs und aus freien Mitteln erfolgen, die Privilegierung, vom Verbot der finanziellen Unterstützung ausgenommen zu sein, erfahren dürfen. Aufgrund der von der englischen Rechtsprechung ferner geforderten Prämisse, dass auch der Zweck der fraglichen Gewährung finanzieller Unterstützung mit den Zwecken der üblichen Kreditgewährungen, welche im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebes gewährt werden, vergleichbar ist, muss jedoch letztlich auf eine zwangsläufige Abweichung in der Anwendung der Ausnahmebestimmung der drei untersuchten Mitgliedstaaten geschlossen werden, da sich durch diese Rechtsprechung der Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung in England nunmehr in einem merklich engeren Rahmen bewegt.⁷⁸³

b) Finanzielle Unterstützung im Zusammenhang mit Belegschaftsanteilen

Neben der Ausnahme für Kreditinstitute sieht die Richtlinienbestimmung des Art 23 KapitalRL ferner eine Ausnahme für Belegschaftsaktien vor. Sowohl die englische als auch die deutsche Bestimmung sehen ebenfalls unter bestimmten Voraussetzungen eine finanzielle Unterstützungen im Zusammenhang mit Belegschaftsaktien als vom Verbot der finanziellen Unterstützung ausgenommen an. Auch hier wird von beiden Rechtsordnungen die Vorgabe der Richtlinie eingehalten, indem zusätzlich die Voraussetzung implementiert wurde, dass die Gewährung finanzieller Unterstützung im Zusammenhang mit Beteiligungsanteilen aus frei verfügbaren Mitteln zu erfolgen hat.⁷⁸⁴ Allerdings geht die englische Ausnahmebestimmung insofern über die deutsche hinaus, als uU auch eine finanzielle Unterstützung zum Erwerb von Anteilen für bzw durch Personen, die dem Arbeitnehmer (sowohl gegenwärtig als auch ehemalig) nahe stehen, wie etwa ein Ehepartner oder auch die minderjährigen Kinder, von der Ausnahme erfasst sein können. Ferner ist es nach der englischen Rechtslage unter Umständen möglich, dass durchaus auch Direktoren der Gesellschaft als Arbeitnehmer (*employees*) im Sinne der

⁷⁸³ Vgl Schroeder, Finanzielle Unterstützung, 210.

⁷⁸⁴ Vgl bereits für England S.92 ff und für Deutschland S.132 ff.

Ausnahmebestimmung verstanden werden. Im Gegensatz dazu finden nur Arbeitnehmer der Gesellschaft oder eines verbundenen Unternehmens im Anwendungsbereich der deutschen Ausnahmebestimmung Erwähnung; allerdings fallen auch hiernach ehemalige Arbeitnehmer darunter. Nicht erfasst von der deutschen Ausnahme ist hingegen die finanzielle Unterstützung eines Aktienerwerbes durch Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates. Auch hier geht die englische Ausnahmebestimmung folglich über die deutsche hinaus.

Der österreichische Gesetzgeber hat sich andererseits nicht dazu entschieden, eine ausdrückliche Ausnahme vom Verbot der finanziellen Unterstützung in Bezug auf Arbeitnehmerbeteiligungen umzusetzen, sondern geht vielmehr von einer richtlinienkonformen Anwendung allgemeiner Bestimmungen im Einklang mit den üblichen betrieblichen Sozialleistungen und den Grundsätzen einer gewissenhaften Leitung des Vorstandes zum Wohle der Gesellschaft gemäß § 70 öAktG aus. Auch hier sind jedoch Leistungen an Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates in diesem Zusammenhang nicht vorgesehen. Insofern wird der österreichische Standard hinsichtlich einer Ausnahme finanzieller Unterstützung des Erwerbes von Arbeitnehmerbeteiligungen vor allem in Hinblick auf das Erfordernis einer richtlinienkonformen Anwendung mit dem der deutschen Ausnahmebestimmung im Großen und Ganzen vergleichbar sein.

c) Sonstige Ausnahmen?

Neben den bereits zuvor angeführten Ausnahmen sieht der englische Gesetzgeber noch weitere Ausnahmen vor, welche der Klarstellung dienen sollen, um mögliche Zweifel auszuräumen. Diese umfassen mitunter Transaktionen der Gesellschaft, welche ohne weitere Bedingung als Ausnahme vom Verbot der finanziellen Unterstützung gelten und dieser Tatsache auch ihre Bezeichnung als unbedingte Ausnahmen verdanken. Zwar wurde bereits an verschiedenen Stellen erwähnt, dass die Richtlinienbestimmung des Art 23 KapitalRL aufgrund ihrer Natur als Mindestnorm keine weiteren, von der Bestimmung nicht vorgesehenen Ausnahmen zulässt, um das Verbot aufzuweichen, jedoch sind einige dieser Transaktionen ebenso gemäß anderer Bestimmungen der Kapitalrichtlinie unter bestimmten Voraussetzungen zulässig und somit europarechtlich harmonisiert. Insofern wird hier bereits ein gewisser Schutz sowohl für die Gesellschaftsgläubiger als auch für die Minderheitsgesellschafter geboten.

Demnach muss etwa die erlaubte Ausschüttung von Dividenden⁷⁸⁵, der erlaubte Erwerb eigener Anteile⁷⁸⁶ oder auch der erlaubte Rückerwerb von *redeemable shares*⁷⁸⁷ klarerweise von dem Verbot der finanziellen Unterstützung ausgenommen sein. Auch die Ausnahme der Ausgabe von *bonus shares* dient der Ausräumung von Irrtümern, da durch das in der Bestimmung der s.678 CA 2006 verwendete Wort „*acquisition*“, also Erwerb, die Verbotsbestimmung auch auf diese angewandt werden könnte, obwohl *bonus shares* weder gekauft (*purchased*) noch gezeichnet (*subscribed*) werden.⁷⁸⁸ Hinsichtlich dieser Darlegung ist eine mögliche Vermutung der Europarechtswidrigkeit der zusätzlichen Aufnahme von Ausnahmen dieser Art von der Hand zu weisen.

In diesem Lichte erscheint auch die Ansicht der österreichischen und deutschen Lehre, die Ausschüttung von Dividenden, sofern sie im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen des AktG erfolgen, vom Verbot der finanziellen Unterstützung auszunehmen, als zutreffend. Gleichermaßen ist wohl auch in Hinsicht auf die Zahlung des Erwerbspreises im Zusammenhang mit dem Erwerb eigener Aktien und auch der Ausschüttung von Vermögen im Zusammenhang mit einer gesetzeskonformen Kapitalherabsetzung zu argumentieren.

7) *Rechtsfolgen*

Auf diesem Gebiet werden eklatante Unterschiede der drei untersuchten Rechtsordnungen sichtbar. Zurückzuführen ist dies auf die Einräumung der Wahlmöglichkeit der einzelnen Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Verbotsbestimmung des Art 23 KapitalRL hinsichtlich der Rechtsfolgen, welche auf dem Schweigen des europäischen Gesetzgebers basiert. Hierbei reicht die Bandbreite von der bloßen Unerlaubtheit derartiger Transaktionen ohne jegliche rechtliche Wirkung über die Nichtigkeit bis hin zu strafrechtlichen Sanktionen.

Es ist wohl nicht besonders eindringlich darauf hinzuweisen, dass bereits ein flüchtiges Lesen der Ausführung zur englischen Rechtslage die Annahme nahe legt, dass ein Verstoß gegen das englische Verbot der finanziellen Unterstützung weitaus gewichtigere Konsequenzen nach sich ziehen kann, als dies etwa in Bezug auf die deutsche oder gar österreichische Verbotsbestimmung der Fall sein wird. So sieht die

⁷⁸⁵ Vgl Art 15 KapitalRL.

⁷⁸⁶ Vgl Art 19 ff KapitalRL.

⁷⁸⁷ Vgl Art 39 KapitalRL.

⁷⁸⁸ *Hannigan*; *Company Law*, 577 f.; *Morse, Palmer's Company Law*⁵, Rz 6.511.

englische Verbotsbestimmung ausdrücklich strafrechtliche Folgen in Form einer Geld- oder bzw. einer Haftstrafe vor. Daneben gilt es eine reiche Spruchpraxis der englischen Gerichte in Bezug auf die zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes in Betracht zu ziehen, wonach nicht nur die Nichtigkeit und eventuelle Unvollstreckbarkeit der finanziellen Unterstützung Folge eines Verstoßes gegen das Verbot sein kann, sondern unter Umständen auch die Nichtigkeit und Unvollstreckbarkeit des Anteilserwerbes an sich. Hierbei kommt es in erster Linie darauf an, ob sowohl die finanzielle Unterstützung als auch die Erwerbsvereinbarung Teil eines Vertrages darstellen oder ob sie als eigenständige Rechtsgeschäfte gewertet werden können. Im Falle eigenständiger Rechtsgeschäfte ist allgemein von der Nichtbetroffenheit der Erwerbsvereinbarung auszugehen. Im Gegensatz dazu ist bei einem zusammengesetzten Rechtsgeschäft erstmal zu differenzieren, wobei hier auf die Trennbarkeit der Vertragsteile abgestellt wird. Sind die Vertragsbestandteile, also die finanzielle Unterstützung und die Erwerbsvereinbarung, voneinander trennbar, so besteht die Möglichkeit die Erwerbsvereinbarung trotz Nichtigkeit der finanziellen Unterstützung rechtswirksam zu vollstrecken. Bei einer Untrennbarkeit der Vertragsteile ist von der Nichtigkeit sowohl der finanziellen Unterstützung als auch der Erwerbsvereinbarung auszugehen. Allerdings ist noch auf die Möglichkeit einer Heilung der Erwerbsvereinbarung durch Verzicht der Rechte aus der finanziellen Unterstützung oder durch Begleichung des vollen Erwerbspreises der Anteile zu achten.

Ebenso steht der Gesellschaft die Möglichkeit offen, die an der finanziellen Unterstützung beteiligten Personen uU in Anspruch zu nehmen. Demnach können sowohl die Direktoren der Gesellschaft als auch eventuell beteiligte Dritte für den der Gesellschaft entstandenen Schaden haften. Neben einer eventuellen Haftung für den entstandenen Schaden haben Direktoren ferner mit einer möglichen Enthebung ihres Amtes als auch einem Ausübungsverbot zu rechnen.

Auch die deutsche Verbotsbestimmung spricht die Nichtigkeit der finanziellen Unterstützung aus. Allerdings herrscht in diesem Zusammenhang keine Einigkeit darüber, ob aufgrund des Abstraktionsprinzips nur das Verpflichtungsgeschäft oder ebenso das Erfüllungsgeschäft von der Nichtigkeit betroffen ist. Da der Großteil der Lehre jedoch von der generellen Gültigkeit des Erfüllungsgeschäftes ausgeht, steht es der Gesellschaft im Falle einer bereits erfolgten Leistung zu, diese zurückzufordern.

Strittig ist hier wiederum die Bestimmung auf die sich der rechtliche Anspruch auf Rückerstattung stützt. Allem Anschein nach wird hierbei mit zunehmender Tendenz an die Person des Empfängers der finanziellen Unterstützung angeknüpft. Handelt es sich um den Erwerber der Aktien, so soll der strengere gesellschaftsrechtliche Rückerstattungsanspruch nach § 62 dAktG Anwendung finden. Im Gegensatz dazu soll die Gesellschaft gegenüber einem Dritten lediglich die allgemeinen Grundsätze des Bereicherungsrechts geltend machen können. Ebenso wie die englische sieht auch die deutsche Rechtsordnung eine Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft für den entstandenen Schaden vor. Ferner ist unter den gleichen Voraussetzungen die Haftung des Aufsichtsrates möglich.

Im Unterschied zur englischen und deutschen Rechtsordnung ist nach der österreichischen Verbotsbestimmung die Gewährung finanzieller Unterstützung zwar unerlaubt, allerdings lässt ein Verstoß die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes unberührt. Einzige rechtliche Konsequenz eines Verstoßes ist die eventuelle Haftung der Gesellschaftsorgane gegenüber der Gesellschaft. Unter Umständen steht es auch den Gesellschaftsgläubigern zu, den Anspruch der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftsorganen gelten zu machen.

Trotz der beachtlichen Unterschiede in Bezug auf die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung ist allen drei Rechtsordnungen gemein, dass zumindest die Möglichkeit eingeräumt wird, die Gesellschaftsorgane, welche mit der Transaktion zu tun hatten, zur Haftung heranzuziehen.

8) *Schlussbemerkungen*

Die Gegenüberstellung der einzelnen nationalen Bestimmungen hat gezeigt, dass die auf den ersten Blick zu gewinnende Auffassung, die englische Bestimmung sei vor allem aufgrund ihres reglementarischen Ausmaßes weitreichender und strenger als die österreichische oder auch die deutsche, nicht voll und ganz zutreffend sein kann. Im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich hat sich zwar mit der Zeit beinahe ein Gleichlauf ergeben, jedoch wird dieser durch die Divergenz hinsichtlich der sachlichen Anwendungsbereiche wiederum in seiner Bedeutung relativiert. So hat sich herausgestellt, dass sich – trotz des umfänglichen Katalogs an vom Verbot betroffenen Rechtsgeschäften der englischen Verbotsbestimmung – der sachliche Anwendungsbereich sowohl der österreichischen als auch der deutschen Bestimmung

als weit reichender erwiesen hat. Zurückzuführen ist dies vorrangig auf die Annahme, den Verbotstatbestand auch auf andere als die ausdrücklich von der Bestimmung erwähnten Rechtsgeschäfte ausdehnen zu können. Daran ändert auch die in der englischen Rechtsordnung vorgesehene *purpose*-Ausnahme nichts, da dieser von den Gerichten jeglicher Wind aus den Segeln genommen wurde. Allerdings darf man abschließend nicht die durchwegs strengeren Rechtsfolgen der englischen Bestimmung verkennen, welche ihr wohl die meisten kritischen Stimmen eingebracht haben und auch weiterhin hinterfragt bleiben.

C) Alternative Regelungsansätze

I. England

1) *Einleitende Bemerkungen*

Bereits seit Einführung des Verbotes der finanziellen Unterstützung zum Zweck eines Anteilserwerbes in die englische Rechtsordnung war dieses Verbot mit heftiger und andauernder Kritik konfrontiert. Auch zahlreiche Reformen, die mit der Einschränkung des Anwendungsbereiches und einer verbalen Umformulierung den Kritikern zu begegnen versuchten, scheiterten. Die kritischen Stimmen im Hinblick auf das zum Teil als schlecht formuliert („*poorly drafted*“)⁷⁸⁹ bezeichnete Verbot der finanziellen Unterstützung scheinen auch heute noch laut und unüberhörbar zu sein. Einer der am häufigsten rezierten Kritikpunkte ist wohl der hohe und meist auch unberechenbare Kostenaufwand, welcher mit der Beratung im Zusammenhang mit dem Verbot der finanziellen Unterstützung und möglichen Umgehungskonstellationen verbunden ist; so wird darauf hingewiesen, dass im Unternehmensbereich jährlich eine enorme Summe an Kosten für Rechtsberatungen gezahlt wird.⁷⁹⁰ Ferner wird darauf hingewiesen, dass das Verbot der finanziellen Unterstützung mittlerweile nicht mehr in das derzeitige Vorstellungsbild über den Zweck und das Ziel des modernen Gesellschaftsrechtes passt, zumal es gegenwärtig nicht mehr auf den Schutz der Vertragspartner der Gesellschaften abzielt – da diese meist in der Lage sind, sich selbst ausreichend zu schützen –, sondern mehr Wert auf die Ermöglichung eines reibungsfreien betrieblichen Tätigwerdens der Gesellschaft legt, um das wirtschaftlichen Wachstum voranzutreiben.⁷⁹¹ Oftmals verhindere diese Verbotsbestimmung aber wertsteigernde Transaktionen, welche ebenso im Interesse der verschiedenen Interessensgruppen, wie etwa die Gesellschaftsgläubiger, sind.⁷⁹² Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass es sowohl mit der Interpretation als auch der Anwendung des Verbotes der finanziellen Unterstützung weiterhin erhebliche Probleme gibt. So lässt sich aufgrund der andauernden Diskussion feststellen, dass trotz der langen Existenz des Verbotes der finanziellen Unterstützung im englischen Gesellschaftsrecht keine wirkliche Klarheit über den genauen Zweck der Bestimmung

⁷⁸⁹ Ferran, CLJ 2004, 225 (225).

⁷⁹⁰ Davies/Rickford, ECFR 2008, 265 mwN; Ferran, CLJ 2004, 225 (225); dies, Corporate Finance Law, 272.

⁷⁹¹ Ferran, CLJ 2004, 225 (225); dies, Regulation of Private Equity, Law Working Paper No.84/2007, 21 (vor allem in Bezug auf LBOs); dies, Corporate Finance Law, 273.

⁷⁹² Cabrelli, JBL 2002, 272 (287); Ferran, CLJ 2004, 225 (225).

herrscht.⁷⁹³ Zwar lässt sich der Anlassfall für das Verbot ermitteln, man erkennt aber trotzdem aufgrund der permanenten Reformen und fortwährenden Kritiken gegenüber den Bestimmungen, dass das wirkliche Problem, gegen welches das Verbot vorgehen soll, nicht leicht greifbar ist.⁷⁹⁴ Eine ablehnende Haltung gegenüber dem als zweideutige Bestimmung aufgefassten Verbot weist nunmehr auch die englische Rechtssprechung auf und lehnt eine Anpassung an politische Anliegen mittels originellen Auslegungen der vorhandenen Regelung ab.⁷⁹⁵ Zunehmend wird auch das Potential der Verbotsbestimmung erkannt, der Erfüllung von unerwünschten Verbindlichkeiten zu entgehen, indem man lediglich eine Klage wegen Verstoßes gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung einbringt und so auf eine Nichtigkeitserklärung des Rechtsgeschäftes hofft.⁷⁹⁶ Dies vermag auch dazu geführt haben, dass mit der Zeit ein Wandel der Rechtsprechung erkennbar wurde, welcher nunmehr eine widerstandsfähigere Auffassung und eine zunehmend strengere Ansicht, was unter einer verbotenen finanziellen Unterstützung verstanden wird, mit sich brachte.⁷⁹⁷

Abschließend lässt sich jedoch sagen, dass den Kritikern zumindest ein Teilerfolg zugeschrieben werden kann und auch die Haltung der Gerichte Früchte – wenn auch kleine – getragen hat; so hat sich der englische Gesetzgeber dazu durchgerungen, die schon seit längerem geforderte Beseitigung der störenden Hürden für *private companies*, welche mit dem Verbot der finanziellen Unterstützung und dem damit verbundenen *whitewash*-Verfahren einhergehen, zu besiegeln. In Verbindung mit der Abschaffung des Verbotes für *private companies* wird hierzu oftmals auf andere Rechtsinstitute im englischen Gesellschaftsrecht hingewiesen, die einen möglichen Schaden der Gesellschaft in diesem Zusammenhang abzuwehren vermögen.⁷⁹⁸ Diese alternativen Regelungsansätze im Einzelnen und ihre inhaltliche Ausgestaltung sind Zweck der folgenden Ausführung.

⁷⁹³ Ellis, ICCLR 1997, 286 (286).

⁷⁹⁴ Vgl etwa Ellis, ICCLR 1997, 286 (286).

⁷⁹⁵ *Chaston v SWP Group plc*, [2003] 1 BCLC 675; *MT Realisations Ltd (in liqu.) v Digital Equipment Co Ltd*, [2003] BCC 415.

⁷⁹⁶ Vgl etwa *Neilson v Stewart*, [1991] BCC 713; *Grant & Ors v Lapid Developments & Ors*, [1996] BCC 410.

⁷⁹⁷ Vgl Ferran; Corporate Finance Law, 279; ebenso bereits *Cabrelli*, JBL 2002, 272 (287); vgl auch *Neilson v Stewart*, [1991] BCC 713 (716), wonach an der Aufrechterhaltung des Vertrages versucht wurde festzuhalten und auch eine Abtrennung der Vertragsteile angedacht wurde, um – im Falle eines Verstoßes gegen das Verbot – dennoch die Durchführbarkeit des Rechtsgeschäftes zu gewährleisten.

⁷⁹⁸ *Bourne*, Company Law⁴, 9; Ferran, CLJ 2004, 225 (240); dies; Law Working Paper No.87/2007, 30; so wird in etwa auf die generellen Prinzipien der Kapitalerhaltung verwiesen sowie auf die möglichen Haftungen der *directors*, denen sie gegenüberstehen, wenn sie das Vermögen der Gesellschaft missbräuchlich verwenden.

2) *Alternative Regelungsansätze?*

Trotz der erfolgten gänzlichen Beseitigung des Verbotes der finanziellen Unterstützung für *private companies* durch den CA 2006 haben die Direktoren einer *private company* dennoch weiterhin nicht freie Hand bei der Gewährung finanzieller Unterstützung. Entschließt sich eine *private company*, den Erwerb ihrer Anteile oder der ihrer Muttergesellschaft, sofern diese nicht eine *public company* ist,⁷⁹⁹ finanziell zu unterstützen, so wird argumentiert, dass nach wie vor die kodifizierten generellen Pflichten der Direktoren (*directors' duties*) und die Grundsätze der Kapitalerhaltung Beachtung finden müssen.⁸⁰⁰ Ebenso könnte die Gesellschaft (bzw deren Direktoren) mit dem Insolvenzrecht in Konflikt geraten, sofern sich die Gesellschaft bei der Gewährung finanzieller Unterstützung bereits in finanziellen Schwierigkeiten befindet.

a) *Die ultra vires-Doktrin*

Lange Zeit wurde der *ultra vires*-Grundsatz als die stärkste Waffe der Gerichte im Einsatz gegen die missbräuchliche Verwendung von gesellschaftlichen Vermögen angesehen⁸⁰¹ und meist zusätzlich zum allgemeinen Grundsatz der Kapitalerhaltung herangezogen.⁸⁰² Diesem vormaligen Grundsatz des *Common Law* liegt ursprünglich folgender Leitgedanke zugrunde: der Unternehmensgegenstand, welcher in den so genannten *object clauses* des *memorandum of association*⁸⁰³ niedergelegt ist, bestimmt die Handlungsbefugnisse einer Gesellschaft. Genauer gesagt beschränkt der Unternehmensgegenstand die Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft auf Handlungen, die mit diesem einhergehen. Handlungen, die folglich nicht vom Unternehmensgegenstand gedeckt sind, wurden früher als *ultra vires* und somit als unwirksam und unvollstreckbar gewertet.⁸⁰⁴ Dadurch sollten nicht nur die Interessen der Gesellschaftsgläubiger mittels Verhinderung einer Schmälerung des

⁷⁹⁹ In diesem Fall würde auch weiterhin das Verbot der finanziellen Unterstützung für *private companies* gelten; s dazu S.60 ff.

⁸⁰⁰ S Fn 798.

⁸⁰¹ *Sealy/Worthington*, Cases and Materials in Company Law⁸, 422.

⁸⁰² *Ferran*, Corporate Finance Law, 188; allerdings ist insofern Vorsicht geboten, als eine Verwechslung der beiden Rechtsinstitute tunlichst vermieden werden sollte. So schützt die *ultra vires*-Doktrin im Gegensatz zum Grundsatz der Kapitalerhaltung nicht nur das gesamte Gesellschaftsvermögen vor einer Verringerung, sondern zielt ebenso auch auf Rechtsgeschäfte mit Dritten ab, wohingegen die Kapitalerhaltung lediglich Handlungen im gesellschaftsinternen Bereich erfasst; vgl *Bödecker*; Die Kapitalerhaltung im englischen Gesellschaftsrecht, 103 f.

⁸⁰³ Das *memorandum of association* stellt die Satzung oder auch den Gesellschaftsvertrag einer englischen Gesellschaft dar und ist unabdingbares Erfordernis für eine rechtswirksame Gründung einer Gesellschaft nach dem englischen Gesellschaftsrecht. Das *memorandum* umfasst die Regelungen in Bezug auf das Außenverhältnis der Gesellschaft. Der verpflichtende Inhalt ist in den ss.9 ff CA 2006 niedergelegt und zum größten Teil auch europarechtlich harmonisiert durch Art 2 KapitalRL.

⁸⁰⁴ Vgl etwa *Ashbury Railway Carriage and Iron Co Ltd v Riche*, (1875) LR 7 HL 653.

Gesellschaftsvermögens gewahrt werden, sondern auch dem Schutz der Gesellschafter dienen, indem ihr in die Gesellschaft investiertes Vermögen nur für die intendierten Zwecke verwendet wird.⁸⁰⁵ Eine nicht zu leugnende Rechtsunsicherheit und vermehrt aufkommende Kritik, welche auf die oftmals wankelmütige Spruchpraxis der Gerichte zurückzuführen war, verlangte jedoch mit der Zeit nach einem gesetzgeberischen Eingriff.⁸⁰⁶

Nach einer ansatzweisen Harmonisierung auf europäischer Ebene⁸⁰⁷ machte sich auch der englische Gesetzgeber an eine Neuregelung der als teilweise zu drakonisch erachteten *ultra vires*-Doktrin. Im CA 1985 erfuhr die *ultra vires*-Doktrin erstmals eine Reformierung durch einige Erleichterungen in Bezug auf die Möglichkeit, einen sehr generellen Unternehmensgegenstand aufzunehmen, mit dem auch sämtliche einhergehende Befugnisse zugebilligt wurden. Den wohl größten Effekt hatte allerdings die Bestimmung der s.35 CA 1985, welche der *ultra vires*-Doktrin in Bezug auf ihre Auswirkungen auf Dritte den Todesstoß gab. Danach konnte sich weder die Gesellschaft noch der Dritte auf die mangelnde Deckung des Rechtsgeschäftes durch den Unternehmensgegenstand und die daraus folgende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes berufen. Allerdings wurde ein, wenn auch in seiner Relevanz eher eingeschränkter,⁸⁰⁸ interner Kontrollmechanismus eingeführt, wonach ein einzelner Gesellschafter unter Umständen die Durchführung eines *ultra vires*-Rechtsgeschäftes verhindern konnte (s.35 Abs 2 CA 1985). Ferner wurde den Direktoren die Pflicht gegenüber der Gesellschaft auferlegt, der Beschränkung ihrer Vollmacht aufgrund des Unternehmensgegenstandes im Rechtsverkehr Beachtung zu schenken (s.35 Abs 3 CA 1985); eine Verletzung dieser Pflicht konnte Schadenersatzansprüche nach sich ziehen. Des Weiteren wurde den Gesellschaftern mittels Ermächtigung zur Beschlusserfassungen in bestimmten Fällen mehr

⁸⁰⁵ Davies, Company Law⁸, 132; Hess, RIW 1992, 638; allerdings wurde der von der *ultra vires*-Doktrin verfolgte Schutzzweck selbst und seine Effektivität zunehmend hinterfragt; s dazu Ferran, Company Law, 85 f.

⁸⁰⁶ Davies, Company Law⁸, 133 f.; erkannt auch von Slade und Browne-Wilkinson LJ in *Rolled Steel Ltd v British Steel Corporation*, [1986] 1 Ch 246; vgl auch DTI Consultative Document (der *Prentice*-Report; Reform of the Ultra Vires Rule: A Consultive Document); allerdings scheint dieser Vorschlag in Konkurrenz mit den Anforderungen der Kapitalrichtlinie zu stehen, welche verlangt, dass eine *public company* den Unternehmensgegenstand in ihrer Satzung veröffentlicht (Art 2 Abs 1 lit b KapitalRL).

⁸⁰⁷ Der Art 9 der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Richtlinie 68/151/EWG zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikel 58 Abs 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten vom 9.3.1968 (sog. Publizitätsrichtlinie), ABI Nr. 65 vom 14/3/1968) erklärte Gesellschaften selbst dann an Handlungen ihrer Organe gebunden, wenn diese außerhalb des Unternehmensgegenstandes liegen. Allerdings könne ein Mitgliedstaat eine etwaige Verpflichtung der Gesellschaft aus einem *ultra vires*-Rechtsgeschäft von subjektiven Tatbestandsmerkmalen auf Seiten des Dritten abhängig machen.

⁸⁰⁸ Ferran, Company Law, 91; Davies, Company Law⁸, 139.

Eingriffsmöglichkeiten in den Abschluss von *ultra vires*-Rechtsgeschäften eingeräumt (vgl s.35 Abs 3 CA 1985).

Mit dem CA 2006 wurden die Bestimmungen betreffend *ultra vires*-Handlungen erneut in Angriff genommen. Mit der Abschaffung der obligaten *object clauses* wurde das erreicht, was schon einige Zeit zuvor gefordert wurde. Die Bestimmung der s.31 Abs 1 CA 2006 stellt nunmehr fest, dass außer in den Fällen, in denen die *articles*⁸⁰⁹ einer Gesellschaft ausdrücklich den Unternehmensgegenstand einschränken, der Unternehmensgegenstand unbegrenzt ist. Den unter dem CA 2006 neu gegründeten Gesellschaften steht es folglich frei, *object clauses* aufzunehmen. Für bereits bestehende Gesellschaften gilt, dass der Unternehmensgegenstand fortan als zu ihren *articles* gehörend betrachtet wird. Nicht zu vergessen ist allerdings in diesem Zusammenhang das Erfordernis für *public companies* gemäß Art 2 der KapitalRL, dass der Unternehmensgegenstand in ihrem Gesellschaftsvertrag veröffentlicht werden muss. Folglich werden diese Gesellschaften weiterhin *object clauses* vorsehen müssen. Die Billigung eines unbegrenzten Unternehmensgegenstandes schlug sich natürlich auch in der alten Regelung der s.35 CA 1985 idF CA 1989 nieder, welche sich nunmehr in s.39 CA 2006 wieder findet.⁸¹⁰ Als überflüssig wurde jedoch die Übernahme der restlichen Bestimmung der s.35 CA 1895 idF CA 1989 erachtet, da nunmehr ein unbegrenzter Unternehmensgegenstand erlaubt ist und die Direktoren ferner einer gesetzlichen Pflicht, im Einklang mit der Verfassung der Gesellschaft zu handeln (s.171 CA 2006), unterworfen sind.⁸¹¹ Mit der Erlassung des CA 2006 wurden der *ultra vires*-Doktrin endgültig ihre vormals als scharf empfundenen „Zähne“ gezogen, indem Sachverhalte, welche anfänglich wohl darunter subsumiert worden wären, in das Gebiet der *directors' duties*⁸¹² verschoben wurden und eine Anwendung der Doktrin dadurch mittlerweile zu einer Seltenheit geworden ist.

b) Die Erhaltung des Gesellschaftskapitals

aa) Der allgemeine Kapitalerhaltungsgrundsatz

Der Grundsatz der Kapitalerhaltung wurde in erster Linie von den englischen Gerichten des 19. Jhd entwickelt und durch diese immer mehr ausgearbeitet und

⁸⁰⁹ Die *articles of association* (kurz: *articles*) sind von dem *memorandum of association* zu unterscheiden. Hauptaugenmerk der *articles* liegt auf der Regelung des Verhältnisses zwischen den Gesellschaftern und den Direktoren der Gesellschaft; vgl ss.18-28 CA 2006.

⁸¹⁰ „The validity of an act done by a company shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company's constitution.“

⁸¹¹ Hannigan/Prentice, CA 2006, 17.

⁸¹² Hierzu ausführlicher S.207 ff.

konkretisiert. Erst mit der Erlassung der Kapitalrichtlinie wurden Aspekte der Kapitalerhaltung durch den CA 1980 und den CA 1981 auch im englischen *Statutory Law* verankert, welche die bereits zuvor bestehenden, aus dem Richterrecht entstandenen Prinzipien der Kapitalerhaltung zum Teil deckten und in bestimmten Gesichtspunkten auch überschritten.⁸¹³ In der Entscheidung *Trevor v Whitworth*⁸¹⁴ aus dem Jahre 1887, die auch als der Grundstein des Kapitalerhaltungsgrundsatzes gilt, beleuchtete *Lord Watson* die elementare Bedeutung des bereits einbezahlten Gesellschaftskapitals (*paid up capital*) für den Gläubigerschutz:

*„Paid up capital may be diminished or lost in the course of the company’s trading; that is a result which no legislation can prevent; but persons who deal with, and give credit to a limited company, naturally rely upon the fact that the company is trading with a certain amount of capital already paid, as well as upon the responsibility of its members for the capital remaining at call; and they are entitled to assume that no part of the capital which has been paid into the coffers of the company has been subsequently paid out, except in the legitimate course of business.“*⁸¹⁵

An dieser Stelle ist wohl anzumerken, dass auch in England das Gesellschaftskapital, welches es zu erhalten gilt, ein in seiner Höhe vom Gesellschaftsvertrag (*memorandum of association*)⁸¹⁶ fixiertes und nicht willkürlich veränderbares Garantievermögen darstellt, welches der Befriedigung der potenziellen Gesellschaftsgläubiger zu dienen vermag. Allerdings ist dieses Garantievermögen nicht als ein vom restlichen Vermögen der Gesellschaft abgesonderter Teil, sondern als ein rein rechnerisch vorhandener Wert zu verstehen. Dieser rein rechnerische Wert stellt das gebundene Vermögen der Gesellschaft dar. Davon zu unterscheiden ist jenes Kapital, welches aufgrund wirtschaftlichen Handelns geschmälert, aber auch vergrößert werden kann. Auf dieses variable, auch als Eigenkapital oder Reinvermögen bezeichnete Kapital stellt der Kapitalerhaltungsgrundsatz nicht ab.⁸¹⁷ Da das Kapital einer Gesellschaft dieser auch als Betriebskapital dient und es somit auch nicht vor wirtschaftlichen Verlusten basierend auf unternehmerischem Handeln

⁸¹³ *Armour*, 63 MLR 2000, 355 (363 f); *Dine*, *Company Law*⁵, 118; *Griffin*, *Company Law*⁴, 156; *Sealy/Worthington*, *Cases and Materials in Company Law*⁸, 390.

⁸¹⁴ (1887) LR 12 App Cas 409; allerdings muss hier darauf hingewiesen werden, dass es bereits vor diesem Zeitpunkt gerichtliche Entscheidungen gab, welche Ansätze eines allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsatzes erahnen lassen; s. zB *Re Exchange Banking Co, Flitcroft’s Case*, (1882) 21 ChD 519.

⁸¹⁵ (1887) LR 12 App Cas 409 (423 f).

⁸¹⁶ In der obligatorischen *capital clause* des *memorandum of association* ist das Nennkapital der Gesellschaft auszuweisen; s.10 subs.2 lit d CA 2006.

⁸¹⁷ *Jansen*, *Der gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz*, 48.

geschützt werden kann, erfüllt der Kapitalerhaltungsgrundsatz vielmehr die Aufgabe, negative Auswirkungen auf das gebundene Vermögen aufgrund bestimmter Handlungen der Gesellschaft bzw ihrer Direktoren zu unterbinden als der Gesellschaft eine positive Pflicht aufzuerlegen, einen bestimmten Vermögensanteil zu erhalten.

Aus der Entscheidung *Trevor v Whitworth* bildeten sich zwei fundamentale Gedanken heraus, die sich als der allgemeine Kapitalerhaltungsgrundsatz zusammenfassen lassen. Der erste der beiden Gedanken formuliert weitgehend die Pflicht der Gesellschaft zur Erhaltung ihres gebundenen Vermögens, indem Ausschüttungen aus dem gebundenen Vermögen an die Gesellschafter als gesetzwidrig und somit als verboten angesehen werden, es sei denn, die Ausschüttung erfolgte mit gerichtlicher Genehmigung.⁸¹⁸ Der zweite Gedanke äußert ein Verbot gegenüber der Gesellschaft, de facto entgeltlose Übertragungen ihres Vermögens zu bewirken. Dementsprechend sind jegliche Zahlungen, die nicht der Förderung des gesellschaftlichen Unternehmens dienen oder nicht dem ausschüttbaren Gewinn entspringen, als rechtswidrig und nichtig anzusehen.⁸¹⁹ Nichtsdestotrotz ist das Gesetz nicht in der Lage – und dies ist auch nicht sein Ziel – die Gesellschaft vor Einbußen im Zuge ihres Handelns oder einem Kapitalverlust zu schützen. Dieses Risiko ist den Gesellschaftsgläubigern durchaus bewusst und sie nehmen dies auch in Kauf.⁸²⁰

Die Entscheidung *Trevor v Whitworth*⁸²¹ war erst der Anfang einer Mehrzahl an gerichtlichen Entscheidungen, die diesen Ansatz aufgriffen und den Kapitalerhaltungsgrundsatz immer mehr verfeinerten und ausformulierten. Mit der Zeit entsprangen diesen Entscheidungen diverse Prinzipien, welche zum größten Teil auf dem historischen Kapitalerhaltungsgrundsatz basierten⁸²² und nunmehr ein komplexes

⁸¹⁸ (1887) LR 12 App Cas 409 (423 f): “[...] every transaction between a company and a shareholder, by means of which the money already paid to the company in respect of his shares is returned to him, unless the Court has authorized the transaction.”; Ferran, Corporate Finance Law, 180 f; Ferran, Company Law, 355; Hannigan, Company Law, 587; Morse, Company Law⁷, 149.

⁸¹⁹ So genannte “*gratuitous dispositions*”; ausführlich dazu Ferran, Company Law, 358 ff.

⁸²⁰ S Fn 815.

⁸²¹ S Fn 814.

⁸²² Folgende Prinzipien, welche sich auch im CA wieder finden, werden als vom Gedanken der Kapitalerhaltung getragen identifiziert: kein Erwerb eigener Anteile, es sei denn, es werden strikte Vorgaben beachtet (ss.658 ff und ss.690 ff CA 2006; vormals ss.143 ff und ss.162 ff CA 1985); eine Tochtergesellschaft kann nicht Gesellschafter ihrer Muttergesellschaft sein und jegliche Anteilszuteilung oder -übertragung einer Muttergesellschaft an ihre Tochtergesellschaft ist nichtig (s.136 CA 2006; vormals s.23 Abs 1 CA 1985); Dividenden dürfen nur aus ausschüttbarem Gewinn gezahlt werden (ss.829 ff CA 2006; vormals ss. 263 ff CA 1985). Weitgehend wird auch das Verbot der finanziellen Unterstützung als vom Kapitalerhaltungsgrundsatz abstammend angesehen; s dazu vor allem Morse, Company Law⁷, 150.

Gerüst von Regeln darstellen.⁸²³ Einen großen Einfluss auf die Ausgestaltung dieses Regelungskomplexes hatte mitunter aber auch die Kapitalrichtlinie.

bb) Ausschüttungen an Gesellschafter – ss.829 ff CA 2006

Die grundlegende Idee hinter den Regeln betreffend Ausschüttungen (*dividends*) an Gesellschafter liegt in dem Versuch, eine potenzielle Verringerung des gebundenen gesellschaftlichen Vermögens zu vermeiden, indem Ausschüttungen an die Gesellschafter auf den ausschüttbaren Gewinn (*distributable profits*) beschränkt werden.⁸²⁴ Basierend auf dem Grundgedanken der Kapitalerhaltung versucht das Gesetz zu verhindern,⁸²⁵ dass eine Dividendenauszahlung an die Gesellschafter auf eine gänzliche oder zumindest teilweise Rückzahlung ihrer an die Gesellschaft geleisteten Einlagen hinausläuft. Somit dient diese Bestimmung dem Gläubigerschutz.⁸²⁶

Die Bestimmung der s.829 CA 2006 weist dem Begriff „Ausschüttungen“ bzw. „*distributions*“ allerdings eine sehr weite Definition zu.⁸²⁷ Demnach fällt „*jegliche Erscheinungsform einer Ausschüttung – ob in bar oder in sonstiger Form – von gesellschaftlichem Vermögen an die Gesellschafter*“ unter diesen Begriff. Jedoch zählt s.829 CA 2006 vier Erscheinungsformen auf, die davon ausgenommen sein sollen. Nicht als Ausschüttung im Sinne der s.829 ff CA 2006 gelten folglich die Ausgabe von voll oder teilweise einbezahlten Bonusanteilen,⁸²⁸ eine gesetzeskonforme formale Kapitalherabsetzung,⁸²⁹ der Rückkauf oder Erwerb eigene Anteile⁸³⁰ sowie die

⁸²³ Dine, Company Law⁵, 118 f.

⁸²⁴ Sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, haben die Dividendenauszahlungen in bar zu erfolgen (*Wood v Odessa Waterworks, Co*, (1889) 42 Ch D 636). Eine derartige abweichende Regelung ist meist im Gesellschaftsvertrag vorgesehen (*Ferran*, Corporate Finance Law, 245).

⁸²⁵ Trotz der Existenz einer Regelung im Companies Act beeinträchtigt diese nicht den von den Gerichten entwickelten allgemeinen Grundsatz der Kapitalerhaltung, welcher folglich weiterhin auf diesem Gebiet von Belangen ist; *Ferran*, Corporate Finance Law, 245; *Davies*, Company Law⁸, 290 f; Folglich bleibt auch künftig das in der Entscheidung *Re Exchange Banking Co (Flitcroft's case)* ausgesprochene Verbot einer Dividendenauszahlung aus dem gebundene Vermögen der Gesellschaft als wichtiger Referenzpunkt bestehen; *Re Exchange Banking Co*, (1882) 21 Ch D 519.

⁸²⁶ Vgl etwa *Re Exchange Banking Co (Flitcroft's Case)*, (1882) 21 ChD 519 (533 f): „*A limited Company by its memorandum of association declares that its capital is to be applied for the purposes of the business [...]. The creditor has no debtor but that palpable thing the corporation, which has no property except the assets of the business. The creditor, therefore, I may say, gives credit to that capital, gives credit to the company on the faith of the representation that the capital shall be applied only for the purpose of the business, and he has therefore a right to say that the corporation shall keep its capital and not return it to the shareholders, though it may be a right which he cannot enforce otherwise than by a winding up order.*“

⁸²⁷ *Davies*, Company Law⁸, 289 f; *Ferran*, Corporate Finance Law, 243.

⁸²⁸ S.829 Abs 2 lit a CA 2006.

⁸²⁹ S.829 Abs 2 lit b CA 2006.

⁸³⁰ S.829 Abs 2 lit c CA 2006.

Verteilung von Gesellschaftsvermögen nach der Auflösung der Gesellschaft (*winding up*)⁸³¹.

Wie bereits zuvor dargetan, darf nur ein allfälliger ausschüttbarer Gewinn an die Gesellschafter verteilt werden. Nach s.830 Abs 2 CA 2006 fügt sich dieser aus dem bis dato angesammelten realisierten Gewinn (*accumulated realised profits*), abzüglich der angesammelten realisierten Verluste (*accumulated realised losses*), zusammen; diese Gegenüberstellung der Gewinne und Verluste wird als *realised profit test* bezeichnet. In Bezug auf *public companies* muss ferner eine weitere Voraussetzung – der *net asset test* – vorliegen. So darf eine *public company* gemäß s.831 CA 2006 nur Ausschüttungen tätigen, sofern ihre *net assets*⁸³² durch die Ausschüttung nicht unter den Gesamtbetrag des zur Einzahlung eingeforderten Kapitals (*called-up share capital*) und der gebundenen Rücklagen (*undistributable reserves*)⁸³³ fallen. Dadurch werden bei einer *public company* im Unterschied zu einer *private company* sämtliche – also auch die nicht realisierten – Verluste bei der Festlegung des ausschüttungsfähigen Bilanzgewinnes einbezogen.⁸³⁴

Trotz der sehr detaillierten Regelung, weisen die Bestimmungen bezüglich erlaubter Ausschüttungen keinerlei Vorgabe für das interne Prozedere, wodurch dieses in der freien Regelungsdisposition der Gesellschaft verbleibt.⁸³⁵

Verstößt eine Ausschüttung an einen oder mehrere Gesellschafter gegen die gesetzlichen Bestimmungen, so steht der Gesellschaft ein Rückgewähranspruch gegen den bzw die empfangenden Gesellschafter zu, sofern er zum Zeitpunkt der Ausschüttung wusste oder aufgrund vernünftiger Gründe (*reasonable grounds*) hätte wissen müssen, dass es sich um eine gegen das Gesetz verstoßende Ausschüttung

⁸³¹ S.829 Abs 2 lit d CA 2006.

⁸³² Darunter ist die Summe der Aktiva abzüglich der Passiva zu verstehen, also das Reinvermögen (s.831 Abs 2 CA 2006).

⁸³³ S.831 Abs 4 CA 2006: *share premium account, capital redemption reserve, revaluation reserve* und jede andere Reserve, die aufgrund anderer gesetzlicher oder gesellschaftsvertraglicher Vorschriften zu bilden und einer Ausschüttung nicht zugänglich ist.

⁸³⁴ Allerdings führt diese weitere Voraussetzung nicht zu einer allzu großen Divergenz zwischen *public* und *private companies*, wie es der erste Eindruck wohl zu vermitteln vermag. Sowohl die Umsetzung der 4. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, welche vorschreibt, dass Rückstellungen für Wertabschreibungen als realisierte Verluste zu behandeln sind als auch die fortwährende Anwendbarkeit des *Common Law*-Grundsatzes, dass durch eine Dividendenauszahlung niemals das gebundene Vermögen der Gesellschaft angegriffen werden darf, schwächt den vermeintlichen Unterschied wesentlich ab; *Jansen*, Der gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz, 78 mwN.

⁸³⁵ *Ferran*, Corporate Finance Law, 242; *Davies*, Company Law⁸, 285; Die Mustersatzung, sowohl für *public* als auch *private companies*, sieht hierfür zumindest einen Vorschlag des *board of directors* zuzüglich der Zustimmung der Gesellschafter, wobei diese Zustimmung nur bis zur Höhe des Vorschlages der Direktoren gegeben werden kann. Erst nach der Feststellung entsteht eine klagbare Forderung gegenüber der Gesellschaft.

handelte. Allerdings ist lediglich das tatsächliche Wissen bzw das Wissen müssen der konkreten Umstände, die einen Verstoß gegen das Gesetz begründen, darzulegen; eine Unkenntnis der tatsächlichen Rechtswidrigkeit der Ausschüttung oder auch der maßgeblichen Bestimmung ist nicht von Relevanz und schützt den empfangenden Gesellschafter auch nicht vor einer Haftung.⁸³⁶

Anzumerken ist hier noch, dass s.847 CA 2006 lediglich die Rechtswidrigkeit der Ausschüttung ausspricht, mit anderen Worten ist diese Ausschüttung weder als nichtig noch als anfechtbar zu behandeln.⁸³⁷ Sofern es sich bei der verbotenen Ausschüttung um eine Sachleistung gehandelt hat, so hat der Gesellschafter nach den gleichen, zuvor erwähnten Maßstäben Wertersatz zu leisten. Ist die Ausschüttung allerdings nur teilweise rechtswidrig, so haftet der empfangende Gesellschafter nur auf diesen Teil. Ausdrücklich von der Anwendbarkeit der Haftung nach s.847 CA 2006 ausgenommen sind finanzielle Unterstützungen einer Gesellschaft unter Verletzung der ss.678 und 679 CA 2006 und jegliche Zahlungen einer Gesellschaft in Bezug auf den Rückkauf (*redemption*) oder den Erwerb eigener Anteile.⁸³⁸ Ferner ist gemäß Absatz 3 die gesetzliche Haftung nach s.847 CA 2006 unbeschadet anderer Rechtsfolgen oder Haftungsfolgen für den empfangenden Gesellschafter anwendbar. Neben dem gesetzlichen Rückgewähranspruch der Gesellschaft wird somit oftmals auch die als effektiver erachtete Haftungsfigur des *constructive trusts*⁸³⁹ angewandt.⁸⁴⁰

841

Dieser in s.874 Abs 1 und 2 CA 2006 verankerte gesetzliche Rückgewähranspruch der Gesellschaft versucht, dem europaweiten Maßstab gerecht zu werden, welcher sich in Art 16 KapitalRL widerspiegelt.

⁸³⁶ *It's a Wrap (UK) Ltd v Gula*, [2006] BCC 626 (628 ff); *Ferran*, Corporate Finance Law, 257; *Davies*, Company Law⁸, 297; *Mayson/French/Ryan*, Company Law²⁵, 289.

⁸³⁷ *Davies*, Company Law⁸, 296.

⁸³⁸ S.847 Abs 4 CA 2006.

⁸³⁹ S dazu bereits S.102 f.

⁸⁴⁰ *It's a Wrap (UK) Ltd v Gula*, [2006] BCC 626 (630 para 12): Trotz der Überschneidung der beiden Haftungsfolgen für den empfangenden Gesellschafter gibt es so manche Unterschiede zwischen der vom Companies Act 2006 vorgesehenen Haftung und dem Rechtsinstitut des *constructive trust*. Die Haftung nach s.847 CA 2006 ist nur anwendbar, insofern eine Ausschüttung gegen die Bestimmungen des Companies Act 2006 verstößt. Folglich sind Ausschüttungen, welche zwar nicht gegen den CA, aber etwa gegen ein anderes Gesetz oder die gesellschaftliche Verfassung verstoßen nicht mit den Haftungsfolgen nach s.847 CA 2006 behaftet. Weiters sieht die vom Companies Act vorgesehene Haftung keinen Schutz vor für Gesellschafter, die aufgrund einer Beratung oder eines Ratschlages gehandelt haben. Im Gegensatz dazu kann sich der empfangende Gesellschafter gemäß der Grundsätze des *constructive trust* darauf berufen, dass er nicht über das erforderliche Wissen verfügte und infolge eines Ratschlages gehandelt hatte; *Davies*, Company Law⁸, 297; *Sealy/Worthington*, Cases and Materials⁸, 418.

⁸⁴¹ Vgl s.61 Trustee Act 1925.

Zusätzlich zu einer möglichen Haftung des empfangenden Gesellschafters kommt die Heranziehung der Direktoren, die die gesetzwidrige Ausschüttung gebilligt haben, in Betracht. Allerdings sieht hier der CA 2006 keine ausdrückliche Haftung der Direktoren vor. Vielmehr liegt diese Aufgabe wiederum bei den *directors' duties*, welche sowohl die durch die Rechtsprechung entwickelten englischen *Common Law*-Grundsätze zu den *directors' duties* als auch die nunmehr ausdrücklich statuierten Pflichten der Direktoren umfassen.⁸⁴² Die Haftung der Direktoren umfasst die Schadloshaltung der Gesellschaft für den durch die rechtswidrige Ausschüttung erlittenen Verlust; dies auch, wenn die Direktoren selbst nicht Empfänger der Ausschüttung waren.⁸⁴³

cc) Disguised distributions – „Verkleidete Ausschüttungen“⁸⁴⁴

Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, handelt es sich bei der Definition des Wortes „distribution“ um eine sehr weit reichende, welche mithin auch Probleme aufwirft. Insbesondere die Frage, ob auch verdeckte Vermögensverlagerungen, etwa in Form eines nicht werthaltigen Austauschgeschäftes zu Lasten der Gesellschaft, unter die Bestimmungen der ss.829 ff CA 2006 fallen. Stützt man sich allein auf den Wortlaut der Bestimmung, so wäre diese Frage zu bejahen. Allerdings finden sich in den Entscheidungen keinerlei Hinweise, die eine Haftung der Gesellschafter aufgrund einer verdeckten Vermögensverlagerung nach den Bestimmungen der ss.829 ff CA 2006 erkennen ließen. So stellte *Chadwick LJ* in der Entscheidung *MacPherson v European Strategic Bureau*⁸⁴⁵ etwa fest, dass eine Zuwendung von Vermögensgegenständen oder Zahlung an eine Person, die zufällig auch Gesellschafter der Gesellschaft ist, nicht allein aufgrund der Tatsache dieses Verhältnisses als Ausschüttung im Sinne der s.829 CA 2006 zu werten sei, auch wenn der Wert des Vermögensgegenstandes oder der Zahlung im Verhältnis zu seiner Beteiligung an der Gesellschaft steht. Ferner ist

⁸⁴² S hierzu die ausführlichere Abhandlung S.207 ff.

⁸⁴³ *Davies, Company Law*⁸, 298.

⁸⁴⁴ Es wird hier bewusst die Formulierung „verkleidete Ausschüttung“ gewählt und nicht auf den traditionsreichen Begriff der „verdeckten Ausschüttung“, wie er in der deutschen und österreichischen Rechtsordnung existiert, zurückgegriffen, da hierdurch eine automatische Gleichsetzung der dahinter stehenden Rechtsinstitute vermieden werden soll. Zwar wurzelt auch das englische Rechtsinstitut in der Vorstellung, dass das Gesellschaftsvermögen durch Ausschüttungen jeglicher Art bzw verdeckter Vermögensverlagerungen nicht verringert werden soll und folglich ein Leistungsaustausch zwischen Gesellschafter und Gesellschaft werthaltig sein muss; es sind aber dennoch, wenn auch kleine, Unterschiede, die einer Gleichsetzung widersprechen.

⁸⁴⁵ [2002] BCC 39 (51): “*The Judge (Anm: der Richter der unteren Instanz) held that the payments which were to be made [...] did not fall within the prohibition in s.263 (1) of the 1985 Act (Anm: nunmehr s.830 CA 2006) because those payments were not to be made to them in their capacity as members of the company. [...] The fact that these individuals were also shareholders and that they were to be remunerated in proportions commensurate with their shareholdings does not point to the opposite conclusion.*”

die Intention, Transaktionen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, bei denen der Gesellschafter als Dritter auftritt, in den Anwendungsbereich der Bestimmungen aufzunehmen, nicht aus den Reformvorschlägen der *Company Law Review Steering Group* herauszulesen; vielmehr wurde eine Abänderung der Definition des Begriffes „distribution“ vorgeschlagen, um die damit verbundene Reichweite einzuschränken. Fortan sollten nur noch Ausschüttungen erfasst werden, die an die Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als solche erfolgen.⁸⁴⁶ Demgemäß würde eine Vermögensverlagerung etwa im Kleide von Direktorengehältern, Gehältern für Dienstleistungen oder auch Vergütungen für Werkverträge nicht unter die Bestimmungen der ss.829 ff CA 2006 fallen. Diesem Vorschlag folgte der Gesetzgeber bei der Ausarbeitung des CA 2006 nicht; es wurde eine der früheren Definition des CA 1985⁸⁴⁷ aufs Wort ähnelnde Bestimmung in s.829 CA 2006 aufgenommen. Ein eventueller Berührungspunkt verdeckter Vermögensverlagerungen mit den Bestimmungen der ss.829 ff CA 2006 kann daraus dennoch nicht zwangsläufig abgeleitet werden.⁸⁴⁸ Dass dadurch den verdeckten Ausschüttungen an Gesellschafter Tür und Tor geöffnet werden, haben mit der Zeit auch die englischen Gerichte erkannt. Im Jahre 1964 charakterisierte *Pennycuik J* die Vorgehensweise im Zusammenhang mit derartigen Ausschüttungen in seiner Entscheidung in *Ridge Securities Ltd v IRC*⁸⁴⁹ wie folgt:

„The corporators may take assets out of the company by way of dividend or, with leave of the court, by way of reduction of capital, or in a winding up. They may of course acquire them for full consideration. They cannot take assets out of the company by way of voluntary disposition, however described, and, if they attempt to do so, the disposition is ultra vires the company.”

Trotz des Vorhandenseins einer gesetzlichen Norm in Bezug auf Ausschüttungen an Gesellschafter haben die Gerichte in diesen Fällen auf die Grundsätze des *Common Law* zurückgegriffen, insbesondere auf den

⁸⁴⁶ *Company Law Steering Group*, *Company Formation and Capital Maintenance*, Rn 3.66: “We propose to add to the definition that a distribution for the purpose of this part [Anm: ss.263 ff CA 1985 nunmehr ss.829 ff CA 2006] of the legislation will be a distribution of assets to members in their capacity as members.”

⁸⁴⁷ Vgl s.263 Abs 2 CA 1985.

⁸⁴⁸ Vgl *Sealy/Worthington*, *Cases and Materials in Company Law*^{8*}, 422.

⁸⁴⁹ [1964] 1 WLR 479 (495): “Die Gesellschafter können der Gesellschaft Vermögensgegenstände in Form von Dividenden entnehmen oder, mit gerichtlicher Genehmigung, im Wege einer Kapitalherabsetzung oder im Zuge der Liquidation. Sie können selbstverständlich auch Vermögensgegenstände gegen eine gleichwertige Gegenleistung erwerben. Aber sie können nicht einfach so Vermögensgegenstände entnehmen, wie auch immer sie die Entnahme auch bezeichnen, und wenn sie dies tun, so ist eine solche Entnahme rechtswidrig“ (sinngemäß übersetzt).

Kapitalerhaltungsgrundsatz und die *ultra vires*-Doktrin, um Transaktionen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft im Kleide eines Drittgeschäftes zu demaskieren und die dahinter versteckte Ausschüttung ans Licht zu bringen, welche dazu geeignet ist, zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger zu gehen.⁸⁵⁰

Vor allem einige neuere Entscheidungen zeigen diese Herangehensweise der Gerichte in Bezug auf verkleidete Ausschüttungen – *disguised* bzw *dressed-up distributions*, wie sie in der englischen Rechtsprechung und Literatur auch oftmals genannt werden⁸⁵¹ – exemplarisch auf. Die bereits oben genannte Entscheidung *Ridge Securities Ltd v IRC*⁸⁵² setzte sich mit dem weit unter dem Marktwert erfolgten Verkauf einiger unterschiedlicher Vermögensgegenstände einer Tochter- an ihre Muttergesellschaft auseinander. Zu diesem Zeitpunkt besaß die Tochtergesellschaft keinerlei ausschüttbaren Gewinn. Das Gericht stellte fest, dass es sich hierbei nicht um ein Rechtsgeschäft des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes handeln könne, da nur ein marktübliches („*at arm's length*“) Rechtsgeschäft als ein Geschäft des normalen Betriebes gewertet werden könne. Dies sei aber bei einem Verkauf von Vermögensgegenständen unter ihrem Marktwert gerade nicht der Fall. Anhand von objektiven Kriterien entlarvte *Pennycuik J* die hinter dem Verkauf verborgene Ausschüttung. In der fast zwanzig Jahre später ergangenen Entscheidung *Re Halt Garage (1964)*⁸⁵³ im Jahre 1982 befasste sich das Gericht mit Gehaltszahlungen an einen krankheitsbedingt untätigen Direktor, welche als „*keine echten*“ („*not genuine*“) Gehaltszahlungen gewertet wurden, da diese in keinem werthaltigen Verhältnis zur bloßen Bekleidung des Postens als Direktor stünden, und somit eine „*verkleidete Rückzahlung von gebundenen Vermögen*“ („*dressed-up return of capital*“) darstellen.⁸⁵⁴ Den ausschlaggebenden Anhaltspunkt sah *Oliver J* in der tatsächlichen Absicht der Direktoren, die hinter der Auszahlung stand und nicht bloß die Bezeichnung derselben.⁸⁵⁵ Ist diese tatsächliche Absicht jedoch nicht nachweisbar, so

⁸⁵⁰ Vgl *Ferran*, Corporate Finance Law, 185.

⁸⁵¹ Vgl etwa *Sealy/Worthington*, Cases and Materials in Company Law⁸, 422; *Aveling Barvord Ltd v Perion Ltd*, [1989] 5 BCC 677.

⁸⁵² [1964] 1 WLR 479 (Sachverhalt vereinfacht dargestellt).

⁸⁵³ [1982] 3 All ER 1016.

⁸⁵⁴ [1982] 3 All ER 1016 (1043): „*In this case, however, counsel for the liquidator is entitled to submit that the sums paid to Mrs Charlesworth were so out of proportion to any possible value attributable to her holding of office that the court is entitled to treat them as not being genuine payments of remuneration at all but as dressed-up dividends out of capital, like the dressed-up payments of “interest” in the Ridge Securities case.*“

⁸⁵⁵ [1982] 3 All ER 1016 (1044): „*The real question is, were these payments genuinely director's remuneration? If your intention is to make a gift out of the capital of the company, you do not alter the nature of that by giving it another label and calling it “remuneration.”*“

könne durchaus auch der objektive Maßstab der Verhältnismäßigkeit angewandt werden.⁸⁵⁶ Nur einige Jahre später erfuhr *Re Halt Garage (1964)*⁸⁵⁷ Bestätigung durch die Entscheidung *Aveling Barford Ltd v Perion Ltd*⁸⁵⁸. Folgender, vereinfacht dargestellter Sachverhalt liegt dieser zugrunde: Eine solvente Gesellschaft, welche aber über keinen ausschüttbaren Gewinn verfügte, verkaufte einen ihr gehörenden Sportplatz, welcher zu einem Wohngebiet umgewidmet werden konnte, an eine andere Gesellschaft zu einem weit unter dem Marktwert liegenden Preis. Genehmigt wurde dieser Kauf von dem alleinigen Gesellschafter beider Gesellschaften. Innerhalb eines Jahres verkaufte die Gesellschaft das Grundstück mit einem erheblichen Gewinn wieder. Die verkaufende Gesellschaft wurde wegen Überschuldung aufgelöst. Auch in dieser Entscheidung stellte *Hoffmann J* anhand von objektiven Kriterien fest, dass sich hinter dem Verkauf eine verkleidete Vermögensverlagerung verbarg.⁸⁵⁹ Der Umstand, dass die Vermögensverlagerung der Gesellschaft zugutekam und nicht unmittelbar an den alleinigen Gesellschafter erfolgte, empfand das Gericht als irrelevant und wurde auch nicht weiter behandelt, da Sinn und Zweck hinter der Vermögensverlagerung die Begünstigung des alleinigen Gesellschafters war.⁸⁶⁰ Da der Gesellschafter seine fiduziarischen Pflichten gegenüber der verkaufenden Gesellschaft als Direktor verletzte und dieser Umstand aufgrund der Personenidentität des jeweiligen Alleingesellschafters der erwerbenden Gesellschaft bekannt war, ging das Gericht davon aus, dass trotz der indirekten Zuwendung an den Gesellschafter, die erwerbende Gesellschaft gegenüber der veräußernden Gesellschaft als *constructive trustee*⁸⁶¹ hafte und somit zur Herausgabe des durch den Verkauf erwirtschafteten Erlöses verpflichtet sei.⁸⁶²

⁸⁵⁶ [1982] 3 All ER 1016 (1044): „In the absence of any evidence of actual motive, the court must, I think, look at the matter objectively and apply the standard of reasonableness.“

⁸⁵⁷ S Fn 853.

⁸⁵⁸ [1989] 5 BCC 677.

⁸⁵⁹ [1989] 5 BCC 677 (683): „Anhand einer objektiven Betrachtung des Sachverhaltes, scheint es mir, dass der Verkauf an Perion keine wahre Ausübung der Befugnisse der Gesellschaft ihre Vermögensgegenstände zu verkaufen, welche ihr aufgrund des Gesellschaftsvertrages zustehen. Es handelte sich hier um einen Verkauf weit unter dem Marktwert um die Realisierung eines Gewinnes durch ein Gebilde, welches von dem einzigen davon profitierenden Gesellschafter kontrolliert und vorgeschoben wird, zu ermöglichen. Dahinter steckte genauso eine verkleidete Ausschüttung wie bei der Zahlung überschüssiger Zinsen in *Ridge Securities* oder die Zahlung überhöhter Direktorengehälter in *Halt Garage*.“ (sinngemäße Übersetzung).

⁸⁶⁰ [1989] 5 BCC 677 (63 f); *Ferran*, Corporate Finance Law, 186; Auch in der Entscheidung *Barclays Bank v British and Commonwealth Holdings plc* ([1996] 1 BCLC 1) erkannte das Gericht eine Haftungsübernahme durch eine Gesellschaft innerhalb eines Konzerns, als eine indirekte verkleidete Ausschüttung an.

⁸⁶¹ Vgl dazu bereits S.102 f.

⁸⁶² Dass eine verkleidete Ausschüttung eine Verletzung der fiduziarischen Pflichten durch die Direktoren einer Gesellschaft darstellen können, wurde durch die Entscheidung *MacPherson v European Strategic Bureau Ltd* ([2000] 2 BCLC 683) abermals untermauert. Hier wurden Zahlungen an Gesellschafter in Form eines Entgelts für

Nunmehr verschafft s.845 CA 2006 Klarheit in Fällen wie *Aveling Barford Ltd v Perion Ltd*⁸⁶³ und ist zur Feststellung des Wertes einer Ausschüttung in Form von Sachleistungen heranzuziehen. Gemäß s.845 CA 2006 ist fortan eine Zuwendung von unbaren Vermögensgegenständen der Gesellschaft an einen Gesellschafter als eine Ausschüttung in Höhe des Buchwerts abzüglich einer etwaigen Gegenleistung zu werten, sofern ein dafür zur Verfügung stehender ausschüttbarer Gewinn iS der s.830 Abs 2 CA 2006 vorhanden ist. Folglich liegt keine Ausschüttung vor, solange die Gesellschaft eine werthaltige oder höhere Gegenleistung erhält (s.845 Abs 2 lit a CA 2006).⁸⁶⁴ Angewandt auf den Sachverhalt der Entscheidung *Aveling Barford Ltd v Perion Ltd* würde dies bedeuten, dass die erwerbende Gesellschaft eine unerlaubte Ausschüttung in Höhe des Buchwertes des Sportplatzes abzüglich des zu niedrigen Kaufpreises erhalten hat. Unerlaubt, da die veräußernde Gesellschaft über keinen ausschüttbaren Gewinn verfügte. Folglich würden in diesem Fall nunmehr die Rechtsfolgen der s.847 CA 2006 Anwendung finden.

Aus dieser Aufstellung von Entscheidungen lässt sich folgender Grundgedanke für die Handhabung von verkleideten Ausschüttungen an Gesellschafter entnehmen: ob eine verkleidete Ausschüttung vorliegt, ist vorrangig an der Absicht, welche hinter der Transaktion steckt, zu messen; mangelt es allerdings an Anhaltspunkten für dieses subjektive Tatbestandsmerkmal, so kommen objektive Merkmale, wie etwa die Verhältnismäßigkeit von Leistung und Gegenleistung zum Tragen.⁸⁶⁵ Ferner ist die Erlaubtheit einer verkleideten Ausschüttung an der Verfügbarkeit eines ausschüttbaren Gewinnes zu messen.⁸⁶⁶ Bei Vorliegen einer unerlaubten verkleideten Ausschüttung kommt eine Haftung der Direktoren aufgrund der Verletzung ihrer fiduziarischen Pflichten⁸⁶⁷ sowie eine Haftung des empfangenden Gesellschafters oder uU auch eines nahe stehenden Dritten mittels des Rechtsinstituts des *constructive trust* in Betracht.⁸⁶⁸

Trotz alledem kann man im Zusammenhang mit verkleideten Ausschüttungen nicht von einer gefestigten Rechtsprechung sprechen. Vielmehr lässt sich vor allem seit der Entscheidung *Aveling Barford Ltd v Perion Ltd* eine neue Tendenz in Richtung

Beratungstätigkeiten, die anfänglich unentgeltlich erbracht werden sollten, als rechtswidrige Ausschüttungen gewertet:

⁸⁶³ [2000] 2 BCLC 683.

⁸⁶⁴ *Mayson/French/Ryan, Company Law*²⁵, 287.

⁸⁶⁵ *Re Halt Garage (1964)*, [1982] 3 All ER 1016.

⁸⁶⁶ *Ebd.*

⁸⁶⁷ *Aveling Barford Ltd v Perion Ltd*, [1989] 5 BCC 677; *MacPherson v European Strategic Bureau Ltd*, [2000] 2 BCLC 683.

⁸⁶⁸ *Aveling Barford Ltd v Perion Ltd*, [1989] 5 BCC 677.

einer verstärkten Inanspruchnahme der Grundsätze hinsichtlich einer Geschäftsführerhaftung aufgrund von Pflichtverletzungen und ein Abstreichen von der Heranziehung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes und der *ultra vires*-Doktrin erkennen.⁸⁶⁹ Ferner rücken in den meisten dieser Fälle die unterschiedlichsten Rechtsinstrumente zunehmend ins Licht, sobald sich eine Gesellschaft im Stadium der Insolvenz befindet oder diesem bereits gefährlich nahe kommt. Hier sei vor allem an die Bestimmungen der ss.238 und 423 IA 1986 (*transactions at an undervalue*) sowie der ss.231 und 214 IA 1986 (*fraudulent* und *wrongful trading*) zu denken.⁸⁷⁰

c) Maßnahmen des Insolvenzrechts

In den meisten kontinentaleuropäischen Ländern wird der Gläubigerschutz in Form von Präventionsmaßnahmen in das Gesellschaftsrecht verlagert. Hingegen ist im englischen Recht ein anderer Ansatz zu erkennen, welcher auf einer merklichen Verlinkung des Gesellschaftsrechtes mit dem Insolvenzrecht basiert. Zwar kennt auch das englische Gesellschaftsrecht Regelungen mit Gläubiger schützenden Aspekten⁸⁷¹; diese werden wohl aber in vielerlei Hinsicht durch die Bestimmungen des Insolvenzrechtes, in den Schatten gestellt.⁸⁷²

aa) *Wrongful trading* – s.214 IA 1986

Gerade in einer Krisensituation oder bei Eintritt der Überschuldung ist der Anreiz, die Geschäfte weiterzuführen sowohl bei den Gesellschaftern als auch bei den Direktoren sehr groß, da eventuelle Gewinne aus diesen Geschäften ihnen direkt zufließen, wohingegen daraus resultierende Verluste die Gesellschaftsgläubiger zu tragen haben. Dieser Risikoverlagerung auf die Gläubiger in Zeiten des finanziellen Niederganges der Gesellschaft entgegenzuwirken, ist Aufgabe der Bestimmungen der ss.213 und 214 IA 1986. Von wenig Relevanz ist jedoch die seit weitaus längerer Zeit bestehende Bestimmung der s.213 IA 1986⁸⁷³ – *fraudulent trading*⁸⁷⁴. Dies ist vor allem auf das

⁸⁶⁹ Ferran, Corporate Finance Law, 188 ff; Jansen, Der gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz, 125; Sealy/Worthington, Cases and Materials, 422.

⁸⁷⁰ Sealy/Worthington, Cases and Materials, 422.

⁸⁷¹ So zB die Regelungen betreffend den Erwerb eigener Anteile (ss. 690 ff CA 2006); Ausschüttungen (ss.829 ff CA 2006, dazu s bereits S.191 ff), *financial assistance* (ss.677 ff CA 2006).

⁸⁷² Vgl etwa Bachner in Lutter, ZGR Sonderheft 17, 527.

⁸⁷³ Die Vorgängerbestimmungen finden sich in s.75 CA 1928, s.275 CA 1929 und s.332 CA 1948. Diese Bestimmungen enthielten gleichzeitig auch einen Straftatbestand, welcher sich nunmehr getrennt von s.213 IA 1986 in s.458 CA 1985 bzw seit Erlassung des Companies Act 2006 in s.933 Abs 1 bis 3 CA 2006 wieder findet.

⁸⁷⁴ Eine Haftung gemäß s.213 IA 1986 wegen *fraudulent trading* kommt dann in Frage, wenn die Geschäfte einer Gesellschaft mit der Absicht, Gesellschaftsgläubiger oder Gläubiger einer anderen Person über die finanzielle Situation der Gesellschaft zu täuschen oder zu schaden bzw zu einem anderen betrügerischen Zweck fortgeführt werden. Im Gegensatz zu s.214 IA 1986 fordert die Bestimmung der s.213 IA 1986 nicht die Insolvenz, sondern

Erfordernis eines subjektiven Tatbestandselementes, eine betrügerische Absicht,⁸⁷⁵ und die damit einhergehenden Beweisschwierigkeiten in einem gerichtlichen Verfahren zurückzuführen.⁸⁷⁶ Von weitaus größerer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist die Bestimmung der s.214 IA 1986 – *wrongful trading*, welche zur Unterstützung der als unzulänglich erachteten Haftung für *fraudulent trading*⁸⁷⁷ im Jahre 1982 erstmals vorgeschlagen und in Folge eines langwierigen Gesetzgebungsprozesses als s.15 IA 1985 aufgenommen und sodann von s.214 IA 1986 übernommen wurde. Hierbei ging man von einer Haftung der Direktoren aus, losgelöst von einer etwaigen Betrugsabsicht. Demzufolge fasste nunmehr eine verschärfte Haftung der Direktoren für eine Fortführung der Geschäfte in Zeiten einer finanziellen Krise der Gesellschaft im englischen Insolvenzrecht Fuß. Damit verfolgt s.214 IA 1986 das Ziel, Direktoren an einem Weiterführen der Geschäfte zu einer Zeit, in der sich die Gesellschaft bereits mit einer Insolvenz konfrontiert sieht, zu hindern, um dadurch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu wahren.⁸⁷⁸ Daneben sollen eventuelle dadurch entstandene Verluste der Gesellschaft von den verantwortlichen Direktoren kompensiert werden, um indirekt auch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger befriedigen zu können.⁸⁷⁹ Allerdings nicht von einer Haftung gemäß s.214 IA 1986 erfasst sind etwa missbräuchliche Handlungen oder die etwaige Inkompetenz der Direktoren, die die Gesellschaft erst in dieses Stadium der Insolvenz gebracht haben.⁸⁸⁰

Eine eventuelle Haftung der Direktoren für *wrongful trading* gemäß s.214 IA 1986 kann nur eintreten, wenn sich die Gesellschaft bereits im Stadium einer insolvenzbedingten Liquidation (*insolvent liquidation*) befindet, sie also bilanziell überschuldet ist⁸⁸¹ und aufgrund dessen bereits das Verfahren des *winding up*⁸⁸² durchläuft. Erst zu bzw. nach diesem Zeitpunkt kann eine Haftung nach s.214 IA 1986

lediglich die Auflösung (*winding up*) der Gesellschaft. Neben den Direktoren können auch sonstige beteiligte Personen nach s.213 IA 1986 haften.

⁸⁷⁵ Den Maßstab des subjektiven Tatbestandselements haben die Gerichte außerdem sehr hoch angelegt; so wird für die Haftung aufgrund von *fraudulent trading* „*actual dishonesty, involving real moral blame*“ vorausgesetzt; vgl. *Re Patrick and Lyon Ltd*, (1933) Ch 786 (790).

⁸⁷⁶ *Habersack/Verse*, ZHR 2004, 177 f mwN; *Heinze*, Die englische Limited², Rn 30.

⁸⁷⁷ *Ebd* mwN.

⁸⁷⁸ Vgl etwa *Arsalidou*, Co Law 2001, 19 (19).

⁸⁷⁹ *Bachner*, EBOR 2004, 297 f; 310 ff; *Ho*, JIBLR 2005, 426 (430); *Keay/Walton*, Insolvency Law, 523; *Re Purpoint Ltd*, [1991] BCLC 491 (499).

⁸⁸⁰ *Finch*, ModLRev 1992, 179 (179).

⁸⁸¹ Vgl s.214 Abs 6 IA 1986; *Habersack/Verse*, ZHR 2004, 183.

⁸⁸² Darunter ist ein Insolvenzverfahren zu verstehen, welches auf die Abwicklung und Vollbeendigung der Gesellschaft gerichtet ist. Nicht darunter fallen Insolvenzverfahren, die im Gegensatz zur Vollbeendigung der Gesellschaft auf eine zumindest zeitweise Fortführung des Unternehmens gerichtet sind; Part IV IA 1986; näheres dazu in *Keay/Walton*, Insolvency Law 2003, 193 ff.

durch den Insolvenzverwalter (*liquidator*) geltend gemacht werden. Ferner muss zu einem Zeitpunkt vor Eröffnung des *winding up* auf Seiten des Anspruchsgegners ein Erkennen oder zumindest ein fahrlässiges Nichterkennen des Umstandes gegeben sein, dass es keine vernünftige Aussicht darauf gab, die insolvenzbedingte Liquidation noch abwenden zu können (*no reasonable prospect of avoiding insolvent liquidation*). Dieser Zeitpunkt wird meist sehr prägnant mit „*moment of truth*“ titulierte.⁸⁸³ Die Festsetzung dieses Zeitpunktes obliegt zum großen Teil dem Ermessen der Gerichte und lässt folglich einer genauen Angabe keinen nennenswerten Raum. Allerdings übernimmt der von der Bestimmung geforderte Sorgfaltsmaßstab eine Art Leitfadenfunktion für eine etwas präzisere Eingrenzung des Zeitpunktes. Der Sorgfaltsmaßstab der s.214 IA 1986 ist als eine Art Zweistufenmodell konzipiert, bei dem ein objektiver Mindeststandard durch ein subjektives Merkmal ergänzt wird und dadurch eine Steigerung erfährt. Daraus folgt, dass zunächst der Anspruchsgegner an den allgemeinen Fähigkeiten gemessen wird, die von einer Person, die die gleiche Position bekleidet, vernünftigerweise erwartet werden können.⁸⁸⁴ Besitzt der Anspruchsgegner darüber hinaus noch weiteres Sonderwissen oder spezielle Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen, so werden diese auch ins Treffen geführt.⁸⁸⁵ Trotz der potentiellen Unschärfe der Bestimmung in Bezug auf die Festsetzung des *moments of truth*, ist dennoch ein – wenn auch dünner – roter Faden zu erkennen, der sich durch die englische Rechtsprechung zieht. So wird der Zeitpunkt erst relativ spät und erst nach der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft angesetzt. Oftmals werden jedoch noch weitere Faktoren verlangt, die die Ausweglosigkeit eines Rettungsversuches der Gesellschaft und den negativen Ausgang einer Fortführungsprognose deutlich machen.⁸⁸⁶ Den Nachweis, dass ein Rettungsversuch nach vernünftiger Betrachtung der Umstände aussichtslos erscheint und somit der *moment of truth* eingetreten ist, hat der Anspruchsberechtigte, also der

⁸⁸³ So etwa *Bachner*, EBOR 2004, 300; *ders.*, GesRZ 2007, 414; *Habersack/Verse*, ZHR 2004, 54 f; *Kalss/Adensamer/Oelkers* in Lutter, ZGR Sonderheft 17, 146.

⁸⁸⁴ Mit einzubeziehen in die Position des Anspruchsgegners sind ferner Aufgaben, die ihm aufgetragen, aber von diesem nicht erfüllt wurden. Auch die Art und die Größe sowie der Unternehmensgegenstand der betroffenen Gesellschaft sind in Betracht zu ziehen. Weiters kann das Gericht in diesem Zusammenhang auch auf die Unterscheidung *executive* und *non-executive directors* eingehen und entsprechend reagieren; *Keay/Walton*, *Insolvency Law*, 526; *Just*, *Die englische Limited in der Praxis*³, Rn 183.

⁸⁸⁵ Vgl s.214 Abs 4 IA 1986.

⁸⁸⁶ Vgl hierzu ausführlich *Bachner*, EBOR 2004, 293 (301 ff); *Habersack/Verse*, ZHR 2004, 174 (184 ff) mwN zu gerichtlichen Entscheidungen (*Re DKG Contractors Ltd*, (1990) BCC 903 (904); *Re Purpoint Ltd*, (1991) BCLC 491 (498)).

Liquidationsverwalter, zu erbringen.⁸⁸⁷ Hervorzuheben ist allerdings ferner, dass s.214 IA 1986 das Weiterführen einer in Insolvenz befindlichen Gesellschaft nicht schlechthin verbieten will. Sofern es der vernünftigen Aussicht auf den unabwendbaren Eintritt einer insolvenzbedingten Liquidation mangelt und es eine offensichtliche Chance auf einen Rettungsversuch gibt, greift s.214 IA 1986 nicht.⁸⁸⁸

Anspruchsgegner einer möglichen Haftung nach s.214 IA 1986 können neben den Direktoren (*de jure directors*)⁸⁸⁹ auch so genannte *shadow directors*⁸⁹⁰ als auch *de facto directors*^{891 892} sein. Ausschlaggebend ist, dass der Anspruchsgegner innerhalb des Zeitraumes, in dem die insolvenzbedingte Liquidation als unabwendbar erschien, diese Position innehatte.

Jedoch soll gemäß s.214 Abs 3 IA 1986 eine Haftung für *wrongful trading* ausgeschlossen sein, wenn der Anspruchsgegner beweisen kann, dass er nach dem *moment of truth* alle möglichen Schritte unternommen hat, um die potentiellen Verluste der Gesellschaftsgläubiger zu minimieren.⁸⁹³ Ausschlaggebend ist hierbei bereits die Feststellung, dass diese Schritte zu diesem Zeitpunkt als aussichtsvoll zu werten waren.⁸⁹⁴ Richtschnur ist hier wiederum der zweistufige Sorgfaltsmaßstab. Schlägt der Entlastungsbeweis jedoch fehl und liegen alle sonstigen Voraussetzungen für eine Haftung für *wrongful trading* vor, so kann das Gericht den Anspruchsgegner zur Zahlung einer Kompensation des Schadens verurteilen, wobei die Höhe der Kompensation im richterlichen Ermessen liegt. Ferner eröffnet s.215 Abs 2 IA 1986 den Gerichten die Möglichkeit, weitere Maßnahmen anzuordnen, um die Vollstreckbarkeit der Haftung sicherzustellen. Da die Haftung der Direktoren jedoch

⁸⁸⁷ *Keay/Walton*, Insolvency Law, 524, 527; In Erfüllung dieser Aufgabe muss er meist auch einen Zeitpunkt spezifizieren und in seinem Antrag anführen; kritisch dazu *Keay*, *InsolvInt* 2006, 132 (132 ff).

⁸⁸⁸ *Mayson/French/Ryan*, *Company Law*²⁵, 681.

⁸⁸⁹ Als Direktoren werden Personen bezeichnet, die mit deren Zustimmung rechtswirksam als Mitglied des *board of directors* bestellt wurden, nicht von der Ausübung der Position als Direktor nach den Vorschriften des *Company Directors Disqualification Act 1986* (CDDA 1986) ausgeschlossen wurden oder die Position aufgrund bestimmter Umstände verloren haben; *Mayson/French/Ryan*, *Company Law*²⁵, 416 (Rz 15.3.2).

⁸⁹⁰ Ausdrücklich erwähnt in s.214 Abs 7 IA 1986; Gemäß s.251 IA 1986 ist als *shadow director* eine Person anzusehen, nach deren Vorgaben und Weisungen die Direktoren üblicherweise handeln. Mit anderen Worten, Personen, die einen wirklichen internen Einfluss („*real influence*“) auf die Geschäftsleitung der Gesellschaft – und sei es nur auf ein grundlegendes Teilgebiet – nehmen können;

⁸⁹¹ Ein *de facto director* ist eine Person, die nach außen hin merklich als Direktor der Gesellschaft auftritt, dies jedoch rechtlich gesehen nicht ist, sei es etwa aufgrund mangelhafter oder auch fehlender Bestellung; zur genauen Unterscheidung zwischen *shadow director* und *de facto director* ausführlich *Re Hydrodam (Corby) Ltd*, [1994] 2 BCLC 180 (183); ferner *Davies*, *Company Law*⁸, 483 ff.

⁸⁹² Vgl *Re Hydrodam (Corby) Ltd*, [1994] BCLC 180; im Gegensatz dazu können auch Dritte uU von der Haftung nach *fraudulent trading* erfasst sein, sofern sie an der rechtswidrigen Handlung beteiligt sind.

⁸⁹³ *Keay/Walton*, *Insolvency Law*, 527 f (mit einer Liste an Beispielen möglicher Schritte); *Mayson/French/Ryan*, *Company Law*²⁵, 681 f.

⁸⁹⁴ *Re Brian D Pierson (Contractors) Ltd*, (1999) BCC 26 (54).

eher als Kompensation für einen erlittenen Schaden gesehen wird und nicht der Abstrafung der handelnden Direktoren dienen soll, bemisst sich auch die Höhe der von den Gerichten ausgesprochenen Haftungsbeträge daran und übersteigt folglich auch nicht den in der Gesellschaft direkt eingetretenen Vermögensschaden.⁸⁹⁵ Ferner fließt die Kompensation weder bestimmten Gläubigern noch der Gesamtheit der Gläubiger zu,⁸⁹⁶ sondern stellt eine Art Innenhaftung dar, welche der Insolvenzmasse zugute kommt. Dabei handelt es sich um eine Sondermasse, die in der Liquidation allen Gesellschaftsgläubigern zu Guten kommen soll, ungeachtet etwaiger bestehender Sicherheiten.⁸⁹⁷

bb) Transactions at an undervalue – s.238 IA 1986

Der Fokus der s.238 IA 1986 richtet sich auf einen objektiv unangemessenen Austausch von Leistungen, der das gesellschaftliche Vermögen mindert und folglich die Gläubiger in der Befriedigung ihrer Interessen gefährdet. Diese Bestimmung bietet die Grundlage für eine Anfechtungsmöglichkeit derartiger Transaktionen, um Vermögensgegenstände der Gesellschaft von einem Dritten zurückzuerlangen und wird ferner als ernst zu nehmende Alternative im Kampf gegen verkleidete Ausschüttungen gesehen.⁸⁹⁸ Der genaue Schutzzweck der s.238 IA 1986 ist trotz dem geradlinigen Kern, der ihr zugrunde liegt, umstritten.⁸⁹⁹ Allerdings scheint unstrittig zu sein, dass er unter anderem, jedoch in erster Linie, in der Erhaltung der Haftungsmasse für die Gesellschaftsgläubiger liegt.⁹⁰⁰

Die Bestimmung der s.238 IA 1986 enthält insgesamt zwei Arten von Transaktionen, welche unter bestimmten Voraussetzungen anfechtbar sein sollen: Zum einen sind dies Geschenke oder Transaktionen, für die die Gesellschaft keine Gegenleistung erhält (s.238 Abs 4 lit a IA 1986) und zum anderen sind dies Transaktionen ohne eine objektiv adäquate Gegenleistung. Der Begriff „*transaction*“

⁸⁹⁵ Bachner, EBOR 2004, 310; Habersack/Verse, ZHR 2004, 197; Keay/Walton, Insolvency Law, 529; Mayson/French/Ryan, Company Law²⁵, 683; Re Produce Marketing Consortium Ltd (No 2), (1989) BCLC 520 (553); Morphis v Bernasconi, (2003) Ch 552 (579); Zumal die Haftung für *wrongful trading* auch nicht direkt den Gläubigern zugute kommen soll, sondern vielmehr der Gesellschaft selbst, ist für die Bemessung der Höhe der Kompensation ferner der von den Gläubigern erlittene Schaden unerheblich.

⁸⁹⁶ Ferner ist auch eine Unterscheidung in Neu- und Altgläubiger irrelevant; vgl Ho, JIBLR 2005, 426 (431).

⁸⁹⁷ Bachner in Lutter, ZGR Sonderheft 17, 544.

⁸⁹⁸ Doran, Co Law 1991, 169 (175); Keay/Walton, Insolvency Law, 477, 484.

⁸⁹⁹ Für eine ausführliche Demonstration des Diskussionstandes siehe vor allem Armour in Armour/Bennett, Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency, 41 ff.

⁹⁰⁰ Armour in Armour/Bennett, Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency, 44 ff; Bachner in Lutter, ZGR Sonderheft 17, 534; vgl auch Re MC Bacon, [1990] BCC 78; daneben werden vereinzelt noch die Betrugsvermeidung, die Rückgewährung einer ungerechtfertigten Bereicherung und die Aufrechterhaltung der Gläubigerrangfolge erwähnt.

is der s.238 IA 1986 ist sehr weit definiert und umfasst nicht nur gemäß s.436 IA 1986 sowohl Geschenke als auch Übereinkommen (*agreements*) und Absprachen (*arrangements*), sondern auch sämtliche Vereinbarungen, die nicht formal auf einem Vertrag beruhen.⁹⁰¹ Darüber hinaus findet diese Bestimmung auch „*ungeachtet der Situation des Vermögensgegenstandes, ungeachtet der Nationalität oder des Aufenthaltsortes der anderen Partei und ungeachtet des Rechtes, welches auf die Transaktion anwendbar ist*“ Anwendung; mit anderen Worten können auch grenzüberschreitende Transaktionen erfasst sein.⁹⁰²

Die Maßstäbe, an denen eine für s.238 IA 1986 relevante Transaktion gemessen werden sollte, finden sich zusammenfassend in der Ausführung von *Millet J* in der Entscheidung *Re MC Bacon Ltd*⁹⁰³ wieder. Danach muss eine Transaktion von der Gesellschaft eingegangen worden sein (a),⁹⁰⁴ für eine Gegenleistung (b), in Geld oder Geldeswert (c), welche wesentlich geringer ist als die Leistung (d), in Geld oder Geldeswert (e), die von der Gesellschaft erbracht wurde (f).

Das bedeutendste Tatbestandsmerkmal der s.238 IA 1986 ist somit das Vorliegen eines wesentlichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Dabei kann die Gegenleistung in einem Vorteil für den Empfänger liegen oder auch in einem Nachteil für den Leistenden.⁹⁰⁵ Ferner können auch indirekte Leistungen eines Dritten oder auch an einen Dritten unter Umständen als relevante Gegenleistung gewertet werden.⁹⁰⁶ Neben der augenscheinlichen Unverhältnismäßigkeit bei Geschenken und unentgeltlichen Transaktionen nimmt bei der Feststellung eines Missverhältnisses vor allem die Abwägung von Leistung und Gegenleistung einer

⁹⁰¹ Es lassen sich dementsprechend unter anderem folgende Handlungen unter s.238 IA 1986 subsumieren: Geschenke, Vereinbarung zur Erbringung unentgeltlicher Dienstleistungen, der Kauf von Vermögensgegenständen zu einem über dem Marktwert gelegenen Preis; die Veräußerung eines Vermögensgegenstandes weit unter dem Marktwert; die Gewährung einer Garantie ohne Gegenleistung oder gegen eine Gegenleistung, welche geringer ist als der Vorteil, der sich aus der Gewährung der Garantie ergibt; *Armour* in *Armour/Bennett*, *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, 56; *Keay/Walton*, *Insolvency Law*, 486; *Parry*, *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 73 ff; *Totty/Moss*, *Insolvency*, H4-08.

⁹⁰² *Re Paramount Airways Ltd*, [1993] Ch 223 (235); Zu beachten ist hier jedoch, dass das Gericht in grenzüberschreitenden Fällen eine hinlängliche Nahebeziehung (*sufficiently connected*) des Anfechtungsgegners zu England oder Wales feststellen muss, sofern die Anordnung gerichtlicher Maßnahmen gegenüber diesem als gerecht und sachgemäß erachtet werden soll; *Parry*, *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 119.

⁹⁰³ [1990] BCC 78.

⁹⁰⁴ Folglich ist die Veräußerung durch einen Hypothekengläubiger in Ausübung seiner Befugnis zum Verkauf des belasteten Vermögensgegenstandes nicht mittels s.238 IA 1986 anfechtbar; *Re Brabon*, [2001] 1 BCLC 11; *Parry*, *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 73 (Rz 4.05).

⁹⁰⁵ *Parry*, *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 87 ff; Bezug nehmend auf *Currie v Misa*, (1875) LR 10 Exch 153 (162) und *Thomas v Thomas*, (1842) 2 QB 851.

⁹⁰⁶ *Keay/Walton*, *Insolvency Law*, 488; *Parry*, *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 90 f; *Totty/Moss*, *Insolvency*, H4-08.

gegenseitigen Transaktion einen hohen Stellenwert ein. Dabei ist die Bewertung vom Standpunkt der Gesellschaft vorzunehmen, wobei der objektive Wert der Gegenleistung dabei nur geringe bis gar keine Bedeutung hat; ausschlaggebend ist der subjektiv empfundene Wert der Gegenleistung für die Gesellschaft.⁹⁰⁷ Grundsätzlich ist jedoch bei der Ermittlung des Wertes eines Vermögensgegenstandes anfänglich an einen Fremdvergleich und somit am Marktwert anzuknüpfen.⁹⁰⁸ Ferner können aber noch weitere Faktoren mit einfließen, welche somit die Bewertung an eine Einzelfallbeurteilung annähert.⁹⁰⁹ Im Falle des Fehlens eines Marktwertes kann meist die Inanspruchnahme eines Gutachters Abhilfe schaffen. Allerdings wird in diesen Fällen die Vermutung aufgestellt, dass der tatsächlich gezahlte Preis als Marktpreis angesehen werden kann, sofern ein gewillter Käufer nach gehörigem Marketing von einem ebenso gewillten Verkäufer *at arm's length* einen Vermögensgegenstand erworben hat und dabei beide Parteien „gut unterrichtet, vernünftig und auch ohne Zwang“ gehandelt haben.⁹¹⁰ Die so ermittelten Werte von Leistung und Gegenleistung sind in Geld oder Geldeswert auszudrücken und werden miteinander verglichen, wobei die Differenz der beiden in Prozenten zum Ausdruck gebracht wird.⁹¹¹

Weiteres wesentliches Tatbestandsmerkmal ist der Zeitpunkt, an dem die Transaktion eingegangen wurde. Gemäß s.240 IA 1986 kann ein Anfechtung nur insofern auf s.238 IA 1986 gestützt werden, sofern die fragliche Transaktion innerhalb von zwei Jahren vor Einleitung des Insolvenzverfahrens (*onset of insolvency*) stattgefunden hat und die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt bereits zahlungsunfähig (*inability to pay debts*)⁹¹² war oder in Folge dieser Transaktion zahlungsunfähig wurde.

⁹⁰⁷ *Keay/Walton*, Insolvency Law, 488; *Parry*, Transaction Avoidance in Insolvencies, 88; Bezug nehmend auf *Re MC Bacon*, [1990] BCLC 324 (340).

⁹⁰⁸ *Armour* in *Armour/Bennett*, Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency, 72; *Phillips v Brewin Dolphin Bell Lawrie Ltd*, [1998] 1 BCLC 700 (730); bestätigt [1999] 2 All E R 844 (855) (Court of Appeal); [2001] 1 WLR 143 (House of Lords); *Re Brabon*, [2001] 1 BCLC 11; *National Westminster Bank plc v Jones*, [2001] 1 BCLC 98.

⁹⁰⁹ *Armour*, in *Armour/Bennett*, Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency, 73; *Keay/Walton*, Insolvency Law, 489; *Parry*, Transaction Avoidance in Insolvencies, 93 ff; so ist zB die finanzielle Lage der Gesellschaft zu berücksichtigen; auch mit einzubeziehen sind etwa die Vertragsbedingungen der Transaktion oder auch andere Umstände, die auf den Wert, den ein Vermögensgegenstand für eine Person hat, Einfluss haben könnten oder die auch erst nach der Transaktion eintreten.

⁹¹⁰ *Re Brabon*, [2001] 1 BCLC 11 (38): „*knowledgeable, prudently and without compulsion*“.

⁹¹¹ [2001] 1 BCLC 11 (38 f); welcher Prozentsatz nunmehr eine wesentliche Unverhältnismäßigkeit indiziert, blieb jedoch bislang noch ohne gerichtliche Untermauerung; *Keay/Walton*, Insolvency Law, 489.

⁹¹² Allerdings darf man hier nicht von dem aus dem österreichischen oder auch deutschen Insolvenzrecht herrührenden Verständnis des Begriffes „*Zahlungsunfähigkeit*“ ausgehen, sondern muss zur Bestimmung der Reichweite dieses Begriffes die Bestimmung der s.123 IA 1986 heranziehen, demzufolge dem Begriff eine weit reichende Definition unterliegt, die sowohl *cash flow insolvency* als auch *balance sheet insolvency* mit umfasst. *Cash flow insolvency* liegt vor, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, ihren Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nachzukommen (nach dem österreichischen Verständnis läge hier Zahlungsunfähigkeit vor). *Balance sheet*

Im Fall einer Transaktion mit einer *connected person*⁹¹³, mit anderen Worten, einer Person im Naheverhältnis, wird die Zahlungsunfähigkeit – allerdings widerlegbar – vermutet. Dies erklärt sich aufgrund der Annahme, dass diese über die finanzielle Situation der Gesellschaft voraussichtlich in Kenntnis ist und somit auch in der Lage ist, Einfluss auf diese auszuüben und daraus Vorteile zu erlangen.⁹¹⁴

Eine Abhilfe soll die Ausnahmeregelung der s.238 Abs 5 IA 1986 für gutgläubig Handelnde schaffen; dies vor allem auch im Hinblick auf die Ermöglichung von Sanierungsmaßnahmen.⁹¹⁵ Dabei wird die Anfechtung nach s.238 IA 1986 ausgeschlossen, wenn dargelegt werden kann, dass die Gesellschaft die Transaktion im guten Glauben und zum Zweck der Fortführung des Unternehmens vorgenommen hatte und wenn zu diesem Zeitpunkt bei vernünftiger Betrachtung berechtigte Gründe die Annahme, dass die Transaktion zum Nutzen der Gesellschaft sein werde, stützen. Irrelevant für die Ausnahme ist jedoch allem Anschein nach der gute Glaube des aus der Transaktion Begünstigten.⁹¹⁶

Sofern eine Transaktion aufgrund der oben genannten Tatbestandsmerkmale als objektiv unangemessener Leistungsaustausch iS der s.238 IA 1986 gewertet werden kann, sind die widrigen Folgen der Transaktion gemäß s.238 Abs 3 IA 1986 zu beseitigen, indem der vor der Transaktion bestehende Zustand wieder hergestellt wird. Folglich ist die Gesellschaft so zu stellen, wie sie stehen würde, wäre sie die Transaktion nicht eingegangen. Um dieses Ziel zu erreichen, zählt s.241 Abs 1 IA 1986 demonstrativ⁹¹⁷ einige Maßnahmen auf, welche das Gericht hierfür anordnen kann. Dabei steht die Anordnung an sich als auch die Art der angeordneten Maßnahme im Ermessen des Gerichtes.⁹¹⁸ Dabei können neben der Gesellschaft und der anderen Partei der Transaktion auch Dritte, wie etwa ein Rechtsnachfolger, von den

insolvency ist gegeben, sobald der Wert der Passiva den Wert der Aktiva übersteigt (bilanzielle Überschuldung); *Bachner* in *Lutter*, ZGR Sonderheft 17, 537; *Keay/Walton*, *Insolvency Law*, 482.

⁹¹³ Die genaue Definition findet sich in s.249 IA 1986.

⁹¹⁴ *Keay/Walton*, *Insolvency Law*, 483.

⁹¹⁵ Vgl *Armour* in *Armour/Bennett*, *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, 78 (Fn 242).

⁹¹⁶ *Bachner* in *Lutter*, ZGR Sonderheft 17, 535; *Keay/Walton*, *Insolvency Law*, 490; *Parry*, *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 105.

⁹¹⁷ *Armour* in *Armour/Bennett*, *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, 84; *Keay/Walton*, *Insolvency Law*, 491.

⁹¹⁸ *Parry*, *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 109; vgl auch *Re Paramount Airways Ltd*, [1993] Ch 223 (239): das Gericht kann folglich auch die Entscheidung treffen, keinerlei Maßnahmen anzuordnen.

angeordneten Maßnahmen betroffen sein.⁹¹⁹ Allerdings wird diesen die Möglichkeit einer Einrede im Falle ihrer Gutgläubigkeit geboten.⁹²⁰

d) Directors' Duties – Die Pflichten der Direktoren

Um den potentiellen Machtmissbrauch durch die Direktoren einer Gesellschaft, die mit dem Privileg der Haftungsbeschränkung ausgestattet ist, vorzugreifen, wurde bislang auf eine weit reichende Spruchpraxis der englischen Gerichte im Rahmen des *Common Law* zurückgegriffen.⁹²¹ Diese sich daraus heraus kristallisierten Pflichten wurden seitdem in zwei Gruppen eingeteilt: zum einen sind die *duties of care and skill* zu nennen sowie zum anderen die *fiduciary duties*,⁹²² welche aufgrund analoger Anwendung auf das weitaus ältere Rechtskonzept des *trusts*⁹²³ zurückzuführen sind.⁹²⁴

Nunmehr haben einige Grundsätze in Bezug auf Pflichten der Direktoren auch im CA 2006 Niederschlag gefunden. Diese kodifizierten Pflichten können zwar nicht als das direkte Pendant zu den im *Common Law* entwickelten Pflichten gesehen werden, allerdings scheint es, als ob sie zum einen die *Common Law*-Grundsätze zum größten Teil in sich vereinen und eine „kodifizierte Bestätigung auf einem sehr hohen Level der Verallgemeinerung“ darstellen und zum anderen, diese in manchen Aspekten auch verdeutlichen, indem sie Rechtsunsicherheiten aus dem Weg räumen.⁹²⁵ Trotz der Kodifizierung der *Common Law*-Prinzipien sind diese nicht bedeutungslos geworden. Zwar besagt s.170 Abs 3 CA 2006,⁹²⁶ dass die nunmehr kodifizierten generellen Pflichten der Direktoren anstatt der *Common Law*-Prinzipien, auf denen sie beruhen, Anwendung finden; dennoch haben diese und die dazu ergangenen früheren Entscheidungen immer noch Bedeutung für die Auslegung und die Anwendung der kodifizierten Pflichten.⁹²⁷ Auszunehmen hiervon sind allerdings Bestimmungen des CA 2006, welche eine Abweichung von den *Common Law*-Prinzipien aufweisen.

⁹¹⁹ *Armour* in *Armour/Bennett*, *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, 82 f; *Keay/Walton*, *Insolvency Law*, 421; *Parry*, *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 109.

⁹²⁰ S.241 Abs 2 IA 1986.

⁹²¹ Zwar befanden sich bereits vor dem CA 2006 einige Regelungen in früheren *Companies Acts* in Bezug auf *directors' duties*, allerdings wurden diese eher als „Anmerkungen“ zu den *Common Law*-Prinzipien angesehen und ergaben ohne diese auch wenig Sinn; *Davies/Rickford*, ECFR 2008, 61.

⁹²² *Pettet*, *Company Law*², 160.

⁹²³ S dazu bereits Fn 502.

⁹²⁴ *Davies/Rickford*, ECFR 2008, 63; *Davies*, *Company Law*⁸, 488 f, 495 f.

⁹²⁵ *Davies/Rickford*, ECFR 2008, 61 ff; so auch *Ferran*, *Corporate Finance Law* 255; *Davies*, *Company Law*⁸, 478.

⁹²⁶ „The general duties are based on certain *Common Law* rule and equitable principles as they apply in relation to directors and have effect in place of those rules and equitable principles as regards the duties owed to a company by a director.“

⁹²⁷ S.170 Abs 4 CA 2006: „The general duties shall be interpreted and applied in the same way as *Common Law* rules or equitable principles, [...]“.

Ferner wird den Gerichten die Möglichkeit eingeräumt, die Pflichten der Direktoren insoweit weiter zu entwickeln, als die bis dato weiterhin größtenteils auf *Common Law* beruhenden Prinzipien des *trusts* Änderungen erfahren.⁹²⁸ Insofern werden weiterhin in der Ausführung Anmerkungen in Bezug auf die *Common Law*-Prinzipien und dazu ergangenen Entscheidungen von Nöten und etwaige Abweichungen aufzuzeigen sein. Auch ist denjenigen Gebieten Beachtung zu schenken, welche von der Kodifizierung explizit ausgelassen wurden, wie etwa die Pflichten der Direktoren, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zu handeln bzw diese zu berücksichtigen – speziell in Zeiten in denen die Insolvenz der Gesellschaft bevorsteht. Hier ging man davon aus, dass dieses Gebiet noch einer weiteren Entwicklung im *Common Law* unterzogen würde und dies auch weiterhin erwünscht sei.

Die in den ss.171 bis 177 CA 2006 kodifizierten Pflichten werden allein der Gesellschaft geschuldet (s.170 Abs 1 CA 2006). Der Sinngehalt des Begriffes Gesellschaft wurde mit der Zeit einigen Änderungen unterzogen. Ging man anfangs noch von dem „Gesellschafterkollektiv“ („*the shareholders collectively*“) aus oder den „gegenwärtigen und zukünftige Gesellschaftern“ („*shareholders, present and future*“)⁹²⁹, welche als „die Gesellschaft“ begriffen wurden, so hat man sich nunmehr einem weiteren Verständnis zugewandt, weg von dem eingeschränkten Blick, lediglich auf die Gesellschafter. Nunmehr wird der Blick auch auf andere so genannte „*stakeholder*“, wie etwa Arbeitnehmer der Gesellschaft, deren Kunden und Lieferanten oder auch deren Gläubiger, gelenkt.⁹³⁰ Dies bedeutet jedoch keinesfalls, dass daraus gegenüber diesen Stakeholdern Pflichten entstehen; vielmehr indiziert s.172 CA 2006 lediglich die Einbeziehung der Interessen der einzelnen Stakeholdergruppen in Erfüllung der Pflicht das Fortkommen und den Erfolg der Gesellschaft zu fördern. Letztendlich entschied man sich somit für einen Kompromiss, bei dem der in erster Linie an den Gesellschaftern orientierte Weg zwar beibehalten wurde, dieser jedoch durch die Beachtung der Stakeholder-Interessen insoweit eingeschränkt wurde.

Dass die Pflichten der Gesellschaft geschuldet werden, hat vor allem Relevanz in Bezug auf die Vollstreckung dieser Pflichten. Mitunter besagt diese Bestimmung, dass nur die Gesellschaft selbst als Begünstigter der *directors' duties* zu werten ist und

⁹²⁸ S.170 Abs 4 CA 2006: „[...], and regard shall be had to the corresponding *Common Law* rules and equitable principles in interpreting and applying the general duties.“.

⁹²⁹ Vgl hierzu *Sealy/Worthington*, Cases and Materials⁸, 275.

⁹³⁰ *Sealy/Worthington*, Cases and Materials⁸, 275.

nicht etwa die Gesellschafter oder gar ein einzelner Gesellschafter.⁹³¹ Folglich sind auch nur diejenigen zur Durchsetzung der Pflichten befugt, denen die Aufgabe der rechtswirksamen Vertretung der Gesellschaft zukommt.⁹³²

Geschuldet werden diese Pflichten von den Direktoren. Unverkennbar werden darunter Personen erfasst, die rechtsgültig zu Direktoren der Gesellschaft ernannt wurden. Daneben gibt die Formulierung der s.250 CA 2006, welcher den Begriff des „director“ dahingehend definiert, dass jede Person, die die Position eines Direktors innehat, was auch immer seine Bezeichnung ist,⁹³³ erfasst sein soll, Aufschluss darauf, dass auch so genannte *de facto director*⁹³⁴ in den Anwendungsbereich der *directors' duties* miteinbezogen sind – was auch die frühe Praxis der Gerichte widerspiegelt. Des Weiteren statuiert s.170 Abs 5 CA 2006 ausdrücklich die Anwendung der *directors' duties* auf *shadow directors*⁹³⁵, allerdings mit der Einschränkung, dass sie nur insoweit in die Pflicht genommen werden, als auch die entsprechenden *Common Law*-Grundsätze und Prinzipien des *equity* (des englischen Billigkeitsrechts) auf *shadow directors* anwendbar sind. Diese Formulierung ist wenig ergiebig, da bislang noch nicht geklärt ist, inwieweit die *Common Law*-Prinzipien überhaupt auf *shadow directors* anwendbar sind.⁹³⁶ Infolgedessen bleibt diese schwierige Aufgabe weiterhin im Ermessen gerichtlicher Entscheidungen. So sprach etwa eine der wenigen dazu ergangenen Entscheidungen⁹³⁷, zum großen Bedauern, die Nichtanwendung fiduziarischer Pflichten auf *shadow directors* aus.

In Ergänzung dazu stellt s.170 Abs 2 CA 2006 ferner klar, dass auch nach Beendigung der Stellung als Direktor einzelne Pflichten weiterhin zu beachten sind. Im Konkreten betrifft dies zum einen die Pflicht, Interessenskonflikte nach s.175 CA 2006 zu vermeiden, indem der ehemalige Direktor weder Eigentum, Informationen noch Geschäftschancen, von denen er während der Zeit als Direktor Kenntnis erlangt hatte, ausnutzen darf. Zum anderen obliegt einem ehemaligen Direktor, auch künftig keine

⁹³¹ Zwar wird in eingeschränktem Maße auch eine mögliche Pflicht der Direktoren gegenüber uU eines einzelnen Gesellschafters anerkannt – am meisten hinsichtlich kleiner Gesellschaften oder Familienunternehmen –, jedoch verhalten sich die Gerichte eher restriktiv. Es kommt hierbei vermehrt auf eine im Einzelfall bestehende Beziehung spezieller sachlicher Natur zwischen Direktor und Gesellschafter („*a special factual relationship between the directors and the shareholders in the particular case*“; *Peskin v Anderson*, [2001] 1 BCLC 372 (379) an. Für eine Auflistung einiger weniger Entscheidungen dazu s *Sealy/Worthington*, *Cases and Materials*⁸, 278 ff.

⁹³² *Davies*, *Company Law*⁸, 479 f.

⁹³³ „[...] any person occupying the position of a director, by whatever name called“.

⁹³⁴ Zur Bedeutung s bereits Fn 891.

⁹³⁵ Zur Bedeutung s auch hierzu bereits Fn 890.

⁹³⁶ *Davies*, *Company Law*⁸, 483; *Sealy/Worthington*, *Cases and Materials*⁸, 283.

⁹³⁷ *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*, [2005] EWHC 1638.

Zuwendungen von Dritten entgegenzunehmen (s.176 CA 2006) in Bezug auf Dinge, die er zu Zeiten als Direktor getan oder unterlassen hatte. In diesen zwei Fällen ist ein ehemaliger Direktor ebenso zu behandeln – vorbehaltlich notwendiger Adaptionen – wie ein Direktor.

Nunmehr verpflichtet s.171 CA 2006 die Direktoren einer Gesellschaft nur innerhalb ihrer Befugnisse zu wirken. Sie müssen demnach im Einklang mit der Verfassung der Gesellschaft („*constitution*“) handeln und dürfen ihre Vollmacht auch nur für die Zwecke einsetzen, für die sie ihnen übertragen wurde.⁹³⁸ In diesem Zusammenhang ist der Begriff der gesellschaftlichen Verfassung weit zu verstehen und umfasst unter anderem auch sämtliche Beschlüsse und Entscheidungen, die entsprechend der Satzung ergangen sind und legt den Direktoren mithin die Pflicht auf, auch ordnungsgemäß ergangene Gesellschafterbeschlüsse zu beachten.⁹³⁹ Nicht von Bedeutung im Hinblick auf diese Pflicht ist eine etwaige subjektive Komponente, also ein Wissen der Direktoren um die pflichtwidrige Natur ihrer Handlungen. Handlungen, die der gesellschaftlichen Verfassung zuwiderlaufen, sind nach den Grundsätzen des *Common Law* nichtig, also ohne rechtliche Wirkung und die Direktoren haben, wenn es sich bei der betreffenden Handlung um eine unzulässige Ausschüttung von Vermögen handelt, den Verlust zu ersetzen, ganz gleich, ob der Direktor selbst Empfänger der Leistung war oder nicht.⁹⁴⁰ Ferner obliegt den Direktoren die Pflicht, ihre Vollmacht nicht für andere Zwecke, als die ihnen vorgegebenen, zu missbrauchen. Auch hier ist das subjektive Empfinden des handelnden Direktors unbeachtlich; ausschlaggebend sind insofern nur objektive Umstände.⁹⁴¹ Eine Entscheidung, welche die Auswirkungen aufzeigt, die die Unterscheidung zwischen richtigem und falschem Zweck aufgrund objektiver Betrachtungsweise mit sich bringt, ist etwa *Punt v Symons & Co Ltd*⁹⁴². Dabei ging es um die Ausgabe neuer Anteile an fünf zusätzliche Gesellschafter; eine Handlung, welche unzweifelhaft meist von der Vollmacht eines Direktors mit umfasst ist und somit anfänglich auch nicht als falscher Zweck aufgefasst wird. Werden diese Anteile allerdings allein dafür ausgegeben, um eine

⁹³⁸ S.171 CA 2006: “A director of a company must – (a) act in accordance with the company’s constitution, and (b) only exercise powers for the purposes for which they are conferred.”

⁹³⁹ Davies, Company Law⁸ 498; vgl auch s.257 CA 2006.

⁹⁴⁰ Da durch die Nichtigkeit der Handlung die Interessen eines gutgläubigen Dritten erheblich gefährdet sein können, schafft s.40 CA 2006 nunmehr Abhilfe, indem etwaige Beschränkungen der Vertretungsmacht der Direktoren durch die Satzung oder gesellschaftliche Verfassung keinerlei Außenwirkung erlangt und gutgläubige Dritte diese somit nicht gegen sich gelten lassen müssen.

⁹⁴¹ Vgl wiederum Davies, Company Law⁸, 500 mwN.

⁹⁴² [1903] 2 Ch 506.

unfaire Mehrheit zu erhalten für den offenkundigen Zweck, Rechte einzelner Parteien, die ihnen die Satzung zusagt, abzuändern, so liegt darin ein falscher Zweck vor und die Pflicht, die Vollmacht nur für Zwecke einzusetzen, die den Direktoren vorgegeben sind, ist verletzt. Handlungen, die diese Pflicht verletzen, sind im Gegensatz zu den oben bereits behandelten Pflichtverletzungen aufgrund Handlungen außerhalb der gesellschaftlichen Verfassung nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar.

Die grundlegendste Pflicht eines Direktors ist die Pflicht, den Erfolg der Gesellschaft zum Wohle der Gesellschaftergesamtheit in gutem Glauben zu fördern und gemäß diesem Vorhaben zu handeln. Diese Pflicht ist als grundlegend anzusehen, da sie jeder Entscheidung eines Direktors, welche die Gesellschaft betrifft, zugrunde liegt. Zusammen mit der Pflicht, mit Sorgfalt, Geschick und Fleiß zu handeln (*duty to exercise care, skill and diligence*), soll dadurch ein Anhaltspunkt für das alltägliche Handeln der Direktoren im Geschäftsbetrieb der Gesellschaft geboten werden.⁹⁴³ Diese Pflicht ist nunmehr in s.172 Abs 1 CA 2006 niedergelegt und hat ihren Ursprung in dem Grundsatz des *Common Law*, dass ein Direktor im Interesse der Gesellschaft zu handeln hat. Hierbei steht das subjektive Ermessen der Direktoren im Vordergrund; die Direktoren entscheiden in gutem Glauben, was ihren Erachtens nach getan werden muss, um das Fortkommen der Gesellschaft zum Gemeinwohl der Gesellschafter zu fördern. Insofern unterliegt diese Ermessensentscheidung der Direktoren nicht einer gerichtlichen Überprüfung, ob diese Entscheidung objektiv gesehen wirklich die Beste für die Gesellschaft war.⁹⁴⁴ Allerdings legt s.172 Abs 1 CA 2006 einem Direktor bei seinen Entscheidungen zusätzlich die Pflicht auf, weitere Faktoren in Betracht zu ziehen und zu berücksichtigen. Was für Faktoren hier insbesondere ins Gewicht fallen können, zeigt s.172 Abs 1 lit a bis f CA 2006 demonstrativ auf.⁹⁴⁵ Insofern hat ein Direktor die Langzeitauswirkungen seiner Handlungen (a), die Interessen der Arbeitnehmer, den Bedarf die Geschäftsbeziehungen der Gesellschaft zu Lieferanten, Kunden und anderen Personen zu pflegen (b), den Einfluss der gesellschaftlichen Geschäftstätigkeiten auf die Gesellschaft und die Umwelt (c), den Wunsch nach Erhalt eines guten Rufes der Gesellschaft für einen hohen Standard in der Führung ihrer Geschäfte (d) sowie den Bedarf an einer fairen Behandlung der Mitglieder untereinander (e) im Zuge seines Entscheidungsprozesses zu beachten. Daraus ergeben

⁹⁴³ Vgl *Davies*, *Company Law*⁸, 506.

⁹⁴⁴ *Sealy/Worthington*, *Cases and Materials*⁸, 294 mwN.

⁹⁴⁵ *Davies/Rickford*, *ECFR* 2008, 65; *Hannigan/Prentice*, *The Companies Act 2006*, 32.

sich jedoch keinerlei zusätzliche Pflichten der Direktoren gegenüber anderen Personen, wie etwa den Arbeitnehmern – die Direktoren haben lediglich im Zuge eines Entscheidungsprozesses diese Interessen zu berücksichtigen; die Pflichten bestehen nur gegenüber ihrer⁹⁴⁶ Gesellschaft.⁹⁴⁷ Im Falle entgegen gesetzter, bedarf es einer Abwägung; Vorrang erhält jenes Interesse, welches der Pflicht der Direktoren, das Fortkommen der Gesellschaft zu fördern, am besten dient.⁹⁴⁸ Die Entscheidung liegt hierbei bei den Direktoren in Ausübung ihrer Pflicht in gutem Glauben. Neben der Verpflichtung, bestimmten Interessen im Zuge einer Entscheidungsfindung Beachtung zu schenken, wird der in s.172 CA 2006 niedergelegten Pflicht eine weitere Anweisung an die Direktoren nachgesagt. So entschied erst kürzlich der Court of Appeal in *Item Software (UK) Ltd v Fassihi*⁹⁴⁹, dass Direktoren, welche ihre fiduziarischen Pflichten als Direktoren gebrochen haben, dazu verpflichtet sind, diesen Umstand gegenüber der Gesellschaft offen zu legen, da die Direktoren verpflichtet sind, der Gesellschaft Bedrohungen ihres Geschäftsbetriebes mitzuteilen.⁹⁵⁰

Zwar handelt es sich bei den in s.172 Abs 1 CA 2006 aufgelisteten berücksichtigungswürdigen Interessen nicht um einen abschließenden Katalog; dennoch ist die Weglassung gerade der Gläubigerinteressen erstaunlich. Erstaunlich, da bereits früher richterliche Entscheidungen die Relevanz der Gläubigerinteressen – insbesondere am Rande einer Insolvenz – erkannten.⁹⁵¹ So lange die Gesellschaft noch ein gut gehendes Unternehmen führt, ist eine Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen eher unwahrscheinlich und es bedarf folglich auch keinerlei Pflicht der Direktoren, die

⁹⁴⁶ Insofern begründet s.172 CA 2006 nicht eine Pflicht gegenüber einer gesamten Unternehmensgruppe oder einzelnen Unternehmen dieser Gruppe. Die Pflicht der Direktoren besteht lediglich gegenüber ihrer Gesellschaft, weshalb deren Interesse im Mittelpunkt ihrer Entscheidungen stehen sollte. Allerdings spielen die Interessen der Unternehmensgruppe oder einzelner Unternehmen im Rahmen der Entscheidungsfindung dennoch eine gewisse Rolle, indem sie bei der Entscheidungsfindung Beachtung finden sollen. Vgl *Davies, Company Law*⁸, 515 f.

⁹⁴⁷ *Davies, Company Law*⁸, 508.

⁹⁴⁸ *Sealy/Worthington, Cases and Materials*⁸, 294.

⁹⁴⁹ [2005] 2 BCLC 91.

⁹⁵⁰ Zustimmend auch *Davies, Company Law*⁸, 517; *Sealy/Worthington, Cases and Materials*⁸, 295 f.

⁹⁵¹ Hierzu finden sich umfangreiche Ausführungen; zB *Davies, Directors' Creditors-Regarding Duties in respect of trading decisions taken in the vicinity of insolvency*, EBOR 2006, 301-337; *Finch, Directors' Duties towards Creditors*, Co Law 1989, 23-25; *Keay, Company Directors' Responsibilities to Creditors ; ders, The duty of directors to take account of creditors' interests: Has it any role to play?*, JBL 2002, 379-410; *ders, Directors' duties to creditors contractarian concerns relating to efficiency and over-protection of creditors*, ModLawRev 2003, 665-699; *ders, Another way of skinning a cat: Enforcing directors' duties for the benefit of creditors*, InsolvInt 2004, 1-9; *Marks, Preferences and Misfeasance: Is West Mercia an unhelpful guide*, InsolvInt 1989, 1-2; *Milman, Two cases of interest for company directors operating in the twilight zone*, InolvInt 2008, 25-27; *Petkovic, Directors' duties and the intrusion of creditors' interests*, JIBL 1989, 166-170; *Riley, Directors' duties and the interests of creditors*, Co Law 1989, 87-93; ebenso hat auch die deutsche Lehre die Bedeutung dieser Pflichten englischer Direktoren aufgegriffen, so etwa *Gräfe, Directors' fiduciary duties als Gläubigerschutzinstrument bei britischen Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland*, DZWIR 2005, 410-414; *Habersack/Verse, Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, ZHR 2004, 174-215.

Gläubigerinteressen zu wahren.⁹⁵² Zu dieser Zeit ist beinahe ein Gleichlauf der Interessen der Gesellschafter, der Direktoren und der Gesellschaftsgläubiger bemerkbar; das Interesse an einem gewinnbringenden Unternehmen steht hier im Vordergrund. Erst mit der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens geraten die einzelnen Interessen in Konflikt und die Interessen der Gesellschaftsgläubiger rücken zunehmend in den Mittelpunkt.⁹⁵³ Besonders Handlungen der Direktoren vor Übergabe ihrer Aufgaben an einen Insolvenzverwalter stehen meist allein in ihrem oder im Interesse der Gesellschafter und gehen vorrangig zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger. Teilweise werden diese Bedrohungen von einzelnen Bestimmungen des Insolvenzrechts aufgefangen, wie etwa durch die Bestimmungen betreffend *wrongful trading* oder auch *transactions at an undervalue*. Daneben wird aber bereits zu dieser Zeit vor der Übernahme der Geschäftsleitung durch einen Insolvenzverwalter eine Pflicht der Direktoren anerkannt, den Interessen der Gesellschaftsgläubiger Beachtung zu schenken.⁹⁵⁴ Schwierigkeiten ergaben sich allerdings in diesem Zusammenhang mit dem genauen Zeitpunkt, mit dem die Pflicht, den Gläubigerinteressen Beachtung zu schenken, einsetzt. So wurde zum einen in der Entscheidung *Brady v Brady* der Zeitpunkt mit der zweifelhaften Liquidität (*doubtfully solvent*)⁹⁵⁵ der Gesellschaft angesetzt und zum anderen in der Entscheidung *Nicholson v Permkraft (NZ) Ltd*⁹⁵⁶ mit einer Vorgehensweise, die die Liquidität der Gesellschaft gefährden würde („*a course of action, which would jeopardise solvency*“). Insofern ist jedoch bemerkbar, dass diese Pflicht, den Gläubigerinteressen Beachtung zu schenken, wohl bereits vor der Haftung der Direktoren wegen *wrongful trading* einsetzt.⁹⁵⁷ Somit kann sich aufgrund einer Pflichtverletzung eine vorverlagerte Haftung der Direktoren ergeben, welche jedoch mit anderen Rechtsfolgen behaftet ist als die Haftung gemäß s.214 IA 1986.⁹⁵⁸

⁹⁵² Vgl *Davies, Company Law*⁸, 519; *Sealy/Worthington, Cases and Materials*⁸, 281; vgl auch *Re Hilt Garage (1964) Ltd*, [1982] 3 All E R 1016.

⁹⁵³ *Hannigan/Prentice, The Companies Act 2006*, Rz 3.23; *West Mercia Safetywear Ltd v Dodd*, [1988] BCLC 250.

⁹⁵⁴ Vorsicht ist jedoch insofern geboten, als sich daraus keine direkte Pflicht der Direktoren gegenüber den Gesellschaftsgläubigern begründet. Auch hier gilt wiederum, dass die Pflicht lediglich der Gesellschaft geschuldet wird. Insofern sind die oftmals verwendeten Bezeichnungen „*duty owed to the creditors*“ irreführend, da alleine die Gesellschaft einen Anspruch auf Erfüllung dieser Pflicht hat, solange über der Gesellschaft noch kein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Aber auch nach diesem Zeitpunkt, kann ein Anspruch nur im Namen aller Gesellschaftsgläubiger, etwa durch den Liquidator, durchgesetzt werden; vgl etwa *Davies, Company Law*⁸, 522.

⁹⁵⁵ [1988] BCLC 20 (40).

⁹⁵⁶ [1985] 1 NZLR 242.

⁹⁵⁷ Vgl *Brady v Brady*, (1987) BCC 535(552) (*Court of Appeal*).

⁹⁵⁸ Zu den Rechtsfolgen des s.214 IA 1986 s bereits S.202.

Zwar wurde dieser *Common Law*-Grundsatz, den Interessen der Gesellschaftsgläubiger Beachtung zu schenken, nicht direkt in den Katalog der s.172 Abs 1 CA 2006 aufgenommen, jedoch findet sie besondere Erwähnung in s.172 Abs 3 CA 2006. Demnach haben die Direktoren in den Situationen, in denen die insolvenzrechtlichen Bestimmungen oder auch die Grundsätze des *Common Law* Anwendung finden, den Interessen der Gesellschaftsgläubiger Beachtung zu schenken oder in deren Interesse zu handeln, wenn sie ihrer Pflicht, den Erfolg der Gesellschaft zu fördern, nachkommen.⁹⁵⁹ Ein Beschluss der Direktoren, der gegen diese Pflicht verstößt, ist nichtig. Ferner kann ein Verstoß gegen diese Pflicht nicht von den Gesellschaftern im Rahmen einer Hauptversammlung ratifiziert oder autorisiert werden. Ist den Gläubigern ein Schaden aus der Verletzung dieser Pflicht entstanden oder haben die Direktoren daraus einen Vorteil erlangt, so können die Direktoren dafür zur Haftung herangezogen werden.⁹⁶⁰

Eine weitere Pflicht der Direktoren sieht s.173 CA 2006 vor. Hiernach haben die Direktoren der Gesellschaft ein eigenständiges Urteil zu fällen. Dies bedeutet jedoch keinesfalls, dass die Direktoren in der Ausübung ihrer Aufgaben nicht den Rat eines anderen einholen oder auf Anraten eines anderen handeln dürfen bzw können. Es ist sogar häufig der Fall, dass ein Direktor einer Gesellschaft einen Rat von Außenstehenden, wie etwa einer Bank, einem Anwalt oder auch einem Buchhalter einholen muss. Ferner soll dadurch auch nicht ihre Fähigkeit, Aufgaben delegieren zu können, eingeschränkt werden.⁹⁶¹ Vielmehr zielt diese Bestimmung darauf ab, dass Direktoren unabhängig von den Personen handeln, die sie nominiert haben, sie also nicht als deren „*Marionetten*“ fungieren, sondern ihr eigenes, unabhängiges Urteil bilden.⁹⁶²

Wie bereits zuvor erwähnt, obliegt den Direktoren im Rahmen ihres alltäglichen Handelns im Geschäftsbetrieb gem s.174 CA 2006 auch die Pflicht mit Sorgfalt, Geschick und Fleiß zu handeln (*duty to exercise care, skill and diligence*). Wurde diese Pflicht zuvor noch von den Gerichten an rein subjektiven Maßstäben gemessen, entschloss sich nunmehr der Gesetzgeber, diese Pflicht an einen zweistufigen Sorgfaltsmaßstab zu knüpfen. Der in s.174 CA 2006 implementierte

⁹⁵⁹ Davies, *Company Law*⁸, 520; Hannigan/Prentice, *The Companies Act 2006*, Rz 3.23.

⁹⁶⁰ Davies, *Company Law*⁸, 523.

⁹⁶¹ Davies, *Company Law*⁸, 525.

⁹⁶² Sealy/Worthington, *Cases and Materials*⁸, 298 mwN.

Sorgfaltsmaßstab ist stark an den der s.214 IA 1986 angelehnt und weist sowohl einen objektiven als auch einen subjektiven Maßstab auf.⁹⁶³ Demnach schuldet ein Direktor seiner Gesellschaft den gleichen Standard an Sorgfalt, Geschick und Fleiß wie eine vernünftigerweise anzunehmende sorgfältige Person (*reasonably diligent person*), die zum einen über die allgemeinen Kenntnisse, allgemeinen Fähigkeiten und auch Erfahrungen verfügt, welche von einer Person erwartet werden können, die eine ähnliche Funktion wie der Direktor im Verhältnis zur Gesellschaft ausübt (a), und zum anderen über die allgemeinen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen des fraglichen Direktors verfügt (b). Dadurch wird auch hier ein objektiver Mindeststandard angesetzt, welcher durch einen subjektiven Standard eine Erhöhung erfahren kann; jedoch kann dadurch der Mindeststandard nicht unterschritten werden. Insofern ist es auch möglich, dass in einem *board of directors* einer Gesellschaft unterschiedliche Sorgfaltsstandards angetroffen werden; einheitlicher Mindeststandard ist aber grundsätzlich der objektive Maßstab, welcher von einer Person, die ein derartiges Amt bekleidet, erwartet werden kann.

In Ausübung ihrer Tätigkeit haben die Direktoren ferner die Pflicht, etwaigen Interessenskonflikten aus dem Weg zu gehen, zu berücksichtigen. Diese Pflicht erstreckt sich über drei Bestimmungen des CA 2006. So haben Direktoren zum einen jegliche Situationen zu vermeiden, bei denen ihre Interessen direkt oder indirekt im Widerspruch mit den Interessen der Gesellschaft stehen oder dazu womöglich geeignet sind,⁹⁶⁴ wobei in diesem Zusammenhang unter „*Interessenskonflikt*“ ebenso Konflikte von Interessen und Pflichten als auch reine Pflichtenkollisionen zu verstehen sind.⁹⁶⁵ Insbesondere inkludiert dies die Verwertung von Vermögen, Informationen oder auch Geschäftschancen, wobei es nicht von Belangen ist, ob die Gesellschaft einen Vorteil aus dem Vermögen, der Information oder der Geschäftschance ziehen hätte können.⁹⁶⁶ Jedoch bezieht sich diese Pflicht nicht auf Interessenskonflikte, welche in Bezug auf eine Transaktion oder eine Vereinbarung zwischen einem Direktor und der Gesellschaft entstehen;⁹⁶⁷ insofern betrifft diese Pflicht nur Transaktionen und Vereinbarungen mit Dritten.⁹⁶⁸ Transaktionen oder Vereinbarungen mit der

⁹⁶³ Hannigan/Prentice, The Companies Act 2006, Rz 3.51; Sealy/Worthington, Cases and Materials⁸, 300; Mayson/French/Ryan, Company Law²⁵, 466.

⁹⁶⁴ S.175 Abs 1 CA 2006.

⁹⁶⁵ S.175 Abs 7 CA 2006.

⁹⁶⁶ S.175 Abs 2 CA 2006.

⁹⁶⁷ S.175 Abs 3 CA 2006.

⁹⁶⁸ Sealy/Worthington, Cases and Materials⁸, 308.

Gesellschaft müssen lediglich den anderen Direktoren gemäß s.176 CA 2006 mitgeteilt werden, sofern es sich dabei nicht um wesentliche Transaktionen oder Vereinbarungen handelt, welche einer Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen.⁹⁶⁹ Allerdings gilt diese Pflicht gem s.175 Abs 4 CA 2006 als nicht verletzt, wenn die Situation keinen vernünftigen Zweifel daran aufwirft, dass ein Interessenskonflikt aufkommen könnte (a), oder aber eine Genehmigung der Direktoren vorliegt (b). Direktoren einer *private company* dürfen eine Genehmigung erteilen, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes besagt, wohingegen Direktoren einer *public company* lediglich eine Genehmigung erteilen dürfen, sofern der Gesellschaftsvertrag dies ausdrücklich vorsieht und die Direktoren sich bei der Erteilung an diese Bestimmung halten.⁹⁷⁰ Die Genehmigung ist unter Stimmrechtsausschluss des betroffenen Direktors unter Einhaltung der nötigen Abstimmungserfordernisse, wie etwaiger Stimmmehrheiten, zu erteilen, da andernfalls die Genehmigung unwirksam ist.⁹⁷¹ Des Weiteren dürfen Direktoren gem s.176 CA 2006 keinerlei Vorteile von gesellschaftsfremden⁹⁷² Dritten entgegennehmen, die in Zusammenhang mit ihrer Eigenschaft als Direktor oder mit einem bestimmten Handeln oder Unterlassen in Ausübung ihrer Tätigkeiten im Zuge ihrer Eigenschaft als Direktor stehen.⁹⁷³ Allerdings ist nicht von einer Pflichtverletzung auszugehen, sofern kein begründeter Zweifel daran besteht, dass dadurch kein Interessenskonflikt entsteht.⁹⁷⁴ In Fällen, in denen ein Direktor eine Transaktion oder eine Vereinbarung mit der Gesellschaft abschließen will, hat er dieses Interesse den anderen Direktoren gem s.177 CA 2006 mitzuteilen, bevor diese Transaktion oder Vereinbarung von der Gesellschaft abgeschlossen wurde. Daneben sieht Part 10 Chapter 4 CA 2006 noch weitere Bestimmungen in Bezug auf spezifische Situationen und Transaktionen, in denen ein Interessenskonflikt insbesondere entstehen kann.

In Bezug auf die zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen eine dieser in ss.171 ff CA 2006 statuierten Pflichten sind weiterhin die Rechtsfolgen, welche das

⁹⁶⁹ Dazu zählen in etwa Anstellungsverträge der Direktoren über einen längeren Zeitraum, Darlehensvereinbarungen und ähnliche Vereinbarungen mit einem Direktor sowie Abfindungszahlungen im Falle eines Ausscheidens; vgl hierzu vor allem die Bestimmungen des Chapter 4 Part 10 CA 2006.

⁹⁷⁰ S.175 Abs 4 CA 2006.

⁹⁷¹ S.175 Abs 6 CA 2006.

⁹⁷² Insofern zählen Leistungen der Gesellschaft, einem verbundenen Unternehmen oder einer Person, die auf Rechnung der Gesellschaft oder eines verbundenen Unternehmens handelt nicht dazu; s.176 Abs 2 CA 2006.

⁹⁷³ Hierbei ist der Begriff „Vorteil“ weit auszulegen und umfasst insofern neben Geldleistungen in etwa auch eine kostenlose Urlaubsreise oder eine Vereinbarung, für einen Schaden, welcher in Folge eines bestimmten Handelns eintritt, aufzukommen; *Hannigan/Prentice*, The Companies Act 2006, Rz 3.34.

⁹⁷⁴ S.176 Abs 4 CA 2006.

Common Law oder auch die Grundsätze des englischen *Equitable Law* für einen Pflichtverstoß vorgesehen haben, von Bedeutung.⁹⁷⁵ Gleiches gilt auch, mit Ausnahme für die Bestimmung bezüglich der Pflicht der s.174 CA 2006, für die Vollstreckung dieser Pflichten oder auch einer aus einer Pflichtverletzung entspringenden Haftung. Insofern kommen unter anderem in Frage: eine gerichtliche Verfügung – dies meist in Fällen einer drohenden Pflichtverletzung –, Schadenersatzzahlungen, wenn die Gesellschaft einen Schaden erlitten hat, Rückgabe des gesellschaftlichen Vermögens, meist gefolgt von einer Erklärung, dass der Direktor das gesellschaftliche Vermögen als *constructive trustee*⁹⁷⁶ hält, die Herausgabe der Gewinne, welche der Direktor gemacht hat sowie ein Rücktritt von einem Vertrag, bei dem ein Direktor eine Offenlegung der Interessen verabsäumt hat.⁹⁷⁷ Eine weitere gewichtige Rolle spielen insofern die Möglichkeiten, welche s.180 CA 2006 den Direktoren im Falle eines Pflichtverstoßes bieten, um sich von möglichen Folgen zu befreien. Hierbei ist uU an die Abgabe einer bestimmten Erklärung oder die erforderliche Zustimmung, Billigung oder Ratifizierung von Pflichtverstößen durch die Gesellschafterversammlung oder die anderen Direktoren – wobei nicht alle Pflichtverstöße einer Ratifizierung zugänglich sind⁹⁷⁸ – zu denken.⁹⁷⁹

Als weitere Möglichkeit tritt neben der Haftung der Direktoren wegen einem Pflichtenverstoß die bereits zuvor besprochene *disqualification*⁹⁸⁰ nach dem *Company Directors Disqualification Act 1986* (kurz: CDDA 1986) auf. Des Weiteren ist auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Direktoren in Zeiten der Liquidation mithilfe eines *misfeasance summons*⁹⁸¹ hinsichtlich ihrer Pflichtverletzungen zur Rechenschaft zu ziehen.

3) *Alternative Regelungsansätze – Stellungnahme*

Zwar haben die englischen Gerichte bereits sehr früh um die Gläubiger beeinträchtigende Wirkung des Einsatzes des gesellschaftlichen Vermögens für andere als im Gesellschaftsvertrag vorgesehen Tätigkeiten gewusst und versucht, dies zu verhindern. Allerdings wurde den Gerichten mit der erheblichen Einschränkung der durchschlagenden Wirkung der *ultra vires*-Doktrin, in Bezug sowohl auf

⁹⁷⁵ S.178 Abs 1 CA 2006.

⁹⁷⁶ Vgl hierzu ausführlich bereits S.101 f.

⁹⁷⁷ *Sealy/Worthington*, Cases and Materials⁸ 334.

⁹⁷⁸ Vgl hierzu *Cook v Deeks*, [1916] 1 AC 554.

⁹⁷⁹ Für eine genaue Ausführung dazu s *Davies; Company Law*⁸, 576 ff.

⁹⁸⁰ S dazu bereits S.102 f.

⁹⁸¹ S hierzu ebenso S.102.

gesellschaftsinterne Rechtsgeschäfte als auch Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit außenstehenden Dritten, die Möglichkeit zur Rückerlangung fälschlich verwendetem Gesellschaftsvermögen weitgehend genommen.⁹⁸² Es lässt sich jedoch feststellen, dass zu der damaligen Zeit als auch später, zeitlich versetzte bzw sogar zeitlich parallele Entwicklungen verschiedener Rechtsinstitute in unterschiedlichen Rechtsgebieten stattfanden, welche sich teilweise in ihren Anwendungsbereichen überschneiden. Es mag sein, dass diese Überschneidungen zum Teil sogar beabsichtigt waren, mE erscheint es jedoch eher so, als ob diese Entwicklungen auf den verschiedenen Rechtsgebieten unabhängig voneinander vorangetrieben wurden, ohne eine Umschau auf etwaige andere bereits existierende oder im Entstehen begriffene Regelungen, die einen ähnlichen Anwendungsbereich aufweisen, zu unternehmen. Dies mag auch erklären, warum einige Bestimmungen auf dem Vormarsch sind und aus diesem Grund auch häufiger herangezogen werden sowie eine Weiterentwicklung erfahren, wohingegen andere Bestimmungen weniger Relevanz und Anwendung erlangen, da sich diese eventuell als weniger effektiv herausstellten oder aber in ihrer Anwendung größere Schwierigkeiten aufweisen. Insbesondere muss in diesem Zusammenhang die merkbliche Tendenz weg von den Präventivschutzbestimmung – wie etwa dem Kapitalerhaltungsgrundsatz – hin zu den insolvenzrechtlichen Bestimmungen sowie der Fokus auf die Inanspruchnahme der Direktoren im Falle von Pflichtverletzungen hervorgehoben werden. Gerade auf diesen zwei Gebieten erkennt man das zunehmende Interesse an einer Weiterentwicklung, was sich insbesondere in der statutarischen Festhaltung der zuvor noch als *Common Law*-Prinzipien vorhandenen *directors' duties* manifestiert.

Wenn etwa die Bestimmung des *wrongful trading* in der Praxis zwar bislang noch ein eher bescheidenes Dasein fristete,⁹⁸³ ist auch hier mitunter erkennbar, dass durchaus eine Motivation vorherrscht, dieses Rechtsinstitut weiter auszubauen und ihm mehr Relevanz und Effizienz zu verleihen. So wurden etwa im Rahmen einer im Jahre 1998 veröffentlichten Studie⁹⁸⁴ die vermeintlichen Faktoren eruiert, welche zu der mangelnden Anwendung und Relevanz führen und einige Vorschläge unterbreitet, welche diesen Mangel beheben sollten. Zum Teil wurden bereits Bemühungen von

⁹⁸² *Sealy/Worthington, Cases and Materials*⁸, 422: "The abolition of the doctrine of ultra vires by CA 1989 deprived the courts of the most potent of their traditional weapons when dealing with allegations that corporate property has been misapplied".

⁹⁸³ Vgl etwa *Arsalidou*, Co Law 2001, 19 (20 ff); *Habersack/Verse*, ZHR 2004, 180.

⁹⁸⁴ *Hicks*, Disqualification of Directors: No Hiding Place for the Unfit?, Chartered Association of Certified Accountants, Certified Accountants Educational Trust, Research Report No 59, London 1998.

Seiten des Gesetzgebers angestrengt, um einigen Hindernissen der Bestimmung zu begegnen. Mit 1. Januar 2003 wurde dem die Klage gem s.214 IA 1986 einbringenden Insolvenzverwalter die Möglichkeit eröffnet, Ansprüche gegen die Masse auf Ersatz der Prozesskosten selbst bei einem fehlgeschlagenen – wenn auch mit Aussicht auf Erfolg begonnenem – Prozess durchzusetzen, was einen erheblichen Fortschritt hinsichtlich der Geltendmachung von Ansprüchen bedeutet.⁹⁸⁵ Darüber hinaus werden nunmehr vor allem die präventiven Wirkungen der Bestimmung hervorgehoben und ihre Auswirkungen auf den Standard der von den Direktoren einzuhaltenden Sorgfalt in Ausübung ihrer Pflichten betont.⁹⁸⁶

Zu beachten ist an diesem Punkt jedoch zweifelsohne, dass diese Abkehr von den meist präventiven Schutzbestimmungen den Schutz der Gläubigerinteressen nicht völlig in die Zeit einer bereits eingetretenen Insolvenz der Gesellschaft verschiebt, sondern durch die Vorverlagerung der *directors' duties*, die Gesellschaftsgläubiger bereits vor diesem Zeitpunkt und auch bereits vor dem Zeitpunkt einer möglichen Haftung der Direktoren aufgrund von *wrongful trading* geschützt werden.

Mit dem Erkennen des englischen Gesetzgebers als auch der Gerichte, dass die Wahrung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger insofern erst mit herannahender Insolvenz der Gesellschaft an Bedeutung gewinnt und so gesehen die Interessen der Gesellschafter überlagert,⁹⁸⁷ lässt sich auch die zunehmend ablehnende Haltung gegenüber den Bestimmungen hinsichtlich des Verbotes der finanziellen Unterstützung in ihrer Funktion als Gläubigerschutz erklären.

Es muss mE zudem noch darauf aufmerksam gemacht werden, dass es wohl zu einem Einbruch in der Statistik hinsichtlich der Anwendung der Bestimmungen der ss.677 ff CA 2006 kommen wird. Eine persönliche Auswertung der bis dato entschiedenen Gerichtsentscheidungen zum Verbot der finanziellen Unterstützung ergab, dass diese Gerichtsentscheidungen hauptsächlich Sachverhalte behandelten, die in Verbindung mit *private companies* standen, und teilweise sogar nur Verletzungen des *whitewash*-Verfahrens betrafen.⁹⁸⁸ Insofern wird es auch nur eine geringe Anzahl an Sachverhalten betreffen, bei denen die Frage nach einem alternativen

⁹⁸⁵ Rule 4.218 Abs 1 lit a (i) Insolvency Rules 1986 idF ab 2003.

⁹⁸⁶ *Arsalidou*, Co Law 2001, 19 (20 ff); *Ferran*, Company Law, 216; *Habersack/Verse*, ZHR 2004, 181.

⁹⁸⁷ S vor allem *West Mercia Safetywear Ltd v Dodd*, (1988) BCLC 250 (251 f); *Brady v Brady*, (1987) 3 BCC 535 (552).

⁹⁸⁸ Vgl hierzu die Auflistung der Gerichtsentscheidungen zu den Vorgängerbestimmungen der ss.677 CA 2006 in Anhang 6.

Regelungsansatz überhaupt aufkommen wird, da mit der Abschaffung des Verbotes der finanziellen Unterstützung für *private companies* ausdrücklich vom Gesetzgeber zugesichert wurde, dass Sachverhalte, welche bereits zuvor mithilfe eines korrekt durchgeführten *whitewash*-Verfahrens als legitim galten, nunmehr trotz der Abschaffung des Verbotes der finanziellen Unterstützung und dem *whitewash*-Verfahrens nicht doch durch andere Vorschriften verhindert würden.⁹⁸⁹ In Bezug auf die Sachverhalte betreffend *private companies* als auch die vereinzelt Sachverhalte betreffend *public companies* kann ferner noch gesagt werden, dass auch hier bereits teilweise zusätzlich auf andere Rechtsinstitute, wie etwa die *directors' duties*⁹⁹⁰ oder auch den Kapitalerhaltungsgrundsatz⁹⁹¹, zurückgegriffen wurde.

Demzufolge – sowie anlässlich der Studie der oben angeführten und von der Lehre als alternative Regelungsansätze beschriebenen Rechtsinstrumente – überrascht es nicht, dass die Ansicht zunehmend vertreten wird, die Gesellschaftsgläubiger einer *private company* seien selbst nach der Abschaffung des Verbotes finanzieller Unterstützung noch ausreichend vor einer etwaigen Schmälerung des gesellschaftlichen Vermögens, insbesondere durch Handlungen der Direktoren, geschützt. Die Vielzahl an unterschiedlichen Rechtsinstrumenten, welche die missbräuchlichsten Handlungen, die die Interessen der Gesellschaftsgläubiger beeinträchtigen können, erfasst, scheint mE durchaus ausreichend. Sie können zumindest einen annähernd, gleichwertigen Schutz bieten, welchen zu erreichen sich das Verbot hinsichtlich der finanziellen Unterstützung (anfänglich) als Ziel gesetzt hat, jedoch im Hinblick auf die weiterhin bestehenden Rechtsunsicherheiten und der daraus resultierenden Abneigung als verfehlt erachtet werden muss.

Allerdings zeigt ein weiterer Blick auf diese Rechtsinstrumente, dass diese vordergründig eher auf die Wahrung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger als auf den Schutz der Gesellschafter zielen. Ein weiteres Ziel des Verbotes der finanziellen Unterstützung ist jedoch neben der Wahrung der Gläubigerinteressen auch der Schutz der Gesellschafter im Rahmen einer Übernahme. An dieser Stelle ist auf die weiteren möglichen alternativen Regelungsansätze in Bezug auf den Schutz der Gesellschafter hinzuweisen, welche allerdings an dieser Stelle keine weitere Ausführung erfahren,

⁹⁸⁹ Vgl etwa *Selangor United Rubber Estates Ltd v Craddock (No 3)*, [1968] 2 Lloyd's Rep 289 (302 f); *Wallersteiner v Moir*, [1974] 1 WLR 991 (1015); *Cox v Cox*, [2006] BCC 890 (901 f); *Mac Pherson v European Strategic Bureau Ltd*, [2002] BCC 39 (48 f); *Re In a Flap Envelope Co Ltd*, [2003] BCC 487 (500 f).

⁹⁹⁰ *Mac Pherson v European Strategic Bureau Ltd*, [2002] BCC 39 (49 ff).

⁹⁹¹ Vgl etwa *MacPherson & Anor v. European Strategic Bureau Ltd*, [2002] BCC 39.

sofern nicht von den ausgeführten alternativen Regelungsansätzen dieses Schutzziel ebenso verfolgt wird, wie dies etwa bei den Pflichten der Direktoren der Fall ist.⁹⁹² Hierbei ist in etwa an die Möglichkeit gem der Bestimmung der s.994 CA 2006 (*Protection of members against unfair prejudice*) zu denken, wonach ein missbräuchliches Verhalten der Leistungsorgane der Zielgesellschaft und bzw oder eines kontrollierenden Mehrheitsgesellschafters von einem Gesellschafter gerichtlich angefochten werden kann, sowie auch die ausdrücklich vorgesehene Pflicht der Direktoren zur Wahrung der Gesellschafterinteressen im Falle einer Übernahme gem den Bestimmungen des *City Code on Takeovers and Mergers*. Ferner bestehen noch gesetzliche Minderheitsrechte, welche die Bezahlung eines angemessenen Preises für deren Aktien in Folge einer Übernahme sichern sollen.⁹⁹³

⁹⁹² Ferran, CLJ 2004, 225 (240): „*Protection against discrimination [Anm: of shareholders] falls squarely within the general fiduciary duties of directors to use their powers in good faith and for proper purposes and to treat shareholders fairly*”.

⁹⁹³ *Ebd.*

II. Österreich und Deutschland

1) *Verbot der „Einlagenrückgewähr“ als alternativer Regelungsansatz – Einleitende Bemerkungen*

Seit Einführung der Bestimmungen der § 66a öAktG und § 71a dAktG in die österreichische respektive deutsche Rechtsordnung hat sich ein Großteil der Diskussion in den Bereich betreffend des Zusammenspiels des Verbotes der finanziellen Unterstützung und des Verbotes der „Einlagenrückgewähr“ verlagert. Mit der Abkehr von dem Verständnis, das Verbot der finanziellen Unterstützung habe lediglich die Aufgabe, den allgemeinen Kapitalschutz vor Umgehungen zu schützen, und der Anerkennung eines selbstständigen Kapitalschutzes der Bestimmung, hat diese Diskussion vor allem in Deutschland an Wichtigkeit und Ausmaß gewonnen. Um dieses Verhältnis genauer untersuchen zu können, bietet sich zunächst eine eingehende Untersuchung des Verbotes der „Einlagenrückgewähr“ an. Ein derartiges Verbot findet sich sowohl im österreichischen als auch im deutschen Aktiengesetz wieder. Die österreichische Kernbestimmung ist § 52 öAktG, welche durch §§ 54 ff ergänzt wird. Das deutsche Pendant ist in § 57 dAktG normiert und muss im Zusammenhang mit den §§ 58 ff gelesen werden. Im Wesentlichen besagen beide Bestimmungen, dass den Aktionären ihre Einlagen nicht zurückgewährt werden dürfen; ihnen steht während des Bestehens der Gesellschaft lediglich ein Anspruch auf den Bilanzgewinn zu. Letztendlich lässt sich daraus ableiten, dass diese Bestimmungen technisch gesehen jegliche Zuwendung der Gesellschaft, die einem Aktionär oder einem ihm nahe stehenden Dritten abseits einer ordnungsgemäßen Gewinnausschüttung zukommt, verbieten und somit nicht nur die Summe der Einlagen, sondern darüber hinaus das gesamte wertmäßige Vermögen der Gesellschaft, mit Ausnahme des formell festgestellten Bilanzgewinnes, ihrem Schutz unterstellen.^{994 995} Es sind lediglich einige wenige Ausnahmen in Sonderfällen vorgesehen.⁹⁹⁶ Diese Bestimmungen mit dem Terminus „Verbot der Einlagenrückgewähr“ zu betiteln ist im Hinblick auf die damit

⁹⁹⁴ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 2, 7; Reich-Rohrwig, ecolex 2003, 152; ders, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 98 ff; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 2 ff; Thiery, ecolex 1992, 631.

⁹⁹⁵ Im Gegensatz zum deutschen GmbHG, bestimmt § 82 Abs 1 öGmbHG, dass die Gesellschafter ihre Stammeinlage nicht zurückfordern dürfen und schafft somit ein mit der Bestimmung des öAktG gleichlaufendes Verbot. Die deutsche Norm (§ 30 Abs 1 dGmbHG) hingegen schützt das Gesellschaftsvermögen seinem Wortlaut und Zweck nach nur bis zur Höhe des ausgewiesenen Nennkapitals (Vgl etwa Fleck in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 394; Tries, Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht, 63 ff). Aus diesem Grund sind für die österreichische Rechtslage auch gerichtliche Entscheidungen zu § 82 öGmbHG zum Zweck dieses Kapitels zitierfähig.

⁹⁹⁶ Hierzu S.257 f.

intendierte umfassende Bindung des gesellschaftlichen Vermögens äußerst irreführend und wurde auch heftig kritisiert.⁹⁹⁷ Würde man sich rein an dem Wortlaut der Bestimmungen orientieren, so drängt sich anfänglich die Ansicht auf, dass lediglich die tatsächlich geleistete Einlage – sei es Bar- oder Sacheinlage – nicht an den jeweiligen Aktionär zurückgewährt werden darf. Darauf kann es im Endeffekt aber nicht ankommen. Grundlage des gesamten Regelungskonzeptes ist demnach eine wertmäßige, also rechnerische Beeinträchtigung des gesamten Gesellschaftsvermögens und nicht nur des Grundkapitales; selbst eine Zuwendung aus den freien Rücklagen oder aus dem Bilanzgewinn ist verboten, sofern diese nicht durch einen wirksamen Beschluss der Hauptversammlung gedeckt ist.⁹⁹⁸ Daher empfiehlt es sich, auch von der Formulierung „*Verbot der Einlagenrückgewähr*“ Abstand zu nehmen, und sich vielmehr auf die Bezeichnung „*Grundsatz der Vermögensbindung*“ zu konzentrieren, zumal dieser Grundsatz ebenso greift, wenn der Aktionär noch überhaupt keine Einlage geleistet hat oder eine Ausschüttung die Einlagenleistung gar wertmäßig überschreitet.⁹⁹⁹

Eine europarechtliche Stütze finden beide Bestimmungen in Art 15 KapitalRL. Auch Art 15 KapitalRL begnügt sich nicht nur mit dem Schutz des Grundkapitales und den gebundenen Rücklagen, sondern ordnet gleichfalls nur die Ausschüttung von Gewinnen an die Aktionäre an.¹⁰⁰⁰ Dementsprechend ist der Mindeststandard der europarechtlichen Vorgaben sowohl in § 52 öAktG als auch in § 57 dAktG erreicht worden.

2) *Der Normzweck des Grundsatzes der Vermögensbindung*

Der Grundsatz der Vermögensbindung wird von der hL¹⁰⁰¹ als Ergänzung der Vorschriften der Kapitalaufbringung gesehen und dient somit als Gegenstück zur Haftungsprivilegierung, welche dem Wesen der Aktiengesellschaft inhärent ist. Demnach steht den Gläubigern einer Aktiengesellschaft lediglich das Vermögen der Gesellschaft zur Befriedigung ihrer Interessen zur Verfügung. Dieses, den

⁹⁹⁷ So auch Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 1; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 9 f; Hüffer, AktG⁸, § 57 Rz 2 und 7 ff; Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung, 96; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 10 ff.

⁹⁹⁸ Arnold, GesRZ 1985, 90; Ballerstedt, Kapital, 123; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 2, 7.

⁹⁹⁹ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 1; Bayer in MüKo⁸, § 57 Rz 9 f; Lutter in KöKo², § 57 Rz 7; Riedel, Unzulässige Vermögenszuwendungen, 27.

¹⁰⁰⁰ Art 15 Abs 1 lit c; Artmann, Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 7; Edwards, EC Company Law, 69; Fleischer in Schmidt/Lutter, § 57 Rz 7; Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht³, § 6 Rz 33; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rz 596; aA Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rz 342.

¹⁰⁰¹ Vgl etwa Bezenberger, Das Kapital, 16 ff.

Gesellschaftsgläubigern als „*Befriedigungspool*“ dienende Gesellschaftsvermögen soll bestmöglich vor willkürlichen Entnahmen bzw unberechtigten Leistungen an Gesellschafter und einer daraus resultierenden Verringerung geschützt werden und somit als „*dauernder Grundstock der Gesellschaft*“¹⁰⁰² erhalten bleiben. Das Hauptaugenmerk richten die §§ 52 öAktG und 57 dAktG folglich auf den Schutz der Gläubiger,¹⁰⁰³ was auch die strenge und vor allem zwingende Anwendung zu begründen vermag.¹⁰⁰⁴ Daneben werden ferner weitere Zwecke der Bestimmungen genannt. Die Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens diene auch dem Schutz der Gesellschafter, insbesondere den Minderheitsgesellschafter und gewähre somit auch die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.¹⁰⁰⁵ Des Weiteren würde durch die Zuweisung an die Hauptversammlung über die Gewinnverteilung abzustimmen (§ 126 öAktG und §§ 119 Abs 1 Nr. 2, 174 Abs 1 1. Satz, Abs 2 Nr.2 dAktG) und der Beschränkung der Verteilung des Gesellschaftsvermögens auf den Bilanzgewinn die gesetzliche Kompetenzverteilung zwischen Hauptversammlung und Vorstand sichergestellt.¹⁰⁰⁶ Zu guter Letzt wird noch der Schutz potenzieller Anleger vor Täuschungen über den Ertragswert der Aktien in Zusammenhang mit dem Grundsatz der Vermögensbindung vorgebracht, da durch die Ausschüttung von Dividenden, die nicht dem Bilanzgewinn entspringen, der Aktienkurs künstlich in die Höhe getrieben werden könnte.¹⁰⁰⁷ Uneinigkeit besteht allerdings darüber, ob es sich bei diesen weiteren „*Zielen*“ des Grundsatzes der Vermögensbindung wirklich um Schutzzwecke der Bestimmungen handeln. So wird zunehmend die Meinung vertreten, dass einziger Schutzzweck der Gläubigerschutz sei; die anderen „*Ziele*“ seien hingegen lediglich willkommene Nebeneffekte oder auch aus den Bestimmungen entspringende Schutzeffekte.¹⁰⁰⁸ Andererseits lenkt die Gegenauffassung, welche auch in den anderen zuvor erwähnten Zielen Schutzzwecke des Grundsatzes der Vermögensbindung sieht,

¹⁰⁰² Wagner, *ecolex* 2006, 115 mwN; zuletzt OGH 2 Ob 225/07p, 29.5.2008; *ecolex* 2008, 343.

¹⁰⁰³ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 1; Bommert, Verdeckte Vermögensverlagerungen, 97 f; so auch OGH 6 Ob 288/99t, 20.1.2000, *ecolex* 2000, 512/20.

¹⁰⁰⁴ Arnold, *GesRZ* 1985, 87; Fleck in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 392.

¹⁰⁰⁵ Artmann in Jabornegg/Strasser⁴, § 52 Rz 2; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 2; Bommert, Verdeckte Vermögensverlagerungen, 96 f; Hüffer, *AktG*⁸, § 57 Rz 1; Lutter in KöKo², § 57 Rz 2; Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung, 100.

¹⁰⁰⁶ Vgl Fn 1005.

¹⁰⁰⁷ Artmann in Jabornegg/Strasser⁴, § 52 Rz 2; Lutter in KöKo², § 52 Rz 2.

¹⁰⁰⁸ So etwa Fleischer, *WM* 2007, 910; ders in Schmidt/Lutter, Rz 3; Koppensteiner, *GeS* 2005, 404 f; Kroppf, *NJW* 2009, 815.

insoweit ein, als der Gläubigerschutz einhellig als eindeutig primärer Schutzzweck gesehen wird.¹⁰⁰⁹

3) *Die Reichweite der Vermögensbindung und Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben*

Wie bereits zuvor dargetan, ist es nicht Ziel der österreichischen und deutschen Bestimmungen, die Rückgewähr eines ursprünglich geleisteten Gegenstandes der Einlagenleistung zu untersagen, sondern vielmehr jegliche wertmäßige Verringerung des gesellschaftlichen Vermögens, welche aufgrund einer Leistung der AG an die Aktionäre, welche nicht aus dem formell festgestellten Bilanzgewinn erfolgt ist oder ausnahmsweise gesetzlich als zulässig erachtet wird, eingetreten ist.¹⁰¹⁰ Um dieser umfassenden Vermögensbindung gerecht zu werden, geht die hL¹⁰¹¹ davon aus, dass sowohl offene als auch verdeckte Ausschüttungen von § 52 öAktG und § 57 dAktG erfasst sind. Ferner sei bereits die bloße Zusage einer nach § 52 öAktG bzw § 57 dAktG verbotenen Leistung oder eine Verpflichtung zur Leistung untersagt, was sich aus dem Verbot der Verzinsung von Einlagen ergibt, wonach den Aktionären Zinsen weder zugesagt noch ausgezahlt werden dürfen.¹⁰¹²

Zeitlich gesehen ist unstreitig, dass der Grundsatz der Vermögensbindung ab erfolgter Eintragung der AG Geltung erlangt und bis zur Beendigung der Gesellschaft Fortbestand hat. Dies beinhaltet sowohl den Zeitraum der Abwicklung der Gesellschaft als auch das Sperrjahr nach § 213 (1) öAktG bzw § 272 dAktG sowie im Zuge eines Insolvenzverfahrens.¹⁰¹³

Das Verbot erfasst gemäß dem Wortlaut Leistungen der AG an Aktionäre. Allerdings geht man hierbei von einem weit auszulegenden Aktionärsbegriff aus und subsumiert unter gewissen Umständen sowohl zukünftige als auch ehemalige

¹⁰⁰⁹ So etwa *Arnold*, GesRZ 1985, 86; *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 2; OGH 2 Ob 225/07p, 29.5.2008, ecolex 2008, 343; OGH 6 Ob 271/05d, 1.12.2005, JBl 2006, 388; aA anscheinend *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung, 100 f.

¹⁰¹⁰ Vgl etwa OGH 4 Ob 2078/96h, 25.6.1996, ecolex 1997, 437; OGH 6 Ob 4/99b, 11.11.1999, ecolex 2000, 121; OGH 6 Ob 288/99t, 20.1.2000, ecolex 2000, 512/208; OGH 7 Ob 142/07v, 4.7.2007, RWZ 2009/33; OLG Frankfurt 16 U 120/90, 30.1.1992, AG 1992, 194; *Artmann* in Jabornegg/Strasser⁴, § 52 Rz 1; *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 7; *Fleischer* in Schmidt/Lutter, § 57 Rz 9; *Lutter* in KöKo², § 57 Rz 5; *Riedel*, Unzulässige Vermögenszuwendungen, 25; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 3.

¹⁰¹¹ *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 30; *Fleischer* in Schmidt/Lutter, § 57 Rz 10 ff; *Hüffer*, AktG⁸, § 57 Rz 5, 7 *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 3; ausdrücklich auch OGH 3 Ob 287/02f, 22.10.2003, SZ 2003/133.

¹⁰¹² *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 8; *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 11; *Lutter* in KöKo², § 57 Rz 9; *Riedel*, Unzulässige Vermögenszuwendungen, 29; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 10; OGH 1 Ob 719/78, 25.10.1978; SZ 51/148.

¹⁰¹³ *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 13; *Hüffer*, AktG⁸, § 57 Rz 1; *Lutter* in KöKo², § 57 Rz 10; *Riedel*, Unzulässige Vermögenszuwendungen, 30; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 13.

Aktionäre darunter.¹⁰¹⁴ Ferner wird zunehmend von der hL anerkannt, dass auch Leistungen von Dritten bzw an Dritte unter Umständen als Verstoß gegen § 52 öAktG und § 57 dAktG gewertet werden können.¹⁰¹⁵

Die Bestimmungen der §§ 52, 58 öAktG und §§ 57, 62 dAktG finden eine europarechtliche Stütze in Art 15 Abs 1 und Art 16 KapitalRL, wonach keine Ausschüttungen an Aktionäre erfolgen dürfen, durch die das Nettoaktivvermögen, wie es der Jahresabschluss ausweist, den Betrag des gezeichneten Kapitals zuzüglich der Rücklagen, deren Ausschüttung das Gesetz oder die Satzung nicht gestattet, unterschritten würde, es sei denn, es handelt sich um Ausschüttungen im Rahmen einer Kapitalherabsetzung. Daraus lässt sich vorerst lediglich die Bindung des Grundkapitals zuzüglich der nicht ausschüttungsfähigen Rücklagen lesen, wie dies etwa für die deutsche GmbH der Fall ist. Allerdings komplettiert lit c des Art 15 die Beschränkung dahingehend, dass ferner der Betrag der Ausschüttungen nicht den Bilanzgewinn überschreiten darf. Daraus folgt, dass an den Aktionär lediglich der Bilanzgewinn ausgezahlt werden darf.¹⁰¹⁶ Das deckt sich weitgehend mit dem österreichischen und deutschen Grundsatz der umfassenden Vermögensbindung. Jede Ausschüttung, die gegen Art 15 KapitalRL verstößt, ist gemäß Art 16 KapitalRL an die Gesellschaft zurückzugewähren, sofern die Gesellschaft den Aktionären Vorsatz oder Fahrlässigkeit bezüglich der Unzulässigkeit der Ausschüttung nachweisen kann. Sowohl die Bestimmungen der §§ 52, 58 öAktG als auch die Bestimmungen der §§ 57, 62 dAktG enthalten eine ordnungsgemäße Umsetzung der Vorgaben des Art 15 KapitalRL.¹⁰¹⁷ Im Hinblick auf die europarechtliche Bestimmung des Art 15 KapitalRL hat sich aber vor allem in Deutschland ein Meinungsstreit betreffend der Erstreckung dieser europäischen Bestimmung auf das weitgehend durch die Lehre und Rsp ausgearbeitete Verbot verdeckter Ausschüttungen entwickelt. Es haben sich im Großen und Ganzen zwei unterschiedliche Meinungsstände gebildet. Zum einen wird vertreten, dass Art 15 lediglich ein Verbot offener Ausschüttungen vor Augen hätte und eine Erstreckung auf europäischer Ebene nicht vorgesehen sei.¹⁰¹⁸ Dem steht die Ansicht gegenüber, dass

¹⁰¹⁴ Ausführlich dazu S.253.

¹⁰¹⁵ Ausführlich dazu S.252 ff.

¹⁰¹⁶ Doralt, M, Management Buyout, 51; Lösekrug, Die Umsetzung, 121.

¹⁰¹⁷ Vgl Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht³, 149; Lösekrug, Die Umsetzung, 122; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rz 596.

¹⁰¹⁸ Bezenberger, Das Kapital, 259 ff; Drinkuth, Die Kapitalrichtlinie, 184 f; Jansen, Der gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz, 160; Koll-Möllenhoff, Das Prinzip des festen Grundkapitals, 159 f; Lösekrug, Die Umsetzung, 124; Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen, 14 ff.

Art 15 KapitalRL sehr wohl auch verdeckte Ausschüttungen mit umfasst.¹⁰¹⁹ Es sei jedoch gesagt, dass das Problem der verdeckten Ausschüttungen vor Erlassung der KapitalRL durchaus kein unbekanntes Gebiet war. So hat bereits *Lutter*¹⁰²⁰ im Jahre 1964 in seiner Habilitationsschrift, welche als Grundlage zur Rechtsangleichung auf den Teilgebieten der Kapitalaufbringung und -erhaltung dienen und so die Voraussetzungen für die Erlassung der KapitalRL bestimmen sollte, auf den Problemkreis der verdeckten Ausschüttung aufmerksam gemacht, welcher in den anderen Mitgliedstaaten der EWG zur damaligen Zeit zwar nicht unbekannt, aber noch nicht ausreichend behandelt und erforscht war und sich somit einer rechtsvergleichenden Untersuchung entziehen würden. Dies zog folglich eine Ausklammerung aus der Diskussion nach sich.¹⁰²¹ Daraus könne man allerdings schließen, dass der Problemkreis der verdeckten Ausschüttung möglicherweise auch bewusst bei der Erlassung der KapitalRL ausgelassen wurde. Wichtiger als die Frage, ob verdeckte Ausschüttungen von dem Wortlaut des Art 15 KapitalRL gedeckt sind, erscheint mir jedoch die Frage, ob eine nationale Bestimmung, welche ein Verbot der verdeckten Ausschüttung ausspricht, überhaupt europarechtskonform ist, auch wenn Art 15 KapitalRL möglicherweise diese nicht mit einschließt; ob also ein Mitgliedstaat eine über die Richtlinienbestimmung hinauschießende, strengere Regelung vorsehen kann. Völlig zu Recht geht die hL¹⁰²² davon aus, dass eine überschießende Umsetzung durchaus zulässig ist, da es sich bei der europäischen Vorgabe lediglich um eine Mindestnorm handelt. Unterstützt wird diese Ansicht vor allem durch den Normzweck der KapitalRL, welcher sich nicht nur in dem vollständigen Titel der Richtlinie widerspiegelt, sondern auch in den Erwägungsgründen der Präambel, die Interessen der Gläubiger zu schützen. Den österreichischen und deutschen Regelungen betreffend verdeckte Ausschüttungen steht somit nichts entgegen.

4) Der Verbotstatbestand des § 52 öAktG und § 57 dAktG

Die Ausgestaltungen, in denen verbotene Ausschüttungen auftreten können, sind vielfältig. So ist zunächst an offene, augenscheinliche Verstöße gegen den Grundsatz

¹⁰¹⁹ *Doralt, M*, Management Buyout, 52; *Fleischer* in *Lutter*, ZGR Sonderheft 17, 120; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 153 f Rz 343; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht³, 148 ff; *Werlauff*, EC Company Law, 176 f: „In short, Community law in reality contains an absolute prohibition against disguised allocations from share companies“.

¹⁰²⁰ *Lutter*, Kapital, zu den Zwecken dieser Arbeit, siehe vor allem das Vorwort.

¹⁰²¹ *Lutter*, Kapital, 331.

¹⁰²² Vgl *Doralt, M*, Management Buyout, 48 ff; *Drinkuth*, Die Kapitalrichtlinie, 111 f; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht³, 148 f; *Jansen*, Der gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz, 160; *Lösekrug*, Die Umsetzung, 125; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 94.

der Vermögensbindung zu denken, welche allerdings eher selten vorkommen.¹⁰²³ Daneben haben verdeckte Verstöße eine weitaus größere Bedeutung erlangt. Meist erfolgen Ausschüttungen an Aktionäre nämlich in Form von Umsatzgeschäften, welche dem äußeren Anschein nach als zulässig angesehen werden könnten.¹⁰²⁴

a) Offene Verstöße

Unter die offenen Verstöße fallen alle Vermögenszuwendungen an Aktionäre, welche als solche unzweifelhaft ins Auge stechen. Dies ist vor allem der Fall bei einseitigen Leistungen, ohne dass die Gesellschaft eine Gegenleistung dafür erhält sowie bei rechtsgrundlosen Zahlungen an einen Aktionär.¹⁰²⁵ Aber auch – um nur einige weitere Beispiele zu nennen – eine auf einem nichtigen oder erfolgreich angefochtenen Gesellschafterbeschluss basierende Gewinnausschüttung an die Aktionäre kann als offener Verstoß gegen § 52 öAktG und § 57 dAktG gewertet werden,¹⁰²⁶ wobei hier aber auf den gutgläubigen Dividendenbezug gemäß § 56 Abs 1 2. Satz öAktG bzw § 62 Abs 1 2. Satz dAktG geachtet werden muss. Ebenfalls unzulässig ist eine Vorauszahlung auf zukünftige Dividendenansprüche, wenn der Bilanzgewinn noch nicht festgestellt wurde oder nicht von den betreffenden Bestimmungen (§ 54a öAktG und § 59 dAktG) gedeckt ist¹⁰²⁷ sowie Ausschüttungen aufgrund eines nichtigen, nicht wirksam festgestellten oder erfolgreich angefochtenen Jahresabschlusses.¹⁰²⁸ Ferner sind jegliche Auszahlungen in Verbindung mit einer Kapitalherabsetzung oder einer Liquidation, die unter Missachtung der gesetzlich vorgesehenen Verfahrensvorschriften erfolgt sind, ein offener Verstoß.¹⁰²⁹ Weiters zählen zu den offenen Verstößen unter anderem die Einräumung eines gewinnunabhängigen Entnahmerechts,¹⁰³⁰ satzungsmäßig vereinbarte Gewinngarantien,¹⁰³¹ die Abfertigung

¹⁰²³ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 9; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 10 mwN; Lutter in KöKo², § 57 Rz 14; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 18.

¹⁰²⁴ Sich gegen eine derartige Abgrenzung aussprechend, da als im Ergebnis als irrelevant angesehen: Bayer in MüKo³, § 57 Rz 30.

¹⁰²⁵ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 9; Flume, ZHR 1980, 18.

¹⁰²⁶ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 9; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 10; Lutter in KöKo², § 57 Rz 14; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 18.

¹⁰²⁷ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 9; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 10; Lutter in KöKo², § 57 Rz 14; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 18; OGH 3 Ob 805/54, 16.2.1955, nicht veröffentlicht.

¹⁰²⁸ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 9; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 10; Lutter in KöKo², § 57 Rz 14; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 18.

¹⁰²⁹ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 9; Fleischer in Schmidt/Lutter, § 57 Rz 10; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 18.

¹⁰³⁰ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 18.

¹⁰³¹ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 9; OGH 1 Ob 719/78, 25.10.1978, SZ 51/148; OGH 1 Ob 2028/96h, 26.3.1996, RdW 1997, 15.

eines ausscheidenden Aktionärs aus dem Gesellschaftsvermögen,¹⁰³² Ausschüttungen trotz nicht ausreichend festgestellten Bilanzgewinnes¹⁰³³ sowie die Vergütung von Spesen der Aktionäre im Zuge der Ausübung ihrer Gesellschafterrechte¹⁰³⁴ und Prämien für eine langjährige Mitgliedschaft¹⁰³⁵.

b) Verdeckte Ausschüttungen in Österreich und in Deutschland vor dem MoMiG¹⁰³⁶

aa) Allgemeiner Grundsatz

Es liegt vorwiegend in der Natur einer AG, unternehmerisch tätig zu werden. Im Rahmen dieser unternehmerischen Tätigkeiten geht die AG Rechtsgeschäfte mit Dritten ein und erbringt diesen folglich auch Leistungen. Generell wird in diesem Zusammenhang ebenso die Fähigkeit der AG anerkannt, mit ihren Gesellschaftern wie auch mit gesellschaftsfremden Dritten, Geschäfte zu tätigen.¹⁰³⁷ Auch die Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag, den Gesellschafter neben der Hauptverpflichtung der Einlagenleistung für eine wiederkehrende Erbringung von Leistungen zu verpflichten, für die dem Gesellschafter eine gewinnunabhängige Vergütung zusteht (§ 55 öAktG bzw § 61 dAktG), deutet darauf hin, dass Umsatzgeschäfte mit Aktionären nicht schlechthin vom Gesetz als unerlaubt angesehen werden. Verbirgt sich hinter einem Umsatzgeschäft mit einem Aktionär jedoch de facto eine Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen, so wird dies von der hL¹⁰³⁸ als ein verdeckter Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung gewertet. Eine derartige verdeckte Ausschüttung¹⁰³⁹ wird generell dann angenommen, wenn ein Rechtsgeschäft zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ein Missverhältnis aufweist und ein sorgfältiger Vorstand unter den gleichen Umständen dieses Geschäft

¹⁰³² Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 18.

¹⁰³³ Lutter in KöKo², § 57 Rz 14; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 18.

¹⁰³⁴ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 9; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 10; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 18.

¹⁰³⁵ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 9; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 10; Hüffer, AktG⁸, § 57 Rz 5; Lutter in KöKo², § 57 Rz 14; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 18.

¹⁰³⁶ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen.

¹⁰³⁷ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 10 mwN; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 32 ff mwN; Hüffer, AktG⁸, § 57 Rz 9; Lutter in KöKo², § 57 Rz 15 mwN.

¹⁰³⁸ S bereits Fn 1011.

¹⁰³⁹ Oftmals wird in diesem Zusammenhang auch der Begriff „verdeckte Gewinnausschüttung“ verwendet, welcher dem Steuerrecht entlehnt ist. Dieser Begriff ist jedoch, wie auch der Begriff der Einlagenrückgewähr, irreführend und dem Gesellschaftsrecht als solcher auch gar nicht bekannt (kritisch hierzu etwa *Bommert*, Verdeckte Vermögensverlagerungen, 12; *Krejci*, wbl 1993, 270; *Riedel*, Unzulässige Vermögenszuwendungen, 20 f). Im Folgenden wird nunmehr im Zuge dieser Ausführungen ganz allgemein von „verdeckten Ausschüttungen“ die Rede sein.

so nicht mit einem außenstehenden Dritten eingegangen wäre.¹⁰⁴⁰ Nunmehr wird dies auch durch die Neufassung der deutschen Regelung untermauert, gemäß welcher Leistungen an die Aktionäre nicht als verbotene Ausschüttungen gelten, wenn diese durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt sind.

bb) Objektives Missverhältnis – „Drittvergleich“ als Abgrenzungsmaßstab

Der Maßstab, an dem die hL¹⁰⁴¹ die Grenzziehung zwischen erlaubtem Umsatzgeschäft und einer verdeckten Ausschüttung festmacht, richtet sich nach einem normativ-objektiven Maßstab, welcher sich unter anderem auch aus den Bestimmungen betreffend der zulässigen Vergütung von Nebenleistungen der Aktionäre (§ 55 öAktG bzw § 61 dAktG) ableiten lässt.¹⁰⁴² Demnach darf für wiederkehrende Leistungen der Aktionäre, zu denen sie nach der Satzung neben der Einlagenleistung verpflichtet sind, eine den Wert der Leistung nicht übersteigende Vergütung ohne Rücksicht darauf gezahlt werden, ob ein Bilanzgewinn ausgewiesen wird oder nicht. Trotz der ausschließlichen Bezugnahme auf wiederkehrende Leistungen sieht man in dieser Bestimmung das allgemeine Prinzip, dass gleichfalls Vergütungen für wiederkehrende, in der Satzung nicht vorgesehene Leistungen als auch für einmalige Leistungen der Aktionäre aus einem Zielschuldverhältnis angemessen und werthaltig sein müssen.¹⁰⁴³ Daraus lässt sich folglich herauslesen, dass Austauschgeschäfte zwischen AG und Aktionär gegen den Grundsatz der Vermögensbindung verstoßen, sofern diese ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu Gunsten des Aktionärs aufweisen. Um diese Tatbestandsvoraussetzung des objektiven Missverhältnisses zu konkretisieren, wird zudem darauf abgestellt, ob ein sorgfältiger Geschäftsleiter dieses Rechtsgeschäft unter den selben Rahmenbedingungen auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hätte¹⁰⁴⁴ Der Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsleiters richtet sich hierbei nach den § 84 öAktG bzw § 93 dAktG,¹⁰⁴⁵ wonach der Vorstand einer AG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat. Nicht von

¹⁰⁴⁰ Dazu sogleich ausführlich.

¹⁰⁴¹ Vgl etwa *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 45; *Doralt/Winner* in MüKo³, § 57 Rz 273; *Hüffer*, AktG⁸, § 57 Rz 11; *Lutter* in KöKo², § 57 Rz 27; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 120; *Riedel*, Unzulässige Vermögenszuwendungen, 40 ff; differenzierend *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz .

¹⁰⁴² Vgl *Arnold*, GesRZ 1985, 90; *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 11; *Fleischer* in Schmidt/Lutter, Akt, § 57 Rz 11; vgl aber auch Fn 1048.

¹⁰⁴³ *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 11; *Doralt, M*, Management Buyout, 62 Fn 151; *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 88; *Krejci*, wbl 1993, 271; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 119 f.

¹⁰⁴⁴ Vgl etwa *Bezenberger*, Das Kapital, 227; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 19.

¹⁰⁴⁵ Vgl *Bezenberger*, Das Kapital, 227.

Relevanz ist folglich das konkrete Handeln des tatsächlich betroffenen Geschäftsleiters; vielmehr wird auf das Verhalten einer fiktiven Kunstfigur abgestellt, woraus sich auch die Bezeichnung als normativ-objektiver Maßstab erklären lässt. Die Beurteilung der Angemessenheit des Rechtsgeschäftes zwischen einer AG und einem ihrer Aktionäre anhand dieses Maßstabes, wird in der Literatur allgemein als Dritt- bzw Fremdvergleich¹⁰⁴⁶ oder auch *dealing at arm's length*¹⁰⁴⁷ bezeichnet.¹⁰⁴⁸ Gemeinhin geht man allerdings davon aus, dass der Drittvergleich in seiner Ausgestaltung nicht auf einen allgemeinen Bewertungsspielraum der AG schließen lässt. Dennoch wird dem handelnden Geschäftsleiter im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht ein „gewisser unternehmerischer Handlungsspielraum“ im Einzelfall zugebilligt.¹⁰⁴⁹

Vorab ist bei der Beurteilung, ob ein angemessenes Austauschgeschäft vorliegt, auf das objektive Missverhältnis einzugehen. Dabei orientiert sich die Trennlinie zwischen Ausgeglichenheit und Unausgeglichenheit von Leistung und Gegenleistung zuerst am Markt. Bestehen Marktpreise für die erbrachten Leistungen, so bemisst sich die Werthaltigkeit des Rechtsgeschäftes an diesem. Einem eventuellen unternehmerischen Ermessen des Geschäftsleiters im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht verbleibt hier aufgrund der Anknüpfung an den Marktwert, wenn überhaupt, nur ein sehr geringer Anwendungsbereich. Der Marktpreis bildet im Regelfall die Obergrenze.¹⁰⁵⁰ Im Einzelfall kann jedoch unter Umständen ein Erwerb der AG über dem Marktpreis oder auch ein Verkauf unter dem Marktpreis insofern gerechtfertigt sein, als der Aktionär den Verlust der AG durch die Zuwendung anderer tatsächlich und zeitlich im Zusammenhang stehender Vorteile ausgleicht,¹⁰⁵¹ sofern auch ein

¹⁰⁴⁶ S etwa *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 32 ff; *Fleischer* in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 12; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 120 f; *Riedel*, Unzulässige Vermögenszuwendungen, 31.

¹⁰⁴⁷ *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 27; *Doralt/Winner* in MüKo³, § 57 Rn 267; *Fleischer* in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 12.

¹⁰⁴⁸ Ursprünglich entstammt dieser Prüfmaßstab dem Steuerrecht; genauer gesagt hat er sich aus dem steuerrechtlichen Institut der verdeckten Gewinnausschüttung herausentwickelt, dessen entscheidendes Merkmal ist, dass sie von außen nicht klar als Gewinnausschüttung erkennbar ist und ihren Grund in der gesellschaftlichen Beziehung hat. Dieser Grund sei mittels eines Fremdvergleiches zu eruieren (vgl etwa VwGH 99/13/0154, 25.3.2004, ecolex 2004/23). Dieser Prüfmaßstab ist in modifizierter Form nunmehr auch im Gesellschaftsrecht generell anerkannt.

¹⁰⁴⁹ *Fleischer* in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 12; *ders*, WM 2007, 912; *Hüffer*, AktG⁸, § 57 Rz 8; *Lutter* in KöKo², § 57 Rz 18, 20; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 120; BGH II ZR 306/85, 1.12.1986, DB1987, 575.

¹⁰⁵⁰ *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 12; *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 38; *Fleischer*, WM 2007, 912; *ders* in Schmidt/Lutter, § 57 Rz 13; *Lutter* in KöKo², § 57 Rz 17; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 20.

¹⁰⁵¹ *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 37 f; genauer zum Vorteilsausgleich s *Bezenberger*, Das Kapital, 235 f; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 20.

ordentlicher Vorstand das entsprechende Rechtsgeschäft vorgenommen hätte, das Rechtsgeschäft also betrieblich gerechtfertigt war.¹⁰⁵²

Bestehen hingegen keine zum Vergleich geeigneten Marktpreise, so hat ein hypothetischer Marktvergleich zu erfolgen: Würde ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter ein derartiges Rechtsgeschäft mit einem außenstehenden Dritten auch abschließen?¹⁰⁵³ Hierbei rücken wiederum der normativ-objektive Maßstab und damit das theoretische Verhalten eines ordentlichen Geschäftsleiters näher in den Mittelpunkt, wobei nur ein gering größerer Ermessensspielraum des Geschäftsleiters im Vergleich zum Vorhandensein von Marktpreisen vorliegt,¹⁰⁵⁴ da gleichwohl weiterhin anerkannte Bewertungsmethoden bei der Preisfindung Anwendung finden sollen sowie eine Kosten-/Nutzenrechnung Aufschluss bringen kann.¹⁰⁵⁵ Führt auch dies zu keinem Ergebnis, so können zu guter Letzt die Kalkulationen des Gesellschafters plus einen angemessenen Gewinnzuschlag als Orientierungshilfe herangezogen werden, wobei diese Methode wohl eher als ultimo ratio zu werten ist.¹⁰⁵⁶

Lässt sich nach diesen Bemessungsmethoden – Marktvergleich bzw. hypothetischer Marktvergleich und anerkannten Bewertungsmethoden – ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung feststellen, so sei – wie auch bereits zuvor angedeutet – gesagt, dass ungeachtet des Missverhältnisses eine etwaige betriebliche Rechtfertigung für das betroffene Rechtsgeschäft von der hL¹⁰⁵⁷ und nunmehr auch von der Rechtsprechung¹⁰⁵⁸ als möglich angesehen wird. Zu berücksichtigen ist hier, dass das Handeln eines Geschäftsleiters für eine im Geschäftsverkehr auftretende Gesellschaft einen gewissen Grad an geschäftlichem Risiko mit sich bringt und ihm deshalb auch ein gewisser Ermessensspielraum

¹⁰⁵² Zur so genannten „betrieblichen Rechtfertigung“ sogleich ausführlicher.

¹⁰⁵³ *Bezenberger*, Das Kapital, 229 f; *Fleischer* in Schmidt/Lutter, § 57 Rz 13; *ders*, WM 2007, 912.

¹⁰⁵⁴ Für keinen größeren Ermessensspielraum *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 26; aA *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 13; *Bezenberger*, Das Kapital, 229 f; Lutter in KöKo², § 57 Rz 19.

¹⁰⁵⁵ *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 13; *Fleischer* in Schmidt/Lutter, § 57 Rz 13; *ders*, WM 2007, 912; *Hüffer*, AktG⁸, § 57 Rz 9; *Doralt/Winner* in MüKo³, § 57 Rz 270; in Ansätzen auch *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 40; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 26.

¹⁰⁵⁶ *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 13; *Doralt/Winner* in MüKo³, § 57 Rz 270; *Krejci*, wbl 1993, 273 f; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 121.

¹⁰⁵⁷ *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 13; *Karollus*, ecolex 1999, 324 ff; *Nowotny*, RdW 1987, 286; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 183; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 67; in dem Sinne wohl auch *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 37 f mit dem Verweis auf einen möglichen Vorteilsausgleichs; ebenso *Bezenberger*, Das Kapital, 235 f.

¹⁰⁵⁸ BGH II ZR 306/85, 1.12.1986, EWiR 1987, 255; OGH 6 Ob 271/05d, 1.12.2005, JBl 2006, 388.

einzuräumen ist.¹⁰⁵⁹ Insofern kann nicht jede Benachteiligung der Gesellschaft aufgrund eines ungünstigen Rechtsgeschäftes mit einem Gesellschafter eine Verletzung der Sorgfaltspflicht und dadurch einen Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung darstellen. Eine Pflichtverletzung kann einem Geschäftsleiter nur insofern vorgeworfen werden, als er die „*Pflicht zu branchenadäquaten, größenadäquaten oder situationsadäquaten Bemühen*“ verletzt.¹⁰⁶⁰ Ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung könne folglich damit gerechtfertigt werden, dass auch ein sorgfältig handelnder Geschäftsleiter dieses Rechtsgeschäft unter den gleichen Umständen eingegangen wäre.¹⁰⁶¹ Entscheidend ist hierbei, dass der erwartete Vorteil aus dem an sich gegen den Grundsatz der Vermögensbindung verstoßenden Rechtsgeschäftes „*in einer vernünftigen Relation*“ zu den damit verbundenen Risiken steht.¹⁰⁶² Zum großen Teil wird die betriebliche Rechtfertigung zu Recht als Unterkategorie des Fremdvergleiches gesehen, welche sich bereits aus der Angemessenheitsprüfung und dem darin enthaltenen objektiven Verhaltensmaßstabes des ordentlichen Geschäftsleiters ableiten lässt.¹⁰⁶³ Beispielhaft lässt sich die betriebliche Rechtfertigung an folgendem Sachverhalt¹⁰⁶⁴ demonstrieren. Sowohl einer Gesellschaft, welche ein Strickwarenerzeugungsunternehmen führte, als auch ihrem Gesellschafter, einem Einzelunternehmer mit dem eine intensive Geschäftsbeziehung bestand, welche darin lag, dass jener Teil des Fertigungsprozesses, bei dem durch entsprechende Fachkräfte überwiegend manuell gearbeitet und deshalb zum Einzelunternehmen ausgelagert wurde, wurde ein gemeinsamer Kreditrahmen von einer Bank eingeräumt. Für die Gesamtausnutzung des Kreditrahmens wurde eine solidarische Haftung der Gesellschaft und des Gesellschafters vereinbart. Die jeweils in Anspruch genommenen Beträge wurden auf getrennten Konten verbucht. Dabei wurde allerdings ein wechselseitiger Ausgleich von Guthaben- und Sollständen mittels Verpfändungen der Guthaben sowie Kontoaufrechnungserklärungen vorgesehen. Mit Wegfall des Hauptkunden wurde jedoch sowohl über der Gesellschaft als auch dem Gesellschafter Konkurs eröffnet und die Bank wollte das Guthaben des Gesellschaftskontos mit dem Soll des

¹⁰⁵⁹ Schmidberger, GesRZ 1997, 16; Reich-Rohrwig, ecolex 2003, 155; vgl auch Fn 1049.

¹⁰⁶⁰ OGH 3 Ob 287/02 f, 22.10.2003, GesRZ 2004, 57.

¹⁰⁶¹ Vgl Fn 1058.

¹⁰⁶² Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 183.

¹⁰⁶³ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 13; Doralt/Winner in MüKo³, § 57 Rz 237; Koziol, ÖBA 2006, 299.

¹⁰⁶⁴ OGH 6 Ob 271/05d, 1.12.2005, JBl 2006, 388.

Gesellschafterkontos gegen verrechnen. Der klagende Masseverwalter wollte darin eine verdeckte Ausschüttung von Vermögen entdecken. Allerdings sah der OGH ein rechtfertigendes Eigeninteresse der Gesellschaft und nahm folglich eine betriebliche Rechtfertigung insoweit an, als die bereits von den Vorinstanzen festgestellten Aspekte der wirtschaftlichen Zusammenarbeit beider Unternehmen ausschlaggebende Punkte waren. Die abgesprochene Zusammenarbeit der beiden Unternehmen sei jedenfalls auch zum wirtschaftlichen Vorteil der Gesellschaft angelegt, welche als Händlerin des Endproduktes ihren nach Auftragslage schwankenden Bedarf an Schneiderarbeiten und Näharbeiten jederzeit beim Gesellschafter abrufen konnte. Dafür sei es aber durchaus erforderlich, dass das Einzelunternehmen auch bei schlechter Auftragslage seine Fachkräfte nicht abbaut, um den Bedürfnissen der Gesellschaft jederzeit nachkommen zu können. Man könne insofern – auch im Hinblick auf die minimale Beteiligung des Gesellschafters – davon ausgehen, dass die Gesellschaft auch mit einem außenstehenden Dritten in gleicher Weise wie mit dem Gesellschafter eine Partnerschaft eingegangen wäre. Mit dieser Entscheidung bekräftigte der OGH nunmehr zweifelsfrei, dass eine verdeckte Ausschüttung insoweit gerechtfertigt sein kann, als dies nach der Formel des Drittvergleiches dahingehend gedeckt ist, dass das Rechtsgeschäft, welches zwar mangels objektiver Wertäquivalenz einen Vermögensnachteil für die Gesellschaft bedeutet, auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten geschlossen worden wäre.

Als für den Drittvergleich ferner bedeutsam wird folglich auch das Beteiligungsverhältnis des betroffenen Gesellschafters gesehen und kann zudem als Indikator für dessen Verfehlung fungieren.¹⁰⁶⁵ So wird eine geringe Beteiligung eines Gesellschafters wohl eher darauf schließen lassen, dass ein mit diesem geschlossenes Rechtsgeschäft auf diese Weise auch mit einem außenstehenden Dritten abgeschlossen worden wäre. Gegenteiliges könne hingegen gesagt werden, wenn es sich bei dem Vertragspartner der AG um einen Mehrheitsgesellschafter handelt.

cc) Zusätzliche subjektive Voraussetzung – Aktionärsstellung als ausschlaggebender Zuwendungsgrund?

Eine durchaus umstrittene Mindermeinung will zudem noch ein subjektives Tatbestandselement erfüllt wissen. Gefordert wird nach dieser Ansicht ein subjektives

¹⁰⁶⁵ OGH 6 Ob 271/05d, 1.12.2005, JBl 2006, 388; zustimmend Artmann, JBl 2006, 392; Doralt/Winner in MüKo³, § 57 Rz 272; entsprechend zuvor bereits Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 19; im Ansatz auch Bayer in MüKo³, § 57 Rz 36.

Element auf Seiten der AG oder ein Bewusstsein der am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien über die Gesellschafterstellung als Zuwendungsgrund (*causa societatis*) – dass die Gesellschafterstellung also Anstoß zum Abschluss des Rechtsgeschäftes war.¹⁰⁶⁶ Die neuere hL¹⁰⁶⁷ lehnt diese Ansicht zu Recht ab und sieht keine Notwendigkeit, zusätzlich subjektive Tatbestandselemente zu fordern, sondern lässt allein das Vorliegen eines objektiven Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung, gemessen am hypothetischen Verhalten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, genügen. Auch wenn der dabei zugestandene Ermessensspielraum des Geschäftsleiters in gewisser Weise auf einen subjektiven Gehalt hindeutet, ist dennoch auch dieser mE als objektiv zu verstehen, da er in dem normativ-objektiven Maßstab des Fremdvergleiches fußt und auch die betriebliche Rechtfertigung sich an diesem misst.¹⁰⁶⁸

Von dem subjektiven Tatbestandselement unabhängig zu betrachten ist die Beobachtung, dass oftmals die Begriffe „*causa societatis*“ oder auch „*Gesellschaftergeschäft*“ als rein sprachliche Abgrenzung von normalen Drittgeschäften verwendet werden. Im Sinne dieses Gebrauches spiegelt sich auch kein beabsichtigtes subjektives Element wieder. Es soll mE dadurch vielmehr verdeutlicht werden, dass die Grenzziehung zwischen verbotener Ausschüttung und erlaubtem Umsatzgeschäft darin liegt, ob neben das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung noch die Gesellschafterstellung tritt; allein das Faktum, dass der Geschäftspartner der Gesellschaft ein Gesellschafter ist – also das objektive Vorliegen der Gesellschaftereigenschaft – sei ausreichend.¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁶ So etwa Arnold, GesRZ 1985, 94; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl (1984), § 57 Rz 16; Wilhelm in FS Flume, 379 ff; nunmehr wieder im Ansatz Bezenberger, Das Kapital, 233 ff.

¹⁰⁶⁷ Vgl etwa Bayer in MüKo³, § 57 Rz 45; Doralt/Winner in MüKo³, § 57 Rz 273; Hüffer, AktG⁸, § 57 Rz 11; Lutter in KöKo², § 57 Rz 27; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 120; Riedel, Unzulässige Vermögenszuwendungen, 40 ff; Schmiedsberger, GesRZ 1997, 16; auch bereits BGH II ZR 306/85, 1.12.1986, EWIR 1987, 255; OLG Koblenz 6 U 342/04, 5.4.2007, AG 2007, 408; OGH 4 Ob 2078/96h, 25.6.1996, SZ 69/149; OGH 6 Ob 288/99t, ecolex 2000, 512/208; OGH 6 Ob 271/05d, GesRZ 2006, 148 (allerdings nimmt der OGH an, dass bei Vorhandensein eines objektiven Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung vermutet werden kann, dass die Gesellschafterstellung der Beweggrund für die Zuwendung gewesen ist. Diese Vermutung könnte jedoch dadurch entkräftet werden, dass hinreichend dargetan wird, dass diese Zuwendung auch getätigt worden wäre, wenn kein gesellschaftsrechtliches Verhältnis vorgelegen hätte); zurückhaltend Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 46; in der Regel tritt dieses Merkmal zu dem objektiven Missverhältnis hinzu, sei aber nicht erforderlich; im Endeffekt stimmt er jedoch der hM zu.

¹⁰⁶⁸ Vgl etwa Doralt/Winner in MüKo³, § 57 Rz 273.

¹⁰⁶⁹ Krejci, wbl 1993, 273 idS auch Nowotny, RdW 1987, 286.

c) Neuerungen durch das MoMiG

Mit 11.1.2008 trat in Deutschland das MoMiG in Kraft und damit auch der neue § 57 dAktG. Welche allgemeinen Änderungen die zuvor dargelegten Grundsätze dadurch erfahren haben und ob sie überhaupt noch Geltung haben, soll hier in Kürze dargestellt werden. Hauptaugenmerk des MoMiG ist zwar die Modernisierung des GmbH-Rechtes und die Bekämpfung von Missbräuchen, jedoch nahm man im Zuge einer so umfassenden Reformierung die Gunst der Stunde wahr und widmete sich unter anderem auch der Bestimmung des § 57 dAktG. Dies vor allem, um einen gewissen Gleichlauf der Bestimmungen des GmbHG und des AktG in Bezug auf die Vermögensbindung zu schaffen, welche in letzter Zeit heftigen Erschütterungen aufgrund reger Diskussionen ausgesetzt waren und man folglich nach mehr Rechtssicherheit verlangte. Stein des Anstoßes war die so genannte *November-Entscheidung* des BGH¹⁰⁷⁰, die zwar zum Recht der GmbH ergangen ist, aber sehr wohl auch Auswirkungen auf das Aktienrecht hatte. Dem BGH zufolge sollten selbst Darlehen, deren Rückforderungsansprüche vollwertig sind, als Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung gewertet werden. Schnell waren die damit einhergehenden Probleme, vor allem im Hinblick auf eine in Konzernen häufig vorkommende Praxis, dem „cash-pooling“, sichtbar. Um den Bestand dieser Finanzierungspraxis, die als „*unentbehrlicher Bestandteil der Konzernfinanzierung*“¹⁰⁷¹ gesehen wird, wurde seither gebangt. Dies rief den Gesetzgeber auf den Plan, der mit der Reformierung des § 57 dAktG „*die Rückkehr zum bilanziellen Denken*“¹⁰⁷² ankündete. Folgender Satz wurde der Bestimmung des § 57 dAktG nunmehr hinzugefügt: „*Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die [...] durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind.*“ Dadurch wurde eine ausdrückliche Einführung des Vollwertigkeits- und Deckungsgebotes umgesetzt, die eine Ausplünderung von Gesellschaften verhindern und dadurch den Schutz der Gläubiger gewähren sollen.¹⁰⁷³ Das Vollwertigkeitsgebot bringt die Durchsetzbarkeit und damit die Einbringlichkeit der Forderung zum

¹⁰⁷⁰ BGH II ZR 171/01, 24.11.2003, NJW 2004, 1111.

¹⁰⁷¹ Drygala/Kremer, ZIP 2007, 1289; so auch Broucker/Rockstroh, BB 2009, 731.

¹⁰⁷² Begr RegE MoMiG, BR-Drucks 354/07, 94; dies ist allerdings nicht ganz zutreffend in Bezug auf das AktG, da bis dato die hL auch schon vor der November-Entscheidung Abstand von einer bilanziellen Betrachtung betreffend der Gewährung von Darlehen der Gesellschaft an ihre Aktionäre Abstand genommen hatten. Zutreffend ist diese Aussage jedoch insoweit, als es das Recht der GmbH betrifft; vgl etwa Müllert/Leuschner, NZG 2009, 282.

¹⁰⁷³ Vgl Begr RegE MoMiG, BR-Drucks 354/07, 94.

Ausdruck und ist rein bilanziell zu beurteilen.¹⁰⁷⁴ Ferner soll eine nachträgliche, nicht vorhersehbare Verschlechterung in Bezug auf die Forderung nicht dazu führen, dass die Leistung rückwirkend als verbotene Ausschüttung angesehen wird. Im Gegensatz dazu bedeutet das Deckungsgebot, „dass bei einem Austauschvertrag der Zahlungsanspruch gegen den Gesellschafter nicht nur vollwertig sein muss, sondern auch wertmäßig nach Marktwerten und nicht nach Abschreibungswerten den geleisteten Gegenstand decken muss“.¹⁰⁷⁵ Die „Rückkehr zum bilanziellen Denken“¹⁰⁷⁶ wirft jedoch die Frage auf, inwieweit die bereits oben ausgeführten Grundsätze betreffend verdeckter Ausschüttungen durch die Neuregelung überholt sind, oder ob sie dennoch weiterhin Beachtung finden. In Bezug auf Austauschgeschäfte stellt bereits der Gesetzgeber klar, dass der Gegenleistungsanspruch nicht nur vollwertig sein muss, sondern auch wertmäßig den Leistungsgegenstand decken soll. Das Deckungsgebot soll folglich sicherstellen, dass die Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung erhält. Dabei bemisst sich die Angemessenheit der Gegenleistung am Markt. Dies deckt sich zum großen Teil mit dem bereits oben besprochenen Drittvergleich,¹⁰⁷⁷ da auch dieser auf die Äquivalenz der Gegenleistung abstellt und dies unter anderem durch die Heranziehung von Marktwerten erreicht. Vieles spricht folglich dafür, in Bezug auf Austauschgeschäfte die bisherige Rechtslage beizubehalten und weiterhin an einer wirtschaftlichen Betrachtung festzuhalten.¹⁰⁷⁸ Dadurch würden vor allem die Probleme im Zusammenhang mit stillen Reserven oder auch nicht bilanzierungsfähigen Gegenständen, wie etwa einem selbst geschaffenen immateriellen Vermögenswert oder unrealisierter Geschäftschancen, eingedämmt werden, da hier eine bilanzielle Betrachtungsweise naturgemäß fehlte und nur eine wirtschaftliche Betrachtung anhand eines (hypothetischen) Drittvergleiches den Interessen der Gesellschaftsgläubiger und damit dem Schutzzweck des § 57 dAktG gerecht wird.¹⁰⁷⁹

Uneinigkeit besteht jedoch hinsichtlich der von der neuen Bestimmung stark beeinflussten aufsteigenden Darlehensgewährung. So wird zum einen vertreten, dass in Fällen von Darlehensgewährungen die Vollwertigkeit des Rückerstattungsanspruches

¹⁰⁷⁴ Winter, DStR 2007, 1487.

¹⁰⁷⁵ Begr RegE MoMiG, BR-Drucks 354/07, 94.

¹⁰⁷⁶ S bereits Fn 1072.

¹⁰⁷⁷ Vgl hierzu bereits S.230 ff.

¹⁰⁷⁸ So auch Drygala/Kremer, ZIP 2007, 1293.

¹⁰⁷⁹ Ausführlicher dazu Drygala/Kremer, ZIP 2007, 1294 f; so auch im Ansatz Gehrlein, Der Konzern 2007, 786; Winter, DStR 2007, 1487 f.

allein ausreichend sei, um einen Verstoß gegen § 57 dAktG ausschließen zu können. So sehen etwa *Drygala/Kremer*¹⁰⁸⁰ kein Rechtmäßigkeitserfordernis in der Angemessenheit der Gegenleistung in Bezug auf eine Darlehensgewährung. Demnach könnten unverzinsliche Darlehen ohne Verstoß gegen § 57 dAktG gewährt werden;¹⁰⁸¹ allerdings könne hierin eine Verletzung der Geschäftsführungspflichten gesehen werden. Jedoch relativieren sie ihre Ansicht dahingehend, dass sofern bei länger laufenden Darlehen eine bilanzielle Abzinsung erforderlich wird, ein unverzinsliches Darlehen folglich nur als vollwertig gewertet werden könne, wenn dennoch eine marktübliche Verzinsung vereinbart wird. Andererseits vertreten *Kiefner/Theusinger*¹⁰⁸² die Ansicht, dass zwar die Vollwertigkeit des Rückerstattungsanspruches ausschlaggebend sei, die Frage nach der etwaigen Verzinsung eines länger laufenden Darlehens jedoch nicht Teil der Vollwertigkeit des Anspruches sei, sondern hier der Anwendungsbereich des Deckungsgebotes seinen Anfang finde. Die Grenze sei bei einem Jahr Laufzeit anzulegen.¹⁰⁸³ Der Auffassung, eine angemessene Verzinsung sei erst im Falle längerfristiger Darlehen erforderlich, folgen auch *Brocker/Rockstroh*¹⁰⁸⁴.

Im Gegensatz dazu vertritt *Cahn*¹⁰⁸⁵ die Ansicht, dass sowohl das Vollwertigkeitsgebot als auch das Deckungsgebot für die Darlehensgewährung von Bedeutung sind. Bereits die Regierungsbegründung deute darauf hin, dass beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen: zum einen muss der Anspruch der Gesellschaft vollwertig sein, zum anderen muss die Leistung der Gesellschaft dadurch gedeckt sein. So stelle eine angemessene Verzinsung des Darlehens, als Gegenleistung für die Kapitalüberlassung, die Erfüllung des Deckungsgebotes dar und beeinträchtige allerdings nicht die Vollwertigkeit des Rückerstattungsanspruches. Auch bedeute die mangelnde Vollwertigkeit des Rückerstattungsanspruches aufgrund unmöglicher oder zweifelhafter Einbringlichkeit nicht, dass es ebenso an einer angemessenen Gegenleistung im Sinne des Deckungsgebotes fehle. Da es sich jedoch um zwei unabhängige Voraussetzungen handle, könne weder eine hohe Verzinsung die zweifelhafte Einbringlichkeit des Anspruches kompensieren noch könne die zweifelsfreie Einbringlichkeit eine unangemessene Verzinsung ausgleichen. Beide

¹⁰⁸⁰ *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1293.

¹⁰⁸¹ So auch *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 152.

¹⁰⁸² *Kiefner/Theusinger*, NZG 2008, 804.

¹⁰⁸³ So auch schon *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1293.

¹⁰⁸⁴ *Brocker/Rockstroh*, BB 2009, 732, folgend *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 152.

¹⁰⁸⁵ *Cahn*, Der Konzern, 71.

Voraussetzungen müssen folglich gleichzeitig erfüllt sein und dies nicht erst bei einer längeren Überlassung des Darlehens.

Vor allem in Bezug auf Darlehensgewährungen stellt sich nunmehr auch die Frage nach der Entbehrlichkeit des Drittvergleiches. Die neue Fassung des § 57 dAktG geht davon aus, dass kein Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung vorliegt, sofern die erbrachte Leistung der Gesellschaft durch einen vollwertigen Rückerstattungsanspruch oder Gegenleistungsanspruch gedeckt ist. Eine über diese Anforderungen hinausgehende Voraussetzung, wie etwa eine Sicherheitenbestellung für das gewährte Darlehen, wie es von der früheren hL¹⁰⁸⁶ und Rsp¹⁰⁸⁷ oftmals verlangt wurde, ist nunmehr hinfällig.¹⁰⁸⁸ Zumal damals der Drittvergleich in Bezug auf Darlehensgewährungen und Bestellungen von Sicherheiten über die Frage nach den marktüblichen Bedingungen hinausging – also das „wie“ der Gewährung – und vielmehr nach dem „hätte eine Gesellschaft überhaupt ein derartiges Rechtsgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen“ – also nach dem „ob“ – gefragt wurde.¹⁰⁸⁹ In diesem Sinne ist die Heranziehung eines derart strengen Drittvergleiches von der neuen Rechtslage verdrängt worden.¹⁰⁹⁰ Beachtung finden muss mE allerdings ferner die Tatsache, dass im Rahmen des Deckungsgebotes, welchem die Sicherung einer angemessenen Gegenleistung immanent ist, eine Bewertung anhand von Marktwerten vorzunehmen ist. Fehlt es gar an Marktwerten, wie dies etwa bei selbst hergestellten immateriellen Vermögenswerten der Fall ist, so kann hier nur ein (hypothetischer) Drittvergleich Aufschluss bieten. Folglich kann mE nicht von einer gänzlichen Verdrängung des Drittvergleiches die Rede sein, da der Drittvergleich, wenn auch in einer etwas abgeschwächten Form und mit dem Marktwert als Obergrenze, zur Bestimmung der Angemessenheit iS des Deckungsgebotes weiterhin essentiell ist.¹⁰⁹¹ Zwar kann der Ansicht zum Teil gefolgt werden, wonach es bei der Gewährung eines Darlehens lediglich auf die Vollwertigkeit des Rückerstattungsanspruch ankommt und eine etwaige angemessene Verzinsung daraus nicht zwangsläufig folgen muss: Ein Rückerstattungsanspruch ist dann als vollwertig zu werten, wenn dieser durchsetzbar ist; eine zusätzliche Verzinsung bedarf es nicht. Jedoch kann eine Verzinsung iS einer

¹⁰⁸⁶ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 100; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 22; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 49; Hüffer, AktG⁸, § 57 Rz.

¹⁰⁸⁷ OLG Hamm 8 U 59/94, 10.5.1995, ZIP 1995, 1263; BGH XI ZR 294/07, 13.11.2007, ZIP 2008, 118; OLG Thüringen 6 U 947/05, 25.4.2007, ZIP 2007, 1314.

¹⁰⁸⁸ So etwa Wand/Tillmann/Heckenthaler, AG 2009, 152.

¹⁰⁸⁹ Vgl Winter, DStR 2007, 1490.

¹⁰⁹⁰ Vgl etwa auch Brocker/Rockstroh, BB 2009, 732.

¹⁰⁹¹ So auch Mülbner/Leuschner, NZG 2009, 283; im Ansatz wohl auch Kiefner/Theusinger, NZG 2008, 806.

Gegenleistung für die Nutzung des gewährten Darlehens ausschlaggebend sein. Demnach müsse eine angemessene Gegenleistung für die Überlassung und die daraus resultierende Nutzung vereinbart werden. Es bietet sich demnach an, das Rechtsgeschäft der Darlehensgewährung aufzuspalten: zum einen in die Gewährung an sich, welche mit einem vollwertigen Rückerstattungsanspruch gedeckt ist und zum anderen in die Überlassung zur Nutzung, welche jedoch eine marktübliche Gegenleistung erfordert, um dem Deckungsgebot gerecht zu werden. Die erforderliche Angemessenheit dieser Gegenleistung spiegelt sich folglich in einer marktüblichen Verzinsung wider, welche durch einen Drittvergleich erfasst werden könne. Im Ergebnis ist dies wohl gleich zu setzen mit der Ansicht, welche eine angemessene Verzinsung längerfristiger Darlehen einräumt, wobei vorwiegend die Laufzeit über ein Jahr Erwähnung findet.¹⁰⁹²

So will etwa auch *Winter*¹⁰⁹³ zumindest einen Aspekt des Drittvergleiches unter das Vollwertigkeits- und Deckungsgebot subsumiert wissen. Allerdings müsse die Frage nach dem „*ob eine Gesellschaft etwa ein derartiges Darlehen auch an Dritte vergeben würde*“ außer Acht bleiben und die Frage nach dem „*wie*“ insofern differenziert werden, als eine zu niedrig unangemessene Verzinsung gegen das Deckungsgebot verstoße, eine fehlende Besicherung nicht unmittelbar schade, aber eventuell in eine höhere Verzinsung resultieren müsse. Ferner sehen auch *Mülbert/Leuschner*¹⁰⁹⁴ eine „*tendenzielle Bestätigung*“ der währenden Bedeutung des Drittvergleiches in dem vom Gesetzgeber eingeführten Deckungsgebot, indem den festgestellten Schwächen der rein bilanziellen Betrachtung in Bezug auf die Angemessenheit der Gegenleistung der wirtschaftlichen Betrachtung, basierend auf einem Drittvergleich, der Vortritt gewährt werden sollte.

Wie die genauen Auswirkungen der neuen Fassung des § 57 dAktG auf verdeckte Ausschüttungen allerdings im Ergebnis wirklich aussehen werden, wird abzuwarten sein, da sich eine gefestigte Auffassung dazu noch nicht feststellen lässt. Richtungsweisend werden wohl auch hier Lehre und Rsp sein, da die Reformbestrebungen des Gesetzgebers allem Anschein nach nicht ausreichende Aufklärungsarbeit geleistet haben.

¹⁰⁹² So etwa *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1293; *Kiefner/Theusinger*, NZG 2008, 804; *Brocker/Rockstroh*, BB 2009, 732.

¹⁰⁹³ *Winter*, DStR 2007, 1490.

¹⁰⁹⁴ *Mülbert/Leuschner*, NZG 2009, 283.

d) Fallbeispiel aus der österreichischen Judikatur

Neben einigen – für die Zwecke dieser Arbeit eher unerheblichen – Entscheidungen, welche zB Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder mit Vereinbarungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zum Gegenstand haben,¹⁰⁹⁵ die dem Grundsatz der Vermögensbindung zuwiderlaufen, beschäftigen sich die österreichischen Gerichte vor allem mit Sachverhalten, die durchaus auch Parallelen zum Verbot der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs aufweisen. Insbesondere im Zusammenhang mit der Gewährung von Darlehen und der Bestellung von Sicherheiten für Verbindlichkeiten eines Gesellschafters findet der Grundsatz der Vermögensbindung häufig Erwähnung.

aa) Darlehen

Nicht nur Darlehen sind als Kreditleistungen der Gesellschaft anzusehen. Ebenso werden Vorleistungen und auch Stundungen wie die Gewährung eines Darlehens behandelt.¹⁰⁹⁶ Die Gewährung eines Darlehens an einen Aktionär ist einer Gesellschaft grundsätzlich gestattet, sofern sie nicht kraft gesetzlicher Bestimmung – wie etwa § 52 öAktG oder § 66a öAktG – verboten ist.¹⁰⁹⁷ Allerdings wird sich die Darlehensgewährung an Aktionäre, vor allem bei Gesellschaften, die keine Banken sind, in engen Grenzen halten müssen, da ein Drittvergleich hier oftmals aufgrund strenger Anforderungen negativ beurteilt werden wird.¹⁰⁹⁸ Das von der Gesellschaft übernommene Risiko, welches mit der Darlehensgewährung einhergeht, wird vor allem bei höheren Darlehensbeträgen selbst durch eine hohe Verzinsung nicht beseitigt werden.¹⁰⁹⁹ Die österreichische Lehre stützt ferner die Zulässigkeit einer Darlehensgewährung auf die Bestellung einer Sicherheit. Dadurch würde nach hL¹¹⁰⁰ die Gewährung eines Darlehens nur bei einer marktüblichen Verzinsung und der

¹⁰⁹⁵ OGH 1 Ob 719/78, 25.10.1978, SZ 51/148 (Die Zusage eines garantierten Gewinnes, unabhängig von der Ertragslage der Gesellschaft, ist verbotswidrig und daher ohne rechtliche Wirkung); OLG Wien 28 R 68/05h, 17.5.2005, GeS 2005, 321 (Eine Bestimmung in einem Gesellschaftsvertrag, welche eine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen an einen ausscheidenden Gesellschafter vorsieht, verstößt gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr); OGH 4 Ob 252/02s, 19.11.2002, GeS 2003, 161 (Hingegen stellt eine Vereinbarung, wonach der ausscheidende Gesellschafter von allen von ihm eingegangenen Haftungen für Gesellschaftsverbindlichkeiten befreit wird und das von ihm zur Besicherung übergebene Kautionsparbuch zurückgestellt erhält, keine Verletzung des Grundsatzes der Vermögensbindung dar, weil diese Vereinbarung nicht dazu geeignet ist, das Vermögen der Gesellschaft zu schmälern; somit wird der Normzweck von dieser Vereinbarung in keinerlei Hinsicht berührt).

¹⁰⁹⁶ Statt vieler vgl nur *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 52 und 56.

¹⁰⁹⁷ Ist der Aktionär gleichzeitig auch ein Organmitglied, so kommen nach § 80 öAktG besondere gesetzliche Verfahrensmodalitäten zum Zug, da hier eine große Gefahr des Missbrauches besteht.

¹⁰⁹⁸ Vgl etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 98.

¹⁰⁹⁹ *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 54.

¹¹⁰⁰ *Doralt/Winner* in MüKo³, § 57 Rz 280; *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 99 Fn 106; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 54 f.

Bereitstellung einer (insbesondere dinglichen) Sicherheit als zulässig erachtet. Folglich ist eine Darlehensgewährung zu nicht marktüblichen, niedrigen Zinsen sowie die Gewährung eines unbesicherten Darlehens als eine verbotene Ausschüttung iS des § 52 öAktG zu werten.¹¹⁰¹

bb) Bestellung von Sicherheiten

Eines der sowohl von der Lehre als auch der Rsp häufig behandelten Themen in Bezug auf den Grundsatz der Vermögensbindung, ist wohl die Bestellung von Sicherheiten durch die Gesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Aktionäre; dies vor allem im Zusammenhang mit LBO-Fällen. Darunter fallen etwa Bürgschaften, Pfandrechte an beweglichen oder auch unbeweglichen Sachen, Sicherungsübereignungen, Sicherungszessionen, Garantieerklärungen und auch Schuldbeitritte.¹¹⁰² Einhelligkeit besteht insofern, als die Bestellung von Sicherheiten für eine Aktionärsschuld grundsätzlich einen Verstoß gegen § 52 öAktG darstellen kann.¹¹⁰³ Zwar wird hier nicht unmittelbar einem Aktionär ein Vermögenswert der Gesellschaft zugewandt, allerdings mündet bei Ausfall des Aktionärs als Hauptschuldner die Verwertung der Sicherheit in einer Vermögensminderung zu Lasten der Gesellschaft, welche dem Aktionär insofern mittelbar zugute kommt.¹¹⁰⁴ Die in diesem Zusammenhang grundlegendste Entscheidung¹¹⁰⁵ lag dem OGH im Jahre 1996 vor und ist vermutlich den meisten unter dem Namen „*Fehringer-Entscheidung*“ geläufig. Zwar betraf sie das Recht der GmbH, allerdings ist sie aufgrund des Gleichlaufes der § 52 öAktG und § 82 öGmbHG ebenso für das Aktienrecht von Bedeutung. Dabei ging es um einen „*downstream-merger*“, dem die Aufnahme von Fremdkapital mittels eines Bankkredites, welcher mit dem Vermögen der Gesellschaft besichert wurde, voran ging. Die Bestellung einer Sicherheit für eine Verbindlichkeit des Gesellschafters sei nach Meinung des OGH nur „*zulässig, wenn die Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung erhält, wie sie bei vergleichbaren Bankgeschäften üblich ist*“, die Sicherheitenbestellung folglich einem Drittvergleich standhält. Ferner sei die Bestellung einer Sicherheit nur „*zulässig, wenn die Organe der Zielgesellschaft bei*

¹¹⁰¹ *Ebd*; so auch Artmann in Jabornegg/Strasser⁴, § 52 Rz 16; VwGH 23.10.1997, 96/15/0117, GesRZ 1998, 167; VwGH 95/13/0141, 28.1.1998, RdW 1998, 444.

¹¹⁰² Vgl Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 86.

¹¹⁰³ Vgl etwa Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 18; Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 91 mwN; Strommer, WBI 1987, 334; OGH 4 Ob 2078/96h, 25.6.1996, RdW 1998; OGH 1 Ob 290/00d, 26.6.2001, RdW 2001/744; OGH 6 Ob 271/05d, 1.12.2005, GesRZ 2006, 148; die hL geht bereits bei der Bestellung von einem Verstoß aus; ausführlich zur Diskussion des Anknüpfungszeitpunktes Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 91 ff.

¹¹⁰⁴ AA Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 86(91) sehen eine unmittelbare Leistung an den Gesellschafter aufgrund der Erfüllung des im Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bestehenden Auftrages.

¹¹⁰⁵ OGH 4 Ob 2078/96h, 25.6.1996, RdW 1996, 471.

gewissenhafter Prüfung annehmen konnten, dass die Zielgesellschaft in der Lage sein werde, die Kreditrückzahlungen zu „verdienen“.

Im Gegensatz dazu geht Saurer¹¹⁰⁶ noch weiter und fordert zudem noch eine betriebliche Rechtfertigung iS eines Eigeninteresses der Gesellschaft an dem zu besichernden Rechtsgeschäft. Diese Auffassung wird jedoch von der hL¹¹⁰⁷ nicht weiter unterstützt.

Ebenso sehen Koppensteiner/Rüffler¹¹⁰⁸ die Zulässigkeit einer Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten eines Aktionärs nur in der Bezahlung einer angemessenen Avalprovision und in der zusätzlichen Unbedenklichkeit des Regressanspruches aufgrund seiner Vollwertigkeit. Jedoch sehen sie eine etwas überschießende Großzügigkeit des OGH in der *Fehringer-Entscheidung*, da sich dieser nicht ausdrücklich auf die Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruches stützt, sondern vielmehr darauf, ob bei gewissenhafter Prüfung die Annahme bestand, dass die notwendigen Mittel für die Kreditrückzahlung erwirtschaft werden können.¹¹⁰⁹ Die Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruches drücke sich vielmehr darin aus, dass an dessen Einbringlichkeit „kein vernünftiger Grund zu Zweifel bestehe, was in der Regel nur bei entsprechender hypothekarischer Besicherung des Rückgriffsanspruches oder persönlicher Sicherheiten von Schuldern unbedenklicher Bonität, wie etwa Banken, der Fall sein“ kann.

Ebenso in Kritik an der *Fehringer-Entscheidung* üben sich Doralt/Winner¹¹¹⁰. Ihrer Ansicht nach hätte sich der OGH nicht nur auf die Rückzahlungsfähigkeit der die Sicherheit selbst bestellenden Gesellschaft stützen dürfen; vielmehr komme es darauf an, ob die Gesellschaft die Möglichkeit hat, die Rückzahlung aus ausschüttbaren Mitteln zu bestreiten. Ferner hätte im Rahmen des Drittvergleiches noch gefragt werden müssen, „ob“ die Gesellschaft überhaupt ein derartiges Rechtsgeschäft auch mit einem Dritten abgeschlossen hätte. Dabei stellen sie auf das mögliche Restrisiko ab, welches die Gesellschaft selbst bei drittüblichen Bedingungen von einer Sicherheitenbestellung zu Gunsten eines Dritten abhalten würde.¹¹¹¹ Die bloß geringe

¹¹⁰⁶ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 66 ff; ders, RdW 1998, 595 ff; so auch Karollus, ecolex 1999, 324 ff.

¹¹⁰⁷ Doralt, M, Management Buyout, 135 ff; Doralt/Winner in MüKo³, § 57 Rz 282; Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 96 Fn 86.

¹¹⁰⁸ Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 94 f.

¹¹⁰⁹ Zustimmend Doralt, M, Management Buyout, 129.

¹¹¹⁰ Doralt/Winner in MüKo³, § 57 Rz 281.

¹¹¹¹ Auch bereits Hügel, JBl 1997, 114; zustimmend auch Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 19.

Wahrscheinlichkeit einer Existenzgefährdung für die Gesellschaft schließe die Zulässigkeit einer Sicherheitenbestellung bereits aus; dies selbst bei Entrichtung einer angemessenen oder gar übersteigenden Gegenleistung.¹¹¹² Ist das mit der Bestellung der Sicherheit eingegangene Risiko vertretbar, so komme es ferner auf die Angemessenheit der Gegenleistung an.¹¹¹³

Aus all dem lässt sich zusammenfassend sagen, dass die hL¹¹¹⁴ grundsätzlich von einem engen Spielraum für eine zulässige Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten eines Aktionärs ausgeht, da in diesem Zusammenhang strenge Anforderungen an den Drittvergleich gestellt werden.¹¹¹⁵ Dies müsse vor allem für die typischen Fälle des LBO angenommen werden.

cc) Sonstige verbotene Ausschüttungen

Neben den oben besprochenen Rechtsgeschäften haben die Gerichte in einer Reihe von Entscheidungen die unterschiedlichsten Rechtsgeschäfte als verbotene Ausschüttung entlarvt, da sie einem Drittvergleich nicht standhalten konnten.¹¹¹⁶ So liegt etwa eine verbotene Ausschüttung bei der Überlassung von Betriebsmitteln gegen ein unangemessenes Entgelt vor.¹¹¹⁷ Ebenso hat der OGH bereits zum wiederholten Male die Tragung von Privatausgaben oder auch die Begleichung von Privatverbindlichkeiten eines Gesellschafters durch die Gesellschaft als einen Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung gesehen.¹¹¹⁸ Die Zahlung überhöhter Gehälter an den Gesellschafter-Geschäftsführer¹¹¹⁹ sowie die Abspaltung und Einbringung eines Teilbetriebes einer Gesellschaft und Ausgabe der dadurch entstandenen Anteile an die Gesellschafter,¹¹²⁰ aber auch die unentgeltliche Übertragung des Klientenstockes der Gesellschaft an ihren Gesellschafter, sind ferner

¹¹¹² So auch Doralt, M, Management Buyout, 128; Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 98.

¹¹¹³ Für eine höhere Avalprovision als bei vergleichbaren Rechtsgeschäften von Banken und somit kritisch gegenüber der Fehringer-Entscheidung: Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 19; Doralt, M, Management Buyout, 129 ff.

¹¹¹⁴ Vgl etwa Doralt, M, Management Buyout, 149: „Im Ergebnis ist also die Verpfändung von Aktiva beim klassischen MBO oder LBO jedenfalls unzulässig“; so auch Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 20.

¹¹¹⁵ Beachtung muss allerdings die Entscheidung des OGH vom 6 Ob 271/05d, 1.12.2005, GesRZ 2006, 148 finden, wonach die Bestellung einer Sicherheit für die Verbindlichkeiten eines Gesellschafters aufgrund betrieblicher Rechtfertigung als zulässig erachtet wurde; näher dazu bereits S.233 f.

¹¹¹⁶ Für eine ausführliche Auflistung der dazu ergangenen Entscheidungen siehe Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 123 ff.

¹¹¹⁷ OGH 3 Ob 122/99h, 26.4.2000, ecolex 2001/19.

¹¹¹⁸ OGH 8 Ob 527/91, 28.11.1991, ecolex 1992, 631 (Thiery); OGH 9 Ob 127/04y, 3.8.2005, ecolex 2006/87, 222; dazu Schopper, ecolex 2006, 215; OGH Ob I 211/26, 24.3.1926, SZ 8/91.

¹¹¹⁹ OGH R III 78/20, 16.6.1920, SZ 2/60.

¹¹²⁰ OLG Wien 28 R 3/96h, 29.3.1996, RdW 1997, 597.

Verstöße gegen § 52 öAktG.¹¹²¹ Gleiches gilt für den Fall, dass ein durch unbare Entnahmen überschuldetes Unternehmen eingebracht wird.¹¹²² Dies sind nur einige der vielfältigen Sachverhalte, welche den österreichischen Zivilgerichten vorlagen. Einen weiteren guten Überblick über mögliche Fallvarianten kann auch die Vielfalt der steuerrechtlichen Rsp des VwGH bieten.¹¹²³ Hierbei stützt man sich auf eine Einteilung der Fallgruppen nach vier unterschiedlichen Kriterien. Danach unterscheidet man den Erwerb von Wirtschaftsgütern von einem Gesellschafter gegen unangemessenes hohes Entgelt sowie die Nutzung von Dienstleistungen, Gütern oder auch Kapital durch die Gesellschaft gegen unangemessen hohes Entgelt. Demgegenüber stehen die systematischen Gegenstücke: folglich die Überlassung von Wirtschaftsgütern an einen Gesellschafter gegen unangemessen niedriges oder kein Entgelt sowie die Nutzung von Diensten, Gütern oder Kapital gegen unangemessen niedriges Entgelt oder gar unentgeltlich. Darüber hinaus beschäftigt sich auch die Lehre zunehmend mit möglichen Szenarien, welche als verbotene Ausschüttungen angesehen werden könnten. So hat sich vor allem in Bezug auf den unentgeltlichen Verzicht von *corporate opportunities* zu Gunsten eines Aktionärs die Ansicht entwickelt, dass darin ein Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung gesehen wird, da sich dahinter sehr wohl ein Vermögenswert verbirgt.¹¹²⁴ Ein offensichtlicher Verstoß liegt insbesondere dann vor, wenn die Gesellschaft im Hinblick auf diese Geschäftschance bereits Aufwendungen getätigt hat und sich der Aktionär, zu Gunsten dessen diese Geschäftschance überlassen wurde, dadurch diese Aufwendungen erspart.¹¹²⁵

e) Fallbeispiele aus der deutschen Judikatur

aa) Darlehen

Durch das MoMiG hat die Bestimmung des § 57 dAktG vor allem in Bezug auf die Gewährung von Darlehen¹¹²⁶ Änderungen erfahren. Der Gesetzgeber sieht Darlehen

¹¹²¹ OGH 6 Ob 2110/96d, 13.2.1997, ecolex 1997, 851.

¹¹²² OGH 6 Ob 81/02h, 23.1.2003, GesRZ 2003, 163; dazu *Reich-Rohrwig/Gröss*, ecolex 2003, 680; dieser Sachverhalt kann neben dem Tatbestand des § 52 öAktG auch den der verdeckten Sacheinlage begründen.

¹¹²³ *Doralt/Winner* in MüKo³, § 57 Rz 276.

¹¹²⁴ *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 17, *Doralt, M*, Management Buyout, 60; *Doralt/Winner* in MüKo³, § 57 Rz 233.

¹¹²⁵ *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 17.

¹¹²⁶ Ferner sind auch weiterhin sämtliche Rechtsgeschäfte funktional als Darlehen zu behandeln, die einen vergleichbaren Erfolg herbeiführen. So ist etwa die Stundung einer Forderung (LG Berlin 26.4.2006, 99 O 101/05, nicht veröffentlicht; BGH II ZR 104/80, 21.9.1981, ZIP 1981, 1200 (zur GmbH); *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 101; *Henze* in Großkommentar⁴, § 57 Rz 50; *Schön*, ZHR 1995, 361; *Stimpel* in FS 100 Jahre GmbHG, 346 ff), das Verstreichenlassen einer Kündigungsmöglichkeit (BGH II ZR 74/92, 10.5.1993, ZIP 1993, 917; zur

nunmehr im Hinblick auf den Grundsatz der Vermögensbindung als unbedenklich an, sofern die Leistung der Gesellschaft von einem vollwertigen Rückzahlungsanspruch gedeckt ist. Die frühere hL¹¹²⁷ und Rsp¹¹²⁸ ging noch davon aus, dass die Gewährung von Darlehen der AG an ihre Aktionäre generell einen Abfluss liquider Vermögenswerte der Gesellschaft zugunsten ihres Gesellschafters bedeute und daher, um nicht gegen den Grundsatz der Vermögensbindung zu verstoßen, nur insoweit gewährt werden darf, als dieses Darlehen in dieser Form auch einem Dritten gewährt worden wäre. An diese Voraussetzungen des Drittvergleiches wurden hohe Anforderungen gestellt. Dementsprechend wurden Darlehen der AG an ihre Aktionäre bereits als Verstoß gegen § 57 dAktG aF angesehen, wenn nicht zumindest der Erhalt der Liquidität der AG gesichert ist und die Darlehen angemessen verzinst und bankübliche Sicherheiten bestellt wurden. Mit der viel diskutierten *November-Entscheidung*¹¹²⁹ des BGH im Jahre 2003 wurde weiterführend festgehalten, dass eine Darlehensgewährung der Gesellschaft an einen Gesellschafter grundsätzlich auch dann als verbotene Ausschüttung zu werten ist, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig ist, da der Austausch liquider Mittel der Gesellschaft gegen einen prolongierten schuldrechtlichen Anspruch die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft verschlechtere und dadurch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger in Mitleidenschaft gezogen würden. Folglich würde selbst ein reiner Aktiventausch als verbotene Ausschüttung erachtet werden. Der neue § 57 dAktG in der Fassung des MoMiG sollte nunmehr Rechtssicherheit schaffen.

Trotz der bis dato erst kurzen „*Lebensdauer*“ des neuen § 57 dAktG hatte der BGH bereits die Möglichkeit, zu der neuen Rechtslage Stellung zu nehmen. Mit seiner MPS-Entscheidung¹¹³⁰ vom 1.12.2008 wendete der BGH seinen Ausführungen in der *November-Entscheidung* demonstrativ den Rücken zu und stellte fest, dass fortan der ausschlaggebende Punkt die Vollwertigkeit des Rückerstattungsanspruches sei oder ob ein konkretes Risiko für das Gesellschaftsvermögen bestehe. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung liege bei einem unbesicherten, kurzfristig

GmbH) oder auch eine Kaufpreisvorauszahlung (OLG Hamm 8 U19/06, 14.1.2008, nicht veröffentlicht) wie ein Darlehen zu behandeln.

¹¹²⁷ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 100; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 22; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 49; Hüffer, AktG⁸, § 57 Rz .

¹¹²⁸ OLG Hamm 8 U 59/94, 10.5.1995, ZIP 1995, 1263; BGH XI ZR 294/07, 13.11.2007, ZIP 2008, 118; OLG Thüringen 6 U 947/05, 25.4.2007, ZIP 2007, 1314.

¹¹²⁹ BGH II ZR 171/01, 24.11.2003, NJW 2004, 1111; zwar ist diese Entscheidung zum Recht der GmbH ergangen, allerdings lassen sich die grundlegenden Erwägungen auch auf das Recht der AG übertragen; vgl etwa Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 22; OLG Thüringen 6 U 947/05, 25.4.2007, ZIP 2007, 1315.

¹¹³⁰ BGH II ZR 102/07, 1.12.2008, ZIP 2009, 70.

rückforderbaren *upstream*-Darlehen nicht vor, wenn die Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Darlehensausreichung vollwertig ist, da es sich lediglich um einen Aktiventausch handle, der im Hinblick auf die Vermögensbindung unbedenklich sei. Gleiches gelte auch für so genannte Altfälle. Die Vollwertigkeit eines Rückgewähranspruches sei danach zu beurteilen, ob aufgrund einer ex ante-Bonitätsprüfung zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung ein „*konkretes Ausfallrisiko*“ bestand und die Einbringlichkeit folglich nicht zweifelhaft ist. Maßstab der Ermittlung der Vollwertigkeit liegt bei einer „*vernünftigen kaufmännischen Beurteilung, wie sie auch bei der Bewertung von Forderungen aus Drittgeschäften im Rahmen der Bilanzierung (§ 253 HGB) maßgeblich ist*“. Eine Verschlechterung der Situation und ein damit verbundener Forderungsausfall, welcher nicht zum Zeitpunkt der ex ante-Bonitätsprüfung vorhersehbar war, ist für die Darlehensgewährung nicht schädlich und wird nicht im Nachhinein als unzulässig gewertet.¹¹³¹ Allerdings bleibt hiervon die Sorgfaltspflicht der Leitungsorgane unberührt und es wird eine Verpflichtung angenommen, laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu überwachen und zu prüfen sowie bei einer Verschlechterung eine rechtzeitige Rückforderung anzustreben. Die daraus möglicherweise resultierenden Haftungsrisiken für Vorstand und Verwaltung sind in der Praxis nicht zu unterschätzen.¹¹³² Die Notwendigkeit einer Verzinsung des Darlehens behandelte der BGH indes nur peripher und erwähnte in einem obiter dictum, dass es einen Nachteil für die darlehensgewährende Gesellschaft iS des § 311 dAktG bedeute, wenn die dadurch entzogene Liquidität gar nicht oder nicht angemessen verzinst würde.¹¹³³ Was dies in Bezug auf das mögliche Erfordernis einer Verzinsung nach § 57 dAktG nF für Auswirkungen hat, bleibt allerdings offen.

bb) Bestellung von Sicherheiten

Nimmt ein Aktionär ein Darlehen bei einer Bank auf und besichert die AG den Anspruch der Bank auf Darlehensrückzahlung gegenüber dem Aktionär, so ging die bisherige hL¹¹³⁴ und Rsp¹¹³⁵ davon aus, dass bereits die Bestellung der Sicherheit eine verbotene Ausschüttung aus dem Gesellschaftsvermögen zugunsten des Aktionärs darstelle und nicht erst die Verwertung der Sicherheit durch die Bank. Lediglich ein

¹¹³¹ Ebd.

¹¹³² Falkenhausen, *Freiherr von/Kocher*, BB 2009, 122.

¹¹³³ BGH II ZR 102/07, 1.12.2008, ZIP 2009, 70 (Rz 17); vgl auch *Brocker/Rockstroh*, BB 2009, 731.

¹¹³⁴ *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 104; *Fleischer* in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 27; *Lutter* in KöKo², § 57 Rz 75; *Meister*, WM 1980, 392 (zur GmbH).

¹¹³⁵ OLG Koblenz 6 U 847/75, 10.2.1977, AG 1977, 231; OLG Düsseldorf 11 U 47/79, 24.10.1979, ZIP 1981, 186; OLG Hamburg 11 U 117/79, 23.5.1980, DB 1980, 2437; OLG München 15 U 1532/78, 11.7.1989, AG 1980, 272.

positiver Drittvergleich konnte die Bestellung einer Sicherheit zu Gunsten eines Aktionärs rechtfertigen. Allerdings wurden an den Drittvergleich in Bezug auf die Gewährung von Sicherheiten ebenso strenge Anforderungen gestellt, wie dies bei der Darlehensgewährung nach der früheren hL der Fall war. Demnach schloss man die Zulässigkeit einer Sicherheitenbestellung selbst bei Zahlung einer marktüblichen Avalprovision aus;¹¹³⁶ vielmehr wurde oftmals die Bestellung von Sicherheiten zu Gunsten eines Aktionärs generell wegen der zweifelhaften Werthaltigkeit des Regressanspruches gegen den Aktionär ausgeschlossen.¹¹³⁷ Unbeachtlich war hier ferner eine etwaige Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches, da der Gesellschaft durch die Sicherheitenbestellung das Insolvenzrisiko des Aktionärs aufgebürdet wird, welches sie zu Gunsten eines Dritten nicht übernommen hätte.¹¹³⁸ Diese Veranschaulichung zeigt, dass hier keineswegs von einer bilanziellen Betrachtungsweise die Rede sein kann, folglich stellt sich die Frage, ob es bei der Bestellung von Sicherheiten – welche auch nicht ausdrücklich von § 57 dAktG nF angesprochen wird – insofern ein Umdenken geben muss in Bezug auf die „*Rückkehr zum bilanziellen Denken*“, wie es die Regierungsbegründung fordert.

Zwar erwähnt der § 57 dAktG nF nicht eigens die Bestellung einer Sicherheit für Verbindlichkeiten eines Aktionärs, dennoch wird – wie auch schon bisher – darin eine Leistung der AG zu Gunsten ihres Aktionärs gesehen. Die Vollwertigkeit müsse sich hierbei auf den Freistellungs- bzw Rückgriffsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär im Falle einer Inanspruchnahme beziehen und indiziert entsprechend die Anwendung der allgemeinen Bilanzierungsgrundsätze für Forderungen.¹¹³⁹ Hiernach wäre folglich vorweg zu fragen, ob eine Inanspruchnahme zum Zeitpunkt der Bestellung wahrscheinlich ist. Ist eine Inanspruchnahme unwahrscheinlich,¹¹⁴⁰ so liegt ein bilanzneutraler Vorgang vor und die Bestellung der Sicherheit ist nicht als Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung zu werten. Ist jedoch mit einer Inanspruchnahme zum Zeitpunkt der Bestellung zu rechnen und ist in Folge dessen eine Rückstellung zu bilden, so ist die Zulässigkeit ferner danach zu prüfen, ob der Rückgriffsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär als werthaltig angesehen

¹¹³⁶ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 105 mwN.

¹¹³⁷ Kiefner/Theusinger, NZG 2008, 803.

¹¹³⁸ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 104.

¹¹³⁹ Kiefner/Theusinger, NZG 2008, 804 f; ebenso Wand/Tillmann/Heckenthaler, AG 2009, 152.

¹¹⁴⁰ Ausführlicher zu den Anforderungen an die Prüfung der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme; Kiefner/Theusinger, NZG 2008, 804 f.

werden kann und somit die Bestellung der Sicherheit deckt.¹¹⁴¹ Wie auch bei der Gewährung eines Darlehens, sind auch hier nachträgliche, negative Entwicklungen unerheblich und eine zuvor gewährte, als zulässig erachtete Sicherheitenbestellung könne nicht im Nachhinein als Verstoß gewertet werden.¹¹⁴² Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruches ist die Bestellung der Sicherheit. Allerdings wird nach Ansicht von *Wand/Tillmann/Heckenthaler*¹¹⁴³ zumindest im Dreipersonenverhältnis die Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruches regelmäßig zu verneinen sein.

cc) Sonstige verbotene Ausschüttungen

Wie auch in Österreich zeigt sich ein weites Spektrum an unterschiedlichsten Fallkonstellationen, die den deutschen Zivilgerichten zur Entscheidung vorlagen und sich als verbotene Ausschüttungen entpuppt haben. Neben den oben bereits besprochenen typischen und am häufigsten vorkommenden Rechtsgeschäften – die Gewährung eines Darlehens und die Bestellung einer Sicherheit – wenn es zu verdeckten Ausschüttungen zu Gunsten eines Aktionärs kommt, sind auch dem ersten Anschein nach normal wirkende Rechtsgeschäfte des Öfteren Stein des Anstoßes. Da man in Bezug auf Austauschgeschäfte trotz der neuen Fassung des § 57 dAktG für die Beibehaltung der bisherigen Rechtslage plädiert und auch die Regierungsbegründung darauf hindeutet,¹¹⁴⁴ bleiben die bisher ergangenen Entscheidungen, die Austauschgeschäfte zum Gegenstand haben, weiterhin von Relevanz. So sind Verkäufe von Vermögensgegenständen unter dem Marktpreis¹¹⁴⁵ oder auch Käufe über dem Marktpreis¹¹⁴⁶ typische Rechtsgeschäfte, die einen Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung darstellen. Gleiches gilt für Werkverträge wie etwa ein unter dem Selbstkostenpreis liegender Werklohn für die Erstellung eines Rohbaus für ein Einfamilienhaus durch die Gesellschaft¹¹⁴⁷ oder auch die Übernahme von Bauleistungen für eine Gesellschaft, deren Alleingesellschafter zugleich der Geschäftsführergesellschafter der ausführenden Gesellschaft ist, zu einem nicht

¹¹⁴¹ *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1295; *Kiefner/Theusinger*, NZG 2008, 804 f; diese Ansicht wurde zuvor schon von der hM vertreten in Bezug auf Sicherheitenbestellungen im GmbH-Recht (vgl etwa *Pentz* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁴, § 30 Rz 37).

¹¹⁴² *Ebd.*

¹¹⁴³ *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 152.

¹¹⁴⁴ S hierzu bereits S.237.

¹¹⁴⁵ OLG Karlsruhe 15 U 99/82, 16.12.1983, WM 1984, 656 (zum GmbH-Recht); LG München 5 HKO 16543/01, 20.11.2003, AG 2004, 159; Verkauf einer Unternehmensbeteiligung unter dem Verkehrswert an eine Gesellschaft des Hauptaktionärs.

¹¹⁴⁶ OLG Celle 18 U 3/92, 18.8.1992, NJW 1993, 739 (zum GmbH-Recht).

¹¹⁴⁷ BGH II ZR 306/85, 1.12.1986, DB 1987, 573 (zum GmbH-Recht).

marktüblichen Werklohn.¹¹⁴⁸ Des Weiteren wurden folgende Fallkonstellationen als Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung angesehen: Einschränkung eines Warenzeichens und Duldung der Neueintragung zugunsten des ausscheidenden Aktionärs ohne angemessene Gegenleistung¹¹⁴⁹, die Übernahme einer Prospekthaftung durch die Gesellschaft gegenüber dem verkaufenden Aktionär¹¹⁵⁰, die vorzeitige Rückzahlung eines nicht fälligen Darlehens¹¹⁵¹. Ein weiterer häufig auftretender Problemkreis verbirgt sich hinter dem Abkauf von Anfechtungsklagen oder auch der Zahlung eines Geldbetrages für die Rücknahme eines Widerspruches; auch dies wird grundsätzlich als Verstoß gegen § 57 dAktG angesehen.¹¹⁵² Eine Vielzahl weiterer Fallkonstellationen, welche als verbotene Ausschüttung iS des § 57 dAktG gelten, hat auch die deutsche Lehre aufgezeigt.¹¹⁵³ Demnach sind ferner eine gem § 61 dAktG überhöhte Vergütung für Nebenleistungen iSd § 55 dAktG,¹¹⁵⁴ eine Lizenzvergabe oder die Übertragung eines Alleinvertretungsrechtes an einen Aktionär zu Bedingungen, die für die AG ungünstig sind,¹¹⁵⁵ die Bezahlung von Beratungshonoraren ohne erkennbare Beratung oder auch zu überhöhten Kosten¹¹⁵⁶ sowie ein Forderungsverzicht¹¹⁵⁷ als Verstoß anzuerkennen. Gleichfalls wie die österreichische Lehre, wird auch in Deutschland der unentgeltliche Verzicht von Geschäftschancen zu Gunsten eines Aktionärs als Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung gesehen.¹¹⁵⁸

f) Ausschüttungen unter Beteiligung Dritter

Normadressaten des § 52 öAktG als auch des § 57 dAktG sind grundsätzlich die Gesellschaft und ihre Gesellschafter. Allerdings spielen zunehmend dreipersonale Konstellationen eine gewisse Rolle im Zusammenhang mit Verstößen gegen den Grundsatz der umfassenden Vermögensbindung.¹¹⁵⁹ Nicht umsonst betont sowohl der OGH als auch die deutsche Judikatur, dass sämtliche Vermögensverschiebungen zugunsten eines Gesellschafters – ob mittelbar oder unmittelbar –, die zu Lasten des

¹¹⁴⁸ OLG Hamburg 11 U 55/04, 31.8.2005, NZG 2005, 1008 (zum GmbH-Recht).

¹¹⁴⁹ OLG Frankfurt 6 U 192/91, 30.11.1995, AG 1996, 324.

¹¹⁵⁰ LG Bonn 1 O 552/05, 1.6.2007, ZIP 2007, 1267.

¹¹⁵¹ KG Berlin 14 U 2121/97, 24.7.1998, AG 1999, 319.

¹¹⁵² BGH II ZR 299/90, 14.5.1992, ZIP 1992, 1081; OLG Köln 16 U 134/88, 24.5.1989, DStR 1991, 885; LG Köln 3 O 703/87, 12.1.1988, AG 1988, 349.

¹¹⁵³ Für eine ausführliche Aufzählung s. Bayer in MüKo³, § 57 Rz 76 ff.

¹¹⁵⁴ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 81; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 48; Lutter in KöKo², § 57 Rz 28.

¹¹⁵⁵ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 81; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 48; Lutter in KöKo², § 57 Rz 28.

¹¹⁵⁶ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 81; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 48; Hüffer, AktG⁸, § 57 Rz 12.

¹¹⁵⁷ Lutter in KöKo², § 57 Rz 28; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 48.

¹¹⁵⁸ Bommert, Verdeckte Vermögensverlagerung, 23.

¹¹⁵⁹ Vgl. Kahlert, Verdeckte Gewinnausschüttungen an Nichtgesellschafter, 1.

Gesellschaftsvermögens gehen, verboten sind.¹¹⁶⁰ In diesem Zusammenhang können neben dem direkten Mittelabfluss von Gesellschaftsvermögen an einen Gesellschafter auch Zuwendungen an einen Aktionär durch einen Dritten oder auch Zuwendungen von der Gesellschaft an einen Dritten von Relevanz sein, da darin unter Umständen nach Sinn und Zweck des Verbotes des § 52 öAktG und § 57 dAktG ein indirekter Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung gesehen werden kann.

aa) Leistungen der Gesellschaft durch Dritte

Erbringt ein Dritter eine Leistung an einen Gesellschafter im eigenen Namen auf eigene Rechnung, so wird dadurch das Schutzobjekt des Grundsatzes der Vermögensbindung – das Gesellschaftsvermögen – und damit auch der Schutzzweck prinzipiell nicht berührt.¹¹⁶¹ Ein Verstoß gegen § 52 öAktG bzw § 57 dAktG kann in echten Drittleistungen nicht erblickt werden. Wird durch eine Drittleistung allerdings das Gesellschaftsvermögen direkt oder auch indirekt in Mitleidenschaft gezogen, so bietet sich eine Gleichstellung mit einer Leistung der Gesellschaft an ihren Gesellschafter sowie die Anwendung des Grundsatzes der Vermögensbindung auf derartige Drittleistungen an. Folglich muss auch diese Leistung einem Drittvergleich standhalten, um nicht als eine verbotene Ausschüttung zu gelten oder aber die Interessen der restlichen Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger keinesfalls berühren.¹¹⁶²

Als mit einer direkten Leistung der Gesellschaft an ihren Gesellschafter gleichgestellt werden vor allem Leistungen Dritter erachtet, die auf Rechnung der Gesellschaft erfolgen, da hier die Drittleistung denselben wirtschaftlichen Effekt einer direkten Leistung der Gesellschaft aufweist und somit in das Gesellschaftsvermögen eingreift. Die daraus resultierende Rechtsfolge ist jedoch keineswegs die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes zwischen dem Dritten und dem Aktionär; vielmehr ist dem Dritten der Aufwendungsersatzanspruch gegenüber der Gesellschaft verwehrt.¹¹⁶³ Als weitgehend im Gleichlauf mit dieser Ansicht begriffen, sind ferner Leistungen eines aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages abhängigen Unternehmens an die Aktionäre der übergeordneten Gesellschaft oder

¹¹⁶⁰ Vgl etwa OGH 6 Ob 271/05d, 1.12.2005, GesRZ 2006, 148; OLG Koblenz 6 U 847/75, 10.2.1977, AG 1977, 231; OLG Frankfurt 6 U 192/91, 30.11.1995, AG 1996, 324.

¹¹⁶¹ Vgl etwa Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 74.

¹¹⁶² Vgl etwa Bayer in MüKo³, § 57 Rz 47; sowie Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 57 Rz 34.

¹¹⁶³ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 33; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 48; Fleischer in Schmidt/Lutter, § 57 Rz 35; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 75; Hüffer, AktG⁸, § 57 Rz 13; Lutter in KöKo², § 57 Rz 37; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 35; OLG Hamburg 23.5.1980, 11 U 117/79, AG 1980, 275.

Leistungen eines Unternehmens, welches im Mehrheitsbesitz der AG steht, selbst wenn die Leistungen auf eigene Rechnung erfolgt sind. In Bezug auf die Kapitalerhaltung wird insofern der Verbund mehrerer Unternehmen als wirtschaftliche Einheit gesehen, da durch Leistungen der Tochtergesellschaft ebenso das Vermögen der übergeordneten Gesellschaft mittelbar belastet wird. Diese Einheit umfasst nach hM¹¹⁶⁴ auch Enkel- und Urenkelgesellschaften. Handelt es sich um eine rein faktische Abhängigkeit zwischen der Gesellschaft und dem Dritten, welche weder vertraglicher Natur ist noch aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung besteht, so verlangt die deutsche Lehre¹¹⁶⁵ eine zumindest „nicht ganz unerhebliche Beteiligungshöhe“, welche mit über 10% angesetzt wird. Hingegen legt die österreichische Lehre¹¹⁶⁶ zwar keine Grenze der Beteiligung fest, jedoch wird eine mittelbare Auswirkung auf das Vermögen der übergeordneten Gesellschaft aufgrund der Vermögensminderung auf Seiten der leistenden Gesellschaft gefordert. Nicht mit einer direkten Leistung der Gesellschaft gleichzusetzen und somit auch nicht unter den Grundsatz der Vermögensbindung zu subsumieren, sind Leistungen der Obergesellschaft oder auch der Schwestergesellschaft,¹¹⁶⁷ es sei denn, sie handeln wiederum auf Rechnung der Gesellschaft.

bb) Leistungen der Gesellschaft an einen Dritten (Nicht-Aktionär)

Trotz der ausdrücklichen Bezugnahme des § 52 öAktG und § 57 dAktG auf „Aktionäre“, können uU auch Leistungen der Gesellschaft an Dritte einer Leistung an einen Aktionär gleichgestellt werden und somit gegen den Grundsatz der Vermögensbindung verstoßen. Um die Leistung an einen gesellschaftsfremden Dritten jedoch dem Maßstab des Grundsatzes der Vermögensbindung unterstellen zu können, bedarf es zusätzlicher gesonderter Anknüpfungspunkte neben der erforderlichen Bewertung anhand eines Drittvergleiches. Hierbei bietet sich eine Kategorisierung der empfangenden Dritten an; so ist zum einen das Gesellschaftsvermögen durch Leistungen an Dritte gefährdet, wenn der empfangende Dritte einem Gesellschafter wirtschaftlich gleichkommt; in Folge ist hier von einem gleichgestellten Dritten zu sprechen. Zum anderen liegt eine Subsumption unter den Grundsatz der Vermögensbindung nahe, sofern die Leistung mittelbar dem Aktionär zugute kommt,

¹¹⁶⁴ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 57 Rz 33; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 50; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 57 Rz 35.

¹¹⁶⁵ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 52; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 78.

¹¹⁶⁶ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 57 Rz 35.

¹¹⁶⁷ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 53; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 57 Rz 35.

da die Leistung im Grunde dem Aktionär zuzurechnen ist.¹¹⁶⁸ Letztendlich ist somit das ausschlaggebende Kriterium, dass die Leistung in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis einer, wenn auch mittelbaren, verbotenen Ausschüttung an den Aktionär entspricht.¹¹⁶⁹

Als mit einem Aktionär gleichgestellt werden nach hL¹¹⁷⁰ insbesondere zukünftige, aber auch ehemalige Aktionäre der Gesellschaft betrachtet, sofern die Leistung in Bezug auf die künftige oder auch frühere Gesellschafterstellung erfolgt ist. Maßgebend ist hier ein enger zeitlicher und tatsächlicher Zusammenhang zwischen zukünftiger bzw ehemaliger Gesellschafterstellung und der erfolgten Leistung. In diesem Fall ist der empfangende Dritte zur Rückerstattung der Leistung verpflichtet. Oftmals erfolgt auch nur scheinbar eine Leistung an einen gesellschaftsfremden Dritten; bei genauerer wirtschaftlicher Betrachtung erweist sich dieser jedoch, trotz Fehlens des formalrechtlichen Gesellschafterstatus, als eigentlicher Gesellschafter der Gesellschaft.¹¹⁷¹ Der Dritte wird hier als so genannter faktischer Gesellschafter angesehen. Als faktischer Gesellschafter wird unter anderem der Treugeber angesehen, für den der formalrechtliche Gesellschafter die Aktien als Treuhänder innehat. Da hierdurch der Grundsatz der Vermögensbindung durch eine einfache Einschaltung eines Treuhänders um seine Bedeutung gebracht werden kann, wird folglich der Treugeber als faktischer Aktionär und somit ein dem formalrechtlichen Aktionär gleichgestellter Dritter dem Verbot gemäß § 52 öAktG bzw § 57 dAktG unterstellt.¹¹⁷² Ein faktischer Aktionär liegt auch in dem Fall eines rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vertreters des rechtlichen Aktionärs vor.¹¹⁷³ Wird etwa an den Vater eines minderjährigen Aktionärs eine Leistung im Zuge eines Austauschvertrages zugewandt, so hat dieser Austauschvertrag, um nicht gegen den Grundsatz der Vermögensbindung

¹¹⁶⁸ In Folge „zurechenbarer Dritter“.

¹¹⁶⁹ Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 74 mwN.

¹¹⁷⁰ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 57 Rz 30; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 57 f; Canaris in FS Fischer, 32 f; Doralt/Winner in MüKo³, § 57 Rz 274 f; Doralt, M, Management Buyout, 121; Hüffer, AktG⁸, § 57 Rz 14; Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 92; Lutter in KöKo², § 57 Rz 40 (sieht allerdings in der Überschreitung einer 6-monatigen Frist keinen relevanten zeitlichen Zusammenhang mehr); Reich-Rohrwig, ecolex 2003, 152; Riedel, Unzulässige Vermögenszuwendungen, 194 f; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 37 ff; BGH XI ZR 294/07, 13.11.2007, ZIP 2008, 118; OLG Hamm 8 U 69/06, 24.1.2007, nicht veröffentlicht; OLG Frankfurt 6 U 192/91, 30.11.1995, AG 1996, 324; vgl auch OLG 28 R 68/05h, 17.5.2005, GeS 2005, 371; wonach Abfindungen an ausscheidende Gesellschafter als Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gewertet werden und derartige Vereinbarungen oder Bestimmungen in der Satzung unzulässig sind.

¹¹⁷¹ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 59; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 81; Lutter in KöKo², § 57 Rz 40; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 40.

¹¹⁷² Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 31; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 60; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 36; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 81; Lutter in KöKo², § 57 Rz 42; Rust, Verdeckte Einlagenrückgewähr, 146 ff; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 40.

¹¹⁷³ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 63; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 36; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 83; Hüffer, AktG⁸, § 57 Rz 14; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 40.

zu verstoßen, einem Drittvergleich standzuhalten.¹¹⁷⁴ Ebenso verhält es sich mit Fruchtnießern, da diese aufgrund ihrer rechtlichen Stellung eine eigentümerähnliche Position einnehmen.¹¹⁷⁵ Einem rechtlichen Aktionär gleichgestellt ist auch der Alleingesellschafter oder auch Inhaber sämtlicher Anteile eines Unternehmens, welches ein rechtlicher Aktionär der leistenden Gesellschaft ist. Hier wird die Anwendung des Grundsatzes der Vermögensbindung mit der „wirtschaftlichen Identität“¹¹⁷⁶ von rechtlichem Aktionär und empfangenden Dritten gerechtfertigt.¹¹⁷⁷ Die hL¹¹⁷⁸ nimmt ferner an, dass atypische Pfandgläubiger sowie atypische stille Gesellschafter ebenso als faktische Aktionäre angesehen werden sollten und demgemäß als einem rechtlichen Aktionär gleichgestellt gelten, sofern diese aufgrund der atypischen Ausgestaltung aktionärsgleiche Einflussrechte auf die Gesellschaft haben.

Die zweite Kategorie umfasst Leistungen an gesellschaftsfremde Dritte, die dem Aktionär aufgrund bestimmter Anknüpfungspunkte zuzurechnen sind. So werden Leistungen an einen Dritten auf Rechnung des Aktionärs wirtschaftlich als mittelbare Zuwendung an den Aktionär gewertet.¹¹⁷⁹ Der Dritte tritt hierbei meist als bloßer Mittelsmann auf und unterliegt als solcher der im Innenverhältnis bestehenden Verpflichtung, das Erlangte an den Aktionär herauszugeben. Die Leistung wird dem Aktionär auch dann zugerechnet, wenn der Dritte gegen die im Innenverhältnis bestehende Herausgabeverpflichtung verstößt und die Leistung nicht an den Aktionär herausgibt oder wenn der Aktionär die Leistung gar nicht veranlasst hat.¹¹⁸⁰ Einen Unterfall dieser Kategorie bildet konsequenterweise auch der Fall, dass die Gesellschaft eine Schuld des Aktionärs gegenüber dem Dritten begleicht. Hierbei erlangt der Aktionär aufgrund der Befriedigung seiner Schuld einen mittelbaren Vorteil aus dem Gesellschaftsvermögen; die Leistung an den Dritten kann dem

¹¹⁷⁴ Vgl etwa Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 83.

¹¹⁷⁵ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 60; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 36.

¹¹⁷⁶ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen, 167.

¹¹⁷⁷ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 32; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 60; Canaris in FS Fischer, 43; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 82; Lutter in KöKo², § 57 Rz 46; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 40.

¹¹⁷⁸ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 31; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 61; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 84 mwN; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 41; ablehnend hingegen Altmeyden, ZIP 1993, 1677 ff; Habersack, ZGR 2000, 398 ff.

¹¹⁷⁹ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 31; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 64; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 36; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 86; Hüfner, AktG⁸, § 57 Rz 15; Lutter in KöKo², § 57 Rz 43; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 43; BGH II ZR 269/84, 8.7.1985, BGHZ 95, 188; BGH II ZR 167/88, 20.2.1989, AG 1989, 243; OLG Hamburg 11 U 117/79, 23.5.1980, DB 1980, 2437; LG Düsseldorf 40 O 138/78, 22.12.1978, AG 1979, 290.

¹¹⁸⁰ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 65.

Aktionär folglich wirtschaftlich zugerechnet werden.¹¹⁸¹ Das Gleiche gilt für die Leistung der Gesellschaft an einen Dritten, damit dieser eine Schuld gegenüber dem Aktionär tilgen kann oder auch die Direktleistung an den Aktionär zur Begleichung der Schuld des Dritten.¹¹⁸² Sofern ein Aktionär die Gesellschaft veranlasst, einem Dritten eine Leistung zu gewähren, so ist diese Leistung ebenfalls dem Aktionär zurechenbar, auch wenn der Aktionär dadurch weder unmittelbar noch mittelbar einen wirtschaftlichen Vorteil daraus zieht.¹¹⁸³ Um eine Zurechnung rechtfertigen zu können, bedarf es eines aktiven Betreibens des in diesem Fall meist beherrschenden Aktionärs, aufgrund dessen die Gesellschaft in seinem Interesse handelt. Dieser Zurechnungsgrund ist vor allem in der Praxis in Bezug auf Leistungen innerhalb eines Konzerns oder bei Umgründungen von Relevanz.¹¹⁸⁴ Bei Leistungen an Personen mit Naheverhältnis zum Aktionär ist zunächst eine Differenzierung zu machen. Zum einen unterscheidet man Leistungen an den Ehegatten oder an die minderjährigen Kinder des Aktionärs sowie zum anderen Leistungen an sonstige Verwandte des Aktionärs. Leistungen an den Ehegatten oder minderjährige Kinder werden Leistungen an den Aktionär gleichgehalten und der Ehegatte oder das minderjährige Kind insofern wie ein dem Aktionär gleichgestellter Dritter behandelt. Die hL¹¹⁸⁵ stützt dies auf der Vermutung, dass diese Leistungen aufgrund des Verwandtschaftsverhältnisses veranlasst wurden und dem Aktionär zumindest mittelbar wirtschaftlich zugute kommen. Diese Vermutung könne allerdings dadurch entkräftet werden, wenn bewiesen wird, dass die Familienangehörigkeit nicht der ausschlaggebende Grund für die Zuwendung war.¹¹⁸⁶ Bei Leistungen an sonstige nahe stehende Dritte wird keine Gleichstellung mit einer Leistung an den Aktionär angenommen. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung aufgrund einer Leistung an sonstige nahe stehende Dritte ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn die Zuwendung dem Aktionär mittelbar zugute kommt, von diesem veranlasst wurde, auf dessen Rechnung

¹¹⁸¹ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 31; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 66; Fleck in FS 100 Jahre GmbHG, 402; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 87; Lutter in KöKo², § 57 Rz 43; Reich-Rohrwig, ecolex 2003, 154; ders., Grundsatzfragen, 124; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 43; Schopper, ecolex 2006, 216; Thiery, ecolex 1992, 632 f; OGH 9 Ob 127/04y, 3.8.2005, ecolex 2006/87; OGH 4 Ob 2328/96y, 12.11.1996 (obiter), ecolex 1997, 1997, 360; OLG Hamburg 11 U 117/79, 23.5.1980, DB 1980, 2437.

¹¹⁸² Bayer in MüKo³, § 57 Rz 66; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 87; Lutter in KöKo², § 57 Rz 43; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 43.

¹¹⁸³ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 68; Lutter in KöKo², § 57 Rz 45; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 44.

¹¹⁸⁴ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 44.

¹¹⁸⁵ Arnold, GesRZ 1985, 96; Artmann in Jabornegg/Strasser⁴, § 52 Rz 31; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 69; Canaris in FS Fischer, 38; Doralt/Winner in MüKo³, § 57 Rz 274; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 45.

¹¹⁸⁶ Arnold, GesRZ 1985, 95 f; Doralt/Winner in MüKo³, § 57 Rz 274; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 45.

erfolgte und aus diesem Grund dem Aktionär zugerechnet wird oder wenn er aufgrund anderer Umstände dem Aktionär gleichgestellt ist.¹¹⁸⁷ Handelt es sich um Leistungen an ein Unternehmen, dessen Alleingesellschafter Aktionär der leistenden Gesellschaft ist, so ist diese Leistung, wie bereits zuvor erwähnt, aufgrund der „wirtschaftlichen Identität“ als eine Leistung an den Aktionär zu qualifizieren und wird somit unter Leistungen an einen dem Aktionär gleichgestellten Dritten subsumiert. Gleiches gilt bei Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages.¹¹⁸⁸ Liegt eine bloß mehrheitliche Beteiligung an dem empfangenden Unternehmen vor, so reicht der objektive Anknüpfungspunkt der Mehrheitsbeteiligung an dem empfangenden Unternehmen meist nicht aus; vielmehr haben noch zusätzliche Kriterien hinzuzutreten. Unproblematisch sind diejenigen Konstellationen, die bereits ein anderes Zurechnungskriterium aufweisen, wie etwa die Leistung auf Rechnung oder auf Veranlassung des Aktionärs. Hat der Mehrheitsaktionär Zugriff auf das Vermögen der empfangenden Gesellschaft, so geht die hL¹¹⁸⁹ davon aus, dass dies bereits ausreicht, um eine Zurechnung rechtfertigen zu können. Gleiches soll auch gelten, wenn der Aktionär nicht nur die Mehrheit der Anteile an der empfangenden Gesellschaft hält, sondern auch an der leistenden Gesellschaft; es sich somit um eine Leistung zwischen Schwestergesellschaften handelt. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Muttergesellschaft aus der Vermögenszuwendung einen Vorteil erlangt.¹¹⁹⁰

Maßgeblicher Zeitpunkt des Vorhandenseins des Anknüpfungspunktes einer Zurechnung einer Leistung oder Gleichstellung mit dem rechtlichen Aktionär ist nach zutreffender Meinung der Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes, welches die Vermögensausschüttung zum Gegenstand hat.¹¹⁹¹

cc) Leistungen unter Dritten

Treffen die Voraussetzungen beider zuvor erörterten Konstellationen zu – Leistung durch einen Dritten, welche einer Leistung der Gesellschaft gleichgestellt wird, und

¹¹⁸⁷ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 31; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 69; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 91; Lutter in KöKo², § 57 Rz 44; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 45.

¹¹⁸⁸ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 70; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 46 mwN.

¹¹⁸⁹ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 72 ff; Canaris in FS Fischer, 41 f; Hügel, JBl 1997, 114; Lutter in KöKo², § 57 Rz 46; Michalski, AG 1980, 266 f; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 47; nunmehr auch LG München 5 HKO 16543/01, 20.11.2003, AG 2004, 159.

¹¹⁹⁰ Artmann in Jabornegg/Strasser⁴, § 52 Rz 32; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 74; Karollus, ecolex 1999, 323; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 48; aA Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 95.

¹¹⁹¹ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 75; Riedel, Unzulässige Vermögenszuwendungen, 280 f; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 49; aA Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 92; Hüffner, AktG⁸, § 57 Rz 15; BGH II ZR 113/94, 13.11.1995, NJW 1996, 589 (für die GmbH).

Leistung an einen gleichgestellten oder zurechenbaren Dritten –, so kann auch hierin ein Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung gegeben sein.¹¹⁹²

g) Erlaubte Leistungen – Ausnahmen vom Grundsatz der Vermögensbindung

Neben den oben thematisierten erlaubten drittbüchlichen Austauschgeschäften zwischen AG und Aktionär nimmt – wie bereits zuvor erwähnt – sowohl § 52 öAktG als auch § 57 dAktG die Ausschüttung des formell festgestellten Bilanzgewinnes an die Aktionäre ausdrücklich aus der umfassenden Vermögensbindung aus. Daneben sieht das Gesetz allerdings noch weitere Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen vor, welche ebenfalls nicht von der umfassenden Vermögensbindung erfasst sind. Hierzu zählt etwa die Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien¹¹⁹³, eine Leistung an die Aktionäre im Rahmen einer ordentlichen Kapitalherabsetzung¹¹⁹⁴ oder eine Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien¹¹⁹⁵, zulässige Abschlagszahlungen auf den Bilanzgewinn gem § 54a öAktG bzw § 59 Abs 1 dAktG¹¹⁹⁶ als auch eine Vermögensausschüttung nach einer rechtmäßig durchgeführten Liquidation¹¹⁹⁷. Ferner darf die Gesellschaft – wie bereits erwähnt – gem § 55 öAktG und § 61 dAktG für wiederkehrende Leistungen der Aktionäre, zu denen sie neben der Leistung der Stammeinlage nach dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet sind¹¹⁹⁸, ein angemessenes Entgelt bezahlen. Auf die in Deutschland durch das MoMiG eingeführten Ausnahmen in Bezug auf Konzernsachverhalte und Leistungen, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind, wird sogleich einzugehen sein bzw wurde bereits zuvor an anderer Stelle ausführlich eingegangen.¹¹⁹⁹ Ferner sieht der § 57 dAktG nach der Fassung des MoMiG eine ausdrückliche Ausnahme in Bezug auf die Rückgewähr eines Aktionärsdarlehen und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Aktionärsdarlehen wirtschaftlich entsprechen (vgl § 57 Abs 1 4. Satz dAktG)

¹¹⁹² Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 38; Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 97.

¹¹⁹³ § 52 2. Satz öAktG; § 57 Abs 1 2. Satz dAktG; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 134 mwN; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 45 mwN; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 103; allerdings liegt bei Zahlung eines überhöhten Preises grundsätzlich ein Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung vor (BFH I R 163/75, 16.2.1977, DB 1977, 1170); Gleiches gilt auch für den Erwerb eigener Aktien außerhalb der zulässigen Grenzen.

¹¹⁹⁴ Vgl §§ 175 ff öAktG und §§ 222 Abs 3, 225 Abs 3 dAktG; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 136; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 49; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 2.

¹¹⁹⁵ §§ 192 ff öAktG; §§ 237 ff dAktG; Bayer in MüKo³, § 57 Rz 137; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 2, 103.

¹¹⁹⁶ Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rz 49; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 2, 103.

¹¹⁹⁷ Vgl §§ 203 ff öAktG und § 271 dAktG; Lutter in KöKo², § 57 Rz 47; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 2, 103.

¹¹⁹⁸ Vgl §§ 50, 55 öAktG und § 55 dAktG; Lutter in KöKo², § 57 Rz 47; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 52 Rz 2, 103.

¹¹⁹⁹ S.258 f bzw bereits S.236 ff.

vor. Da mit der Abschaffung der „*Rechtsprechungsregeln*“ zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen nunmehr Darlehen der Gesellschafter an ihre Gesellschaft nicht mehr in haftendes Eigenkapital umqualifiziert werden, ist folglich auch eine Tilgung der daraus entspringenden Forderungen nicht als ein Verstoß gegen § 57 dAktG zu werten.¹²⁰⁰

5) *Konzernsachverhalte*

Der Einfluss des Grundsatzes der Vermögensbindung auf Konzernsachverhalte ist für die österreichische und deutsche Rechtslage von unterschiedlichem Ausmaß. Dies ist darauf zurückzuführen, dass im Gegensatz zur deutschen Rechtslage Spezialregelungen für Konzernsachverhalte in der österreichischen Rechtsordnung weitestgehend fehlen. Daraus ergibt sich, dass der Grundsatz der Vermögensbindung gemäß § 52 öAktG den wesentlichen Anknüpfungspunkt für den Gläubiger- und Minderheitsschutz für Konzernsachverhalte bildet.¹²⁰¹ Folglich sind grundsätzlich alle Vermögensverschiebungen innerhalb eines Konzerns an den Maßstäben eines Drittvergleiches zu messen; so ist etwa auch die Zulässigkeit einer Finanzierungsmaßnahme an eine Schwestergesellschaft danach zu beurteilen, ob ein sorgfältiger Geschäftsleiter derartige Vermögenszuwendungen zu denselben Bedingungen auch an ein unverbundenes Unternehmen gewährt hätte.¹²⁰² Ein etwaiges „*Konzerninteresse*“ gilt allerdings nicht als Rechtfertigungsgrund iS einer betrieblichen Rechtfertigung.¹²⁰³ Diese Ausführungen haben vor allem Relevanz für konzerninterne Finanzierungsmaßnahmen wie etwa das *cash-pooling*, *clearing* oder auch die zentrale Kreditaufnahme, welche meist mit der Bestellung von Sicherheiten durch die Tochtergesellschaft gekoppelt ist sowie Konzernumlagen.

In Bezug auf die deutsche Rechtslage ist zunächst eine Differenzierung zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern zu machen. Bislang regelte die lex specialis des § 291 Abs 3 dAktG, dass Leistungen der AG aufgrund eines Beherrschungsvertrages oder eines Gewinnabführungsvertrages keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung gemäß § 57 dAktG darstellen. Das betrifft im Rahmen eines Gewinnabführungsvertrages lediglich die Abführung des

¹²⁰⁰ Ausführlicher dazu *Seibert*, ZIP 2006, 1160 f.

¹²⁰¹ Vgl. *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 52 Rz 26; *Doralt/Winner* in *MüKo*³, § 57 Rz 253; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/874.

¹²⁰² *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 52 Rz 26; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht ; Rz 3/874.

¹²⁰³ *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 52 Rz 71.

Bilanzgewinnes an das beherrschende Unternehmen im Rahmen des § 301 dAktG.¹²⁰⁴ Im Gegensatz dazu bestehen Leistungen im Rahmen eines Beherrschungsvertrages in Vermögenszuwendungen der abhängigen Gesellschaft an das beherrschende Unternehmen aufgrund dessen rechtmäßiger Weisungen gemäß § 308 dAktG.¹²⁰⁵ Das Weisungsrecht gemäß § 308 dAktG umfasst ausdrücklich auch nachteilige Weisungen, sofern diese dem Interesse des beherrschenden Unternehmens, eines anderen Konzernunternehmens oder des gesamten Konzerns dienen. Leistungen im Rahmen anderer Konzernverträge iSd § 292 dAktG, wie etwa ein Teilgewinnabführungsvertrag, sollen hingegen nicht von dieser Privilegierung profitieren.¹²⁰⁶ Nunmehr wurden mit der Erlassung des MoMiG sämtliche Leistungen innerhalb eines Konzerns ausdrücklich von § 57 dAktG ausgenommen, sofern ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag iSd § 291 dAktG besteht. Diese umfängliche Ausnahme vom Grundsatz der Vermögensbindung geht auch nicht zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger, deren Interessen bekanntlich im Zentrum dieses Regelungskomplexes stehen, da die Verlustausgleichspflicht nach § 302 dAktG sowohl durch einen Gewinnabführungsvertrag als auch von einem Beherrschungsvertrag ausgelöst wird und diese den Anforderungen des Gläubigerschutzes durchaus Rechnung tragen.¹²⁰⁷ Demzufolge hat diese Neuregelung keinerlei Schaden für den Gläubigerschutz in Bezug auf Sachverhalte im Vertragskonzern mit sich gebracht, sondern eher im Gegenteil, zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit zumindest auf diesem Gebiet beigetragen.¹²⁰⁸ Im Gegensatz dazu schweigt nunmehr auch das MoMiG in Bezug auf verbotene Ausschüttungen innerhalb eines faktischen Konzerns. Bislang fand sich auch keinerlei ausdrückliche Befreiung vom Grundsatz der Vermögensbindung in einer anderen Vorschrift. Die hL¹²⁰⁹ ging bis dato in Bezug auf die §§ 311 und 317 dAktG allerdings von Spezialnormen aus, die als eine Art Modifikation der §§ 57 und 62 dAktG diese zeitweilig verdrängen würden. Nach § 311 Abs 1 dAktG darf ein herrschendes Unternehmen zunächst nicht seinen Einfluss dazu benutzen, eine abhängige AG zu

¹²⁰⁴ Vgl. *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 139; *Emmerich* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH Konzernrecht⁵, § 291 Rz 74.

¹²⁰⁵ *Ebd.*

¹²⁰⁶ *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 140 und 144.

¹²⁰⁷ *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1296.

¹²⁰⁸ Vgl. etwa *Müllert/Leuschner*, NZG 2009, 281.

¹²⁰⁹ *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 146 f; *Hüffer*, AktG⁸, § 57 Rz 6; *Lutter* in KöKo², § 57 Rz 80; *Winter*, DStR 2007, 1489; BGH VII ZR 132/97, 6.5.1999, BGHZ 141, 79; OLG Frankfurt 6U 192/91, 30.11.1995, AG 1996, 324; OLG Hamm 8 U 59/94, 10.5.1995, ZIP 1995, 1263; LG Düsseldorf 40 O 138/78, 22.12.1978, AG 1979, 290; aA *Cahn*, Kapitalerhaltung im Konzern, 64 ff mwN.

nachteiligen Rechtsgeschäften oder zu sonstigen Maßnahmen zu veranlassen, es sei denn, die damit einhergehenden Nachteile können ausgeglichen werden. Sofern der Ausgleich nicht im selben Geschäftsjahr erfolgt, muss festgelegt werden, zu welchem Zeitpunkt und vor allem auch durch welche Vorteile dieser Nachteil ausgeglichen werden soll. Wird der Nachteil jedoch nicht fristgerecht ausgeglichen oder wird der abhängigen AG kein Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt, so ordnet § 317 dAktG eine Schadenersatzpflicht des beherrschenden Unternehmens sowie deren Vertreter an. Diese Verdrängung der §§ 57, 62 dAktG im Wege der Spezialität der §§ 311, 317 dAktG dauert jedoch nur solange an, bis das herrschende Unternehmen entweder den Nachteil ausgeglichen hat oder den Ausgleich verweigert. Im Falle der Verweigerung des Nachteilsausgleichs lebt nach hM¹²¹⁰ der Rückerstattungsanspruch gemäß § 62 dAktG wieder auf und besteht neben der Verpflichtung zum Schadenersatz gemäß § 317 dAktG. Die Privilegierung, welche diese Bestimmungen mit sich bringen, ist allerdings nicht zu weit zu verstehen; sie ermächtigt keinesfalls die Ausplünderung der Gesellschaft und soll auch nicht den Vermögensschutz zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger materiell schwächen. Die Privilegierung gewährt lediglich einen zeitlichen Aufschub für den Nachteilsausgleich.¹²¹¹ Nunmehr hat auch der BGH mit seiner MPS-Entscheidung¹²¹² mehr Rechtsicherheit auf diesem Gebiet geschaffen und ausdrücklich den §§ 311, 317 dAktG die Natur verdrängender Spezialregelungen zuerkannt.¹²¹³

6) Die Rechtsfolgen einer verbotenen Ausschüttung

Auch hier bietet es sich an, die zwei Rechtsordnungen separat zu behandeln, da es durchaus wesentliche Unterschiede, sowohl bei den Bestimmungen selbst als auch bei den Auffassungen zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes in Österreich und Deutschland, gibt.

a) Österreich

aa) Haftung der Aktionäre gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft

Zunächst sieht § 56 öAktG eine besondere Außenhaftung der Aktionäre gegenüber den Gesellschaftsgläubigern vor, sofern sie verbotswidrig Leistungen erhalten haben. Im

¹²¹⁰ Ebd.

¹²¹¹ Bayer in MüKo³, § 57 Rz 148; Kropff; NJW 2009, 816.

¹²¹² BGH II ZR 102/07, 1.12.2008, ZIP 2009, 70.

¹²¹³ Falkenhausen, Freiherr von/Kocher, BB 2009, 121; Kiefner/Theusinger, NZG 2008, 806; Müllert/Leuschner, NZG 2009, 286.

Gegensatz zur deutschen Regelung des § 62dAktG ist diese Außenhaftung des Aktionärs eine primäre und solidarische Haftung, welche neben und nicht nach der Haftung der AG tritt. Nicht von Bedeutung ist somit für den Anspruch gegen den Aktionär, dass der Gesellschaftsgläubiger keine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erlangt. Demnach kann der Anspruch auch geltend gemacht werden, wenn ausreichend Gesellschaftsvermögen zur Tilgung der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger vorhanden sein sollte.¹²¹⁴ Der Aktionär haftet mit seinem gesamten Vermögen in Höhe der ihm verbotswidrig zugekommenen Leistung. Die Durchsetzung eines Anspruches gegen einen verbotswidrig begünstigten Aktionär durch einen Gläubiger hat in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko zu geschehen. Voraussetzung der Geltendmachung ist neben der Gläubigerposition gegenüber der Gesellschaft eine verbotswidrig erhaltene Leistung an den dadurch begünstigten Aktionär. Beide Voraussetzungen müssen bis zum Ende der Verhandlung erfüllt sein. Das bedeutet zum einen, dass der Anspruchsberechtigte fortwährend die Gläubigerstellung gegenüber der Gesellschaft innehaben muss und seine Forderung nicht schon bereits befriedigt wurde, und zum anderen, dass der Aktionär die Gesellschaft noch nicht für den eingetreten Vermögensverlust vollwertig entschädigt hat und er von dieser weiterhin für die verbotswidrige Leistung in Anspruch genommen werden kann. Folglich könnte der Aktionär seine Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern durch die Leistung einer Entschädigung an die Gesellschaft abwenden.¹²¹⁵ Befriedigt der gemäß § 56 Abs 1 öAktG in Anspruch genommene Aktionär die fällige Forderung eines Gesellschaftsgläubigers, so ist der Aktionär damit allerdings auch gegenüber der Gesellschaft von jeglichen Rückgewähransprüchen aufgrund der verbotswidrig bezogenen Leistung, die dieser zukommen können, befreit.¹²¹⁶ Ist über das Vermögen der Gesellschaft jedoch bereits der Konkurs eröffnet worden, so obliegt dem Masseverwalter während dieser Dauer die Ausübung der Rechte der Gesellschaftsgläubiger auf Inanspruchnahme des Aktionärs (§ 56 Abs 2 öAktG). Bereits anhängige Verfahren von Gesellschaftsgläubigern gegen Aktionäre werden unterbrochen und der

¹²¹⁴ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 18; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 144 f; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss⁵, 295.

¹²¹⁵ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 19.

¹²¹⁶ Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 145; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 56 Rz 28.

Masseverwalter tritt an dessen Stelle in den Prozess ein.¹²¹⁷ Letztlich wirkt hier nur noch die Leistung zur Konkursmasse für den Aktionär haftungsbefreiend (§ 3 Abs 2 öKO).¹²¹⁸

Allerdings stehen dem in Anspruch genommenen Aktionär unter Umständen Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen ihm und der Gesellschaft als auch Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger zu, die die Inanspruchnahme abwenden können.¹²¹⁹ Daneben kann der Aktionär Einwendungen, basierend auf dem Verhältnis zwischen ihm und dem Gesellschaftsgläubiger, erheben.¹²²⁰

Die hL¹²²¹ geht neben der Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gleichfalls von einem verschuldensunabhängigen Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den Aktionär aus, auch wenn dies nicht explizit in der Bestimmung angesprochen wird. Diese Ansicht wird gleich von mehreren Argumenten gestützt; zum einen leitet sich dies aus dem Leistungsverbot der Gesellschaft ab; zum anderen ergebe dies ein Umkehrschluss in Bezug auf den Schutz eines gutgläubigen Dividendenempfanges (§ 56 Abs 3 öAktG) sowie die Ziehung einer Analogie zur ausdrücklichen Regelung für die GmbH (§ 83 Abs 1 öGmbHG).¹²²² Die Geltendmachung des Rückerstattungsanspruches der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär obliegt grundsätzlich dem Vorstand in seiner Funktion als Vertreter der Gesellschaft. Der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär ist nach hM¹²²³ ein eigenständiger gesellschaftsrechtlicher Anspruch, losgelöst von dem möglichen Wegfall der Bereicherung bei dem empfangenden Aktionär oder gar dem Untergang der verbotswidrig erhaltenen Leistung. Diese Thematik der Natur des Rückerstattungsanspruches ist sehr eng mit der Frage nach dem rechtlichen Schicksal des Beschlusses oder des Vertrages, welcher die verbotswidrige Leistung zum Inhalt hatte, verbunden.

¹²¹⁷ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 20; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 148; bei Ablehnung des Eintrittes kann der Gläubiger den Prozess nur in Hinsicht der Prozesskosten fortführen (Artmann, ebd; kritisch dazu Doralt/Winner, ebd.).

¹²¹⁸ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 20; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 148; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 56 Rz 30.

¹²¹⁹ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 19; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 145; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 56 Rz 27.

¹²²⁰ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 19; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 145.

¹²²¹ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 4 ff; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 121; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss; AktG, § 56 Rz 1.

¹²²² Vgl Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 121.

¹²²³ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 4; so auch Napokoj, GeS 2007, 70.

Vorweg sei aber noch gesagt, dass der Gesetzestext zwar von verbotenen „Zahlungen“ an den Aktionär spricht; dies ist jedoch nicht streng am Wortlaut auszulegen. Vielmehr entspricht es auch der Natur des Grundsatzes der Vermögensbindung, dass sämtliche vermögenswerten Leistungen an den Aktionär, welche der Aktionär entgegen den Vorschriften des AktG von der Gesellschaft empfangen hat, sowohl der Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern als auch dem Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft unterliegen. Sofern Leistungen an Dritte dem Tatbestand des § 52 öAktG unterliegen,¹²²⁴ werden auch diese als verbotene „Zahlung“ iS des § 56 öAktG gewertet.¹²²⁵ Bedeutung hat dies vor allem für den Inhalt des Rückerstattungsanspruches der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär: Geldleistungen sind zurückzuzahlen, Sachleistungen sind grundsätzlich zurückzugeben; Dienstleistungen oder Nutzungen sind ihrem Wert nach zu vergüten.¹²²⁶

bb) Das rechtliche Schicksal von Beschlüssen und Verträgen betreffend verbotene Ausschüttungen

Beschlüsse der Hauptversammlung, die auf eine verbotswidrige Ausschüttung gesellschaftlichen Vermögens an Aktionäre hinauslaufen, werden unstreitig von der österreichischen Lehre als nichtig angesehen.¹²²⁷ Dies erklärt sich aus der Bestimmung des § 199 Abs 3 öAktG, welcher die Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen ausspricht, welche mit dem Wesen einer AG unvereinbar sind oder durch ihre Inhalte Vorschriften verletzen, die ausschließlich oder überwiegend dem Gläubigerschutz dienen; dies ist im Fall des Gebotes der Vermögensbindung, wie bereits zuvor dargelegt, nicht von der Hand zu weisen. Desgleichen verhält es sich mit verbotswidrigen Beschlüssen des Vorstandes oder des Aufsichtsrates.¹²²⁸ Satzungen, die verbotswidrige Bestimmungen beinhalten, sind nach ständiger Rsp ebenso nichtig und stellen für das Firmenbuchgericht ein von Amts wegen wahrzunehmendes Registrierungshindernis dar.¹²²⁹

Eines der bislang am häufigsten und eindringlichsten diskutierten Bereiche auf dem Gebiet verbotener Ausschüttungen an Aktionäre ist aber wohl der Einfluss eines

¹²²⁴ Zu den dafür erforderlichen Prämissen bereits S.252 ff.

¹²²⁵ Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 140.

¹²²⁶ Saurer; in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 56 Rz 14.

¹²²⁷ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 52 Rz 72; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 122; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 56 Rz 1.

¹²²⁸ Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 122.

¹²²⁹ Vgl OGH 1 Ob 719/78, 25.10.1978, SZ 51/148; sowie Arnold, GesRZ 1985, 96 mwN.

Verstoßes auf Verträge,¹²³⁰ die eine verbotswidrige Leistung an einen Aktionär zum Gegenstand haben. Sowohl die Rsp¹²³¹ als auch die hL¹²³² in Österreich vertritt die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes, da man darin einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot erblickt.¹²³³ Allerdings teilen sich hier die Meinungen vor allem in Bezug auf die Natur und den Umfang der Nichtigkeit. So geht vor allem die Rsp von der absoluten Nichtigkeit des Vertrages aus, wonach sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft von Anfang an nicht gültig zustande gekommen sind und die Nichtigkeit nicht erst durch Klage oder Einrede geltend gemacht werden muss, sondern bereits von Amts wegen wahrzunehmen ist.¹²³⁴ Im Gegensatz dazu differenziert ein großer Teil der Lehre dahingehend, dass keine absolute Nichtigkeit anzunehmen sei, sondern grundsätzlich nur eine geltend zu machende Nichtigkeit. Somit ist von der Gültigkeit des Vertrages auszugehen, solange die Nichtigkeit nicht geltend gemacht bzw eingewendet wird.^{1235 1236} Insofern ist die Gesellschaft nicht zur Erfüllung verpflichtet bzw wenn sie bereits erfüllt hat, muss ihr die Möglichkeit zugestanden werden, den dadurch erlittenen Vermögensnachteil auszugleichen. Ferner sei aber das Rechtsgeschäft nicht umfänglich von der Nichtigkeit betroffen, sondern es sei lediglich eine (Teil-)Nichtigkeit des über die objektive Wertäquivalenz hinauschießenden Teiles anzunehmen und dem Aktionär folglich eine Wertausgleichsverpflichtung anzulasten.¹²³⁷ Trotz der vorherrschenden Meinung, ein Rechtsgeschäft, welches gegen den Grundsatz der Vermögensbindung verstößt, ist nichtig – sei es nun eine absolute oder eine geltend zu machende

¹²³⁰ Handelt es sich im Gegensatz dazu allerdings um verbotswidrige Leistungen, die ohne Abschluss eines Rechtsgeschäftes gewährt wurden, so erübrigt sich die Frage, da das Empfangene bereits aufgrund Rechtsgrundlosigkeit zurückgewährt werden muss. (*Krejci* in FS Koppensteiner, 116).

¹²³¹ Vgl etwa OGH 4 Ob 2078/96h, *ecolex* 1997,437; OGH 4 Ob 252/02 s, GeS 2003, 161; OGH 3 Ob 287/02 f, *GesRZ* 2004, 57.

¹²³² *Arnold*, *GesRZ* 1985, 97 f; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG*⁴, § 52 Rz 72; *Krejci* in FS Koppensteiner, 117 ff; *ders*, *wbl* 1993, 272; *Reich-Rohrwig*, *Grundsatzfragen*, 163; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG*, § 52 Rz 105 f; *Böhler*, *ÖBA* 2004, 440.

¹²³³ Vgl § 879 Abs 1 ABGB.

¹²³⁴ OGH 6 Ob 288/99t, 20.1.2000, *ecolex* 2000, 512/208; OGH 4 Ob 252/02s, 19.11.2002, GeS 2003, 161; OGH 6 Ob 81/02h, 23.1.2003, *GesRZ* 2003, 163; auch *Reich-Rohrwig*, *Grundsatzfragen*, 164; *Böhler*, *ÖBA* 2004, 440 (billigt dem Aktionär jedoch ein Wahlrecht ein zwischen Wertausgleich und Rückabwicklung).

¹²³⁵ *Arnold*, *GesRZ* 1985, 96 ff; *Doralt M*, *Management Buyout*, 71 ff; *Krejci* in FS Koppensteiner, 117 ff; *ders*, *wbl* 1993, 272; allerdings wird für einige Fälle die absolute Nichtigkeit anerkannt, so etwa wenn Kollusion vorliegt, da der Vorstand die Leistung bewusst zum Nachteil der Gesellschaft gewährt hatte und dies dem empfangenden Gesellschafter bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, Leistungsvereinbarungen schon von vornherein iSd § 879 ABGB nichtig sind, strafrechtliche Untreue mit einfließt oder andere strafrechtliche Tatbestände mit dieser Leistung verletzt werden.

¹²³⁶ Weitestgehende Einhelligkeit besteht allerdings insofern, als die geltend zu machende Nichtigkeit nicht als eine ausschließlich relative anzusehen ist, wonach sich lediglich die betroffenen Vertragsparteien auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes berufen können: *Krejci* in FS Koppensteiner, 120; *Böhler*, *ÖBA* 2004, 440 mwN.

¹²³⁷ *Arnold*, *GesRZ* 1985, 96 ff; *Doralt M*, *Management Buyout*, 71 ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*, *Grundriss*⁵, 295; *Krejci* in FS Koppensteiner, 117 ff; *ders*, *wbl* 1993, 272.

Nichtigkeit – wird dieser Ansicht entgegengetreten. So lehnt *Rüffler*¹²³⁸ die These der Nichtigkeit verbotswidriger Rechtsgeschäfte ab, da Rückabwicklungsansprüche nach Bereicherungsrecht, welche die etwaige Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes mit sich bringe, nicht zur Reichweite des Verbotes passen würden. Außerdem sei das Gesellschaftsvermögen nach dem Grundsatz der Vermögensbindung nicht an bestimmte Vermögensgegenstände, sondern nur wertmäßig gebunden; folglich erfordert es nur einen wertmäßigen Ausgleich, nicht aber die Rückerstattung der real empfangenen Leistung. Auf die Folgen des § 879 ABGB zurückzugreifen, würde in diesem Fall nicht passen und wäre auch gar nicht nötig. Dem entgegnet *Krejci*, dass ein Rückgriff auf § 879 ABGB zwar nicht erforderlich sei, um die Nichtigkeit zu begründen; alleine die Idee hinter dem Verbot bringe aber schon die Annahme der Nichtigkeit nahe, wobei aber an die verschiedenen Modifikationen der Nichtigkeit zu denken sei.¹²³⁹ Ebenfalls die Ablehnung der Nichtigkeit der der verbotswidrigen Leistung zugrunde liegenden Vereinbarung und die Annahme eines Anspruches auf Wertausgleich vertritt *Nowotny*.¹²⁴⁰ Allerdings geht dieser Meinungsstreit über das rechtliche Schicksal eines verbotswidrigen Rechtsgeschäftes noch viel komplexere Wege und lässt sich nur schwer in einer zusammenfassenden Ausführung darstellen.

Eng mit dem rechtlichen Schicksal des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes verbunden ist auch die Frage nach der etwaigen Rechtsgrundlage, auf welcher der Rückforderungsanspruch beruht. Ein Teil der Lehre geht von einer gänzlichen Verdrängung der Nichtigkeitsfolge und damit auch den allgemeineren bereicherungsrechtlichen Ansprüchen durch den spezielleren, gesellschaftsrechtlichen Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gemäß § 56 öAktG aus, wonach der Gesellschaft lediglich ein Wertausgleich zustehe und ihr die Rückabwicklung verwehrt bliebe.¹²⁴¹ Geht man allerdings von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes aus, so ist konsequenterweise auch von einem damit einhergehenden zivilrechtlichen Anspruch der Gesellschaft, basierend auf bereicherungsrechtlichen Grundsätzen auszugehen. Folglich vertritt ein Großteil der Lehre zwar auch die Ansicht, dass es sich bei § 56 öAktG um eine *lex specialis* handelt; allerdings habe sie nur teilweise verdrängende Wirkung. Die Frage, inwieweit die Spezialnorm verdrängende Wirkung hat, spaltet die

¹²³⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 90 f; entgegen der Auffassung von *Koppensteiner*, welcher in der FN 46 des Textes an seiner Ansicht festhält.

¹²³⁹ *Krejci* in FS *Koppensteiner*, 118 f.

¹²⁴⁰ *Nowotny*, RdW 1988, 23.

¹²⁴¹ *Rüffler* in *Koppensteiner/Rüffler*; GesRZ 1999, 89 f.

Lehre jedoch wiederum in mehrere Lager. So wird zum einen das verbotswidrige Rechtsgeschäft zwar als nichtig angesehen; die Möglichkeit der Rückabwicklung des Rechtsgeschäftes soll jedoch verwehrt bleiben. In Betracht komme entweder nur die Teilnichtigkeit der Überzahlung¹²⁴² oder aber die Gesamtnichtigkeit, welche aber bloß einen Wertausgleich ermöglicht¹²⁴³. Eine weitere Ansicht erkennt zwar die Möglichkeit einer Rückabwicklung des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes an, dies aber nur unter gewissen Konditionen. Statt der allgemeinen bereicherungsrechtlichen Ansprüche tritt aber der speziellere, gesellschaftsrechtliche Rückforderungsanspruch des § 56 öAktG. In diesem Sinne stärke dieser die Schwachstellen der allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze und verdränge lediglich die Kondiktion, nicht aber die Vindikation. Schließlich findet sich noch die Ansicht, dass es einen Gleichlauf von bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüchen und gesellschaftsrechtlichen Rückerstattungsansprüchen gebe und es hierbei keinerlei wechselseitige Einflüsse auf deren paralleler Existenz gebe.

Die Rsp und die hL¹²⁴⁴ sieht vor allem in bestimmten Fällen die Möglichkeit die relative Nichtigkeit des Vertrages auch gegenüber einem Dritten geltend zu machen. Einhelligkeit besteht hier vor allem bei einem kollusivem Zusammenwirken von Vorstand und Dritten. Kollusives Zusammenwirken liegt dann vor, wenn der Dritte mit dem Vorstand der Gesellschaft bewusst zum Nachteil der Gesellschaft oder der Gesellschaftsgläubiger handelt.¹²⁴⁵ Demzufolge kann etwa ein Sicherungsgeschäft mit einem Dritten, etwa einer Bank, aufgrund von Sittenwidrigkeit gem § 879 ABGB nichtig sein und die empfangene Leistung aus diesem Sicherungsgeschäft nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückzuerstatten.

Die Rechtsprechung des OGH¹²⁴⁶ sieht die Nichtigkeit eines gegen § 52 öAktG verstoßenden Rechtsgeschäftes gegenüber dem Dritten, wenn der Gesellschafter bewusst zum Nachteil der Gesellschaft handelt und der Dritte von diesem Verhalten wusste oder sich der Missbrauch durch den Aktionär ihm geradezu aufdrängen musste, die Unkenntnis des Dritten also auf grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen ist. Der OGH greift bei seiner Begründung auf das Rechtsinstitut des Missbrauches der

¹²⁴² Arnold, GesRZ 1985, 98; Doralt, M, Management Buyout, 71 ff; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss⁵, 295.

¹²⁴³ So etwa Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 89 f und 144.

¹²⁴⁴ Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 139; Doralt, M, Management Buyout, 166 f; Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 145; Krejci in FS Koppensteiner, 121 f; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 56 Rz 16;

¹²⁴⁵ Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts (Teil 1)¹³, 215 mwN.

¹²⁴⁶ S etwa OGH 4 Ob 2078/96h, 25.6.1996, ecolex 1997, 437.

Vertretungsmacht zurück. Insofern ist das Rechtsgeschäft mit dem Dritten, etwa einem Sicherheitennehmer, nichtig und der Dritte somit rückerstattungspflichtig, wenn die subjektiven Voraussetzungen auf seiner Seite vorliegen. Die erforderliche grobe Fahrlässigkeit des Dritten kann zudem bereits gegeben sein, wenn dieser entsprechende Erkundigungen unterlässt. Er dürfe sich allerdings auf Auskünfte des Vorstandes und der Gesellschafter verlassen, sofern diese nicht offenkundig unrichtig sind. Eine besondere Nachforschungspflicht des Dritten besteht hingegen nicht. Diese Ansicht bestätigte der OGH auch in einigen Folgeentscheidungen¹²⁴⁷. Zwischen dem unstrittigen Fall der Kollusion und der Ansicht des OGH findet sich in der Lehre eine Vielzahl von verschiedenen Auffassungen mit unterschiedlichen Blickpunkten auf das subjektive Erfordernis auf Seiten des Dritten, um die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes zwischen Gesellschaft und Dritten sowie eine Rückerstattungsverpflichtung des Dritten begründen zu können.¹²⁴⁸

cc) Anspruchsschuldner – Ansprüche gegen Dritte (Nichtgesellschafter)?

Da der Grundsatz der Vermögensbindung allein zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern Geltung hat, ist Schuldner der Ansprüche gem § 56 öAktG grundsätzlich nur, wer zum Zeitpunkt der verbotswidrig erfolgten Leistung Aktionär war.¹²⁴⁹ ¹²⁵⁰ Entzieht der Aktionär seiner Gesellschaft unzulässigerweise Vermögen oder erhält ein dem Aktionär zurechenbarer Dritter eine Leistung, so hat der Aktionär den Verlust am Gesellschaftsvermögen wieder auszugleichen. Auch wenn es mehrere haftende Aktionäre gibt, so haftet jeder für sich und für seine verbotswidrig empfangene Leistung, es sei denn, die Haftung begründet sich auf der gleichen Leistung.¹²⁵¹ Gesellschaftsfremde Dritte verpflichtet die Bindung gesellschaftlichen Vermögens hingegen nicht. Er kann jedoch Adressat möglicher allgemeiner, bereicherungsrechtlicher Ansprüche gemäß §§ 1431 ff öAktG werden.¹²⁵²

So zeigt sich vor allem im Bereich der Rechtsfolgen die Bedeutung einer Differenzierung zwischen zurechenbaren und gleichgestellten Dritten. Weitere direkte

¹²⁴⁷ Vgl etwa OGH I Ob 290/00d, 26.6.2001, RdW 2001/744; OGH 3 Ob 287/02 f, 22.10.2003, GesRZ 2004, 57.

¹²⁴⁸ Vgl etwa Karollus, ecolx 1999, 327 f; Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 148.

¹²⁴⁹ Nicht von Belangen ist, ob die Aktionärsseigenschaft zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme noch vorliegt.

¹²⁵⁰ Aufgrund des Verkehrsschutzes können auch Nachmänner des verbotswidrig begünstigten Aktionärs nicht in Anspruch genommen werden; Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 11; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 137; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen, 165 f.

¹²⁵¹ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 11; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 137; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 56 Rz 18.

¹²⁵² Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 10; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 137; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen, 166; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 56 Rz 21.

Ansprüche gegen einen Dritten sind ferner nur dann anzunehmen, wenn dieser dem Aktionär gleichzustellen ist. Dies ist – wie bereits zuvor ausführlich dargelegt – zum einen bei ehemaligen als auch zukünftigen Aktionären anzunehmen, sofern ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen Gesellschafterstellung und Leistung gegeben ist.¹²⁵³ Zum anderen ist dies der Fall bei einer Leistung an einen faktischen Gesellschafter, etwa in Form eines gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreters des Gesellschafters.¹²⁵⁴ So liegt ferner eine verbotswidrige Leistung an einen faktischen Gesellschafter vor, wenn ein Gesellschafter als Treuhänder eine Leistung für seinen Hintermann – den Treugeber – entgegennimmt, die durch ihre Entgegennahme als Verstoß gegen den Grundsatz der Vermögensbindung gewertet werden kann. Der Treugeber wird hier wie ein Gesellschafter behandelt und ist damit rückerstattungspflichtig in analoger Anwendung des § 56 öAktG.¹²⁵⁵ Der Treuhänder haftet aufgrund seiner formalen Gesellschaftereigenschaft gemäß § 56 öAktG neben dem Treugeber als faktischer Gesellschafter solidarisch. Unerheblich für die Haftung des Treuhänders ist es, ob er die Leistung bereits an den Treugeber ausgehändigt hat.¹²⁵⁶

Im gleichen Sinne wird der Nießbraucher wirtschaftlich als Gesellschafter gesehen, wenn ein Gesellschaftsanteil, also eine Aktie, belastet ist und ist ebenso aufgrund analoger Anwendung des § 56 öAktG neben dem rechtlichen Aktionär rückerstattungspflichtig.¹²⁵⁷ Ebenso ist eine Rückerstattungspflicht anzunehmen, wenn eine Leistung an den Ehepartner oder ein minderjähriges Kind des Aktionärs ergangen ist; diese haften folglich neben dem rechtlichen Aktionär solidarisch für die verbotswidrige Zuwendung.¹²⁵⁸

dd) Kein Anspruch bei gutgläubigem Dividendenbezug

Trotz des verschuldensunabhängigen Verbotes des § 52 öAktG wird der verbotswidrig begünstigte Gesellschafter insofern als schützenswert erachtet, als er „*Beträge in gutem Glauben als Gewinnanteile*“ bezogen hat (§ 56 Abs 3 öAktG). Darunter sind

¹²⁵³ Reich-Rohrwig, *ecolex* 2003, 152; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG*, § 52 Rz 37 ff; Doralt/Winner in *MüKo*³, § 57 Rz 274; vgl auch OLG 28 R 68/05h, 17.5.2005, *GeS* 2005, 371; wonach Abfindungen an ausscheidende Gesellschafter als Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gewertet werden und derartige Vereinbarungen oder Bestimmungen in der Satzung unzulässig sind.

¹²⁵⁴ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG*, § 56 Rz 15.

¹²⁵⁵ Artmann in Jabornegg/Strasser, *AktG*⁴, § 56 Rz 10; Doralt/Winner in *MüKo*³, § 62 Rz 138; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG*, § 56 Rz 15.

¹²⁵⁶ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG*, § 56 Rz 14 ff.

¹²⁵⁷ Fleck in *FS* 100 Jahre GmbH-Gesetz, 408.

¹²⁵⁸ Artmann in Jabornegg/Strasser, *AktG*⁴, § 56 Rz 10, 16; Doralt/Winner, § 62 Rz 138.

Dividendenbezüge aufgrund von Gewinnverwendungsbeschlüssen und Abschlagszahlungen auf den Bilanzgewinn iS des § 54a öAktG zu verstehen. Die Gutgläubigkeit hat sich neben dem Gewinnbezug selbst sowohl auf die Rechtsgrundlage als auch auf die Höhe und die ordnungsgemäße Ermittlung des Gewinnanteiles zu beziehen und muss im Zeitpunkt des Empfangs der Zahlung vorliegen, wobei ein nachträglicher Wegfall der Gutgläubigkeit nicht schadet.¹²⁵⁹ Allerdings wird der gute Glaube durch Fehler des Jahresabschlusses, durch welche dieser unwirksam oder nachträglich als nichtig erklärt wird, ausgeschlossen.¹²⁶⁰ Die Beurteilung über das Vorliegen eines Gewinnanteiles richtet sich rein nach objektiven Maßstäben. Folglich richtet sich der gute Glaube danach, ob eine objektiv sorgfältige Person ebenfalls annehmen konnte, dass diese Leistung eine Auszahlung von Gewinnanteilen darstellt; auf das subjektive Empfinden des empfangenden Gesellschafters kommt es nicht an.¹²⁶¹ Leichte Fahrlässigkeit genügt bereits, um den guten Glaube auszuschließen.¹²⁶² Die hL¹²⁶³ geht davon aus, dass bei Fällen verdeckter Verstöße gegen den Grundsatz der Vermögensbindung der gute Glaube generell ausgeschlossen und demnach ausnahmslos ein Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gegeben ist. Die Beweislast der Schlechtgläubigkeit liegt bei der Gesellschaft.

ee) Verjährung

Ansprüche gegen den Aktionär, der verbotswidrige Leistungen der Gesellschaft empfangen hat, verjähren gemäß § 56 Abs 4 öAktG in 5 Jahren ab Empfang der Leistung. Strittig ist in diesem Zusammenhang, ob sich diese Fünfjahresfrist lediglich für den ausdrücklich normierten Anspruch der Gesellschaftsgläubiger bezieht, oder ob auch der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gegenüber ihrem Aktionär davon betroffen ist. Eine Verjährungsfrist von 5 Jahren für den Anspruch der Gesellschaft wird oftmals als zu kurz und für die Praxis höchst unbefriedigend gesehen.¹²⁶⁴ Allerdings spricht vor allem der Umstand, dass ein derartiger Anspruch der Gesellschaft anhand einer Analogieziehung zur ausdrücklichen Bestimmung des § 83

¹²⁵⁹ Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 143; Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 16.

¹²⁶⁰ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 16.

¹²⁶¹ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 16; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 142.

¹²⁶² Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 16; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 143; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss⁵, 294; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen, 172; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 56 Rz 35.

¹²⁶³ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 16; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 142; Doralt, M, Management Buyout, 76 ff; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss⁵, 294; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 56 Rz 34.

¹²⁶⁴ Napokoj, GeS 2007, 71.

Abs 1 öGmbHG begründet wird, welche explizit die Verjährungsfrist von 5 Jahren auch für die Ansprüche der Gesellschaft anordnet. Nach Ansicht der hL¹²⁶⁵ ist die Verjährungsfrist von 5 Jahren auch für den Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft ausschlaggebend. Die Frist beginnt ab dem Empfang der Leistung zu laufen; ein Erkennen oder gar Erkennen-Müssen der verbotswidrigen Leistung ist für den Lauf der Frist unerheblich.

ff) Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates

Neben der Inanspruchnahme des empfangenden Aktionärs ist auch an eine mögliche Haftung des an der verbotswidrig erfolgten Leistung beteiligten Vorstandes gegenüber der Gesellschaft für den ihr dadurch entstandenen Schaden zu denken. So ordnet § 84 Abs 3 Z 1 öAktG explizit die Ersatzpflicht von Vorstandsmitgliedern an, wenn den Aktionären gesetzwidrig Einlagen zurückgewährt werden. Eine gewichtige Rolle spielt dieser Ausgleichsanspruch insbesondere, wenn die Gesellschaft ihren Rückerstattungsanspruch gegenüber dem Aktionär nicht geltend machen kann oder die Geltendmachung des Rückerstattungsanspruches nicht zu einem vollwertigen Ausgleich gereicht.¹²⁶⁶

b) Deutschland

aa) Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft

Im Gegensatz zur österreichischen Bestimmung regelt § 62 dAktG explizit einen Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gegenüber ihrem Aktionär, der entgegen den Vorschriften des dAktG Leistungen empfangen hat. Darunter fallen auch sämtliche Leistungen, die der Aktionär wider das Verbot des § 57 öAktG erhalten hat. Nach hM¹²⁶⁷ ist dieser Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft ein spezifisch aktienrechtlicher Anspruch, der losgelöst von den allgemeinen bereicherungsrechtlichen Bestimmungen der §§ 812 ff BGB Geltung hat. Im Gegensatz zu den bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zielt der aktienrechtliche Rückerstattungsanspruch nicht auf die Abschöpfung des vom Aktionär zu unrecht Erhaltenen, sondern vielmehr auf den Ausgleich der dadurch erlittenen Minderung des

¹²⁶⁵ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 56 Rz 21; Doralt/Winner in MüKo³, § 62 Rz 149; Napokoj, GeS 2007, 71; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 56 Rz 37; aA Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG (Vorauslage), § 56 Rz 16.

¹²⁶⁶ In Bezug auf die Ausführungen zu einem etwaigen Anspruch der Gesellschaft und der Gläubiger gegenüber der Organe nach §§ 84 und 99 öAktG siehe bereits S.138 f.

¹²⁶⁷ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 7; Bezenberger, Das Kapital, 240 mwN; Hüffer, AktG⁸, § 62 Rz 2; Lutter in KöKo², § 62 Rz 4.

Gesellschaftsvermögens.¹²⁶⁸ Infolgedessen kann der betroffene Aktionär auch nicht den etwaigen Verlust oder Untergang des zu unrecht Erhaltenen einwenden. Ferner ist dieser Anspruch unabhängig vom Verschulden der am Verstoß Beteiligten.¹²⁶⁹ Der Anspruch steht allein der AG zu und ist vom Vorstand geltend zu machen. Bei einer Leistung durch einen Dritten, muss zuerst nach den bereits oben behandelten Grundsätzen nach einem möglichen Anknüpfungspunkt gesucht werden, um einen Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gemäß § 62 dAktG rechtfertigen zu können.

bb) Rechtsverfolgung durch die Gesellschaftsgläubiger

Steht den Gesellschaftsgläubigern nach österreichischem Recht ein eigenständiger Anspruch gegen den verbotswidrig begünstigten Gesellschafter zu, so haben diese nach der deutschen Bestimmung des § 62 dAktG lediglich das prozessuale Recht im eigenen Namen den Anspruch der Gesellschaft geltend zu machen, sofern sie keine Befriedigung erlangen können. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Prozessstandschaft, die dem Gläubiger aber neben der Durchsetzung des Anspruches der Gesellschaft im Klageweg auch sämtliche außergerichtliche Maßnahmen, wie etwa die Möglichkeit einer Mahnung, zugesteht.¹²⁷⁰ Der Gläubiger darf auch nicht Leistung an sich begehren; alleiniger Empfänger der Leistung kann nach hM¹²⁷¹ nur die AG sein. Um den Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft geltend zu machen, muss der Gesellschafter zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme dieser Möglichkeit wirklich die Gläubigerstellung gegenüber der Gesellschaft innehaben. Dafür genügt bereits eine uneingeschränkt durchsetzbare, somit fällige Forderung. Unbedeutend hierfür sind die Höhe, der Rechtsgrund und der Zeitpunkt ihres Entstehens; als hinreichend wird das Vorhandensein der Gläubigerposition im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung angesehen. Als ausreichender, aber nicht erforderlicher Beweis hierfür wird der Nachweis eines vollstreckbaren Urteils des Gesellschaftsgläubigers erachtet. Ferner muss eine Befriedigung der Forderung des Gesellschaftsgläubigers aus dem Gesellschaftsvermögen aussichtslos sein. Demnach bedarf es der objektiven Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, welche durch den Nachweis einer erfolglosen Vollstreckung bzw einer Abweisung der Insolvenzeröffnung mangels Masse hinlänglich erwiesen ist.¹²⁷²

¹²⁶⁸ Bezenberger, Das Kapital, 240 f.

¹²⁶⁹ Lutter in KöKo², § 62 Rz 4.

¹²⁷⁰ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 80; Hüffer, AktG⁸, § 62 Rz 13;

¹²⁷¹ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 83 ff; Hüffer, AktG⁸, § 62 Rz 14; Lutter in KöKo², § 62 Rz 45.

¹²⁷² Bayer in MüKo³, § 62 Rz 87 ff; Hüffer, AktG⁸, § 62 Rz 14; Lutter in KöKo², § 62 Rz 42 ff.

Dem Gesellschafter stehen alle Einwendungen aus dem Verhältnis Gesellschaft gegenüber Gesellschaftsgläubiger zu. Ist etwa die Forderung des Gesellschaftsgläubiger gegenüber der Gesellschaft noch nicht fällig, bereits erfüllt oder etwa verjährt, so mangelt es schon an den Voraussetzungen einer möglichen Prozessstandschaft.¹²⁷³ Daneben kann der Gesellschafter sich auf sämtliche Einwendungen berufen, die ihm auch gegenüber der Gesellschaft zustehen. Als unzulässig wird allerdings die Geltendmachung einer nach § 66 dAktG unwirksamen Schuldbefreiung oder unwirksamen Aufrechnung angesehen.¹²⁷⁴ Da es sich jedoch nicht um einen eigenständigen Anspruch der Gesellschaftsgläubiger handelt, sondern lediglich um die Durchsetzung eines fremden Anspruches, kann der Gesellschafter in der Regel keine Einwendungen aus seinem Verhältnis zu dem Gesellschaftsgläubiger erheben. Zu denken ist hier lediglich an eine Einwendung aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung eines Abstehens von der Geltendmachung des Anspruches gem § 62 dAktG zwischen dem Gesellschaftsgläubiger und dem Gesellschafter.¹²⁷⁵

Im Falle der Insolvenz der Gesellschaft ordnet auch § 62 Abs 2 dAktG die Ausübung sämtlicher Rechte der Gesellschaftsgläubiger durch den Insolvenzverwalter oder den Sachwalter an. Ein bereits anhängiges Verfahren wird dadurch unterbrochen und kann von dem Insolvenzverwalter als Rechtsnachfolger aufgenommen werden. Bei Ablehnung der Weiterverfolgung durch den Insolvenzverwalter bleibt das anhängige Verfahren für die Dauer des Insolvenzverfahrens unterbrochen.¹²⁷⁶ Die Leistung des verbotswidrig Empfangenen in die Konkursmasse befreit den Aktionär jedoch von weitergehenden Ansprüchen der Gesellschaft und somit auch von deren Geltendmachung durch einen Gesellschaftsgläubiger.¹²⁷⁷

cc) Rechtliches Schicksal der Rechtsgeschäfte und Inhalt des Rückerstattungsanspruches der Gesellschaft

Ebenso wie in Österreich herrscht auch in Deutschland eine rege Diskussion über das rechtliche Schicksal der von verbotenen Ausschüttungen betroffenen Rechtsgeschäfte. Einen großer Unterschied zur österreichischen Rechtslage bildet jedoch das in Deutschland vorherrschende Abstraktionsprinzip, wonach Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in Bezug auf die Rechtsfolgen getrennt voneinander betrachtet

¹²⁷³ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 95 ff;

¹²⁷⁴ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 94.

¹²⁷⁵ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 99; Hüffner, AktG⁸, § 62 Rz 15.

¹²⁷⁶ Vgl §§ 1, 6 und 10 dKO.

¹²⁷⁷ Lutter in KöKo², § 62 Rz 50.

werden.¹²⁷⁸ Ein großer Teil der Lehre geht von der Nichtigkeit sowohl des Verpflichtungs- als auch des dinglichen Verfügungsgeschäftes aus und verlangt folglich auch die Gesamtrückabwicklung des Rechtsgeschäftes.¹²⁷⁹ Demzufolge hat der Aktionär das verbotswidrig Erlangte der Gesellschaft herauszugeben, sofern dies noch bzw überhaupt möglich ist. Handelt es sich bei der verbotswidrigen Leistung etwa um eine Dienstleistung, so kann diese naturgemäß nicht zurückgewährt werden, dementsprechend ist Wertersatz zu leisten. Gleiches gilt im Falle des Unterganges des Leistungsgegenstandes oder wenn dieser nicht mehr im Vermögen des rückerstattungspflichtigen Aktionärs vorhanden ist.¹²⁸⁰ Im Gegensatz dazu vertritt ein anderer Teil die Ansicht, dass lediglich das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft von der Nichtigkeit betroffen ist, das dingliche Verfügungsgeschäft hingegen davon unberührt bleibt und somit gültig ist.¹²⁸¹ Insoweit nimmt ein weiterer Teil der Lehre die Gesamtnichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes und damit ebenfalls eine vollständige Rückabwicklung an.¹²⁸² Im Gegensatz dazu lehnt eine Gegenmeinung die Nichtigkeit generell ab – sowohl für das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft – und erachtet den Ausgleich der Vermögensminderung auf Seiten der Gesellschaft als ausreichend, da der Grundsatz der Vermögensbindung lediglich das Vermögen in seinem rechnerischen Wert schütze und nicht in seiner gegenständlichen Zusammensetzung.¹²⁸³ Einigkeit besteht allerdings in jenen Fällen, in denen die Gesellschaft noch nicht geleistet hat und lediglich die Leistung einer gegen den Grundsatz der Vermögensbindung verstoßenden Zuwendung zugesagt hat.

¹²⁷⁸ S hierzu bereits S.140.

¹²⁷⁹ *Canaris* in FS Fischer, 33; *Henze* in Großkommentar⁴, § 57 Rz 201 ff; OLG Hamburg 11 U 117/79, 23.5.1980, DB 1980, 2437; zurückhaltender in Bezug auf verdeckte Verstöße *Hüffer* in AktG⁸, § 57 Rz 23 und § 62 Rz 9; für offene Verstöße auch *Lutter* in KöKo², § 57 Rz 62 ff; OLG Koblenz 6 U 342/04, 5.4.2007, AG 2007, 408 in Bezug auf Hauptversammlungsbeschlüsse.

¹²⁸⁰ *Hüffer*, AktG⁸, § 62 Rz 9; *Lutter* in KöKo², § 62 Rz 26; kritisch hingegen *Bommert*, Verdeckte Vermögensverlagerungen, 99 f, der die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes vertritt. Er stützt diese Auffassung auf die zivilrechtlichen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung (§§ 275 bis 285 BGB). Dies sei allerdings aufgrund ihrer verschuldensabhängigen Natur abzulehnen; vielmehr sei auf die Regeln bezüglich des Rücktritts vom Vertrag zurückzureifen; *Bezenberger*, Das Kapital, 253 f.

¹²⁸¹ *Bezenberger*, Das Kapital, 247 ff; *Bommert*, Verdeckte Vermögensverlagerungen, 111; *Flume*, Die juristische Person, 291; *ders*, ZHR 1980, 25; *Lutter* in KöKo², § 57 Rz 70; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 891 ff; *Wilhelm* in FS Flume, 387 f.

¹²⁸² *Bezenberger*, Das Kapital, 247 ff; *Bommert*, Verdeckte Vermögensverlagerungen, 111 ff; *Lutter* in KöKo², § 57 Rz 70, der bei einem verdeckten Verstoß von der prinzipiellen Gültigkeit des dinglichen Verfügungsgeschäftes ausgeht, sofern nicht die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes ausnahmsweise auch das Verfügungsgeschäft erfasst.

¹²⁸³ *Ballerstedt*, Kapital, 135 ff; *Joost*, ZHR 1985, 421 ff; *Riedel*, Unzulässige Vermögenszuwendungen, 61 ff; *Rust*, Verdeckte Einlagenrückgewähr, 60 ff; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 891 ff; *Wilhelm* in FS Flume, 387 f; LG Bonn 1 O 552/05, 1.6.2007, ZIP 2007, 1267: der Kern des spezifischen gesellschaftsrechtlichen Anspruches aus §§ 57, 62 AktG stellt der rechnerische Vermögensausgleich im Gesellschaftsvermögen dar; ansatzweise auch *Bayer* in MüKo³, § 62 Rz 47 ff.

Der Aktionär kann die Erfüllung dieser Zusage nicht verlangen, da die Gesellschaft aufgrund des § 57 dAktG einem Leistungsverbot untersteht.¹²⁸⁴

Wie auch die österreichische Rsp, anerkennt auch die deutsche Rsp die Möglichkeit der Nichtigkeit iSd § 134 BGB des Rechtsgeschäftes mit dem Dritten, sofern dieser mit dem Vertreter der AG bewusst zum Schaden der AG gehandelt hat.¹²⁸⁵ Nunmehr stützt der Großteil der deutschen Lehre als auch die Rsp ebenfalls eine etwaige Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes mit dem Dritten auf den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Anerkennung erlangt insofern die objektive Evidenz des Kompetenzmissbrauches¹²⁸⁶ sowie das kollusive Zusammenwirken zwischen Drittem und Vertreter der Gesellschaft¹²⁸⁷. Objektive Evidenz liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn ein Missbrauch der Vertretungsmacht durch ein bewusstes Handeln des Vorstandes zum Nachteil der Gesellschaft wegen massiver Verdachtsmomente für jedermann, ohne Nachforschungen zu unternehmen, zu diesem Zeitpunkt deutlich erkennbar war.¹²⁸⁸ Ein bloß fahrlässiges Nichterkennen reicht hierfür nicht aus.¹²⁸⁹ Im Gegensatz dazu liegt Kollusion bei bewusstem und gewolltem Zusammenwirken von Vorstand und Drittem zum Nachteil der Gesellschaft vor.¹²⁹⁰ Der Gesellschaft steht nach hM¹²⁹¹ in diesen Fällen folglich ein bürgerlich-rechtlicher Rückerstattungsanspruch direkt gegen den Dritten zu.

Ferner geht die hL¹²⁹² bei unzulässige Leistungen an Dritte auch dann von einer Nichtigkeit aus, wenn es sich bei dem Empfänger um einen dem Aktionär gleichgestellten Dritten, also zB einen faktischen Aktionär, um zukünftige oder ehemalige Aktionäre, Ehepartner oder minderjährige Kinder handelt sowie im Falle eines Empfangs auf Rechnung des Aktionärs.

¹²⁸⁴ Vgl *Bezenberger*, Das Kapital, 247 mwN; *Flume*, ZHR 1980, 23.

¹²⁸⁵ BGH II ZR 268/81, 20.9.1982, WM 1982, 1402; OLG Düsseldorf 11 U 47/79, 24.10.1979, AG 1980, 273; BGH II ZR 223/80, 28.09.1981, WM 1981, 1270.

¹²⁸⁶ *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 171 (sieht aber nicht zwingend die Rechtsfolge der Nichtigkeit vor); *Henze* in Großkommentar⁴, § 62 Rz 30; BGH XI ZR 277/98, 26.9.1999, ZIP 1999, 1303; BGH 6.5.1999, VII ZR 132/97, BGHZ 141, 357; aA *Sonnenhol/Groß*, ZHR 1995, 409.

¹²⁸⁷ *Henze* in Großkommentar⁴, § 62 Rz 30; aA *Sonnenhol/Groß*, ZHR 1995, 409.

¹²⁸⁸ BGH XI ZR 239/93; 25.10.1994, BGHZ 127, 239; BGH XI ZR 18/93, 19.4.1994, NJW 1994, 2082; BGH VIII ZR 218/01, 5.11.2003, NZG 2004, 139.

¹²⁸⁹ *Hüffer*, AktG⁸, § 82 Rz 7.

¹²⁹⁰ *Hüffer*, AktG⁸, § 82 Rz 6.

¹²⁹¹ *Henze* in Großkommentar⁴, § 62 Rz 30; mwN; *Lutter* in KöKo², § 62 Rz 13.

¹²⁹² *Bayer* in MüKo³, § 57 Rz 158; *Henze* in Großkommentar⁴, § 57 Rz 214.

dd) „Verbotene Leistung“

Auch für die deutsche Rechtslage sind die bereits zur österreichischen Rechtslage ausgeführten Feststellungen betreffend der Natur der verbotswidrigen Leistung maßgebend. Unter dem Begriff der verbotswidrig empfangenen Leistungen sind folglich ebenso Geldleistungen, Sachzuwendungen als auch Dienstleistungen zu verstehen.¹²⁹³

ee) Anspruchsschuldner – direkte Ansprüche gegen Dritte?

Grundsätzlich ist auch nach § 62 dAktG der alleinige Schuldner des Anspruches der Gesellschafter, der die verbotswidrige Leistung empfangen hat oder dem nach den bereits zuvor erörterten Grundsätzen eine Leistung an einen Dritten zugerechnet werden kann.¹²⁹⁴ Eine Leistung an einen dem Aktionär zurechenbaren Dritten begründet – wie auch nach österreichischem Recht – somit keinen direkten Anspruch auf Rückerstattung der Leistung gegenüber dem Dritten; vielmehr bleibt der Aktionär alleiniger Anspruchsschuldner. Anders liegt der Fall aber bei einem Aktionär gleichgestellten Dritten. Hier geht auch die deutsche Lehre neben der Haftung des formalrechtlichen Aktionärs von einem direkten Rückerstattungsanspruch gegen den empfangenden Dritten aus. So ist dies etwa der Fall bei einem faktischen Aktionär (z.B. dem Treuhänder),¹²⁹⁵ bei dem Ehepartner oder einem minderjährigen Kind des Aktionärs¹²⁹⁶ als auch bei einem gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter des Aktionärs¹²⁹⁷.

ff) Schutz gutgläubiger Dividendenempfänger

Ein Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft besteht nicht, wenn ein Gesellschafter Leistungen in gutem Glauben als Gewinnanteile bezogen hat. Im Großen und Ganzen deckt sich diese Bestimmung mit der gleichartigen Bestimmung des § 56 Abs 3 öAktG. Auch hier sind unter Gewinnanteilen Dividendenausschüttungen aufgrund eines Beschlusses und Abschlagszahlungen gemäß § 57 dAktG gemeint. Der gute Glaube hat die eigene Bezugsberechtigung als auch die Korrektheit der Grundlagen der Gewinnausschüttung zu umfassen.¹²⁹⁸ Im Gegensatz zur österreichischen

¹²⁹³ Vgl etwa Lutter in KöKo², § 62 Rz 16 mwN; Hüffer, AktG⁸, § 62 Rz 6.

¹²⁹⁴ Canaris in FS Fischer, 54 f; zustimmend Sonnenhol/Stützle, WM 1983, 3; BGH II ZR 268/81, 20.9.1982, WM 1982, 1402; BGH II ZR 223/80, 28.9.1981, WM 1981, 1270.

¹²⁹⁵ Vgl etwa Bayer in MüKo³, § 62 Rz 18.

¹²⁹⁶ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 20; Hüffer, AktG⁸, § 57 Rz 15 sowie § 62 Rz 5; aA (bürgerlich-rechtlicher Anspruch) Henze in Großkommentar⁴, § 57 Rz 218 mwN; BGH II ZR 223/80, 28.09.1981, WM 1981, 1270.

¹²⁹⁷ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 19; Henze in Großkommentar⁴, § 62 Rz 28; Hüffer, AktG⁸, § 62 Rz 5.

¹²⁹⁸ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 70 mwN; Hüffer, AktG⁸, § 62 Rz 11.

Bestimmung wird hier auf eine abweichende, negative Formulierung der Gutgläubigkeit abgestellt, wonach der Aktionär der Gesellschaft lediglich dann die verbotswidrig erhaltene Leistung rückerstatten muss, wenn er wusste oder infolge von Fahrlässigkeit nicht wusste, dass er zum Bezug nicht berechtigt war. Dies ändert jedoch nichts daran, dass auch nach der deutschen Bestimmung bereits leichte Fahrlässigkeit der Gutgläubigkeit schadet.¹²⁹⁹ Die Gutgläubigkeit muss im Zeitpunkt des Leistungsempfanges vorliegen.¹³⁰⁰ Bei verdeckten Ausschüttungen entgegen dem Grundsatz der Vermögensbindung geht auch die deutsche Lehre von einem ausnahmslosen Anspruch der Gesellschaft gegenüber dem verbotswidrig begünstigten Gesellschafter aus, da hier die Ausnahme für Gutgläubigkeit nicht greift.¹³⁰¹

Die Frage nach der Beweislast der Gutgläubigkeit folgt allgemeinen Regeln. Danach hat der Gesellschafter zu demonstrieren, dass er die fraglichen Leistungen als Gewinnanteile bezogen hat. Hingegen liegt es bei der Gesellschaft, die Schlechtgläubigkeit des Gesellschafters darzulegen.¹³⁰²

gg) Verjährung

Die Rückerstattungsansprüche der Gesellschaft unterliegen gemäß § 62 Abs 3 dAktG einer aktienrechtlicher Sonderfrist von 10 Jahren.¹³⁰³ Die Frist beginnt mit dem Empfang der verbotswidrigen Leistung an zu laufen. Auf etwaige subjektive Elemente auf Seiten der Beteiligten kommt es demnach nicht an.¹³⁰⁴ Wird hingegen ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet, so tritt die Verjährungsfrist nicht vor Ablauf von 6 Monaten nach dem Zeitpunkt der Eröffnung ein (§ 62 Abs 3 iVm § 54 Abs 4 2. Satz dAktG).

hh) Haftung der Gesellschaftsorgane

Wird entgegen dem Grundsatz der Vermögensbindung unmittelbar oder auch mittelbar Vermögenswerte an einen Aktionär ausgeschüttet, so kommt auch nach der deutschen Rechtslage eine eventuelle Haftung der Gesellschaftsorgane in Frage. So haftet der Vorstand einer Gesellschaft bei einem Verstoß gegen § 57 dAktG aufgrund des § 93

¹²⁹⁹ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 71; Hüfner, AktG⁸, § 62 Rz 12; Lutter in KöKo², § 62 Rz 34.

¹³⁰⁰ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 70.

¹³⁰¹ Lutter in KöKo², § 62 Rz 32.

¹³⁰² Bayer in MüKo³, § 62 Rz 64; Hüfner, AktG⁸, § 62 Rz 11; Lutter in KöKo², § 62 Rz 33.

¹³⁰³ Nach der alten Rechtslage betrug die Verjährungsfrist noch wie in der österreichischen Regelung 5 Jahre; vgl hierzu Lutter in KöKo², § 62 Rz 52.

¹³⁰⁴ Bayer in MüKo³, § 62 Rz 108.

Abs 2 und 3 Z 1 dAktG und der auf den Ersatz des der Gesellschaft entstandenen Schadens.¹³⁰⁵ Ferner kann eine Haftung des Aufsichtsrates zum Tragen kommen.¹³⁰⁶

7) *Der Grundsatz der Vermögensbindung als alternativer Regelungsansatz? – Eine Stellungnahme*

Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, konzentriert sich ein Teil der Lehre eingehend mit der Frage nach dem Verhältnis des Verbotes der finanziellen Unterstützung zum Grundsatz der Vermögensbindung.¹³⁰⁷ Dieser Abschnitt der Arbeit soll sich daher vor allem damit beschäftigen, wie sich die Bestimmungen betreffend das Verbot der finanziellen Unterstützung zu denen betreffend den Grundsatz der Vermögensbindung verhalten, da beide auf den ersten Blick nahezu das gleiche Ziel verfolgen. So ist beiden die Verhinderung von Ausschüttungen außerhalb einer gesetzmäßigen Gewinnausschüttung gemein; eine „gewisse Verwandtschaft“¹³⁰⁸ der beiden Normenkomplexe ist demgemäß nicht von der Hand zu weisen. Das Spektrum der verschiedenen Lehrmeinungen zu diesem Themenbereich – wie weit dieses Verhältnis reicht und welche Konsequenzen dies für die einzelnen Normen hat –, erweist sich als relativ breit gefächert. Allerdings lassen sich unterschiedliche Tendenzen im direkten Ländervergleich Österreich–Deutschland erblicken, was womöglich darauf zurückzuführen ist, dass doch einige Abweichungen vor allem nunmehr aufgrund der Einführung des MoMiG zwischen den österreichischen und deutschen Normen sowie den jeweiligen Lehren bestehen. Es bietet sich folglich an, die verschiedenen Meinungsstände der einzelnen Ländern separat aufzuzeigen, um im Zuge dessen auf die Parallelen der nationalen Bestimmungen eingehen und um (womöglich abweichende) Schlüsse in Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Verbot der finanziellen Unterstützung und dem Grundsatz der Vermögensbindung ziehen zu können. Das Verhältnis zweier Normen zueinander lässt sich am einfachsten durch eine Gegenüberstellung dieser beiden Normen, insbesondere in Bezug auf den persönlichen sowie sachlichen Anwendungsbereich feststellen, um folglich ermitteln zu können, inwieweit sich die verfolgten Normzwecke und infolgedessen auch die

¹³⁰⁵ Vgl etwa OLG Hamm 8 U 19/06, 14.1.2008, nicht veröffentlicht: Schadenersatzpflicht der Mitglieder des AR wegen Tolerierung unzulässiger Einlagenrückgewähr und Kreditgewährung; OLG Thüringen 6 U 947/05, 25.4.2007, ZIP 2007, 1314: Haftung des Vorstandes einer abhängigen AG wegen Vergabe ungesicherter Darlehen an das herrschende Unternehmen; LG Berlin 99 O 101/05, 26.4.2006, nicht veröffentlicht: Haftung eines Vorstandes wegen der Stundung einer Zinsforderung; OLG Hamm 8 U 59/94, 10.5.1995, ZIP 1995, 1263: Haftung des Konzernvorstands bei pflichtwidriger Gewährung eines ungesicherten Darlehens.

¹³⁰⁶ Für Ausführungen in Bezug auf die Haftung der Organe gegenüber der Gesellschaft siehe bereits S.144 ff.

¹³⁰⁷ Vor allem *Habersack* in FS Röhrich, 155; *Kerber*, NZG 2006, 50.

¹³⁰⁸ *Hefermehl/Bungeroth* in Geßler/Hefermehl AktG (1984), § 71a Rz 2.

Bestimmungen hinsichtlich des gemeinsamen Schutzzweckes – die Verhinderung einer Verwendung des gesellschaftlichen Vermögens außerhalb der legalen Gewinnausschüttung – in ihren Anwendungsbereichen decken. Dabei können auch die an den Bestimmungen anknüpfenden Rechtsfolgen weiteren Aufschluss bieten. Besonders in Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich ist den möglichen Rechtsfolgen Beachtung zu schenken, da sich vorwiegend hier zeigen wird, inwieweit der Schutz der Verbotsbestimmungen reicht.

a) Österreich

aa) Der Meinungsstand

Generell wird die Bestimmung des § 66a öAktG als ein Sonderfall des § 52 öAktG gesehen, welcher dem Grundsatz der Vermögensbindung als Ergänzung dient.¹³⁰⁹ Inwieweit dieser Sonderfall überhaupt Relevanz im Lichte des allgemeinen Grundsatzes der Vermögensbindung erlangt, wird jedoch unterschiedlich aufgefasst. So vertritt ein Teil der österreichischen Lehre,¹³¹⁰ dass sich der Anwendungsbereich des § 66a öAktG hinsichtlich des Tatbestandes des § 52 öAktG und den damit einhergehenden strengen Anforderungen an den Drittvergleich in einem sehr engen Rahmen bewegt, da grundsätzlich jede Sicherheitenbestellung und Darlehensgewährung bereits vom Verbot des § 52 öAktG erfasst sei. Ferner lassen die strengeren Rechtsfolgen des § 58 öAktG, welche der Verstoß gegen § 52 öAktG nach sich zieht, die Anwendung der Verbotsnorm des § 66a öAktG als überflüssig erscheinen. Dem entgegnet *Göschke*¹³¹¹ andererseits, dass bei dieser Argumentation die Möglichkeit einer betrieblichen Rechtfertigung in Bezug auf eine an sich verbotene Ausschüttung iS des § 52 öAktG außer Acht gelassen wird. Sind schließlich wahrscheinliche und zumindest konkretisierbare Vermögensvorteile für die Gesellschaft zum Zeitpunkt der an sich verbotenen Sicherheitenbestellung zu erwarten, so ist hierin kein Verstoß gegen § 52 öAktG zu erblicken. Wurde hingegen eine Sicherheit zum Zwecke der finanziellen Unterstützung eines Aktienerwerbes bestellt, so ist die Bestellung gem § 66a öAktG – ungeachtet einer etwaigen betrieblichen

¹³⁰⁹ *Doralt, M*, Management Buyout, 101; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 66a Rz 4.

¹³¹⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 150; folgend *Doralt, M*, Management Buyout, 101; so wohl auch *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 66a Rz 17 (weist auf die marginale Regelungsdiskrepanz hin, welche eine fehlende, parallele Regelung für das GmbHG nach sich zieht, da die meisten betroffenen Fälle ohnedies durch den Grundsatz der Vermögensbindung erfasst seien); *dies* in *MüKo*³, § 71a Rz 68.

¹³¹¹ *Göschke*, RdW 2001, 323; im Ansatz auch *Karollus* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 66a Rz 22 (§ 52 bleibe von § 66a unberührt, anerkennt zwar die weit reichenderen Rechtsfolgen des § 56 öAktG an, enthält sich aber etwaiger Wertungsfragen hinsichtlich der Effizienz des § 66a).

Rechtfertigung – verboten. Im Ergebnis zeige dies einen, wenn auch marginalen, eigenständigen Anwendungsbereich des § 66a öAktG neben den allgemeinen Bestimmungen der §§ 52 ff öAktG.

bb) Der persönliche Anwendungsbereich im Lichte der Rechtsfolgen

Zum einen ist es einer Gesellschaft verboten, ihren Aktionären außerhalb der legalen Gewinnausschüttung und den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen gesellschaftliches Vermögen auszuschütten. Zum anderen ist es einer Gesellschaft ferner nicht erlaubt, einem Dritten einen Vorschuss sowie ein Darlehen zu gewähren oder eine Sicherheit zu leisten zum Zweck des Aktienerwerbes. Hier zeigt sich bereits auf den ersten Blick eine vermeintliche Diskrepanz zwischen dem persönlichen Anwendungsbereich des Verbotes der finanziellen Unterstützung und des § 52 öAktG. Im Gegensatz zu § 52 öAktG stellt das Verbot der finanziellen Unterstützung nicht ausdrücklich auf die Aktionärsstellung des Leistungsempfängers ab, sondern erfasst uU auch Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit gesellschaftsfremden Dritten. Dadurch erscheint verständlicherweise der persönliche Anwendungsbereich des Verbotes der finanziellen Unterstützung weiter als der des § 52 öAktG. Bezieht man jedoch die, zum großen Teil von der hL ausgearbeiteten, Grundsätze in Bezug auf den § 52 öAktG in diese Betrachtung mit ein, so wird die Eindeutigkeit dieser Aussage zusehends in Frage gestellt. Mit Hilfe von Zurechnungstatbeständen und der Möglichkeit einer Erstreckung der Rechtsfolgen auf Leistungen an Dritte und von Dritten ist eine zunehmende Annäherung der persönlichen Anwendungsbereiche des § 52 öAktG und des § 66a öAktG erkennbar. Insbesondere die Bejahung einer Anwendbarkeit des § 52 öAktG auf zukünftige Aktionäre bei Vorliegen eines engen tatsächlichen und zeitlichen Zusammenhanges zwischen Leistung und zukünftiger Aktionärsstellung bekräftigt diese Annahme, indem der finanziell unterstützte Aktienerwerber als vom persönlichen Anwendungsbereich des § 52 öAktG erfasst angesehen werden kann. Dennoch muss gesagt werden, dass der persönliche Anwendungsbereich des Verbotes der finanziellen Unterstützung wohl trotz allem insofern weiter geht, als die Einbeziehung von Transaktionen mit Dritten nicht von weiteren Anknüpfungspunkten abhängig gemacht wird, sofern sie nur dem Aktienerwerber zugute kommen. Im Gegensatz dazu bedarf es bei der Einbeziehung von Transaktionen mit Dritten in den Anwendungsbereich des § 52 öAktG bestimmter Anknüpfungspunkte, die eine Gleichstellung des Dritten mit einem Aktionär rechtfertigen oder die Leistung an den Dritten dem Aktionär zurechenbar machen.

Wird die finanzielle Unterstützung nicht direkt von der Gesellschaft, deren Aktien erworben werden, sondern etwa von der Tochtergesellschaft, gewährt, so wird dieser Fall ausdrücklich von § 66a öAktG geregelt. Auch Ausschüttungen an Aktionäre der Muttergesellschaft, welche die Tochtergesellschaft getätigt hat, fallen nach hL unter § 52 öAktG, sofern diese auf Rechnung der Muttergesellschaft erfolgt sind oder ein Beherrschungs- bzw Gewinnabführungsvertrag besteht. Im Falle einer faktischen Abhängigkeit bedarf es allerdings einer mittelbaren Auswirkung auf das Vermögen der übergeordneten Gesellschaft. Insofern werden sowohl von § 66a als auch § 52 öAktG Leistungen der Tochtergesellschaft erfasst. Handelt es sich jedoch nicht um eine Tochtergesellschaft, sondern um einen Dritten, welcher anstelle der Gesellschaft finanzielle Unterstützung zum Zweck des Aktienerwerbes leistet, so bedarf es mE eines Zurechnungsgrundes auf Seiten des Leistenden, welcher die Leistung als eine der Gesellschaft erscheinen lässt, wie etwa ein Handeln auf Rechnung der Gesellschaft.¹³¹² Diese Grundsätze hinsichtlich der Zurechenbarkeit einer Leistung eines Dritten sind von den Ausführungen der hL hinsichtlich des § 52 öAktG entlehnt, weshalb auch hier ein Gleichlauf der persönlichen Anwendungsbereiche zu verzeichnen ist.

Hinsichtlich Sachverhalte innerhalb eines Konzerns ist wiederum auf die bereits an anderer Stelle dargelegte Ausführung zu verweisen,¹³¹³ nach der mE das Gleiche für das Verbot der finanziellen Unterstützung gelten muss wie für den § 52 öAktG auch: § 66a bleibt anwendbar.

Vor allem im Lichte der jeweiligen Rechtsfolgen erweist sich jedoch die Bestimmung des § 52 öAktG trotz des (unwesentlich) engeren persönlichen Anwendungsbereiches als weitaus effektiver als das Verbot der finanziellen Unterstützung; dies insbesondere in Anbetracht der fehlenden rechtlichen Auswirkungen auf Rechtsgeschäfte, welche gegen das Verbot der finanziellen Unterstützungen des § 66a öAktG verstoßen – sei es nun direkt oder auch indirekt. Dem steht hingegen die weitaus strengere Rechtsfolge der Nichtigkeit des § 58 öAktG gegenüber, welche uU auch Dritte treffen können. Lediglich die Organhaftung im Schadensfall ist bei einem Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung als mögliche Rechtsfolge denkbar. Dies mag womöglich auch ein ausschlaggebender

¹³¹² Vgl hierzu bereits die Ausführungen S.250 ff.

¹³¹³ S dazu S.258 ff.

Punkt dafür sein, dass die Verbotsbestimmung des § 66a öAktG bislang ein unbemerktes Dasein in der österreichischen Rechtssprechung gefristet hat und auch von der österreichischen Lehre eher stiefmütterlich behandelt wurde. Insofern möchte ich hier die Gegenüberstellung der persönlichen Anwendungsbereiche des § 52 und § 66a öAktG nicht näher ausführen, sondern mir eine eingehende Ausarbeitung der persönlichen Anwendungsbereiche im Lichte der anknüpfenden Rechtsfolgen für die Gegenüberstellung der deutschen Verbotsnormen des § 57 und des § 71a dAktG vorbehalten.

cc) Die sachlichen Anwendungsbereiche des § 52 und § 66a öAktG

Sowohl § 52 öAktG als auch § 66a öAktG verfolgen unter anderem die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, um die Gläubiger- als auch die Gesellschafterinteressen zu wahren. Letztlich weicht das Verbot der finanziellen Unterstützung lediglich dahingehend ab, dass der § 66a öAktG auf eine spezifische Situation – die Änderung der Aktionärsstruktur – abstellt; Zweck der Bestimmung ist es, die Heranziehung gesellschaftlicher Mittel außerhalb der legalen Gewinnausschüttung zur Finanzierung eines Aktienerwerbes eines Dritten, der womöglich über keine ausreichenden Eigenmittel verfügt, zu verhindern. Diesen Zweck versucht die Bestimmung damit zu erreichen, indem sie die Zahlung eines Vorschusses, die Gewährung eines Darlehens sowie die Bestellung einer Sicherheit zum Zweck des Aktienerwerbes durch einen Dritten verbietet. Nunmehr hat sich in den vorhergehenden Ausführungen hinsichtlich des Grundsatzes der Vermögensbindung gezeigt, dass derartige Rechtsgeschäfte ebenso von § 52 öAktG erfasst sein können und zwar unabhängig von der Anknüpfung an eine spezielle Situation, wie etwa einen Aktionärswechsel.

Sowohl in Bezug auf eine Darlehensgewährung als auch eine Bestellung von Sicherheiten hat die hL hohe Anforderungen an einen Drittvergleich, wenn es um die Einstufung als erlaubtes, drittvergleichsfähiges Rechtsgeschäft geht.¹³¹⁴ Im Ergebnis wird somit oftmals, wenn nicht sogar ausnahmslos, eine Darlehensgewährung einer Gesellschaft an einen ihrer Gesellschafter von vornherein als verbotene Ausschüttung iS des § 52 öAktG gewertet, sofern nicht eine zumindest marktübliche Verzinsung vereinbart sowie zusätzlich eine Sicherheit bereitgestellt wurde. Gleiches lässt sich auch in Bezug auf eine Sicherheitsleistung durch die Gesellschaft sagen. Besichert eine Gesellschaft eine Verbindlichkeit ihres Gesellschafters, so muss der Bestellung von

¹³¹⁴ Vgl hierzu ausführlich S.241 ff.

Sicherheiten zumindest eine angemessene Gegenleistung, etwa in Form einer Avalprovision, gegenüberstehen. Darüber hinaus werden sowohl von der Rsp als auch von der hL zusätzliche Anforderungen verlangt. Dabei wird vor allem auf einen aussichtsreichen Regressanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter im Falle einer Inanspruchnahme Bezug genommen. Zum Teil wird dieser auch mit dem Erfordernis der Vollwertigkeit behaftet, was wiederum zu einer Besicherung des Regressanspruches durch den Gesellschafter führen wird. Teilweise werden ferner eine betriebliche Rechtfertigung oder die Messung des Risikos für die besichernde Gesellschaft an einem Drittvergleich verlangt. Im Wesentlichen lässt sich auch hier sagen, dass eine Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft nur schwer Rechtfertigung erlangen kann und der Gesellschafter wiederum an Außenstehende verwiesen wird. Das dritte, ausdrücklich genannte Rechtsgeschäft des § 66a öAktG – die Gewährung eines Zuschusses – kann ebenso unter den sachlichen Anwendungsbereich fallen, da es sich bei der Begleichung einer noch nicht fälligen Verbindlichkeit um eine nicht drittvergleichsfähige Übervorteilung handeln oder diese auch als eine Art Darlehen gewertet werden kann und so wiederum den bereits besprochenen strengen Drittvergleich standhalten muss.

Insofern sind die von der Bestimmung des Verbotes der finanziellen Unterstützung erwähnten Rechtsgeschäfte bereits von § 52 öAktG erfasst, sofern diese mit einem Aktionär bzw auch einem zukünftigen oder ehemaligen Aktionär¹³¹⁵ abgeschlossen wurden oder diesem zumindest wirtschaftlich zugute kommen. Einzige Ausnahme wäre hier wohl etwa eine drittvergleichsfähige Darlehensgewährung, da bereits eine abstrakte Gefährdung des Gesellschaftsvermögens durch das fragliche Rechtsgeschäft für die Verbotsbestimmung des § 66a öAktG als ausreichend erachtet wird. Gleichwohl stellt sich mE in diesem Zusammenhang die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer Darlehensaufnahme des Gesellschafters bei seiner Gesellschaft, wenn diese den gleichen Bedingungen zu unterliegen hat, wie man sie auch bei einer Bank erhalten würde, sieht man doch wohl den Reiz in der Darlehensaufnahme bei seiner Gesellschaft in der Vorzugsbehandlung. In der Praxis wird die Motivation der Beteiligten einer finanziellen Unterstützung wohl ebenso darin liegen, eine Begünstigung aus der Vereinbarung mit der Gesellschaft zu erzielen, etwa in Form

¹³¹⁵ Im Falle einer dem Aktienwerb vorangehenden finanziellen Unterstützung kann der Erwerber als zukünftiger Aktionär gewertet werden (s dazu bereits oben). Handelt es sich um eine nach dem Erwerber erfolgte finanzielle Unterstützung, so begegnet die Wertung des Erwerbers als Aktionär der Gesellschaft keinerlei Schwierigkeiten.

günstigeren Konditionen, längerer Zahlungsfristen oder überhaupt im Abschluss eines Rechtsgeschäftes, da etwa ein Darlehen von einer Bank aufgrund mangelnder Bonität gar nicht gewährt worden wäre. Folglich wird es sich auch hier in den meisten Fällen um eine Übervorteilung im Sinne einer Unausgeglichenheit zu Lasten des gesellschaftlichen Vermögens handeln und nicht um drittvergleichsfähige Rechtsgeschäfte, was der eigenständigen Anwendung des § 66a öAktG wiederum einen Teil ihrer Bedeutung nimmt.

In Anbetracht dieser Erkenntnisse lässt sich insofern eine Überlagerung der sachlichen Anwendungsbereiche der Bestimmungen betreffend das Verbot der finanziellen Unterstützung und des § 52 öAktG nicht von der Hand weisen. Allerdings trifft dies gegenwärtig nur insoweit zu, als man lediglich die drei, von § 66a öAktG ausdrücklich genannten Rechtsgeschäfte in diese Überlegungen mit einbezieht. Wie sich jedoch bereits gezeigt hat, wurde mit der Zeit auch die Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereiches des Verbotes der finanziellen Unterstützung mithilfe einer analogen Anwendung auf andere Rechtsgeschäfte angedacht, welche auf einer teleologischen Auslegung fußt. Hierbei scheint als allgemeiner Grundsatz zu gelten, dass der wirtschaftliche Inhalt der fraglichen Rechtsgeschäfte an den ausdrücklich benannten Rechtsgeschäften des § 66a öAktG gemessen werden und darin dann eine vergleichbare Finanzierungsfunktion und ein vergleichbares Risiko für das Gesellschaftsvermögen gesehen werden muss. Insbesondere die Subsumierung von unausgeglichene Austauschgeschäften bzw. Austauschgeschäften ohne wirtschaftlichem Eigeninteresse auf Seiten der Gesellschaft sowie verlorenen Zuschüssen unter den Tatbestand des § 66a öAktG kann mE nicht vollends überzeugen. Zwar kann ein bestimmter Finanzierungseffekt durchaus erblickt werden; allerdings ist nicht ersichtlich, warum es einer derartigen Subsumierung – vor allem in Bezug auf Austauschverträge, etwa zwischen der Gesellschaft und dem Erwerber, welcher spätestens mit Erwerb eine Gesellschafterstellung einnimmt und davor auch als zukünftiger Gesellschafter gewertet werden kann – überhaupt bedarf, ist doch eine derartige Fallkonstellation bereits als verbotene Ausschüttung iS des Grundsatzes der umfassenden Vermögensbindung untersagt, welcher die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nach sich zieht. Eine Subsumierung birgt zusätzlich die Schwierigkeit in sich, die über den Tatbestand des § 52 öAktG hinausgehende weitere Voraussetzung einer Zwecksetzung, die von der Gesellschaft erhaltenen finanziellen Mittel für den Aktienerwerb zu verwenden, beweisen zu müssen. Dies wird wohl

selten aus einem Kaufvertrag zwischen der Gesellschaft und ihrem (zukünftigen bzw gegenwärtigen) Gesellschafter, dem Erwerber, hervorgehen, geschweige denn, ausdrücklicher Vertragsinhalt werden, was insofern eine Hürde für die Beweisführung darstellen wird. Man könne lediglich ein Indiz daraus gewinnen, dass nach Abschluss eines Kaufvertrages tatsächlich Aktien der Gesellschaft erworben werden oder ein für den Kauf aufgenommenes Darlehen getilgt wird. Diese zusätzliche Hürde einer schwer beweisbaren Zwecksetzung, welche das Verbot der finanziellen Unterstützung jedoch fordert, lässt mich in der Subsumierung dieser Rechtsgeschäfte unter § 66a öAktG wenig Sinn erblicken. Geht man allerdings davon aus, dass unter das Verbot der finanziellen Unterstützung auch Rechtsgeschäfte mit Dritten fallen können, sofern diese dem Erwerber der Aktien als mittelbare finanzielle Unterstützung wirtschaftlich zugute kommen,¹³¹⁶ so lässt sich dieses Argument zwar weiterhin aufrecht erhalten, allerdings ist hier die Rechtfertigung zum Teil schwerer begründbar. Zwar wird selbst in diesem Fall bereits vom Grundsatz der Vermögensbindung Abhilfe geschaffen, als der Erwerber als (zukünftiger) Gesellschafter oder, im Falle einer nachträglichen finanziellen Unterstützung, als gegenwärtiger Gesellschafter gemäß § 58 öAktG zur Rückerstattung verpflichtet ist, wenn ihm eine Leistung an einen Dritten wirtschaftlich zugute kommt. Dennoch muss die Relevanz des Verbotes der finanziellen Unterstützung auch für Rechtsgeschäfte zwischen einem Dritten und der Gesellschaft Beachtung finden, da insofern auch diese Rechtsgeschäfte gem § 66a öAktG unerlaubt sind. Allerdings zieht ein Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung in Form derartiger Rechtsgeschäfte mit einem Dritten keinerlei weitere durchgreifende Rechtsfolgen nach sich, weshalb auch hier das Verbot der finanziellen Unterstützung im Vergleich zu § 52 öAktG und seinen möglichen Rechtsfolgen an Bedeutung verliert, da eine Haftung der Gesellschaftsorgane als einzige Konsequenz eines Verstoßes gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung auch im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen § 52 öAktG möglich ist.

Im Ergebnis stellt sich folglich heraus, dass ein Bemühen um die Subsumierung unverhältnismäßiger Rechtsgeschäfte oder auch verlorener Zuschüsse unter das Verbot der finanziellen Unterstützung gem § 66a öAktG als überflüssig erscheint. So mag es mE zweckmäßiger sein, grundsätzlich die Bestimmungen der

¹³¹⁶ Vgl dazu S.119 ff.

§§ 52, 58 öAktG in Bezug auf unverhältnismäßige oder entgeltlose Rechtsgeschäfte sowie rechtsgrundlose Maßnahmen der Gesellschaft anzuwenden.

Nicht in Vergessenheit geraten darf jedoch die Anmerkung, dass die Möglichkeit einer betrieblichen Rechtfertigung im Rahmen des § 52 öAktG einen eigenständigen Anwendungsbereich für das Verbot der finanziellen Unterstützung zu schaffen vermag. Demnach besteht die Möglichkeit, ein Rechtsgeschäft, welches im Grunde gegen § 52 öAktG verstößt, mit Hilfe einer betrieblichen Rechtfertigung aus dem Anwendungsbereich auszuklammern und als rechtmäßiges Rechtsgeschäft bestehen zu lassen. Ungeachtet dessen mag dennoch das Verbot des § 66a öAktG bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen Anwendung finden, da eine derartige Ausnahme vom Verbot der finanziellen Unterstützung nicht vorgesehen ist. Ungeachtet der an anderer Stelle ausgeführten Erwägungen einer möglichen Einführung einer derartigen Ausnahme für finanzielle Unterstützungen ist ein Verbleiben eines bescheidenen sachlichen Anwendungsbereiches des § 66a öAktG im Vergleich zu § 52 öAktG anzuerkennen. Nichtsdestotrotz ist auch bei der Bejahung eines eigenständigen sachlichen Anwendungsbereiches neben dem des § 52 öAktG kein weitergehender Nutzen erkennbar, da hier eine betriebliche Rechtfertigung wohl dennoch, wenn auch auf anderer Ebene, greift. So ist die einzige mögliche Konsequenz eines Verstoßes die Haftung der Gesellschaftsorgane. Kann das fragliche Rechtsgeschäft allerdings aufgrund eines begründeten Interesses der Gesellschaft betrieblich gerechtfertigt werden, so scheint neben dem möglichen Mangel eines Schadens auch der erforderliche Verschuldensgrad der leichten Fahrlässigkeit angreifbar und eine Haftung des Gesellschaftsorgans folglich fraglich. Insofern würde ein iS des § 52 öAktG betrieblich gerechtfertigtes Rechtsgeschäft vom sachlichen Anwendungsbereich des § 66a öAktG zwar erfasst und somit als unerlaubt angesehen werden; allerdings hätte dies keinerlei rechtliche Konsequenzen, weshalb sich wiederum die Frage nach der Sinnhaftigkeit des eigenständigen sachlichen Anwendungsbereiches des § 66a öAktG stellt.

dd) Fazit

Nach einer Gegenüberstellung der Anwendungsbereiche des Verbotes finanzieller Unterstützung zum einen und dem Grundsatz der Vermögensbindung zum anderen hat sich nicht nur im Hinblick des persönlichen, sondern auch betreffend des sachlichen Anwendungsbereiches gezeigt, dass das Verbot der finanziellen Unterstützung trotz

erheblicher Überschneidungen doch eine gewisse Eigenständigkeit aufweist. Allerdings muss hier eingewandt werden, dass vor allem in Bezug auf den sachlichen Anwendungsbereich aufgrund der mangelnden Relevanz in der Praxis diese Eigenständigkeit größtenteils zu Nichte gemacht wurde.

Eine nähere Betrachtung dieser Thematik zeigt gleichwohl, dass sich für die österreichische Rechtslage weniger die Frage nach einer möglichen Nutzlosigkeit des § 66a öAktG aufgrund eines beinahe Gleichlaufes mit der Bestimmung des § 52 öAktG stellt – wie dies zT von der deutschen Lehre vertreten wird¹³¹⁷ –, sondern vielmehr die zu hinterfragende Effizienz des Verbotes finanzieller Unterstützung im Lichte ihrer fehlenden Durchschlagskraft im Vergleich zu § 52 öAktG in den Mittelpunkt der Diskussion zu stellen ist. Dies wurde zum Teil von der Lehre bereits erkannt¹³¹⁸ und vermag wohl auch die fehlende Rechtsprechung und die spärlichen literarischen Beiträge hinsichtlich des § 66a öAktG erklären. Insofern ist in Anbetracht der zahlreichen ergangenen Entscheidungen zu der Verbotsbestimmung des § 52 öAktG ersichtlich, dass der Grundsatz der Vermögensbindung einen weitaus höheren Stellenwert in Bezug auf die Effektivität zur Erhaltung des Gesellschaftskapitales einnimmt als dies beim Verbot der finanziellen Unterstützung des § 66a öAktG der Fall ist. Weiters ist hier auch anzunehmen, dass die Bestimmung des § 52 öAktG das verfolgte Ziel des § 66a öAktG in sich aufnimmt und im Wesentlichen dessen Aufgaben übernimmt. Dass der Grundsatz der Vermögensbindung durchaus Relevanz in Bezug auf finanziell unterstützte Gesellschaftsübernahmen hat, zeigt auch eindrücklich die *Fehringer*-Entscheidung¹³¹⁹ des OGH. Obwohl diese zum Recht der GmbH ergangen ist, ist sie dennoch ebenso repräsentativ für das Aktienrecht und es könne daraus mE gefolgert werden, dass der OGH bei Vorliegen eines vergleichbaren Sachverhaltes ebenso in Bezug auf eine AG unter Heranziehung des § 52 öAktG in diesem Sinne entschieden hätte.

Interessant erscheint in diesem Zusammenhang jedoch auch die Frage nach den möglichen Auswirkungen, welche die Einführung strengerer Rechtsfolgen, wie etwa die Nichtigkeit des gegen das Verbot finanzieller Unterstützung verstoßenden Rechtsgeschäftes, mit sich brächte und ob dadurch dem marginalen, eigenständigen Anwendungsbereich mehr Bedeutung zukommen würde. Ferner, ob im Lichte dessen,

¹³¹⁷ Vgl hierzu vor allem *Habersack* in FS Röhricht, 165.

¹³¹⁸ S Fn 1310.

¹³¹⁹ Zu Sachverhalt und Entscheidung des OGH s bereits S.242 f.

auf Seiten der Rechtsprechung und der Lehre eine eventuelle Neugier in Bezug auf diese Bestimmung aufkeimen könnte. Die Beantwortung dieser Fragen würde jedoch zu viele Mutmaßungen in sich bergen, welche an dieser Stelle schwer aufzustellen sind.

b) Deutschland

aa) Der Meinungsstand

Entsprechend der im Vergleich zu Österreich umfänglicheren Literatur hinsichtlich des § 71a dAktG erklärt sich auch die Mehrzahl an unterschiedlichen Ansichten im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen dem Verbot der finanziellen Unterstützung und dem Verbot des § 57 dAktG. So wird zum einen die Ansicht vertreten, das Verbot der finanziellen Unterstützung sei im Lichte des § 57 dAktG als quasi funktionslos anzusehen.¹³²⁰ Dem steht die Meinung gegenüber, dass das Verbot der finanziellen Unterstützung sehr wohl eine gewisse Eigenständigkeit in seiner Anwendung aufweist und nicht von dem Verbot des § 57 dAktG in seiner Relevanz verdrängt wird.¹³²¹ Jedoch ist nunmehr auf einen möglichen Umschwung im Zusammenhang mit dieser Diskussion hinzuweisen. Bislang spielte sich diese Debatte vornehmlich vor dem Hintergrund der berühmten (berüchtigten) *November-Entscheidung*¹³²² ab, worauf vor allem die Befürworter einer Funktionslosigkeit des Verbotes der finanziellen Unterstützung ihre Argumentation stützten. Demnach sei nämlich jegliche Gewährung eines Darlehens oder einer Sicherheit einer AG an einen Aktionär als Verstoß gegen das Verbot des § 57 dAktG zu werten; eine weitere Bestimmung, welche dies ebenso zu verhindern versucht, sei redundant. Mit Einführung des MoMiG trat man auch der vielfach diskutierten und kritisierten *November-Entscheidung* und der daraus entsprungenen Lehrmeinung entgegen und führte das Verbot der finanziellen Unterstützung einer Reformierung zu. Dies erfordert nunmehr auch die erneute Betrachtung des Verbotes der finanziellen Unterstützung im Lichte dieser neuen Rechtslage. Insofern bedarf es an dieser Stelle keiner genaueren Ausführung des vormaligen Diskussionstandes in Bezug auf das Verhältnis des Verbotes der finanziellen Unterstützung zu dem Verbot des § 57 dAktG, sondern

¹³²⁰ Vgl etwa Freitag, AG 2007, 163; Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht³, Rz 56; ders in FS Röhrich, 161 ff; ebenso LG Düsseldorf 39 O 180/04, 28.10.2005, ZIP 2006, 516.

¹³²¹ So vor allem Kerber, DB 2004, 1029; ders, NZG 2006, 51 ff; Nodoushani, NZG 2008, 292; Oechsler, ZHR 2006, 84.

¹³²² S hierzu bereits ausführlich S.236 f.

vielmehr eine Untersuchung der neuen Rechtslage anhand einer Gegenüberstellung der Anwendungsbereiche der jeweiligen Bestimmungen in der Fassung nach dem MoMiG.

bb) Der persönliche Anwendungsbereich

Um der Frage auf den Grund gehen zu können, inwieweit sich die persönlichen Anwendungsbereiche der beiden Bestimmungen überschneiden, bietet sich an, den persönlichen Anwendungsbereich des Verbotes finanzieller Unterstützung des Aktienerwerbes anhand dessen typischen Erscheinungsformen dem persönlichen Anwendungsbereich des § 57 dAktG gegenüberzustellen und die daraus resultierenden – womöglich abweichenden – Rechtsfolgen für die fraglichen Rechtsgeschäfte und die daran beteiligten Parteien zu untersuchen. Insofern gilt es zu anfangs, die finanzielle Unterstützung in ihrer direkten Erscheinungsform, ergo unmittelbar zwischen Gesellschaft und dem Erwerber der Aktien, zu betrachten. In diesem Zusammenhang sei vorweg zu nehmen, dass die Gewährung eines Darlehens, welches wohl die charakteristischste Erscheinungsform einer direkten finanziellen Unterstützung darstellt, sowohl vom sachlichen Anwendungsbereich des § 71a dAktG als auch unter Umständen vom sachlichen Anwendungsbereich des § 57 dAktG erfasst sein kann. Welche Umstände eine Subsumption unter den § 57 dAktG nunmehr rechtfertigen, sei an diesem Punkt jedoch vorerst noch einer späteren Gegenüberstellung der sachlichen Anwendungsbereiche vorbehalten.

Im Falle einer direkten finanziellen Unterstützung, welche vor dem Aktienerwerb gewährt wird, treten lediglich zwei Personen in Erscheinung, nämlich die unterstützende Gesellschaft und der Aktienerwerber, welcher die finanzielle Unterstützung unmittelbar empfängt. Der persönliche Anwendungsbereich des § 71a dAktG umfasst sowohl die Gesellschaft als auch den Empfänger der finanziellen Unterstützung. Nach Auffassung der hL findet die Verbotsbestimmung des § 57 dAktG auch auf zukünftige Aktionäre Anwendung, sofern ein enger, tatsächlicher und zeitlicher Bezug zwischen der Leistung und der zukünftigen Aktionärstellung besteht. Im Falle einer direkten finanziellen Unterstützung vor dem Erwerb der Aktien ist dies zweifelsohne der Fall, da sowohl ein enger zeitlicher, als auch ein tatsächlicher – die finanzielle Unterstützung wird ja gerade für den Erwerb der Aktien und damit für die Erlangung der Aktionärsstellung gewährt – Zusammenhang gegeben ist. Auch im Falle einer nach dem Erwerb erfolgten direkten finanziellen Unterstützung ist die Überschneidung der persönlichen Anwendungsbereiche des § 71a und § 57 dAktG

evident, handelt es sich in diesem Fall bekanntlich bei dem Empfänger der finanziellen Unterstützung zu diesem Zeitpunkt bereits um einen Aktionär der Gesellschaft. Unterschiede können sich hier jedoch in Bezug auf die Rechtsfolgen ergeben. Zwar ist der Erwerber als Empfänger der finanziellen Unterstützung in beiden Fällen verpflichtet das Empfangene an die Gesellschaft zurückzuerstatten, wobei hier die hL von einer Rückerstattung gemäß § 62 dAktG ausgeht, allerdings können die Rechtsfolgen für das fragliche Rechtsgeschäft – je nachdem, welche Bestimmung man zur Anwendung bringen mag – unterschiedlich ausfallen. So geht die hL bei einem Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung lediglich von der Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes aus, wohingegen ein Verstoß gegen das Verbot des § 57 dAktG die Nichtigkeit sowohl des Verpflichtungs- als auch des Verfügungsgeschäftes nach sich zieht. Insofern wurde hier jedoch bereits von einem Teil der Lehre die Ansicht vertreten, dass in Fällen, in denen ein Sachverhalt sowohl unter den § 71a als auch den § 57 dAktG subsumiert werden kann, stets die Nichtigkeit des Verpflichtungs- und des Verfügungsgeschäftes angenommen werden sollte,¹³²³ was wiederum zu einem gewissen Gleichlauf der Bestimmungen hinausläuft.

Komplexer ist die Situation jedoch bei Sachverhalten im Dreipersonenverhältnis, ergo bei einer indirekten finanziellen Unterstützung. Zuerst bedarf es hier einer Unterscheidung danach, ob die Einschaltung eines Dritten auf Empfängerseite oder auf Gesellschaftsseite erfolgt ist. Wurde der Dritte auf Seite des Empfängers eingeschaltet, kann wiederum zur Vereinfachung zwischen einer so genannten internen und externen finanziellen Unterstützung unterschieden werden.¹³²⁴ Bei der internen finanziellen Unterstützung sind die agierenden Personen die gewährende Gesellschaft, der Aktienerwerber sowie der veräußernde Aktionär, also eine gesellschaftsinterne Person. Hierbei bietet sich etwa der Fall an, wonach die AG gegenüber dem veräußernden Aktionär die Schuld des Erwerbers übernimmt und für diesen die Kaufpreisschuld tilgt. Oder aber die Gesellschaft besichert die Kaufpreisschuld des Erwerbers gegenüber dem veräußernden Aktionär mit ihrem Vermögen. Auch hier sei wiederum gesagt, dass auch diese Rechtsgeschäfte uU unter das Verbot des § 57 dAktG subsumiert werden können, auf eine nähere Umschreibung der erforderlichen Umstände hier jedoch vorerst ebenso verzichtet wird. Nach der

¹³²³ Hierzu bereits S.142.

¹³²⁴ S in Bezug auf eine derartige Unterscheidung bereits *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 173; sowie S.120.

Bestimmung des § 71a dAktG wäre hier von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes,¹³²⁵ auf welchem die Leistung basiert, auszugehen und der Empfänger nach Ansicht der hL aufgrund seiner (bisherigen) Aktionärsstellung gemäß § 62 dAktG zur Rückerstattung verpflichtet bzw könne im Falle einer Sicherheitsgewährung die Leistung bei Inanspruchnahme von der Gesellschaft verweigert werden. Allerdings können diese Leistungen der Gesellschaft an den veräußernden Aktionär eindeutig auch unter den persönlichen Anwendungsbereich des § 57 dAktG subsumiert werden und somit als gegen § 57 dAktG verstoßende Leistungen angesehen werden, da er letztendlich bei einer dem Erwerb vorangehenden Leistung noch Aktionär und entsprechend Adressat der Verbotsbestimmung des § 57 dAktG ist. Insofern wäre das Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und dem veräußernden Aktionär bei Vorliegen aller weiteren Tatbestandsvoraussetzungen als nichtig anzusehen und der veräußernde Aktionär wäre ferner gemäß § 62 dAktG zur Rückerstattung des Empfangenen verpflichtet bzw stünde der Gesellschaft – etwa im Falle einer Sicherheitsgewährung – ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Auch im Falle einer nach dem Erwerb erfolgenden Leistung kann aufgrund der anerkannten Grundsätze ein ehemaliger Aktionär, also der zuvor veräußernde Aktionär, in den Anwendungsbereich des § 57 dAktG fallen, sofern wiederum ein enger tatsächlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen Leistung und früherer Aktionärsstellung besteht, was hier ebenfalls der Fall sein wird. Auch in diesem Zusammenhang gilt das zuvor gesagte hinsichtlich der Rückerstattung bzw des Leistungsverweigerungsrechtes.

Ebenso kann aber auch dem Erwerber der Aktien, welcher insofern indirekt finanziell unterstützt wird, die Leistung an den veräußernden Aktionär nach den Grundsätzen im Zusammenhang mit § 57 dAktG zugerechnet und so als eine verbotene Leistung iS des § 57 dAktG an ihn gewertet werden. Dies ist insofern möglich, als der Aktienerwerber vor Erwerb nach den allgemein anerkannten Grundsätzen als zukünftiger Aktionär gilt, da ein enger zeitlicher und tatsächlicher Zusammenhang zwischen der (indirekten) Leistung und der zukünftigen Aktionärsstellung eindeutig erkennbar ist, und die Leistung an den veräußernden Aktionär letztlich ihm wirtschaftlich zugute kommt.¹³²⁶ So gesehen kann auch der Erwerber gemäß § 62 dAktG zur Haftung herangezogen werden. Gleiches gilt für den

¹³²⁵ Beachtung finden muss jedoch die bereits zuvor erwähnte Abweichung in Bezug auf die Nichtigkeitsfolge des § 71a und des § 57 dAktG und die dazu vertretene Ansicht, dass bei einer Überschneidung der Anwendungsbereiche dieselben Rechtsfolgen eintreten sollten.

¹³²⁶ Vgl zur Zurechenbarkeit von Leistungen an Dritte ausführlich S.252 ff.

Fall einer nach dem Aktienerwerb erfolgten indirekten finanziellen Unterstützung, da zu diesem Zeitpunkt der Erwerber bereits Aktionär ist und ihm wiederum aufgrund der wirtschaftlichen Zurechenbarkeit die Leistung an den veräußernden (ehemaligen) Aktionär zugerechnet wird. Im Hinblick auf die interne indirekte finanzielle Unterstützung zeigt sich so gesehen eine weitestgehende Überschneidung der persönlichen Anwendungsbereiche des § 71a dAktG und des § 57 dAktG.

Handelt es sich bei dem Dritten jedoch um eine gesellschaftsfremde Person, wie zB eine Bank, so kann man insofern von einer externen finanziellen Unterstützung sprechen. Ein derartiges Dreipersonenverhältnis liegt in etwa vor, wenn der Aktienerwerber ein Darlehen bei einer Bank aufnimmt, welches von der Gesellschaft besichert wird. Gemäß § 71a dAktG wäre die Sicherungsabrede zwischen der Gesellschaft und der Bank bei Vorliegen der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen als nichtig anzusehen und die Gesellschaft hätte insofern ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber der Bank im Falle einer Inanspruchnahme. Im Falle einer bereits erfolgten Inanspruchnahme könne die Gesellschaft aufgrund der Nichtigkeit der Sicherungsabrede folglich mit Hilfe bereicherungsrechtlicher Grundsätze das Geleistete wiederum herausverlangen oder sich an den Erwerber, welcher bekanntlich durch die Sicherheitsleistung indirekt finanziell unterstützt wurde, wenden; sei es nun mit Hilfe bereicherungsrechtlicher Grundsätze oder aufgrund des § 62 dAktG.¹³²⁷ Betrachtet man diesen Sachverhalt im Lichte des Verbotes des § 57 dAktG, zeigt sich hier erstmals eine markante Diskrepanz zwischen den persönlichen Anwendungsbereichen der Bestimmungen im Lichte der daran anknüpfenden Rechtsfolgen. Hiernach geht man nämlich insofern nur von einer Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes zwischen der Gesellschaft und einem gesellschaftsfremden Dritten aus, wenn dieser mit dem Vertreter der Gesellschaft bewusst zum Schaden der Gesellschaft gehandelt hat, es sich um einen dem Aktionär gleichgestellten Dritten handelt oder der Dritte auf Rechnung des Aktionärs empfangen hat. Folglich erweist sich in dem oben angeführten Fall ein möglicher Anspruch gegen den Dritten gleichfalls als schwierig, da man hier der Bank wissentliches Handeln zum Schaden der Gesellschaft nachweisen muss bzw da es sich bei der Bank nicht unbedingt um eine dem Aktionär gleichgestellte Person handelt oder sie auf Rechnung des Aktionärs empfängt. Vielmehr wird man in diesem Zusammenhang im Rahmen des § 57 dAktG

¹³²⁷ Vgl dazu den Meinungsstreit in Bezug auf die Rechtsgrundlage der Haftung des Erwerbers bereits S.140 ff.

wohl auf die Haftung des Erwerbers gemäß § 62 dAktG mit Hilfe der Zurechnungstatbestände verwiesen, wobei wiederum auf die besondere Stellung des Erwerbers als zukünftiger Aktionär iS der Grundsätze betreffend § 57 dAktG hinzuweisen ist. Weiters verbirgt sich hier auch kein Problem hinsichtlich eines nach dem Erwerb erfolgten Rechtsgeschäftes, da der Erwerber dann bereits Aktionär ist. Insofern ist erkennbar, dass in Fällen externer finanzieller Unterstützung das Verbot des § 71a dAktG im Lichte der anknüpfenden Rechtsfolgen über den sachlichen Anwendungsbereich des Verbotes des § 57 dAktG hinausgeht, da eine Inanspruchnahme eines beteiligten Dritten mit erheblichen Erleichterungen verbunden ist.

Eine weitere Unterscheidung der indirekten finanziellen Unterstützung kann insofern gemacht werden, als nicht der Dritte als Empfänger der finanziellen Mittel auftritt, sondern ein Dritter die Rolle der Gesellschaft übernimmt, indem dieser die finanziellen Mittel etwa an den Empfänger der finanziellen Unterstützung weitergibt. Über den Verweis des § 71d 4. Satz dAktG gelangt man zur Einbeziehung von Leistungen von Tochtergesellschaften zum Zweck der finanziellen Unterstützung eines Aktienerwerbes an deren Muttergesellschaft. Ferner werden aufgrund dieses Verweises ebenso Leistungen von Dritten, welche sie auf Rechnung der Gesellschaft oder aber auf Rechnung eines Tochterunternehmens der Gesellschaft tätigen, von dem Verbot des § 71a dAktG erfasst. Strittig ist aber nach wie vor noch, ob die Nichtigkeitsfolge des § 71a dAktG in diesem Zusammenhang das Rechtsgeschäft zwischen dem Dritten und dem Erwerber oder zwischen Dritten und Gesellschaft trifft. In Bezug auf die Bestimmung des § 57 dAktG geht man gleichfalls von einer Gleichstellung mit einer Leistung der Gesellschaft aus, sofern es sich um eine Leistung des Dritten auf Rechnung der Gesellschaft handelt. Diesbezüglich ist jedoch nicht von der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes zwischen Dritten und Aktionär – im Falle einer finanziellen Unterstützung also der Erwerber der Aktien – auszugehen; tatsächlich wird dem Dritten der Aufwendungsersatzanspruch gegenüber der Gesellschaft verwehrt. Ebenso sind Leistungen einer im Mehrheitsbesitz stehenden Gesellschaft aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages an Aktionäre der übergeordneten Gesellschaft vom Verbot des § 57 dAktG erfasst, selbst dann, wenn sie auf eigene Rechnung handeln. Im Falle eines faktischen Konzerns geht man von dem gleichen Ergebnis aus, sofern eine bestimmte Beteiligungsgrenze

erreicht ist. Zusammenfassend lässt sich entsprechend auch hier ein Gleichlauf der persönlichen Anwendungsbereiche der beiden Bestimmungen feststellen.

Mit Einführung des MoMiG wurden die Bestimmungen des § 57 dAktG und § 71a dAktG in Bezug auf Sachverhalte innerhalb eines Unternehmensverbundes auf die gleiche Stufe gestellt. Nunmehr ist ausdrücklich die Verdrängung dieser beiden Bestimmungen in Bezug auf Rechtsgeschäfte innerhalb eines Vertragskonzernes geregelt. Hinsichtlich faktischer Konzerne ist mE die Ansicht der kürzlich ergangenen Entscheidung des BGH in Bezug auf den § 57 dAktG auch auf § 71a dAktG umzulegen, wonach eine verdrängende Wirkung der Spezialregelungen §§ 311, 317 dAktG anzuerkennen ist. Insofern gibt es in Bezug auf Konzernsachverhalte keine Abweichungen zwischen den beiden fraglichen Bestimmungen.

cc) Sachliche Anwendungsbereiche

Vor Erlass des MoMiG wurde zum Teil die Ansicht vertreten, § 71a dAktG habe im Lichte der Bestimmung des § 57 dAktG lediglich einen begrenzten Anwendungsbereich, da sich die sachlichen Anwendungsbereiche dieser beiden Bestimmungen überlagern.¹³²⁸ Nach Ansicht *Habersacks*¹³²⁹ ist in Anbetracht dessen die Verbotsbestimmung des § 71a dAktG überhaupt als obsolet und funktionslos anzusehen, zumal ein Verstoß gegen § 71a dAktG vornehmlich bereits einen Verstoß gegen § 57 dAktG darstellt. Diese Ansichten wurden mithin insbesondere durch die *November-Entscheidung* des BGH bekräftigt. Allerdings wurden bereits zu dieser Zeit erhebliche Einwände gegen diese Auffassungen erhoben.¹³³⁰ Nunmehr – nach Erlass des MoMiG – ist die Frage nach dem Verhältnis des § 57 dAktG und § 71a dAktG wiederum in einem neuen Licht zu betrachten und vermag infolgedessen diesen Meinungsstreit womöglich zu schlichten.

Die Erlassung des MoMiG brachte vor allem in Bezug auf die Darlehensgewährung und die Sicherheitsleistung Neuerungen. Dies hat wiederum besondere Relevanz für die Frage nach dem Verhältnis zwischen den Bestimmungen des § 57 dAktG und des § 71a dAktG, da insbesondere diese zwei Rechtsgeschäfte in Bezug auf beide Bestimmungen eine gewichtige Rolle spielen. Aufgrund der damals vorherrschenden strengen Ausgestaltung des Drittvergleiches und der überzogenen

¹³²⁸ Freitag, AG 2007, 163; Schäffler, BB Beilage 2006, Nr 009, 3; Schmolke, WM 2005, 1828.

¹³²⁹ Habersack in FS Röhrich, 166; ders, Europäisches Gesellschaftsrecht³, Rz 56; ders, ZIP 2006, 446; ebenfalls Wiesner in Münchner Handbuch der AG³, 145.

¹³³⁰ Bezenbergerin Schmidt/Lutter, AktG, § 71a Rz 8; Kerber, NZG 2006, 51 ff; Oechsler, ZIP 2006, 1662.

Ansicht des BGH in seiner *November-Entscheidung* ergab sich ein beinahe Gleichlauf in Bezug auf die sachlichen Anwendungsbereiche dieser beiden Normen.¹³³¹ Insofern hat nicht nur der § 71a dAktG, losgelöst von einer etwaigen Beeinträchtigung bzw gar Gefährdung des gesellschaftlichen Vermögens, die Gewährung eines Darlehens oder die Bestellung einer Sicherheit zum Zweck des Aktienerwerbes als verboten angesehen, sondern ebenso der § 57 dAktG, da auch der § 57 dAktG mithin die Gewährung eines Darlehens als auch der Leistung einer Sicherheit an einen (zukünftigen) Aktionär von vornherein beinahe zur Gänze unmöglich machte.¹³³² Nunmehr wird aber mit dem reformierten § 57 dAktG dieser Ansicht der Rücken gekehrt, indem man fortan in Bezug auf eine Darlehensgewährung keinen Verstoß gegen § 57 dAktG annimmt, sofern die Leistung der Gesellschaft durch einen vollwertigen Rückzahlungsanspruch gedeckt ist. Gleichfalls ist nunmehr die Bestellung einer Sicherheit für Verbindlichkeiten des Aktionärs kein Verstoß gegen § 57 dAktG, wenn der Freistellungs- bzw Rückgriffsanspruch gegenüber dem Aktionär vollwertig ist und die Leistung der Gesellschaft somit deckt. Angesichts dieses Wandels ist sowohl die Gewährung eines Darlehens als auch die Bestellung einer Sicherheit zu Gunsten eines (zukünftigen) Aktionärs auf gesetzeskonforme Weise denkbar. Insofern weist nunmehr die Bestimmung des § 71a dAktG einen merklich autonomen sachlichen Anwendungsbereich zu § 57 dAktG auf, da hierbei auch künftig auf eine allfällige Vollwertigkeit des Anspruches gegenüber dem Empfänger der finanziellen Unterstützung bzw dem Erwerber der Aktien keinerlei Rücksicht genommen wird. Folglich ist ein Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Unterstützung weiterhin möglich, wo andererseits eine Ausschüttung in Einklang mit § 57 dAktG erfolgen kann.

Keine Klärung im Hinblick auf das Verhältnis zwischen dem Verbot der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbes und dem Grundsatz der Vermögensbindung des § 57 dAktG ist jedoch in Bezug auf Austauschgeschäfte erfolgt. So wird generell angenommen, dass trotz der Reformierung durch das MoMiG die vorherrschende Rechtslage in Bezug auf Austauschgeschäfte iS des § 57 dAktG aufrecht bleiben soll.¹³³³ Es soll nunmehr weiterhin der Anspruch gegen den Aktionär nicht nur vollwertig, sondern auch wertmäßig nach Marktwerten die Leistung der

¹³³¹ Vgl ausführlich dazu etwa *Habersack* in FS Röhrich, 156, 160 ff.

¹³³² Vgl *Schäffler*, BB Beilage 2006, Nr 009, 6: „Für die Aktiengesellschaft ergibt sich hieraus, dass die Bestellung einer Sicherheit zu Gunsten eines Gesellschafters regelmäßig gegen § 57 AktG verstößt.“

¹³³³ Vgl hierzu S.236 ff.

Gesellschaft decken. Insofern bleibt auch weiterhin die Relevanz des (hypothetischen) Drittvergleiches für die Beurteilung von Austauschgeschäften anhand der Anforderungen des § 57 dAktG aufrecht. Dies hat insbesondere auch Relevanz für die von der hL angenommene Ausdehnung des Verbotes der finanziellen Unterstützung auf andere als die in der Bestimmung des § 71a dAktG ausdrücklich genannten Rechtsgeschäfte. Den in dem oben dargestellten Katalog an Rechtsgeschäften ist großteils gemein, dass diese zumeist eine Verringerung des Gesellschaftsvermögens nach sich ziehen oder dieses zumindest erheblich gefährden. Insofern liegt dabei vorwiegend ein Missverhältnis zu Gunsten des Vertragspartners und zu Lasten der Gesellschaft vor. Sofern es sich jedoch um eine direkte oder auch indirekte Begünstigung des Erwerbers – also den zukünftigen oder im Falle einer nach dem Erwerb erfolgten Finanzierung bereits vorhandenen Aktionär – handelt, wird zumeist bereits der Tatbestand des Verbotes des § 57 dAktG erfüllt sein und die Möglichkeit einer Inanspruchnahme des finanziell unterstützten Aktienerwerbers gemäß § 62 dAktG eröffnet. Insofern macht eine Subsumierung derartiger Rechtsgeschäfte unter das Verbot der finanziellen Unterstützung des § 71a dAktG nur Sinn, soweit es sich um ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten handelt und dieser nicht mittels der in Hinblick auf verbotene Ausschüttungen unter Beteiligung Dritter entwickelten Grundsätze in Anspruch genommen werden kann.¹³³⁴ Allerdings muss hierbei wiederum die mögliche Inanspruchnahme gem § 62 dAktG des indirekt bevorzugten Aktienerwerbers – als entweder zukünftiger oder auch bereits vorhandener Aktionär – mit Hilfe der dazu ebenfalls entwickelten Grundsätze betreffend Zurechnung der Leistung hervorgehoben werden, was im Falle einer unmöglichen Inanspruchnahme des Dritten an Bedeutung gewinnen könnte. Inwiefern folglich eine Ausdehnung des Verbotstatbestandes auf andere Rechtsgeschäfte in Anbetracht dieser Ausführungen besonderen Sinn macht, bleibt – wie auch für die österreichische Rechtslage – dahingestellt. Allerdings sollte ferner darauf hingewiesen werden, dass zum Teil derartige Fallkonstellationen, wie etwa eine finanzielle Unterstützung mittels verlorener Zuschüsse, unverhältnismäßiger Austauschgeschäfte oder auch rechtsgrundloser Leistungen, im Zusammenhang mit einem Aktienerwerb eher von Seltenheitswert sind.¹³³⁵

¹³³⁴ In Bezug darauf s bereits zuvor die Ausführungen zu den persönlichen Anwendungsbereiche.

¹³³⁵ So bereits schon *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung, 171 f.

dd) Fazit

Zumal insbesondere die *November-Entscheidung* dazu verleiten konnte, eine Deckung der beiden Verbotsbestimmungen zu erblicken und folglich von einer Funktionslosigkeit des § 71a dAktG im Lichte des § 57 dAktG auszugehen, hat die Einführung des MoMiG einen deutlichen Umbruch mit sich gebracht. Nunmehr ist die funktionelle Abgrenzung zwischen § 71a und § 57 dAktG nicht mehr allein auf einen abweichenden persönlichen Anwendungsbereich gestützt, welcher bereits vor Erlass des MoMiG erkannt und zum Teil auch anerkannt wurde, sondern mit einer erheblichen Divergenz auch im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich gekennzeichnet und mittels der teilweisen unterschiedlichen Rechtsfolgen bekräftigt. In Anbetracht dessen wird es zunehmend schwieriger, dem Verbot der finanziellen Unterstützung seine Existenzberechtigung abzuerkennen. Vielmehr ist es an der Zeit, die Eigenständigkeit dieser Bestimmung im System der deutschen Rechtsordnung anzuerkennen und ihr auch im Hinblick des § 57 dAktG mehr Bedeutung zuzumessen.

D) Zusammenfassung

Meist trägt der Schein, wenn man sich der rechtsvergleichenden Untersuchung nationaler Bestimmungen widmet, die in einer europäischen Richtlinienvorgabe wurzeln. Ohne nähere Untersuchung geht man oftmals davon aus, dass die nationalen Bestimmungen, die auf einer europäischen Richtlinienvorgabe basieren, in den verschiedenen Mitgliedsstaaten einen nahezu gleichen Regelungsgehalt aufweisen sollten. Am Verbot finanzieller Unterstützung des Aktienerwerbes des Art 23 KapitalRL lässt sich beispielhaft aufzeigen, dass sich trotz des Versuches der Europäischen Union eine Angleichung der verschiedenen Rechtsordnungen in den Mitgliedsstaaten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts herbeizuführen, beachtliche Unterschiede der einzelnen mitgliedsstaatlichen Regelungen ergeben können; dies nicht nur im Hinblick ihres Regelungsgehaltes, sondern auch im Zusammenhang mit ihrer Wichtigkeit und der Aufmerksamkeit, die ihr gewidmet wird.

Die Gegenüberstellung der englischen, österreichischen und deutschen Bestimmung des Verbotes finanzieller Unterstützung hat gezeigt, dass nicht nur das äußere Erscheinungsbild der einzelnen Regelungen anfänglich voneinander abweicht, sondern dass sich auch auf den Gebieten des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches merkbare Unterschiede ergeben. So hatte etwa die englische Bestimmung, die auch als Vorbild der europäischen Richtlinienbestimmung gilt, bereits vor Erlassung der KapitalRL Bestand und unterlag auch in der Zeit nach deren Erlassung vielen Reformen, wodurch eine sehr detaillierte und umfangreiche Verbotsbestimmung entstand. Im Gegensatz dazu waren sowohl die österreichische als auch die deutsche Bestimmung sehr am Wortlaut der Richtlinienvorgabe angelehnt und hatten auf den ersten Blick eher einen eingeschränkteren Anwendungsbereich. Diese Unterschiede wurden allerdings durch Akte der Lehre und der Rechtsprechung, wie etwa durch rechtsvergleichende Arbeiten oder durch extensive Auslegung der Bestimmung, zu egalisieren versucht. Dadurch hat sich mit der Zeit eine starke Annäherung der österreichischen und deutschen Bestimmung an die englische Verbotsbestimmung insbesondere im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich ergeben. Von einer tatsächlichen Angleichung der nationalen Bestimmungen kann aber dennoch nicht gesprochen werden. In der Gegenüberstellung hat sich gezeigt, dass es weiterhin Unterschiede sowohl hinsichtlich des persönlichen als auch des sachlichen Anwendungsbereiches gibt.

Vor allem in der englischen Rechtsordnung ist allerdings eine steigende Abneigung gegenüber dem Verbot finanzieller Unterstützung zu erkennen, die sich vordergründig in der Abschaffung des Verbotes für *private companies* manifestiert hat. Verstärkt wird auf andere Rechtsinstitute Bezug genommen, denen die Aufgabe, die anfänglich dem Verbot finanzieller Unterstützung zukam, eher zugetraut wird. Dadurch sind etwa nicht nur insolvenzrechtliche Bestimmungen in den Vordergrund gerückt, sondern auch die Pflichten der Leitungsorgane von Gesellschaften und deren Relevanz betont worden. Immer lauter werden in diesem Zusammenhang auch die Stimmen, die eine gänzliche Abschaffung des Verbotes finanzieller Unterstützung nicht nur auf englischer Ebene fordern. Dass es in der englischen Rechtsordnung durchaus Rechtsinstrumente gibt, welche die Lücke, die durch die Abschaffung des Verbotes finanzieller Unterstützung womöglich entstehen könnte, füllen können, hat sich zweifelsohne gezeigt.

Auch in Österreich und Deutschland hat man sich einem Rechtsinstrument – dem Grundsatz der Vermögensbindung – zugewandt, dem eine auffallende Kongruenz mit dem Anwendungsbereich des Verbotes finanzieller Unterstützung zugestanden wurde, und sich die Frage nach der Entbehrlichkeit des Verbotes finanzieller Unterstützung gestellt. In Österreich kann diese Frage durchaus dahingehend beantwortet werden, dass aufgrund der mangelnden Effizienz des § 66a öAktG die Entbehrlichkeit wohl evident ist und die Bestimmung des § 52 öAktG den anfänglich intendierten Schutzzweck des § 66a öAktG gleichfalls zu erfüllen vermag. Im Gegensatz dazu hat in Deutschland seit Einführung des MoMiG das Verbot der finanziellen Unterstützung an Relevanz dazu gewonnen und dadurch auch an Rechtfertigung. .

Literaturverzeichnis:

Berichte, Studien und Internetquellen:

Arbeitsunterlage der Europäischen Kommission;

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/explanation_de.pdf.

Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa;
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf.

DTI; Directive Proposals on Company Reporting, Capital Maintenance and Transfer of the Registered Office of a Company: A Consultative Document (2005).

DTI; Modern Company Law, Law for a Competitive Economy, March 1998.

Entwurf einer Stellungnahme der fachlichen Gruppe für Wirtschaftsfragen zu dem Vorschlag einer „Zweiten Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind“; Brüssel, den 21.4.1971; Code 1.824.512.12; File 016005; CES 614/70.

Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime;
http://ec.europa.eu/internal_market/company/capital/index_de.htm.

Ferran, Eilís; Regulation of Private Equity – Backed Leveraged Buyout Activity in Europe, Law Working Paper No. 84/2007, Mai 2007, <http://ssrn.com/abstract=989748>. [kurz: Regulation of Private Equity]

Ferran, Eilís; Company Law Reform in the UK: A Progress Report, Law Working Paper No.27/2005, März 2005, <http://ssrn.com/abstract=644203>. [kurz: Company Law Reform in the UK]

Ferran, Eilís; The place for creditor protection on the agenda for modernisation of Company Law in the European Union, Law Working Paper No. 051/2005, Oktober 2005, <http://ssrn.com/abstract=841884>. [kurz: The place for creditor protection]

Group of German Experts on Corporate Law; Zur Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts: Stellungnahme der Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht zum Report of the High Level Group of Company Law Experts on a modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, ZIP 2003, 863–880.

Hicks, Andrew; Disqualification of Directors: No Hiding Place for the Unfit?, Chartered Association of Certified Accountants, Certified Accountants Educational Trust, Research Report No 59, London 1998.

Pressemitteilung der Europäischen Kommission, Gesellschaftsrecht und Corporate Governance: Kommission legt Aktionsplan vor; IP/03/716, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/716&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>

Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance; 15 EBLR 919–1029.

Wymeersch, Eddy; Reforming the Second Company Law Directive, Law Working Paper, November 2006, <http://ssrn.com/abstract=957981>.

Zusammenfassung Feasibility study;

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/feasibility/markt-position_en.pdf.

Festschriftenbeiträge:

Canaris, Claus-Wilhelm; Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte, in FS Fischer (1979), 31-64.

- Fleck, Hans-Joachim*; Der Grundsatz der Kapitalerhaltung – seine Ausweitung und seine Grenzen, in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), 391-419.
- Habersack, Mathias*; Die finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs – Überlegungen zu Zweck und Anwendungsbereich des § 71a Abs 1 Satz 1 AktG, in Festschrift Volker Röhrich (2005), 155-179.
- Huber, Ulrich*; Zum Aktienwerb durch ausländische Tochtergesellschaften, in FS Duden (1977), 137-171.
- Krejci, Heinz*; Zu den Rechtsfolgen drittfinanzierter, unerlaubter Ausschüttungen; in FS Koppensteiner (2001), 115-130.
- Ludwig, Rüdiger*; Verbotene finanzielle Unterstützung im Sinne des § 71a Abs.1 Satz 1 AktG ohne rechtsgeschäftliche Beteiligung der Zielgesellschaft?, in Wilhelm Happ, Liber amicorum (2006), 131-142.
- Stimpel, Walter*; Zum Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG - Die Befreiung vom handelsbilanziellen Denken und die Unzulässigkeit von Vermögenszuwendungen an Gesellschafter gegen hinausgeschobene schuldrechtliche Ausgleichsverpflichtungen, in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), 335-361.
- Westermann, Harm, Peter*; Aktienrechtliche Grenzen einer Übernahme von Umwandlungs- und Kurspflegekosten durch die Gesellschaft, in Festschrift für Marcus Peltzer zum 70. Geburtstag (2001), 613-628.
- Wilhelm, Jan*; Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung, in FS Flume (1978), Band II 337-397.
- Wymeersch, Eddy*; Article 23 of the second company law directive: the prohibition on financial assistance to acquire shares of the company, in Festschrift Drobnig zum 70. Geburtstag (1998), 725-747.

Kommentare:

- Doralt, Peter; Nowotny, Christian; Kalss, Susanne (Hrsg.)*; Kommentar zum Aktiengesetz (2003). [kurz: AktG]
- Emmerich, Volker; Habersack, Mathias*; Aktien- und GmbH Konzernrecht, 5.Auflage (2008).
- Hopt, Klaus J.; Mühlert, Peter O.*; Kreditrecht, Sonderausgabe Staudinger, Julius von; Hopt, Klaus J.; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Bearbeitung, Kreditrecht, Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht, Sonderausgabe der Vorbemerkungen zu §§ 607 BGB (Bankkreditrecht) und §§ 607-610 (Darlehen) (1989). [kurz: Kreditrecht]
- Jabornegg, Peter; Strasser, Rudolf (Hrsg.)*; Aktiengesetz, 4.Auflage (2004). [kurz: AktG]
- Kalss, Susanne (Hrsg.)*; Handkommentar zur Verschmelzung - Spaltung - Umwandlung; die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (AktG, GmbHG, SpaltG und UmwG) in der Fassung des EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetzes (1997). [kurz: Verschmelzung - Spaltung - Umwandlung]
- Galley, Helen*; Blackstone's Guide to the Companies Act 2006, 2007.
- Geßler, Ernst; Hefermehl, Wolfgang; Eckardt, Ulrich; Kropff, Bruno (Hrsg.)*; Aktiengesetz-Kommentar (1984), 1.Auflage, Band 1. [kurz: AktG]
- Hüffer, Uwe (Hrsg.)*; Beck'sche Kurzkommentar zum Aktiengesetz, 8.Auflage (2008). [kurz: AktG]
- Goette, Wulf; Habersack, Mathias*; Münchner Kommentar zum Aktiengesetz. 3.Auflage (2008). [kurz: MüKo]
- Morse, Geoffrey*; Palmer's Company Law, 5.Auflage (2008).
- Rowedder, Heinz; Schmidt-Leithoff*; Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4.Auflage (2002).
- Schmidt, Karsten; Lutter, Marcus (Hrsg.)*; Aktiengesetz Kommentar (2008).
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)*; EU-Kommentar, 2.Auflage (2009).

Steinfeld, Alan; Mann, Martin; Ritchie, Richard; Weaver, Elizabeth; Galley, Helen; Adair, Stuart; McLarnon, Neil; Cloherty, Adam; Blackstone's Guide to the Companies Act 2006 (2007). [kurz: CA 2006]

Wiedemann, Herbert; Hopt, Klaus J.; Großkommentar zum Aktiengesetz, 4.Auflage (seit 1992 in Einzellieferung). [kurz: Großkommentar]

Zöllner, Wolfgang (Hrsg.); Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2.Auflage (1988), Band 1. [kurz: KöKo]

Zöllner, Wolfgang (Hrsg.); Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3.Auflage (2009), §§ 67-75. [kurz: KöKo]

Monographien:

Baldamus, Ernst-August; Reform der Kapitalrichtlinie (2002).

Ballerstedt, Kurt; Kapital, Gewinn und Ausschüttung in Kapitalgesellschaften (1949). [kurz: Kapital]

Bellweg, Volker; Der Gläubigerschutz beim Management Buyout einer GmbH unter Verwendung von Gesellschaftsmitteln. [kurz: Der Gläubigerschutz beim Management Buyout]

Bernstorff, Graf von, Christoph; Einführung in das englische Recht, 3.Auflage (2006).

Bezenberger, Tilman; Das Kapital der Aktiengesellschaft (2005).

Billek, Clemens; Cash Pooling im Konzern (2009).

Bommert, Rainer; Verdeckte Vermögensverlagerung im Aktienrecht (1989). [kurz: Verdeckte Vermögensverlagerung]

Bourne, Nicolas; Company Law, 4.Auflage (2008).

Cahn, Andreas; Kapitalerhaltung im Konzern (1998).

Craig, Paul; De Búrca, Gráinne; EU Law, 3.Auflage (2003).

Davies, Paul L.; Gower & Davies' Principles of modern Company Law, 7.Auflage (2003). [kurz: Company Law]

Davies, Paul L.; Gower & Davies' Principles of modern Company Law, 8.Auflage (2008). [kurz: Company Law]

Doralt, Maria; Management Buyout – Aktionärs- und Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung (2000). [kurz: Management Buyout]

Diem, Andreas; Akquisitionsfinanzierungen – Kredite für Unternehmenskäufe (2005). [kurz: Akquisitionsfinanzierung]

Dignam, Alan; Lowry, John; Company Law, 4.Auflage (2006).

Dine, Janet; Company Law (2001).

Döllerer, Georg; Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, 2.Auflage (1990). [kurz: Verdeckte Gewinnausschüttungen]

Drinkuth, Henrik; Die Kapitalrichtlinie - Mindest- oder Höchstnorm? (1998). [kurz: Die Kapitalrichtlinie]

Edwards, Vanessa; EC Company Law (1999).

Ferran, Eilís; Company Law and Corporate Finance (1999). [kurz: Company Law]

Ferran, Eilís; Corporate Finance Law (2008).

Finch, Vanessa; Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles (2002). [kurz: Corporate Insolvency Law]

Fischer, Peter; Heribert Franz, Köck; Margit Maria Karollus; Europarecht – Recht der EU/EG, des Europarates und der wichtigsten anderen europäischen Organisationen, 4.Auflage (2002). [kurz: Europarecht]

- Flume, Werner*; Die juristische Person (1983).
- Gower, L.C.B.*; Principles of modern Company Law, 3.Auflage (1969). [kurz: Company Law]
- Griffin, Stephen*; Company Law: Fundamental Principles, 4.Auflage (2005).
- Güthoff, Julia*; Gesellschaftsrecht in Großbritannien, 2.Auflage (1998).
- Grundmann, Stefan*; Europäisches Gesellschaftsrecht (2004).
- Habersack, Mathias*; Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage (2003).
- Habersack, Mathias*; Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Auflage (2006).
- Hannigan, Brenda*; Company Law (2003).
- Hannigan, Brenda; Prentice, Dan*; The Companies Act 2006 – A commentary (2007). [kurz: The Companies Act 2006]
- Heinze, Volker*; Die englische Limited, 2.Auflage (2006).
- Heß, Stefan*; Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht (1999).
- Jansen, Justus*; Der gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz in Deutschland, England und Frankreich – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ermittlung gemeinsamer gesellschaftsrechtlicher Prinzipien (2006). [kurz: Der gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz]
- Just, Clemens*; Die englische Limited in der Praxis, 3.Auflage (2008).
- Kahlert, Günter*; Verdeckte Gewinnausschüttungen an Dritte im Gesellschaftsrecht (1994).
- Kastner, Walther; Doralt, Peter; Nowotny, Christian*; Grundriss des Österreichischen Gesellschaftsrechts, 5.Auflage (1990). [kurz: Grundriss]
- Keay, Andrew*; McPherson's Law of Company Liquidation, 4.Auflage (1999).
- Keay, Andrew; Walton, Peter*; Insolvency Law – Corporate and Personal (2003). [kurz: Insolvency Law]
- Keay, Andrew*; Company Directors' Responsibilities to Creditors (2007).
- Klass, Tobias*; Der Buyout von Aktiengesellschaften – Eine juristisch-ökonomische Untersuchung zu § 71a Abs.1 AktG und zur Gesetzesumgehung im Gesellschaftsrecht (2000). [kurz: Der Buyout von Aktiengesellschaften]
- Koll-Möllenhoff, Rainer*; Das Prinzip des festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht – Kapitalaufbringung und -erhaltung im EU-Recht und in den Rechten Deutschlands, Frankreichs und Englands (2005). [kurz: Das Prinzip des festen Grundkapitals]
- Koziol, Helmut; Welser, Rudolf*; Grundriss des bürgerlichen Rechts, 13. Auflage (2006).
- Larenz, Karl; Wolf, Manfred*; Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage (1997).
- Lösekrug, Jens*; Die Umsetzung der Kapital-, Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie der EG in das nationale deutsche Recht (2004). [kurz: Die Umsetzung]
- Lutter, Marcus*; Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG (1964). [kurz: Kapital]
- Mayson, Stephen; French, Derek; Ryan, Christopher*; Company Law, 25.Auflage (2008).
- Marx, Philip*; Der Solvenzttest als Alternative zur Kapitalerhaltung in der Aktiengesellschaft (2006). [kurz: Solvenzttest]
- McGee, Andrew*; Share Capital, 5.Auflage (1999).
- McMonnies, Peter N.*; The Companies Act 1981 – Practical Guide (1981). [kurz: The Companies Act 1981]
- Möllers, Thomas M. J.*; Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration (1999). [kurz: Europäische Integration]
- Morse, Geoffrey*; Company Law, 7.Auflage (2005).
- Morse, Geoffrey; Arora, Anu; Ryan, Christopher; Morris, Richard*; The Companies Act 1981 (1982).

Parry, Rebecca; Transactions Avoidance in Insolvencies (2001).

Pennington, Robert R; Pennington's Company Law, 6.Auflage (1990). [kurz: Company Law]

Pettet, Ben; Company Law, 2.Auflage (2005).

Pühler, Roland; Das Verbot der Anteilsfinanzierung in Belgien, Frankreich, Italien und den Niederlanden (1996). [kurz: Verbot der Anteilsfinanzierung]

Redeker, Rouven; Die Haftung für wrongful trading im englischen Recht (2007).

Reich-Rohrwig, Johannes; EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (1996). [kurz:EU-GesRÄG]

Reich-Rohrwig, Johannes; Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH&Co KG (2004). [kurz: Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung]

Renshall, Michael; *Walmsley, Keith*; Butterworths Company Law Guide, 2.Auflage (1990).

Riedel, Jens; Unzulässige Vermögenszuwendungen und ihre Rechtsfolgen im Recht der Aktiengesellschaft (2004). [kurz: Unzulässige Vermögenszuwendungen]

Roberts, Catherine; Financial Assistance for the Acquisition of Shares (2005). [kurz: Financial Assistance]

Rust, Brigitte; Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Leistung an Dritte (1999). [kurz: Verdeckte Einlagenrückgewähr]

Schmidt, Karsten; Gesellschaftsrecht, 4.Auflage (2002).

Schroeder, Ulrich; Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs. Der §71a Abs. 1 AktG und sein Vorbild im englischen Gesellschaftsrecht (1995). [kurz: Finanzielle Unterstützung]

Schwarz, Günter Christian; Europäisches Gesellschaftsrecht (2000).

Sealy, Len; Cases and Materials in Company Law, 7.Auflage (2001). [kurz: Cases and Materials]

Sealy, Len; *Worthington, Sarah*; Cases and Materials in Company Law, 8.Auflage (2008). [kurz: Cases and Materials]

Smerdon, Richard; *Morse, Geoffry*; Palmer's Company Law Manuel (2000).

Totty, Peter; *Moss, Gabriel*; Insolvency (2001).

Tries, Hermann Josef; Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht (1991).

Ullrich, Christine; Verdeckte Vermögensverlagerungen (1994).

Wagner, Klaus-R.; Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften (2000). [kurz: Verdeckte Gewinnausschüttungen]

Walmsley, Keith (Consultant Editor); The ICSA Companies Act 2006 Handbook (2007).

Werlauff, Erik; EC Company Law (1993).

Youngson, A.J.; Britain's Economic Growth 1920 – 1966 (1966). [kurz: Britain's Economic Growth]

Sammelbände:

Armour, John; *Bennet, Howard* (Hrsg.); Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency (2003).

Avancini, Peter; *Iro, Gert Michael*; *Koziol, Helmut*; Österreichisches Bankvertragsrecht II (1993).

Brödermann, Eckart; *Iversen, Holger* (Hrsg.); Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht. EG-Richtlinien und Internationales Privatrecht (1994). [kurz: Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht]

Doralt, Peter; *Nowotny, Christian* (Hrsg.); Der EG-rechtliche Anpassungsbedarf im österreichischen Gesellschaftsrecht (1993).

Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.); Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4: Aktiengesellschaften, 3.Auflage (2007). [kurz: MÜHdB für GesR]

Koppensteiner, Hans-Georg; Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsprivatrecht. Teil 1 (1994).

Lutter, Marcus; Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR Sonderheft 17 (2006).

Prentice, Dan; Stockdale, Thomas; Hannigan, Brenda; Higginson, H.W.; Nolan, Richard; Buckley on the Companies Act, 15.Auflage (2000).

Riesenhuber, Karl; Europäische Methodenlehre Handbuch (2006).

Süß, Rembert; Wachter, Thomas; Handbuch des internationalen GmbH-Rechts (2006). [kurz: Handbuch]

Walmsley, Keith; The ISCA Companies Act 2006 Handbook, 2007.

Zeitschriftenartikel:

Altmeyden, Holger; Der „atypische Pfandgläubiger“ – ein neuer Fall des kapitalersetzenden Darlehens?, ZIP 1993, 1677-1684.

Armour, John; Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for Modern Company Law, 63 MLR 2000, 355-378.

Arnold, Wolf-Dieter; Verdeckte Gewinnausschüttungen im Handelsrecht, GesRZ 1985, 86-99.

Arsalidou, Demetra; The Impact of Section 214(4) of the Insolvency Act 1986 on Directors' Duties, Co Law 2001, 19-23.

Artmann, Eveline; Entscheidungsbesprechung 6 Ob 271/05d, JBl 2006, 388.

Bachner, Thomas; Wrongful Trading – A new European Model for Creditor Protection?, EBOR 5 (2004), 293-319.

Bachner, Thomas; Wrongful Trading und Konkursverschleppungshaftung: Überlegungen zu Recht, Sprache und Rechtsangleichung in der EU, GesRZ 2007, 410-422.

Barham, Richard; Case Comment – Financial Assistance; ICCLR 1996, 235-237.

Becker, Ralph; Gesellschaftsrechtliche Probleme der Finanzierung von Leveraged-Buy-Outs, DStR 1998, 1429-1434.

Böhler, Elisabeth; Nichtigkeit des Geschäftes bei verdeckter Einlagenrückgewähr?, ÖBA 2004, 433-446.

Bungert, Hartwin; Buchbesprechung :Ulrich Schroeder, Finanzielle Unterstützung des Aktienwerbs – Der § 71a Abs.1 AktG und sein Vorbild im englischen Gesellschaftsrecht (1995), ZHR 1996, 401-408.

Breslin, Brigid; Charnley, William; Break Fees: Financial Assistance and Director's Duties; Co Law 2000, 21 (9), 269-276.

Brocker, Moritz; Rockstroh, Maria; Upstream-Darlehen und Cash-Pooling in der GmbH nach der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise, BB 2009, 730-733.

Cabrelli, David; In dire need of assistance? Sections 151-158 of the Companies Act 1985 revisited; JBL 2002, 272-291.

Cahn, Andreas; Kredite an Gesellschafter – zugleich Anmerkung zur MPS-Entscheidung des BGH, Der Konzern (2009), 67-80.

Davies, Paul; Rickford, Jonathan; An Introduction to the New UK Company Act: Part II, ECFR 2008, 239-279.

Davies, Paul; Directors' Creditors-Regarding Duties in respect of trading decisions taken in the vicinity of insolvency, EBOR 7(2006), 301-337;

Doran, Nigel; Transaction at an undervalue and the maintenance of capital principle, Co Law 1991, 169-175.

Drygala, Tim; Finanzielle Unterstützung des Aktienwerbs nach der Reform der Kapitalrichtlinie, Der Konzern 2007, 396-406.

Drygala, Tim; Die Vorschläge der SLIM-Arbeitsgruppe zur Vereinfachung des Europäischen Gesellschaftsrechts, AG 2001, 291-299.

- Drygala, Tim; Kremer, Thomas; Alles neu macht der Mai – Zur Neuregelung der Kapitalerhaltungsvorschriften im Regierungsentwurf des MoMiG, ZIP 2007, 1289-1296.*
- Ellis, Jason G.; Financial Assistance for the Acquisition of its Shares: A more liberal Regime, ICCLR 1997, 8(8), 286-289.*
- Enriques, Luca; Macey, Jonathan R.; Creditor versus capital formation: The case against the European legal capital rules; 86 Cornell Law Review, 1165-1204.*
- Everling, Ulrich; Zur Auslegung des durch EG-Richtlinien angeglichenen nationalen Rechts, ZGR 1992, S. 376-395.*
- Falkenhausen, Freiherr von, Joachim; Kocher, Dirk; Urteilsanmerkung – BGH: Gewährung eines Upstream-Darlehens durch abhängige Aktiengesellschaft an ihre Mehrheitsaktionärin – II ZR 102/07, BB 2009, 118-122.*
- Ferran, Eilís; Corporate Transactions and Financial Assistance: Shifting Policy Perceptions but Static Law, CLJ 2004, 225-243.*
- Ferran, Eilís; Simplification of European Company Law on Financial Assistance, EBOR 2005, 93-99.*
- Finch, Vanessa; Company Directors: Who cares about skill and care?, ModLRev 1992, 179-184.*
- Finch, Vanessa; Directors' Duties towards Creditors, Co Law 1989, 23-25.*
- Fleischer, Holger; Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs und Leveraged Buyout. § 71a Abs. 1 AktG im Lichte italienischer Erfahrung, AG 1996, 494-507.*
- Fleischer, Holger; Zweifelsfragen der verdeckten Gewinnausschüttung im Aktienrecht, WM 2007, 909-960.*
- Fleischer, Holger; Zulässigkeit und Grenzen von Break-Fee-Vereinbarungen im Aktien- und Kapitalmarktrecht, AG 2009, 345-356.*
- Flume, Werner; Der Gesellschafter und das Vermögen der Kapitalgesellschaft und die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung, ZHR 1980, 18-33.*
- Freitag, Robert; "Financial Assistance" durch die Aktiengesellschaft nach der Reform der Kapitalrichtlinie - (k)ein Freifahrtsschein für LBOs?, AG 2007, 157-165.*
- Ganske, Joachim; Das Zweite gesellschaftsrechtliche Koordinierungsgesetz vom 13. Dezember 1978, DB 1978, 2461-2465.*
- Gehrlein, Markus; Der aktuelle Stand des neuen GmbH-Rechts, Der Konzern 2007, 771-796.*
- Göschke, Matthias; Das Verbot der Finanzierung des Erwerbs eigener Aktien im Konzern. RdW 2001, 323-327.*
- Gräfe, Gerald; Directors' fiduciary duties als Gläubigerschutzinstrument bei britischen Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland, DZWIR 2005, 410-414.*
- Grechenig, Christoffel; Lembec, Eva; Oelkers, Janine; Rückerwerbbarer Aktien – Eine rechtsvergleichende Betrachtung mit Berichten aus England, Spanien und Italien, ZfRV 2004, 143-155.*
- Habersack, Mathias; Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 384-419.*
- Habersack, Mathias; Verse, Dirk A.; Wrongful trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?, ZHR 2004, 174-215.*
- Hannigan, Brenda; Gratuitous Transfers and Financial Assistance after Brady, Comp.Law.1989, 10(7), 135-139.*
- Hansen, Søren Friis; Sørensen, Karsten Engsig; Reforming the Financial Assistance Provision in the Second Company Law Directive. A Danish Perspective, [2003] EBLR 3-23.*
- Heidinger, Markus; Micheler, Eva-Maria; Finanzielle Unterstützung zum Erwerb eigener Aktien. Status quo und weitere Entwicklung im Lichte der zweiten Gesellschaftsrechtsrichtlinie, ÖBA 1993, 691-702.*
- Hess, Klaus-Peter; Der „ultra-vires“ Grundsatz im englischen Gesellschaftsrecht, RIW 1992, 638-639.*

- Hildegard, Mark C.*; Break-up Fees beim Unternehmenskauf, BB 2008, 286-294.
- Hirt, Hans*; The scope of prohibited Financial Assistance after MT Realisations Ltd (in Liquidation) v Digital Equipment Co Ltd, Co Law 2004, 9-19.
- Ho, Look Chan*; On Deepening Insolvency and Wrongful Trading, JIBLR 2005, 426-433.
- Hoor, Gerd*; Die Präzisierung der Sorgfaltsanforderung nach § 93 Abs 1 AktG durch den Entwurf des UMAG, DStR 2004, 2104-2108.
- Hüffer, Uwe*; Harmonisierung des aktienrechtlichen Kapitalschutzes, NJW 1979, 1065-1120.
- Hügel, Hanns*; Entscheidungsbesprechung 4 Ob 2078/96 h, JBl 1997, 109-114.
- Instone, Ralph*; Section 54 and All That, JBL 1980, 99-108.
- Joost, Detlev*; Grundlagen und Rechtsfolgen der Kapitalerhaltungsregeln im Aktienrecht, ZHR 1985, 419-443.
- Kalss, Susanne*; Der Erwerb eigener Aktien im österreichischen Recht, AG 1996, 550-561.
- Kalss, Susanne*; Eigene Aktien im Ministerialentwurf zum EU-GesRÄG, SWK 1995, B 65.
- Kalss, Susanne; Adensamer, Nikolaus; Oelkers, Janine*; Die Rechtspflichten der Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft sowie damit verbundene Rechtsfolgen im Rechtsvergleich, in Lutter, ZGR 2006 Sonderheft 17, 134-187.
- Karollus, Martin*; Gedanken zur Finanzierung im Konzern und zur Reichweite des Ausschüttungsverbotes (zu Entscheidung 4 Ob 2078/96), ecolex 1999, 323-328.
- Keay, Andrew*; The duty of directors to take account of creditors' interests: Has it any role to play?, JBL 2002, 379-410.
- Keay, Andrew*; Directors' duties to creditors contractarian concerns relating to efficiency and over-protection of creditors, MLR 2003, 665-699.
- Keay, Andrew*; Another way of skinning a cat: Enforcing directors' duties for the benefit of creditors, Insolv Int 2004, 1-9.
- Keay, Andrew*; Wrongful Trading and the Point of Liability, InsolvInt 2006, 132-134.
- Kerber, Markus C.*; Die Übernahme von Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Buy-Out-Verfahren – Überlegungen zum Spannungsverhältnis von Kapitalbindungsvorschriften und Buy-Out-Finanzierung, WM 1989, 473-480 (Teil 1) und 513-517 (Teil 2).
- Kerber, Markus C.*; Die aktienrechtlichen Grenzen der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs im Buy-Out-Verfahren – Zur Reichweite und Abgrenzung von § 71a AktG und §§ 311 ff AktG beim Unternehmenserwerb im Wege der Schuldübernahme und nachfolgender Verschmelzung, DB 2004, 1027-1032.
- Kerber, Markus C.*; Unternehmenserwerb im Wege der Schuldübernahme und nachfolgender Verschmelzung – Ein aktienrechtlicher Nachtrag zur Reichweite von § 71a AktG, NZG 2006, 50–53.
- Kerber, Markus C.*; Das Urteil des OLG Düsseldorf vom 28.9.2006 in Sachen „Babcock Borsig/HDW“: Die Klärung der tatbestandlichen Reichweite von § 71a AktG wird bewusst vermieden, NZG 2007, 254-256.
- Kiefner, Alexander; Theusinger, Ingo*; Aufsteigende Darlehen und Sicherheitenbegebung im Aktienrecht nach dem MoMiG, NZG 2008, 801-806.
- Kindl, Johann*; Der Erwerb eigener Aktien nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, ZEuP 1994, 75-99.
- Kleindiek, Detlef*; Perspektiven des Kapitalschutzes – Themen und Meinungen in der nationalen Diskussion, BB Spezial 5/2007 (Beilage zu Heft 17/2007), 2-7.
- Kohler, Eric*; The Jenkins Report, The Accounting Review (1963), Vol. 38, No. 2., 266-269.
- Koppensteiner, Hans-Georg/Rüffler, Friedrich*; Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter, GesRZ 1999, 86-99 und 144-152.
- Koppensteiner, Hans-Georg*; Gruppenbesteuerung, Verlustvortrag und Gesellschaftsrecht, GeS 2005, 404-410.

- Koziol, Helmut*; Entscheidungsbesprechung zu 6 Ob 271/05d, ÖBA 2006, 293-300.
- Krejci, Heinz*; Zum GmbH – rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 269-279
- Kroppf, Bruno*; Einlagenrückgewähr und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, NJW 2009, 814-817.
- Kübler, Friedrich*; A shifting paradigm of European Company Law; 11 ColumJEurL 219-240.
- Kübler, Friedrich*; A Comparative Approach to Capital Maintenance: Germany, EBLR 2004, 1031-1035.
- Kuhner, Christoph*; Zur Zukunft der Kapitalerhaltung durch bilanzielle Ausschüttungssperren im Gesellschaftsrecht der Staaten Europas, ZGR 2005, 753-787.
- Kumpan, Christoph*; Private Equity und der Schutz deutscher Unternehmen, AG 2007, 461-472.
- Lambert, Lucy*; Case Comment – The meaning of “financial assistance” in s.151; Co Law 1997, 272.
- Lutter, Marcus*; Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593-644.
- Lutter, Marcus; Wahlers, Henning W.*; Der Buyout: Amerikanische Fälle und die Regeln des deutschen Rechts, AG 1989, 1-17.
- Luxton, Peter*; Financial Assistance for the purchase of its own shares – the principle or larger purpose exemption, Co Law 1991, 18-21.
- Marks, David*; Preferences and Misfeasance: Is West Mercia an unhelpful guide, Insolv Int 1989, 1-2.
- Meister, Burkhardt*; Die Sicherheitslesitung der GmbH für Gesellschaftersverbindlichkeiten, WM 1980, 389-401.
- Merkt, Hanno*; Der Kapitalschutz in Europa - ein rocher bronze? ZGR 2004, 305-323.
- Merkt, Hanno*; Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective, EBLR 2004, 1045-1057.
- Michalski, Lutz*; Ungeklärte Fragen bei der Einlagenrückgewähr im Aktienrecht, AG 1980, 261-269.
- Milman, David*; Two cases of interest for company directors operating in the twilight zone, Inolv Int 2008, 25-27.
- Mülbart, Peter; Leuschner, Lars*; Austeigende Darlehen im Kapitalerhaltungs- und Konzernrecht – Gesetzgeber und BGH haben gesprochen, NZG 2009, 281-288.
- Napokoj, Elke*; Rückzahlungsansprüche der Aktiengesellschaft gegen Aktionäre aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr, GeS aktuell 2007, 70-73.
- Nodoushani, Manuel*; Die Haftung des faktischen Aktionärs beim Empfang verbotener Leistungen, NZG 2008, 291-293.
- Nodoushani, Manuel*; Financial Assistance und Konzerninnenfinanzierung, Der Konzern 2008, 385-392.
- Nowotny, Christian*; Probleme der Einführung von Mitarbeiteraktien, RdW 1986, 326-327.
- Nowotny, Christian*; Umsatzgeschäfte und verdeckte Gewinnausschüttung, RdW 1987, 286-287.
- Nowotny, Christian*; Verdeckte Gewinnausschüttung und Bestätigungsvermerk, RdW 1988, 23.
- Nuyken, Alexander W.*; Finanzielle Unterstützung bei Private-Equity-Transaktionen. Fallstudien zu § 71a AktG, ZIP 2004, 1893-1900.
- Oechsler, Jürgen*; Die Änderung der Kapitalrichtlinie und der Rückerwerb eigener Aktien. ZHR 2006, 72-89.
- Oechsler, Jürgen*; Das Finanzierungsverbot des § 71a Abs 1 Satz 1 AktG bei Erwerb eigener Aktien – Schutzzweck und praktische Anwendung, ZIP 2006, 1661-1666.
- Otto, Hans-Jochen*; Fremdfinanzierte Übernahmen – Gesellschafts- und steuerrechtliche Kriterien des Leveraged Buy-Out, DB 1989, 1389-1396.
- Payne, Jennifer*; Financial Assistance for the Acquisition of Shares, Co Law 1997, 186-187.

- Peltzer, Martin*; Steuer- und Rechtsfragen bei der Mitarbeiterbeteiligung und der Einräumung von Aktienoptionen (Stock Options), AG 1996, 307-315.
- Petkovic, Denis*; Directors' duties and the intrusion of creditors' interests, JIBL 1989, 166-170.
- Pettet, B.G.*; Developments in the law of financial assistance for the purchase of shares; JIBL 1988, 96-104.
- Reich-Rohrwig, Johannes*; Verbotene Einlagenrückgewähr bei Kapitalgesellschaften, ecolex 2003, 152-158.
- Reich-Rohrwig, Johannes; Gröss, Stephan*; Einbringung eines durch unbare Entnahmen überschuldeten Unternehmens in eine GmbH, Zugleich Besprechung von OGH 23.1.2003, 6 Ob 81/02h, ecolex 2003, 680-683.
- Riley, Christopher A.*; Directors' duties and the interests of creditors, Co Law 1989, 87-93.
- Saurer, Ullrich*; Sicherheitsleistungen zugunsten eines Gesellschafters – kritische Bemerkungen zu OGH 4 Ob 2078/96h, RdW 1998, 593-599.
- Schaefer, Franz W./ Grützediek, Elke*; Haftung der Gesellschaft für „mangelhafte“ Gesellschaftsanteile bei Kapitalerhöhungen, NZG 2006, 204-208.
- Schäffler, Frank*; Finanzierung von LBO-Transaktionen: Die Grenzen der Nutzung des Vermögens der Zielgesellschaft, BB Beilage 2006, Nr 009, 1-12.
- Schmolke, Klaus Ulrich* (2005): Finanzielle Unterstützung des derivativen Aktienerwerbs - Gläubiger- und Aktionärsschutz nach der geplanten Änderung der Kapitalrichtlinie, WM 2005, 1828-1837.
- Schneider, Uwe H.*; Missbräuchliches Verhalten durch Private Equity, NZG 2007, 888-893.
- Schön, Wolfgang*; Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften ZHR 1995, 351-374.
- Schön, Wolfgang*; Wer schützt den Kapitalschutz? ZHR 2002, 1-5.
- Schmidsberger, Gerald*; Eigenkapitalersatz versus Einlagenrückgewähr, GesRZ 1997, 14-31.
- Schutt, Marc; Heidinger, Markus*; Financial Assistance and Leveraged Acquisitions under Austrian Corporate Law, JIBL 2000, 167-169.
- Seibert, Ulrich*; GmbH-Reform – Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, ZIP 2006, 1157-1168.
- Seibt, Christoph* (2007): Gläubigerschutz bei Änderung der Kapitalstruktur durch Erhöhung des Fremdkapitalanteils. (Leveraged Recapitalization/ Leveraged Buy Out), ZHR 2007, 282-314.
- Shutkever, Carol*; Financial Assistance – Case Comment Chaston v SWP Group plc, Co Law 2004, 34.
- Singhof, Bernd*; Zur finanziellen Unterstützung des Erwerbs eigener Aktien durch Kreditinstitute, NZG 2002, 745-792.
- Sieger, Jürgen J.; Hasselbach, Kai*; Break Fee-Vereinbarung bei Unternehmenskäufen, BB 2000, 625-631.
- Sieger, Jürgen J.; Hasselbach, Kai*; Die Übernahme von Gewährleistungen durch die Aktiengesellschaft bei Kapitalerhöhung und Aktientausch, BB 2004, 60-64.
- Sigle, Axel, Zinger, Georg*; Die Übernahme von Transaktionskosten durch die Aktiengesellschaft, NZG 2003, 301-306.
- Sonnenhol, Jürgen; Groß, Wolfgang*; Besicherung von Krediten Dritter an Konzernunternehmen, ZHR 1995, 388-417.
- Sonnenhol, Jürgen/Stützle, Rudolf*; Auswirkungen des Verbots der Einlagenrückgewähr auf Nichtgesellschafter, WM 1983, 2-6.
- Sterling, M J*; Financial Assistance by a Company for the Purchase of its Shares, Co Law 1987, 99-103.
- Straube, Manfred; Rauter, Roman Alexander*; Gesellschaftsrecht-Änderungsgesetz 2007 JAP 2007/2008, 105-110.
- Strommer, Alfred*; Ist ein Bürgschaft der GmbH für Schulden ihrer Gesellschafter zulässig?, WBI 1987, 334.

- Sykes, Richard*; Financial Assistance, Co Law 2000, 65-66.
- Tal, Michael*; Das Verbot der Financial Assistance im englischen Gesellschaftsrecht – Leveraged Buyouts nach der Companies Bill 2006, GmbHR 5/2007, 254-257.
- Thiery, Gottfried*; Privatausgaben zu Lasten der GmbH, ecolex 1992, 631-634.
- Timmermans, Christiaan*; Die europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, RabelsZ 1984, 1-44.
- Todd, Paul*; Banks as constructive trustees, IntBankL 1991, 403-408.
- Vertneg, Michael*; Bankspezifische Änderungen durch das EU-GesRÄG, ecolex 1996, 675-678.
- Wagner, Raoul*; Zessionsverbot und Rechtswahl am Beispiel Cash-Pooling, ecolex 2006, 115-117.
- Wand, Peter; Tillmann, Tobias; Heckenthaler, Stephan*; Aufsteigende Darlehen und Sicherheiten bei Aktiengesellschaften nach dem MoMiG und der MPS-Entscheidung des BGH, AG 2009, 148-161.
- Weigl, Silvia*; „Siemens/Nold“ – die Kapitalschutzrichtlinie als Mindestnorm?, ecolex 1998, 553–556.
- Werner, Winfried*; Ausgewählte Fragen zum Aktienrecht, AG 1972, 93-99 und 137-143 und 167-169.
- Werner, Winfried*; Ausgewählte Fragen zum Aktienrecht, AG 1990, 1-19.
- Winter, Michael*; Upstream-Finanzierung nach dem MoMiG-Regierungsentwurf, DStR 2007, 1484-1491.
- Wymeersch, Eddy*; Gesellschaftsrecht im Wandel: Ursachen und Entwicklungslinien, ZGR 2001, 294-324.

RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS:

Deutschland:

BFH:

BFH I R 163/75, 16.2.1977, DB 1977, 1170.

BGH:

II ZR 306/85, 1.12.1986, DB1987, 575 = GmbHR 1987, 187 = BB 1987, 433.

II ZR 299/90, 14.5.1992, ZIP 1992, 1081.

II ZR 171/01, 24.11.2003, NJW 2004, 1111.

II ZR 167/88, 20.2.1989, AG 1989, 243.

II ZR 102/07, 1.12.2008, ZIP 2009, 70 = DB 2009, 106 = BB 2009, 118 = WM 2009, 78 = AG 2009, 81 = NZG 2009, 107 = GmbHR 2009, 199.

II ZR 287/02, 9.5.2005, NJW 2005, 2450-2454 = AG 2005, 609-613 = NZG 2005, 672-676 = BB 2005, 1644-1648 = DB 2005, 1845-1848.

II ZR 74/92, 10.5.1993, ZIP 1993, 917 = NJW 1993, 1922-1924 = WM 1993, 1132-1135 = BB 1993, 1314-1316 = DB 1993, 1411-1413.

II ZR 104/80, 21.9.1981, ZIP 1981, 1200-1205 = NJW 1982, 383-386 = BB 1981, 2026-2028 = DB 1981, 2373-2375 = WM 1981, 1200-1203.

II ZR 268/81, 20.9.1982, WM 1982, 1402.

II ZR 269/84, 8.7.1985, BGHZ 95, 188 = WM 1985, 1224 = ZIP 1985, 1198 = DB 1985, 2292.

II ZR 113/94, 13.11.1995, NJW 1996, 589.

II ZR 223/80, 28.09.1981, WM 1981, 1270-1271 = BGHZ 81, 365-370 = DB 1981, 2485-2485 = BB 1981, 2088-2090 = ZIP 1981, 1332-1334.

III ZR 56/98, 4.2.1999, NJW 1999, 1393-1395 = ZIP 1999, 435-438.

VII ZR 132/97, 6.5.1999, BGHZ 141, 357-364 = WM 1999, 1322-1324 = ZIP 1999, 1099-1101 NJW 1999, 2266-2268.

VII ZR 207/70, 24.2.1972, BGHZ 58, 184 = JZ 1972, 404-408.

VIII ZR 218/01, 5.11.2003, NZG 2004, 139 = DB 2004, 181 = WM 2003, 2456.

XI ZR 18/93, 19.4.1994, NJW 1994, 2082 = ZIP 1994, 859 = BB 1994, 1103 = WM 1994, 1204.

XI ZR 239/93, 25.10.1994, BGHZ 127, 239 = NJW 1995, 250 = WM 1994, 2190 = ZIP 1994, 1843.

XI ZR 277/98, 26.9.1999, ZIP 1999, 1303-1305 = WM 1999, 1617-1619 = NJW 1999, 2883 = DB 1999, 1850.

XI ZR 296/05, 12.9.2006, ZIP 2006, 2119-2122 = EWiR 2007, 97.

XI ZR 294/07, 13.11.2007, ZIP 2008, 118.

OLG:

OLG Celle 18 U 3/92, 18.8.1992, NJW 1993, 739.

OLG Düsseldorf 11 U 47/79, 24.10.1979, ZIP 1981, 186.

OLG Düsseldorf 11 U 47/79, 24.10.1979, AG 1980, 273.

OLG Düsseldorf 5 U 6/06, 28.9.2006, NZG 2007, 273-278 = NZI 2007, 289-294.

OLG Frankfurt a M 16 U 120/90 („*Hornblower Fischer AG*“), 30.1.1992, AG 1992, 194.

OLG Frankfurt a M 6 U 192/91, 30.11.1995, AG 1996, 324.

OLG Frankfurt a M 19 U 78/03, 22.12.2003, NZG 2004, 419-421 = AG 2004, 567-568.

OLG Hamburg 11 U 117/79, 23.5.1980, DB 1980, 2437 = AG 1980, 275.

OLG Hamburg 11 U 55/04, 31.8.2005, NZG 2005, 1008.

OLG Hamm 8 U 59/94, 10.5.1995, ZIP 1995, 1263.

OLG Hamm, 8 U 19/06, 14.1.2008, nicht veröffentlicht.

OLG Hamm 8 U 69/06, 24.1.2007, nicht veröffentlicht.

OLG Karlsruhe 15 U 99/82, 16.12.1983, WM 1984, 656.

OLG Koblenz 6 U 847/75, 10.2.1977, AG 1977, 231.

OLG Koblenz 6 U 342/04, 5.4.2007, AG 2007, 408.

OLG Köln 16 U 134/88, 24.5.1989, DStR 1991, 885.

OLG München 15 U 1532/78, 11.7.1989, AG 1980, 272.

OLG München 19 U 5630/01, 18.7.2002, AG 2003, 105-106 = NZG 2002, 1110-1111 = EWIR 2003, 87.

OLG München 5 U 4383/05, 24.1.2006, unveröffentlicht.

OLG Thüringen 6 U 947/05, 25.4.2007, ZIP 2007, 1314.

LG:

LG Berlin 99 O 101/05, 26.4.2006, nicht veröffentlicht.

LG Bonn 1 O 552/05, 1.6.2007, ZIP 2007, 1267.

LG Düsseldorf 40 O 138/78, 22.12.1978, AG 1979, 290.

LG Düsseldorf 39 O 180/04 („*Babcock*“), 28.10.2005, ZIP 2006, 516-522 = DB 2005, 2512-2516 = Der Konzern 2006, 138-144.

LG Köln 3 O 703/87, 12.1.1988, AG 1988, 349.

LG Mainz 11 HKO 16/04, 27.8.2004, NZG 2005, 325 = DStR 2005, 531.

LG München 5 HKO 16543/01, 20.11.2003, AG 2004, 159.

KG:

KG Berlin 14 U 2121/97, 24.7.1998, AG 1999, 319.

England und Commonwealth:

AMG Global Nominees (private) Ltd v SMM Holdings Ltd, [2008] BCC 307 = [2008] 1 BCLC 477 = [2008] EWHC 221, (Court of Appeal).

Anglo Petroleum Ltd v TFB (Mortgages) Ltd, [2007] BCC 407 = [2006] EWHC 258 = [2007] EWCA Civ 456, (Chancery Division).

Arab Bank plc. v Mercantile Holdings Ltd, [1994] 2 WLR 307 = [1994] Ch 71 = [1996] 2 BCLC 34, (Chancery Division).

Armour Hick Northern Ltd and Others v Whitehouse and Others, [1980] 1 WLR 1520 = 1980 WL 1409015 = [1980] 3 All E R 833, (Chancery Division).

Ashbury Railway Carriage and Iron Co Ltd v Riche, (1875) LR 7 HL 653, (House of Lords).

Aveling Barford Ltd v Perion Ltd, [1989] 5 BCC 677 = [1989] BCLC 626, (Chancery Division).

Barclays Bank v British and Commonwealth Holdings plc, [1996] 1 BCLC 1 = [1996] 1 WLR 1, (Court of Appeal).

Belmont Finance Corporation Ltd v Williams Furniture Ltd (No.2), [1979] Ch 250 = [1978] 3 WLR 712 = [1979] 1 All E R 118 = 1977 WL 60008, (Court of Appeal).

Borland's Trustee v Steel, [1901] 1 Ch. 279, (Chancery Division).

Brady v Brady, (1987) 3 BCC 535 = [1988] BCLC 20, (Court of Appeal).

Brady v Brady, [1989] AC 755 = [1988] 2 All E R 617, [1988] BCLC 579, [1988] 2 WLR 1308 (House of Lords).

British and Commonwealth Holdings Plc v Barclays Bank plc, [1996] 1 WLR 1 = 1995 WL 1082609 = [1996] 1 All E R 381 = [1995] BCC 1059, (Court of Appeal).

Burton v Palmer, (1980) 5 ACLR 481 = [1980] 2 NSWLR 878, (Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales).

Carney v Herbert, [1985] AC 301 = [1985] 1 All E R 438, [1984] 3 WLR 1303, (Privy Council (Australia)).

Charterhouse Investment Trust Ltd v Tempest Diesels Ltd, (1985) 1 BCC 99544 = [1986] BCLC 1 = 1985 WL 312033, (Chancery Division).

Chaston v SWP Group plc., [2003] 1 BCLC 675 = [2003] BCC 140 = [2002] EWCA Civ 1999, (Court of Appeal).

Cook v Deeks, [1916] 1 AC 554, (Privy Council).

Coulthard & Ors v Neville Russell (a Firm), [1998] BCC 359 (Court of Appeal).

Cox v Cox, [2006] BCC 890 = [2006] EWHC 1077, 2006 WL 1078941 (Chancery Division).

Currie v Misa, (1875) LR 10 Exch 153, (Court of Exchequer Chamber).

Curtis's Furnishing Stores Ltd v Curry's Ltd, [1966] 1 WLR 1219 = [1966] 2 All E.R.955 = 1966 WL 22695 (Chancery Division).

Dymment v Boyden, [2005] 1 WLR 792 = [2005] BCC 79 = [2005] 1 BCLC 163, (Court of Appeal).

Grant v Lapid Developments Ltd, [1996] BCC 410 = [1996] 2 B.C.L.C.24 = 1996 WL 1093318, (Chancery Division).

Harlow v Loveday (auch: Re Hill & Tyler Ltd (in admin.)), [2004] BCC 732 = [2004] EWHC 1261, (Chancery Division).

Heald v O'Connor, [1971] 1 WLR 497 = [1971] 2 All E R 1105 = 1970 WL 30241, (Queens Bench Division).

Item Software (UK) Ltd v Fassihi, [2005] 2 BCLC 91, (Court of Appeal).

It's a Wrap (UK) Ltd (in liquidation) v Gula, [2006] B.C.C.626 = [2006] B.C.L.C.634, (Court of Appeal).

Ivey v Secretary of State for Employment, [1997] BCC 145, (Employment Appeal Tribunal).

MacPherson v European Strategic Bureau Ltd, [2002] BCC 39 = [2002] 2 BCLC 683, (Queens Bench Division).

Morphitis v Bernasconi, (2003) Ch 552, (Court of Appeal).

MT Realisation (in liquidation.) v Digital Equipment Co Ltd, [2003] BCC 415 = [2002] EWCA Civ 494, (Court of Appeal).

National Westminster Bank plc v Jones, [2001] 1 BCLC 98, (Chancery Division).

Neilson v Stuart, [1991] BCC 713 = 1991 WL 839926, (House of Lords).

Nicholson v Permkraft (NZ) Ltd, [1985] 1 NZLR 242.

NZI Bank Ltd v Euro-National Corporation Ltd, [1995] BCC 1059, (Court of Appeal).

Parlett v Guppys (Bridport) Ltd, [1996] BCC 299 = [1996] 2 BCLC 34 = 1996 WL 1092824, (Court of Appeal).

Peskin v Anderson, [2001] 1 BCLC 372 = [2001] BCC 874, (Court of Appeal).

Phillips v Brewin Dolphin Bell Lawrie Ltd, [1998] 1 BCLC 700 (1.Instanz), [1999] 2 All E R 844 (Court of Appeal), [2001] 1 WLR 143 (House of Lords).

Plaut v Steiner, (1989) 5 BCC 352 = 1988 WL 1019802, (Chancery Division).

Punt v Symons & Co Ltd, [1903] 2 Ch 506, (Court of Appeal).

Re Brabon, [2001] 1 BCLC 11, (Chancery Division).

Re Brian D Pierson (Contractors) Ltd, (1999) BCC 26, (Chancery Division).

Re Continental Assurance Co of London plc, [1996] BCC 888 = 1996 WL 1091606 = [1977] 1 BCLC 48, (Chancery Division).

Re DKG Contractors Ltd, (1990) BCC 903, (Chancery Division).

Re Exchange Banking Co, (Flitcroft's Case), (1882) 21 ChD 519, (Chancery Division).

Re Halt Garage (1964) Ltd, [1982] 3 All E R 1016, (Chancery Division).

Re Hydrodam (Corby) Ltd, [1994] 2 BCLC 180 = [1994] BCC 161, (Chancery Division).

Re In a Flap Envelope Co Ltd (in liquidation), [2003] BCC 487, (Chancery Division).

Re MC Bacon, [1990] BCC 78 = [1990] BCLC 324 = [1990] BCC 78 (Chancery Division).

Re Paramount Airways Ltd, [1993] Ch 223, (Court of Appeal).

Re Patrick and Lyon Ltd, (1933) Ch 786, (Chancery Division).

Re Produce Marketing Consortium Ltd (No 2), (1989) BCLC 520 = (1989) 5 BCC 569 (Chancery Division).

Re Purpoint Ltd, [1991] BCLC 491, (Chancery Division).

Re V.G.M Holdings Ltd, [1942] Ch 235 = 1942 WL 12819 = [1942] 1 All E R 224, (Court of Appeal).

Ridge Securities Ltd v IRC, [1964] 1 WLR 479 = [1964] 1 All E R 275, (Chancery Division).

Rolled Steel Ltd v British Steel Corporation, [1986] 1 Ch 246, (Court of Appeal).

Selangor United Rubber Estates Ltd v Cradock and Others (No. 3), [1968] 1 WLR 1555 = [1968] 2 Lloyd's Rep 289, (Chancery Division).

South Western Mineral Water Co. Ltd v Ashmore, [1967] 1 WLR 1110 = 1967 WL 22819 = [1967] 2 All E R 953, (Chancery Division).

Steen v Law, [1964] 3 WLR 802 = [1964] AC 287 = 1963 WL 20695 = [1964] All E R 770, (Privy Council (Australia)).

Thomas v Thomas, (1842) 2 QB 851, (Court of Queens Bench).

Trevor v Whitworth, (1887) LR 12 App Cas 409, (House of Lords).

Ultraframe (UK) Ltd v Fielding, [2005] EWHC 1638, (High Court).

Victor Battery Co. Ltd v Curry's Ltd, [1946] Ch 242 = 1846 WL 9417 (Chancery Division).

Wallersteiner v Moir, [1974] 1 WLR 991 = 1974 WL 41166 = [1974] 3 All E R 217, (Court of Appeal).

West Mercia Safetywear Ltd v Dodd, (1988) BCLC 250 = (1988) 4 BCC 30, (Court of Appeal).

Wood v Odessa Waterworks Co., (1889) 42 ChD 636, (Chancery Division).

Europa:

Colson und Kamann v Land Nordrhein-Westfalen, 14/83, [1984] ECR 1891.

Karella and Karellas, C-20/90, ECR I-2691.

Kerafina v Greek State and Others, C134 – 135/91, [1992] ECR I-5699.

Kommission/Deutschland, EuGH 28.2.1991, C-131/88, [1981] ECR I-825.

Meilicke v ADV/ORGa, C-83/91, [1992] ECR I-4871.

Sindesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklesias and Others v Greek State and Others, C-381/89, [1992] ECR I-2111.

Pafitis and Others v TKE and Others, C-441/93, [1996] ECR I-1347.

Österreich:

OGH:

Ob I 211/26, 24.3.1926, SZ 8/91.

R III 78/20, 16.6.1920, SZ 2/60.

1 Ob 179/73, 31.10.1973, SZ 46/113.

1 Ob 2028/96h, 26.3.1996, RdW 1997, 15.

1 Ob 719/78, 25.10.1978, SZ 51/148 = ÖJZ 1979/55 = SWK 1979, B II 1.

1 Ob 290/00d, 26.06.2001, RdW 2001/744 = ecolex 2002/44.

2 Ob 225/07p, 29.5.2008, ecolex 2008, 343.

3 Ob 805/54, 16.12.1955, nicht veröffentlicht.

3 Ob 536/77, 10.1.1978, GesRZ 1978, 36.

3 Ob 122/99h, 26.4.2000, ecolex 2001/19.

3 Ob 287/02f, 22.10.2003, GesRZ 2004, 57 = GeS 2004, 149 = ecolex 2004/166 = wbl 2004/93.

4 Ob 2078/96h, 25.06.1996, ecolex 1997, 437 = ÖJZ 1996/144 = JBl 1997, 108 (Hügel) = RdW 1998, 593 = SZ 69/149.

4 Ob 2328/96y, 12.11.1996, ecolex 1997, 360, 631.

4 Ob 252/02s, 19.11.2002, GeS 2003, 161 = wbl 2003/150 = ecolex 2003/83 = ÖJZ 2003/48.

6 Ob 2110/96d, 13.02.1997, ecolex 1997, 851 = wbl 1997, 256 = ÖJZ 1997/109.

6 Ob 4/99b, 11.11.1999, ecolex 2000, 121 = AnwBl 2001, 78 (Saurer) = RdW 2000/1 (Damböck/Hecht) = SZ 72/172.

6 Ob 288/99t, 20.01.2000, ecolex 2000, 512/208 = wbl 2000/221 = GesRZ 2000, 89 = SZ 72/172.

6 Ob 81/02h, 23.01.2003, GesRZ 2003, 163 = GeS 2003, 202 = ecolex 2003/279 = ecolex 2003, 680 (Reich-Rohrwig/Gröss).

6 Ob 271/05d, 01.12.2005, GesRZ 2006, 148 = GeS 2006, 164 = ecolex 2006/172 = JBl 2006, 388 = ÖBA 2006/1337.

6 Ob 200/06i, 14.09.2006, RdW 2007/247.

6 Ob 165/04i, 6 Ob 166/04m 26.08.2004, ecolex 2005, 58.

7 Ob 58/08t, 11.06.2008, GesRZ 2008, 378 = GeS 2008, 356.

7 Ob 142/07v, 4.7.2007, RWZ 2009/33.

8 Ob 527/91, 28.11.1991, ecolex 1992, 631 (Thiery)

9 Ob 127/04y, 03.08.2005, ecolex 2006/87.

16 Ok 9/08, 08.10.2008, ZFR 2009/37 = ÖBL-LS 2009/122ff.

OLG:

28 R 3/96h, 29.3.1996, RdW 1997, 597.

28 R 68/05h, 17.5.2005, Ges 2005, 371 = AnwBl 2006, 626.

28 R 429/03v, NZ 2005, G9.

28 R 111/04f, 15.11.2004, GeS 2005, 276.

VwGH:

95/13/0141, 28.1.1998, RdW 1998, 444.

99/13/0154, 25.3.2004, ecolex 2004/231.

2000/15/0059 und 2000/15/0060, 31.05.2005, ecolex 2006/242.

EUROPEAN COMMUNITIES

Brussels, 31 July 1974

The Council

1481/74 (ES 127)

NOTE

Subject: Proposal for a second Council Directive on co-ordination of Safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of Article 58 (2) of the Treaty, in respect of public companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community

- Second reading: Articles 12 to 18

At this meeting on 4 and 5 July 1974, the Working Party on Economic Questions (Establishment and Services) continued the second reading of the above proposal for a Directive.

The Working Party based its work on the compilation of texts and positions drawn up after the first reading [2057/73 (ES 131)]. This part of the second reading dealt with Articles 12 to 18 of the proposal for a Directive.

(b) The United Kingdom delegation emphasized its desire that the Directive not only prohibit companies from subscribing their own shares but also prohibit „the possibility for a company to provide financial assistnace directly or indirectly, fort he purpose of purchasing or subscribing its own shares“. It consideres that by using the expression “on behalf of”, the Commission’s proposal covered only the case where the purchaser or subscriber held shares in the interest of the company, irrespective of the origin of the sum paid. The delegation therefore reserved its position on Article 17 as a whole.

The Irish delegation pointed out that Irish law had recently made it possible for a company to provide financial assistance under certain circumstances, for the purpose of purchasing its own shares.

Article 18: auqisition by a company of its own shares

Whilst accepting that a company may acquire its own shares, Article 18 (1) obliged Member States to impose a number of conditions in order to provide this transaction, which was regarded as risky, with sufficient guarantees.

(a) Permission or refusal for a company to acquire its own shares

The Belgian and United Kingdom delegations opposed this provision and advocated a general ban on the acquisition by companies of their own shares, except in the case of shares acquired for the benefit of employees. The United Kingdom delegation considered that the acquisition by a company of its own shares entailed the danger inter alia of the manipulation of stock market prices; such acquisition could also prevent a take-over. If in certain cases (particularly in the case of small companies), a minority shareholder experienced difficulty in the transferring his shares, the company should not be obliged to purchase them; a reduction of capital should suffice.

The German, Danish, French, Italian and Netherlands delegations considered that the acquisition of own shares answered practical needs. It would therefore be unrealistic to prohibit the acquisition by a company of its own shares. The Netherlands delegation added that it was even in favour of broadening the provisions of Article 18, in particular by stipulating that Member States should leave companies freedom to choose between the methods set out in subparagraphs I and II. Combination of the two methods should also be provided for. Finally, it recommended amending subparagraph I (a) so that general meetings could delegation their powers

EUROPEAN COMMUNITIES

Brussels, 10 December 1974

The Council

2174/74 (ES 196)

NOTE

Subject: Proposal for a second Council Directive on co-ordination of Safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of Article 58 (2) of the Treaty, in respect of public companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community

The United Kingdom delegation has sent to the Council Secretariat a proposal (1) for an Article 18a about the provision by a company of financial assistance for the acquisition of its own shares. The delegation has also commented on this proposal.

(1) This proposal is mentioned on page 2 of doc. 1991/74 (ES 172)

Article 18a

1. The laws of the Member States, where they permit a company to provide to a third party, whether directly or indirectly, financial assistance for the purpose of or in connection with the purchase of, or subscription for, shares in the company, shall impose at least the following conditions:-
 - (a) the transaction in question must have been authorized by the general meeting deciding by a majority of not less than two-thirds which shall have been informed by the directors of the nature and purpose of the transaction and shall have been presented with a certificate signed by them stating that they are satisfied that the proposed transactions will comply with paragraph (c) below;
 - (b) the authorization mentioned in paragraph (a) above may not be for longer than 12 months;
 - (c) the transaction must not have the effect of reducing the [net assets] below the amount of the subscribed capital plus the reserves [unavailable for this purpose pursuant to the law or statutes];
 - (d) [only fully paid up shares may be purchased by a third party in receipt of such assistance].

2. Paragraph 1 of this Article shall not apply to prevent any of the following:-
 - (a) where the lending of money is part of the ordinary business of a company, the lending of money by the company in the ordinary course of its business;
 - (b) the provision of financial assistance to employees of the company or of any company controlled by it or any person or body of persons acting on behalf of such employees, or
 - (c) the payment of any commission or the granting of any discount in pursuance of a bona fide underwriting agreement.
3. In this paragraph "financial assistance" means such assistance in any form whatever and in particular includes the provision of any loan, security or guarantee.

Explanatory note

1. The draft is presented as a further Article after Article 18, as drafted in doc. 1865/74 (ES 153) + Corr.1 of 17 October 1974, the square brackets correspond to doubts of the United Kingdom delegation about the words so designated.
2. It will be noticed that the drafting of paragraph 1(a) does not correspond to the drafting of doc. 1865/74. Although such transactions are not normally permitted in United Kingdom Law it is not thought appropriate that the

company should dictate to the third party the terms on which the acquisition is to be made. It is, on the other hand, thought that it is feasible that in the case of the provision of financial assistance, individual transactions should be authorized by the general meeting and that no general authorization need be permitted to be given.

3. The exceptions in paragraph 2 cover cases
 - (a) where the company normally lends money as part of its business and the transaction is a normal business transaction for the company
 - (b) "profit sharing" and similar schemes and
 - (c) Payment for underwriting services, whether or not strictly speaking a "discount" within the meaning of the new Article to be inserted in part 1 of the Directive.
4. Paragraph 3 attempts to give a very wide definition to the terms "financial assistance". The particular examples are not, of course, intended to be exhaustive or to limit the generality of the term.

EUROPAEISCHE GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 17. Februar 1975

Der Rat

145/75 (ES 12)

VERMERK

Betrifft: Vorschlag für eine zweite Richtlinie des Rates zur Koodinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedsstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertras im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für Erhaltung und Aenderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten.

- Zweite Lesung

In der Anlage sind die Bemerkungen der Gruppe "Wirtschaftsfragen" (Niederlassung und Dienstleistungen) zu dem Richtlinienvorschlag in der nach der zweiten Lesung bestehenden Fassubf enthalten [siehe Dok. 144/75 (ES 11)]

In den Dokumenten, die nach jeder der nummerierten Bemerkungen genannt werden, wird über die Beratungen, die in den Sitzungen der Gruppe erfolgten, eingehender berichtet.

145 d/75 (ES 12) erk/QU/ia

.../...

EEC

*(53) Artikel 18 a

Mehrere Delegationen meinten, dass auf den ersten Blick der Vorschlag der britischen Delegation für eine Bestimmung über die direkte oder indirekte finanzielle Unterstützung, die eine Gesellschaft für die Zeichnung oder den Erwerb ihrer eigenen Aktien gewähre,

- teilweise unter Artikel 18 falle, der sich auf Aktien beziehe, welche durch Einschaltung Dritter Eigentum der Gesellschaft geworden seien;
- zum anderen Teil nicht in den Rahmen der Richtlinie, sondern beispielsweise in denjenigen des Richtlinienvorschlags über Gesellschaftsgruppen falle.

Die Arbeitsgruppe kam jedoch überein, diesen Text in Verbindung mit dem folgenden kürzeren Alternativvorschlag der belgischen Delegation weiter zu erörtern:

„Eine Gesellschaft darf zum Zwecke des Erwerbs ihrer Aktien durch Dritte keine Vorschüsse zahlen oder Kredite aus eigenen Mitteln gewähren, wenn das Geschäft nicht Rahmen ihrer normalen Tätigkeit Tätigkeit unetr den Bedingungen mit der Absicherung getätigt wird, die normalerweise Vorgänge dieser Art erforderlich sind.“

[siehe Dok. 1481/74 (ES 127), Seite 12 + Korr. 1 und 2174/74 (ES 196)]

(54) Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe a

[...]

EUROPAEISCHE GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 28. Juni 1976

Der Rat

R/1310/76 (ES 45)

AUZEICHNUNG

Betrifft: Vorschlag für eine zweite Richtlinie des Rates zur Koodinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedsstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für Erhaltung und Aenderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten.

[Dok.R/603/70 ES 51). R/2381/72 (ES 132), R/293/76 (ES 13) und R/1008/76 (ES 36)]

- Bericht der Gruppe "Wirtschaftsfragen" (Niederlassung und Dienstleistungen)" an den Ausschuss der Ständigen Vertreter

EINLEITUNG

Die Kommission hat den eingangs genannten Vorschlag am 9.März 1970 unterbreitet.

Das Europäische Parlament und der Wirtschafts- und Sozialausschuss haben ihre Stellungnahmen am 19. Oktober 1971 [ABl. Nr. C 114 vom 11.11.1971, S.18] bzw. am 26.und 27. März 1971 [ABl. Nr. C 88 vom 6.9.1971, S.1] abgegeben. Die Kommission hat am 8. November 1972 Aenderungen zu dem Vorschlag vorgelegt, die diesen Stellungnahmen sowie dem Beitritt des Vereinigten Königreichs, Irland und Dänemarks zur Gemeinschaft Rechnung tragen.

[Artikel 18 a (1)]

(1) Eine Gesellschaft darf weder unmittelbar noch mittelbar im Hinblick auf den Erwerb ihrer Aktien durch Dritte oder im Zusammenhang hiermit finanziellen Beistand leisten.

(2) Absatz 1 gilt nicht für Rechtsgeschäfte, die getätigt werden

a) Im Rahmen der laufenden Geschäfte der Gesellschaft, wenn die Gewährung von Darlehen zu den laufenden Geschäften dieser Gesellschaft gehört;

b) Im Hinblick auf den Erwerb durch die Beschäftigten der Gesellschaft oder zu deren Gunsten.

Die Rechtsgeschäfte nach Absatz 2 dürfen nicht dazu führen, dass das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft geringer wird als der in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a genannte Betrag.]

(1) Von der Delegation des Vereinten Königreichs vorgeschlagene Alternativfassung für Artikel 18 a.

Die irische Delegation legte einen einstweiligen Vorbehalt ein, um das Problem des „finanziellen Beistands“, das sich auch in den Rechtsvorschriften ihres Landes stellt, eingehender zu prüfen.

Artikel 18 a (1)

- (1) Eine Gesellschaft darf im Hinblick auf den Erwerb ihrer Aktien durch Dritte weder Vorschüsse geben noch Darlehen gewähren, noch Sicherheit leisten.
- (2) Absatz 1 gilt nicht für Rechtsgeschäfte, die im Rahmen der laufenden Geschäfte der Banken und anderer Finanzinstitute (2) getätigt werden, und auch nicht für Geschäfte, die im Hinblick auf den Erwerb durch oder für Arbeitnehmer der Gesellschaft oder einer mit ihr verbundenen Gesellschaft getätigt werden. Diese Rechtsgeschäfte dürfen jedoch nicht dazu führen, dass das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft geringer wird als der in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a genannte Betrag [Anm der Autorin: der spätere Artikel 15].
- (3) Absatz 1 gilt nicht für Rechtsgeschäfte, die im Hinblick auf einen Erwerb nach Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe h getätigt werden.

(1) Vorbehalt der irischen Delegation, welche die Vorschrift für zu restriktiv hält.

(2) Einstweiliger Vorbehalt der deutschen Delegation gegen die Bezeichnung des Hinweises auf die Richtlinie Nr. 73/183/EWG vom 28. Juni 1973.

COMPANIES ACT 1985 CHAPTER 6 PART V SHARE CAPITAL, ITS INCREASE, MAINTENANCE AND REDUCTION CHAPTER VI FINANCIAL ASSISTANCE BY A COMPANY FOR ACQUISITION OF ITS OWN SHARES PROVISIONS APPLYING TO BOTH PUBLIC AND PRIVATE COMPANIES

s 151 Financial assistance generally prohibited.

(1) Subject to the following provisions of this Chapter, where a person is acquiring or is proposing to acquire shares in a company, it is not lawful for the company or any of its subsidiaries to give financial assistance directly or indirectly for the purpose of that acquisition before or at the same time as the acquisition takes place.

(2) Subject to those provisions, where a person has acquired shares in a company and any liability has been incurred (by that or any other person), for the purpose of that acquisition, it is not lawful for the company or any of its subsidiaries to give financial assistance directly or indirectly for the purpose of reducing or discharging the liability so incurred.

(3) If a company acts in contravention of this section, it is liable to a fine, and every officer of it who is in default is liable to imprisonment or a fine, or both.

s 152 Definitions for this Chapter.

(1) In this Chapter--

(a) "financial assistance" means--

(i) financial assistance given by way of gift,

(ii) financial assistance given by way of guarantee, security or indemnity, other than an indemnity in respect of the indemnifier's own neglect or default, or by way of release or waiver,

(iii) financial assistance given by way of a loan or any other agreement under which any of the obligations of the person giving the assistance are to be fulfilled at a time when in accordance with the agreement any obligation of another party to the agreement remains unfulfilled, or by way of the novation of, or the assignment of rights arising under, a loan or such other agreement, or

(iv) any other financial assistance given by a company the net assets of which are thereby reduced to a material extent or which has no net assets;

(b) "distributable profits", in relation to the giving of any financial assistance--

(i) means those profits out of which the company could lawfully make a distribution equal in value to that assistance, and

(ii) includes, in a case where the financial assistance is or includes a non-cash asset, any profit which, if the company were to make a distribution of that asset, would under section 276 (distributions in kind) be available for that purpose, and

(c) "distribution" has the meaning given by section 263(2).

(2) In subsection (1)(a)(iv), "net assets" means the aggregate of the company's assets, less the aggregate of its liabilities ("liabilities" to include any [provision for liabilities] [FN1] within paragraph 89 of Schedule 4 that is made in Companies Act individual accounts and any provision that is made in IAS individual accounts).

(a) a reference to a person incurring a liability includes his changing his financial position by making an agreement or arrangement (whether enforceable or unenforceable, and whether made on his own account or with any other person) or by any other means, and

(b) a reference to a company giving financial assistance for the purpose of reducing or discharging a liability incurred by a person for the purpose of the acquisition of shares includes its giving such assistance for the purpose of wholly or partly restoring his financial position to what it was before the acquisition took place.

[FN1] words substituted by SI 2004/2947 (Companies Act 1985 (International Accounting Standards and Other Accounting Amendments) Regulations), Sch 7 (1) Para 2

s 153 Transactions not prohibited by s. 151.

(1) Section 151(1) does not prohibit a company from giving financial assistance for the purpose of an acquisition of shares in it or its holding company if--

(a) the company's principal purpose in giving that assistance is not to give it for the purpose of any such acquisition, or the giving of the assistance for that purpose is but an incidental part of some larger purpose of the company, and

(b) the assistance is given in good faith in the interests of the company.

(2) Section 151(2) does not prohibit a company from giving financial assistance if--

(a) the company's principal purpose in giving the assistance is not to reduce or discharge any liability incurred by a person for the purpose of the acquisition of shares in the company or its holding company, or the reduction or discharge of any such liability is but an incidental part of some larger purpose of the company, and

(b) the assistance is given in good faith in the interests of the company.

(3) Section 151 does not prohibit--

(a) a distribution of a company's assets by way of dividend lawfully made or a distribution made in the course of the company's winding up,

(b) the allotment of bonus shares,

(c) a reduction of capital confirmed by order of the court under section 137,

(d) a redemption or purchase of shares made in accordance with Chapter VII of this Part,

(e) anything done in pursuance of an order of the court under section 425 (compromises and arrangements with creditors and members),

(f) anything done under an arrangement made in pursuance of section 110 of the Insolvency Act (acceptance of shares by liquidator in winding up as consideration for sale of property), or

(g) anything done under an arrangement made between a company and its creditors which is binding on the creditors by virtue of Part I of the Insolvency Act.

(4) Section 151 does not prohibit--

(a) where the lending of money is part of the ordinary business of the company, the lending of money by the company in the ordinary course of its business,

(b) the provision by a company, in good faith in the interests of the company, of financial assistance for the purposes of an employees' share scheme,

(bb) without prejudice to paragraph (b), the provision of financial assistance by a company or any of its subsidiaries for the purposes of or in connection with anything done by the company (or a company in the same group) for the purpose of enabling or facilitating transactions in shares in the first-mentioned company between, and involving the acquisition of beneficial ownership of those shares by, any of the following persons--

(i) the bona fide employees or former employees of that company or of another company in the same group; or

(ii) the [spouses, civil partners, surviving spouses, surviving civil partners] [FN1], children or step-children under the age of eighteen of any such employees or former employees,

(c) the making by a company of loans to persons (other than directors) employed in good faith by the company with a view to enabling those persons to acquire fully paid shares in the company or its holding company to be held by them by way of beneficial ownership.

(5) For the purposes of subsection (4)(bb) a company is in the same group as another company if it is a holding company or subsidiary of that company, or a subsidiary of a holding company of that company.

[FN1] words substituted by SI 2005/3542 (Civil Partnership Act 2004 (International Immunities and Privileges, Companies and Adoption) Order), Art 3 (1)

154 Special restriction for public companies.

(1) In the case of a public company, section 153(4) authorises the giving of financial assistance only if the company has net assets which are not thereby reduced or, to the extent that those assets are thereby reduced, if the assistance is provided out of distributable profits.

(2) For this purpose the following definitions apply--

(a) "net assets" means the amount by which the aggregate of the company's assets exceeds the aggregate of its liabilities (taking the amount of both assets and liabilities to be as stated in the company's accounting records immediately before the financial assistance is given);

(b) "liabilities" includes any amount retained as reasonably necessary for the purpose of providing for any liability [the nature of which is clearly defined and] [FN1] which is either likely to be incurred, or certain to be incurred but uncertain as to amount or as to the date on which it will arise.

[FN1] words substituted by SI 2004/2947 (Companies Act 1985 (International Accounting Standards and Other Accounting Amendments) Regulations), Sch 7 (1) Para 3

s 155 Relaxation of s. 151 for private companies.

(1) Section 151 does not prohibit a private company from giving financial assistance in a case where the acquisition of shares in question is or was an acquisition of shares in the company or, if it is a subsidiary of another private company, in that other company if the following provisions of this section, and sections 156 to 158, are complied with as respects the giving of that assistance.

(2) The financial assistance may only be given if the company has net assets which are not thereby reduced or, to the extent that they are reduced, if the assistance is provided out of distributable profits.

Section 154(2) applies for the interpretation of this subsection.

(3) This section does not permit financial assistance to be given by a subsidiary, in a case where the acquisition of shares in question is or was an acquisition of shares in its holding company, if it is also a subsidiary of a public company which is itself a subsidiary of that holding company.

(4) Unless the company proposing to give the financial assistance is a wholly-owned subsidiary, the giving of assistance under this section must be approved by special resolution of the company in general meeting.

(5) Where the financial assistance is to be given by the company in a case where the acquisition of shares in question is or was an acquisition of shares in its holding company, that holding company and any other company which is both the company's holding company and a subsidiary of that other holding company (except, in any case, a company which is a wholly-owned subsidiary) shall also approve by special resolution in general meeting the giving of the financial assistance.

(6) Subject to subsection (6A), the directors of the company proposing to give the financial assistance and, where the shares acquired or to be acquired are shares in its holding company, the directors of that company and of any other company which is both the company's holding company and a subsidiary of that other holding company shall before the financial assistance is given make a statutory declaration in the prescribed form complying with the section next following.

[(6A) In place of the statutory declaration referred to in subsection (6), there may be delivered to the registrar of companies under section 156(5) a statement made by the persons mentioned in subsection (6) above complying with the section next following.] [FN1]

[FN1] added by SI 2000/3373 (Companies Act 1985 (Electronic Communications) Order), Art 10 (3)

s 156 Statutory declaration under s. 155.

(1) A statutory declaration made by a company's directors under section 155(6) shall contain such particulars of the financial assistance to be given, and of the business of the company of which they are directors, as may be prescribed, and shall identify the person to whom the assistance is to be given.

(1A) A statement made by a company's directors under section 155(6A) shall state--

- (a) the names and addresses of all the directors of the company,
- (b) whether the business of the company is that of a banking company or insurance company or some other business,
- (c) that the company or (as the case may be) a company (naming such company) of which it is the holding company is proposing to give financial assistance in connection with the acquisition of shares in the company or (as the case may be) its holding company (naming that holding company),
- (d) whether the assistance is for the purpose of that acquisition or for reducing or discharging a liability incurred for the purpose of that acquisition,
- (e) the name and address of the person to whom the assistance is to be given (and in the case of a company its registered office),
- (f) the name of the person who has acquired or will acquire the shares and the number and class of the shares acquired or to be acquired,
- (g) the principal terms on which the assistance will be given,
- (h) the form the financial assistance will take (stating the amount of cash or value of any asset to be transferred to the person assisted), and
- (i) the date on which the assistance is to be given.

(2) The declaration under section 155(6) or (as the case may be) statement under section 155(6A) shall state that the directors have formed the opinion, as regards the company's initial situation immediately following the date on which the assistance is proposed to be given, that there will be no ground on which it could then be found to be unable to pay its debts; and either--

- (a) if it is intended to commence the winding up of the company within 12 months of that date, that the company will be able to pay its debts in full within 12 months of the commencement of the winding up, or
- (b) in any other case, that the company will be able to pay its debts as they fall due during the year immediately following that date.

(3) In forming their opinion for purposes of subsection (2), the directors shall take into account the same liabilities (including contingent and prospective liabilities) as would be relevant under section 122 of the Insolvency Act (winding up by the court) to the question whether the company is unable to pay its debts.

(4) The directors' statutory declaration or statement shall have annexed to it a report addressed to them by their company's auditors stating that--

(a) they have enquired into the state of affairs of the company, and

(b) they are not aware of anything to indicate that the opinion expressed by the directors in the declaration or statement as to any of the matters mentioned in subsection (2) of this section is unreasonable in all the circumstances.

(5) The statutory declaration or statement and auditors' report shall be delivered to the registrar of companies--

(a) together with a copy of any special resolution passed by the company under section 155 and delivered to the registrar in compliance with section 380, or

(b) where no such resolution is required to be passed, within 15 days after the making of the declaration or statement.

(6) If a company fails to comply with subsection (5), the company and every officer of it who is in default is liable to a fine and, for continued contravention, to a daily default fine.

(7) A director of a company who makes a statutory declaration [or statement] [FN1] under section 155 without having reasonable grounds for the opinion expressed in it is liable to imprisonment or a fine, or both.

[FN1] words added by SI 2000/3373 (Companies Act 1985 (Electronic Communications) Order), Art 11 (4)

s 157 Special resolution under s. 155.

(1) A special resolution required by section 155 to be passed by a company approving the giving of financial assistance must be passed on the date on which the directors of that company make the statutory declaration[or statement] [FN1] required by that section in connection with the giving of that assistance, or within the week immediately following that date.

(2) Where such a resolution has been passed, an application may be made to the court for the cancellation of the resolution--

(a) by the holders of not less in the aggregate than 10 per cent. in nominal value of the company's issued share capital or any class of it, or

(b) if the company is not limited by shares, by not less than 10 per cent. of the company's members;

but the application shall not be made by a person who has consented to or voted in favour of the resolution.

(3) Subsections (3) to (10) of section 54 (litigation to cancel resolution under section 53) apply to applications under this section as to applications under section 54.

(4) A special resolution passed by a company is not effective for purposes of section 155--

(a) unless the declaration or statement made in compliance with subsection (6) of that section by the directors of the company, together with the auditors'

report annexed to it, is available for inspection by members of the company at the meeting at which the resolution is passed,

(b) if it is cancelled by the court on an application under this section.

[FN1] possible drafting error, words to be inserted into s.157(2) inserted into s.157(1) by SI 2000/3373 (Companies Act 1985 (Electronic Communications) Order), Art 31 (2)

s 158 Time for giving financial assistance under s. 155.

(1) This section applies as to the time before and after which financial assistance may not be given by a company in pursuance of section 155.

(2) Where a special resolution is required by that section to be passed approving the giving of the assistance, the assistance shall not be given before the expiry of the period of 4 weeks beginning with--

(a) the date on which the special resolution is passed, or

(b) where more than one such resolution is passed, the date on which the last of them is passed,

unless, as respects that resolution (or, if more than one, each of them), every member of the company which passed the resolution who is entitled to vote at general meetings of the company voted in favour of the resolution.

(3) If application for the cancellation of any such resolution is made under section 157, the financial assistance shall not be given before the final determination of the application unless the court otherwise orders.

(4) The assistance shall not be given after the expiry of the period of 8 weeks beginning with--

(a) the date on which the directors of the company proposing to give the assistance made their statutory declaration or statement under section 155, or

(b) where that company is a subsidiary and both its directors and the directors of any of its holding companies made such a declaration or statement, the date on which the earliest of the declarations[or statements] [FN1] is made,

unless the court, on an application under section 157, otherwise orders.

[FN1] words added by SI 2000/3373 (Companies Act 1985 (Electronic Communications) Order), Art 31 (2)

COMPANIES ACT 2006 CHAPTER 46 PART 18 ACQUISITION BY LIMITED COMPANY OF ITS OWN SHARES CHAPTER 2 FINANCIAL ASSISTANCE FOR PURCHASE OF OWN SHARES CIRCUMSTANCES IN WHICH FINANCIAL ASSISTANCE PROHIBITED

s 677 Meaning of "financial assistance"

(1) In this Chapter "financial assistance" means-

- (a) financial assistance given by way of gift,
- (b) financial assistance given-
 - (i) by way of guarantee, security or indemnity (other than an indemnity in respect of the indemnifier's own neglect or default), or
 - (ii) by way of release or waiver,
- (c) financial assistance given-
 - (i) by way of a loan or any other agreement under which any of the obligations of the person giving the assistance are to be fulfilled at a time when in accordance with the agreement any obligation of another party to the agreement remains unfulfilled, or
 - (ii) by way of the novation of, or the assignment (in Scotland, assignation) of rights arising under, a loan or such other agreement, or
- (d) any other financial assistance given by a company where-
 - (i) the net assets of the company are reduced to a material extent by the giving of the assistance, or
 - (ii) the company has no net assets.

(2) "Net assets" here means the aggregate amount of the company's assets less the aggregate amount of its liabilities.

(3) For this purpose a company's liabilities include-

- (a) where the company draws up Companies Act individual accounts, any provision of a kind specified for the purposes of this subsection by regulations under section 396, and
- (b) where the company draws up IAS individual accounts, any provision made in those accounts.

s 678 Assistance for acquisition of shares in public company

(1) Where a person is acquiring or proposing to acquire shares in a public company, it is not lawful for that company, or a company that is a subsidiary of that company, to give financial assistance directly or indirectly for the purpose of the acquisition before or at the same time as the acquisition takes place.

(2) Subsection (1) does not prohibit a company from giving financial assistance for the acquisition of shares in it or its holding company if-

- (a) the company's principal purpose in giving the assistance is not to give it for the purpose of any such acquisition, or

(b) the giving of the assistance for that purpose is only an incidental part of some larger purpose of the company,

and the assistance is given in good faith in the interests of the company.

(3) Where-

(a) a person has acquired shares in a company, and

(b) a liability has been incurred (by that or another person) for the purpose of the acquisition,

it is not lawful for that company, or a company that is a subsidiary of that company, to give financial assistance directly or indirectly for the purpose of reducing or discharging the liability if, at the time the assistance is given, the company in which the shares were acquired is a public company.

(4) Subsection (3) does not prohibit a company from giving financial assistance if-

(a) the company's principal purpose in giving the assistance is not to reduce or discharge any liability incurred by a person for the purpose of the acquisition of shares in the company or its holding company, or

(b) the reduction or discharge of any such liability is only an incidental part of some larger purpose of the company,

and the assistance is given in good faith in the interests of the company.

(5) This section has effect subject to sections 681 and 682 (unconditional and conditional exceptions to prohibition).

s 679 Assistance by public company for acquisition of shares in its private holding company

(1) Where a person is acquiring or proposing to acquire shares in a private company, it is not lawful for a public company that is a subsidiary of that company to give financial assistance directly or indirectly for the purpose of the acquisition before or at the same time as the acquisition takes place.

(2) Subsection (1) does not prohibit a company from giving financial assistance for the acquisition of shares in its holding company if-

(a) the company's principal purpose in giving the assistance is not to give it for the purpose of any such acquisition, or

(b) the giving of the assistance for that purpose is only an incidental part of some larger purpose of the company,

and the assistance is given in good faith in the interests of the company.

(3) Where-

(a) a person has acquired shares in a private company, and

(b) a liability has been incurred (by that or another person) for the purpose of the acquisition,

it is not lawful for a public company that is a subsidiary of that company to give financial assistance directly or indirectly for the purpose of reducing or discharging the liability.

(4) Subsection (3) does not prohibit a company from giving financial assistance if-

(a) the company's principal purpose in giving the assistance is not to reduce or discharge any liability incurred by a person for the purpose of the acquisition of shares in its holding company, or

(b) the reduction or discharge of any such liability is only an incidental part of some larger purpose of the company,

and the assistance is given in good faith in the interests of the company.

(5) This section has effect subject to sections 681 and 682 (unconditional and conditional exceptions to prohibition).

s 680 Prohibited financial assistance an offence

(1) If a company contravenes section 678(1) or (3) or section 679(1) or (3) (prohibited financial assistance) an offence is committed by-

(a) the company, and

(b) every officer of the company who is in default.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable-

(a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding two years or a fine (or both);

(b) on summary conviction-

(i) in England and Wales, to imprisonment for a term not exceeding twelve months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or both);

(ii) in Scotland or Northern Ireland, to imprisonment for a term not exceeding six months, or to a fine not exceeding the statutory maximum (or both).

s 681 Unconditional exceptions

(1) Neither section 678 nor section 679 prohibits a transaction to which this section applies.

(2) Those transactions are-

(a) a distribution of the company's assets by way of-

(i) dividend lawfully made, or

(ii) distribution in the course of a company's winding up;

(b) an allotment of bonus shares;

(c) a reduction of capital under Chapter 10 of Part 17;

(d) a redemption of shares under Chapter 3 or a purchase of shares under Chapter 4 of this Part;

- (e) anything done in pursuance of an order of the court under Part 26 (order sanctioning compromise or arrangement with members or creditors);
- (f) anything done under an arrangement made in pursuance of section 110 of the Insolvency Act 1986 (c. 45) or Article 96 of the Insolvency (Northern Ireland) Order 1989 (S.I. 1989/2405 (N.I. 19)) (liquidator in winding up accepting shares as consideration for sale of company's property);
- (g) anything done under an arrangement made between a company and its creditors that is binding on the creditors by virtue of Part 1 of the Insolvency Act 1986 or Part 2 of the Insolvency (Northern Ireland) Order 1989 (S.I. 1989/2405 (N.I. 19)).

s 682 Conditional exceptions

(1) Neither section 678 nor section 679 prohibits a transaction to which this section applies-

- (a) if the company giving the assistance is a private company, or
- (b) if the company giving the assistance is a public company and-
 - (i) the company has net assets that are not reduced by the giving of the assistance, or
 - (ii) to the extent that those assets are so reduced, the assistance is provided out of distributable profits.

(2) The transactions to which this section applies are-

- (a) where the lending of money is part of the ordinary business of the company, the lending of money in the ordinary course of the company's business;
- (b) the provision by the company, in good faith in the interests of the company or its holding company, of financial assistance for the purposes of an employees' share scheme;
- (c) the provision of financial assistance by the company for the purposes of or in connection with anything done by the company (or another company in the same group) for the purpose of enabling or facilitating transactions in shares in the first-mentioned company or its holding company between, and involving the acquisition of beneficial ownership of those shares by-
 - (i) bona fide employees or former employees of that company (or another company in the same group), or
 - (ii) spouses or civil partners, widows, widowers or surviving civil partners, or minor children or step-children of any such employees or former employees;
- (d) the making by the company of loans to persons (other than directors) employed in good faith by the company with a view to enabling those persons to acquire fully paid shares in the company or its holding company to be held by them by way of beneficial ownership.

(3) The references in this section to "net assets" are to the amount by which the aggregate of the company's assets exceeds the aggregate of its liabilities.

(4) For this purpose-

(a) the amount of both assets and liabilities shall be taken to be as stated in the company's accounting records immediately before the financial assistance is given, and

(b) "liabilities" includes any amount retained as reasonably necessary for the purpose of providing for a liability the nature of which is clearly defined and that is either likely to be incurred or certain to be incurred but uncertain as to amount or as to the date on which it will arise.

(5) For the purposes of subsection (2)(c) a company is in the same group as another company if it is a holding company or subsidiary of that company or a subsidiary of a holding company of that company.

s 683 Definitions for this Chapter

(1) In this Chapter-

"distributable profits", in relation to the giving of any financial assistance-

(a) means those profits out of which the company could lawfully make a distribution equal in value to that assistance, and

(b) includes, in a case where the financial assistance consists of or includes, or is treated as arising in consequence of, the sale, transfer or other disposition of a non-cash asset, any profit that, if the company were to make a distribution of that character would be available for that purpose (see section 846); and

"distribution" has the same meaning as in Part 23 (distributions) (see section 829).

(2) In this Chapter-

(a) a reference to a person incurring a liability includes his changing his financial position by making an agreement or arrangement (whether enforceable or unenforceable, and whether made on his own account or with any other person) or by any other means, and

(b) a reference to a company giving financial assistance for the purposes of reducing or discharging a liability incurred by a person for the purpose of the acquisition of shares includes its giving such assistance for the purpose of wholly or partly restoring his financial position to what it was before the acquisition took place.

ANHANG 6

ENTSCHEIDUNGEN ZUR „FINANCIAL ASSISTANCE“ IN ENGLAND*				
<u>Entscheidung</u>	<u>Bestimmung</u>	<u>plc</u>	<u>ltd</u>	<u>whitewash</u>
Anglo Petroleum Ltd v TFB (Mortgages) Ltd.	ss.151 ff CA 1985		X	
Arab Bank plc. v Mercantile Holdings Ltd			X	
Armour Hick Northern Ltd. and Others v Whitehouse and Others	s.54 CA 1948		X	
Belmont Finance Corporation Ltd. v Williams Furniture Ltd. (No.2)			X	
Brady v Brady	ss.151 ff CA 1985		X	X
British and Commonwealth Holdings Plc v Barclays Bank plc	ss.151 ff CA 1985	X		
Carney v Herbert			X	
Charterhouse Investment Trust Ltd. v Tempest Diesels Ltd.	s.54 CA 1948		X	
Chaston v SWP Group plc	ss.151 ff CA 1985	X		
Coulthard & Ors v Neville Russell (a Firm)	ss.151 ff CA 1985		X	
Cook v Green	ss.151 ff CA 1985		X	nur X
Cox v Cox	ss.151 ff CA 1985		X	
Curtis's Furnishing Stores Ltd v Curry's Ltd	s.54 CA 1948		X	
Diamond v Foo	ss.151 ff CA 1985		X	nur X
Dyment v Boyden	ss.151 ff CA 1985		X	
Grant v Lapid Developments Ltd	ss.151 ff CA 1985		X	
Grant v Cigman	ss.151 ff CA 1985		X	nur X
Harlow v Loveday (auch: Re Hill & Tyler Ltd (in admin.))	ss.151 ff CA 1985		X	X
Heald v O'Connor	s.54 CA 1948		X	
Hill & Anor v Mullis & Peake	ss.151 ff CA 1985		X	X
Incasep Ltd v Jones	ss.151 ff CA 1985		X	nur X
Jafari-Fini v Skillglass Ltd (In Administration)	ss.151 ff CA 1985		X	nur X
Ludgate Administration No.1 Ltd v Northern & Shell Media Ltd	ss.151 ff CA 1985		X	nur X
MacPherson v European Strategic Bureau Ltd	ss.151 ff CA 1985		X	
Mandrake Associates Ltd v Balanus Ltd	ss.151 ff CA 1985		X	nur X
Marplace (Number 512) Ltd v Chaffe Street (A Firm)	ss.151 ff CA 1985		X	nur X

MT Realisation (in liquidation.) v Digital Equipment Co Ltd	ss.151 ff CA 1985		X	
Neilson v Stuart	ss.151 ff CA 1985		X	
NZI Bank Ltd. v Euro-National Corporation Ltd				
Parlett v Guppys (Bridport) Ltd	ss.151 ff CA 1985		X	X
Plaut v Steiner	ss.151 ff CA 1985		X	X
Re Bunting Electric Manufacturing Co Ltd	ss.151 ff CA 1985		X	nur X
Re Continental Assurance Co of London plc	ss.151 ff CA 1985	X		
Re In a Flap Envelope Co Ltd. (in liquidation)	ss.151 ff CA 1985		X	X
Re V.G.M Holdings Ltd	s.45 CA 1928		X	
Selangor United Rubber Estates Ltd. v Cradock and Others (No.3)	s.54 CA 1948		X	
SH & Co (Realisations)	ss.151 ff CA 1985		X	nur X
South Western Mineral Water Co. Ltd. v Ashmore	s.54 CA 1948		X	
Steen v Law				
Trident European Fund v Coats Holding Ltd	ss.151 ff CA 1985		X	nur X
Unidare Plc v Cohen	ss.151 ff CA 1985		X	nur X
Victor Battery Co. Ltd. v Curry's Ltd	s.45 CA 1928			
Wallersteiner v Moir	s.54 CA 1948		X	
4 Eng Ltd v Harper	ss.151 ff CA 1985		X	nur X

* kein Gewähr für Vollständigkeit

KURZDARSTELLUNG

Diese Arbeit befasst sich mit einer rechtsvergleichenden Gegenüberstellung der jeweils nationalen Verbotsbestimmung in England, Österreich und Deutschland, die ihre „gemeinsame Wurzel“ in einer europäischen Richtlinienvorgabe, Art 23 KapitalRL, haben.

Gemäß Art 23 KapitalRL darf eine Gesellschaft im Hinblick auf den Erwerb ihrer Aktien durch einen Dritten – außer in bestimmten Ausnahmefällen – weder Vorschüsse geben noch Darlehen gewähren oder Sicherheiten leisten. Die aus dieser Richtlinienvorgabe entstammenden nationalen Verbotsbestimmungen sind somit Hauptgegenstand der gegenständlichen Arbeit.

Der Erste Teil der gegenständlichen Arbeit stellt überblicksartig den Werdegang der europäischen Richtlinienvorgabe des Verbotes finanzieller Unterstützung des Aktienerwerbes dar. Aufbauend auf einer kurzen Darstellung der Kapitalrichtlinie im Allgemeinen, wird auf die konkrete Richtlinienbestimmung eingegangen, wobei auch ein Blick auf ihre geschichtliche Entwicklung geworfen wird. In diesem Zusammenhang wird auch kurz auf ihre Neuregelung im Zuge der Erlassung der Änderungsrichtlinie im Jahre 2006 eingegangen. Im Anschluss wird ein Überblick über die erfolgte Umsetzung in den einzelnen, zu untersuchenden Mitgliedsstaaten gegeben.

Trotz der auf europäischer Ebene vorhandenen Richtlinienvorgabe ist dennoch bereits auf den ersten Blick eine Abweichung zwischen der englischen, der österreichischen und der deutschen Verbotsbestimmung auszumachen. So sind erhebliche Unterschiede in Bezug auf den Wortlaut als auch auf den Umfang der Bestimmungen festzustellen. Folglich wird im zweiten Teil der gegenständlichen Arbeit ein Überblick über die jeweiligen nationalen Bestimmungen gegeben und im Anschluss daran mittels einer rechtsvergleichenden Analyse die Unterschiede und Gemeinsamkeiten aufgezeigt, wobei hier auch auf einzelne Problemkreise eingegangen wird.

Der dritte Teil der gegenständlichen Arbeit befasst sich mit möglichen alternativen Regelungsansätzen in Bezug auf das Verbot finanzieller Unterstützung. So wurde in England etwa im Zuge der Abschaffung des Verbotes der finanziellen

Unterstützung für *private companies* mit Erlassung des CA 2006 der weiter bestehende Schutz der Gesellschaftsgläubiger mittels alternativer Regelungsansätze, wie etwa dem allgemeinen Grundsatz der Kapitalerhaltung, einigen Bestimmungen des Insolvenzrechtes oder auch den *directors' duties*, zur Kenntnis gebracht. Hiernach wird ein kurzer Überblick über die möglichen, insbesondere von der Lehre in den Vordergrund gerückten Rechtsinstitute der englischen Rechtsordnung geboten, welche nunmehr den Platz des Verbotes der finanziellen Unterstützung hinsichtlich *private companies* einnehmen und zumindest einen Schutz für die missbräuchlichsten Praktiken bieten sollen. Im Anschluss daran befasst sich der zweite Abschnitt dieses Teiles mit dem Rechtsinstitut des „Verbotes der Einlagenrückgewähr“, welches sowohl in Österreich als auch in Deutschland auf eine lange traditionsreiche Existenz zurückblicken kann. So wird insbesondere in Deutschland die Meinung vertreten, das Verbot der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbes sei im Lichte der mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr einhergehenden umfassenden Vermögensbindung redundant. Auch in der österreichischen Lehre ist eine ähnliche Einstellung zu verspüren. Insofern befasst sich dieser Abschnitt mit dem Verhältnis dieser beider Rechtsinstitute zueinander und untersucht mitunter die Rechtfertigung ihrer Koexistenz im Lichte des tradierten Grundsatzes der Vermögensbindung, welcher durch das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 52 öAktG und des § 57 dAktG zum Ausdruck gebracht wird.

Hauptaugenmerk der vorliegenden Arbeit ist die Aktiengesellschaft. Dies aufgrund der ausdrücklichen, alleinigen Anwendung der Kapitalrichtlinie und somit auch der Richtlinienvorgabe hinsichtlich des Verbotes der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbes auf diese Gesellschaftsform. In Anbetracht der englischen Rechtslage ist folglich vornehmlich auf die Gesellschaftsform der *public companies limited by shares* (im Folgenden „*public company*“) Bezug genommen worden. Bezieht sich eine Ausführung dieser Arbeit in Abkehr dazu auf die Gesellschaftsform der GmbH bzw der *private company limited by shares* (im Folgenden „*private company*“), so ist darauf ausdrücklich hingewiesen worden.

Lebenslauf:

Geburtstag 17. März 1982, Graz

Staatsbürgerschaft Österreich

Ausbildung seit Oktober 2006
Universität Wien
Doktoratsstudium
Rechtswissenschaften

März 2001 – Dezember 2005

Universität Wien
Magisterstudium
Rechtswissenschaften

September 1998 – Juni 2000

Ratcliffe College, Leicester (England)
Advanced Level

September 1996 – Juli 1998

Feodor - Lynen - Gymnasium, München (Deutschland)

September 1992 – Juli 1996

Alexander v. Humboldt Gymnasium, Konstanz
(Deutschland)

Berufserfahrung 14. November 2006 – 20. Juli 2009

Projekt Assistentin Start 2 Projekt :

Rechtsevolution und EU-Harmonisierung des
Gesellschaftsrechts

**Wirtschaftsuniversität Wien, Institut für Zivil- und
Unternehmensrecht**

Seit 01. Oktober 2009

Konzipientin bei

Willheim Müller Rechtsanwälte

Projekte	8. März 2009 – 13. März 2009 Center of Legal Competence Twinning Projekt: Enhancing the Judicial System in Commercial Matters Tirana, Albanien
Kurse	7. Juli 2008 – 1. August 2008English Legal Methods Summerschool Cambridge, England
Publikationen	Bachner/Gasser; Restvermögen einer gelöschten Limited; ZfRV 2009, 3. Ausgabe Gasser/Korom/Lemanska; Bericht: Europäischer Juristentag, ÖJZ 2007/55
Lehrtätigkeiten	29. September 2008 – 17. Oktober 2008 Abhaltung der Lehrveranstaltung Gesellschaftsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien