



# GRAUZONEN

*Unternehmen im Recht.*

ISSN 2708-5767

Schwerpunkt

## Die Servicegesellschaft

- ▶ **Weisungserteilung durch gesamtvertretungsbefugte Organe**  
Roman Alexander Rauter
- ▶ **Dienstnehmerhaftpflichtgesetz und Organfunktion**  
Bernhard Hainz
- ▶ **Verdeckte Ausschüttungen**  
Erik Pinetz und Melanie Raab
- ▶ **Strafbarkeitsrisiko und strafbefreiende Zustimmung**  
Günther Rebisant

### Redaktion

Bernhard Hainz, Erik Pinetz, Roman Alexander Rauter, Günther Rebisant

# Kapitalerhaltung und Satzungsgestaltung in der dienenden Gesellschaft

Servicegesellschaften in Form von Kapitalgesellschaften unterliegen dem Gebot der Kapitalerhaltung, was einen flexiblen Einsatz im Konzern teilweise erschwert. Auch Satzungen bieten hier kaum rechtliche Sicherheit.

Von Wilhelm Milchrahm

GRAU 2020/4

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Sorgfalt und Verbot der Einlagenrückgewähr
- C. Sorgfalt als Dreh- und Angelpunkt
- D. Umstrittene Rechtsmaterie
- E. Erfassung der Servicegesellschaft
- F. Business Judgment Rule
- G. Konzerninteresse
- H. Vorteile der Konzernzugehörigkeit
- I. Ausgleichsmaßnahmen
- J. Satzungsgestaltung?

## A. Einleitung

Die Servicegesellschaft übernimmt in einem Unternehmensverbund (idR in einem Konzern) gegenüber an-

deren beteiligten Gesellschaften dienende Funktionen. Die Einrichtung einer oder mehrerer Servicegesellschaften ist zunächst ein Entscheidungsgegenstand bei der Gestaltung der Konzernstruktur, mit welcher sich die Konzernobergesellschaft im Rahmen der Konzernleitung zu beschäftigen hat.<sup>1)</sup> Aus der Perspektive der Obergesellschaft ist die Einrichtung häufig betriebswirtschaftlich zweckmäßig bzw geboten, nämlich wenn dadurch Synergie- und Transparenzeffekte zu erzielen sind. So könnte die rechtliche Verselbständigung eines ehemals in der Produktionsgesellschaft beheimateten Forschungs- und Entwicklungsteilbetriebs als

1) Milchrahm in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 115 Rz 148f (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

Servicegesellschaft uU Innovationssteigerungen mit sich bringen.

Die rechtlichen Fragestellungen konzentrieren sich jedoch iW auf das Handeln des Leitungsorgans der Servicegesellschaft, weil dieses die dienende Funktion mit Leben erfüllen soll und zudem im Konzern regelmäßig formellen und auch informellen Einflussnahmen der Konzernleitung ausgesetzt ist.<sup>2)</sup> Freilich sind aber auch der Obergesellschaft und ihrem Leitungsorgan Grenzen gesetzt.<sup>3)</sup>

## B. Sorgfalt und Verbot der Einlagenrückgewähr

Leitungsorgane müssen die Lebenssachverhalte ihrer Servicegesellschaft kapitalerhaltungsrechtlich (§ 82 GmbHG, § 52 AktG) sorgfältig einordnen, um eine zivilrechtliche Haftung, allenfalls auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit zu vermeiden. Tatsächlich fehlt es aber oft an der Klarheit und Vorhersehbarkeit für die einzelnen Organmitglieder.<sup>4)</sup> Ob sie dazu Rechtsrat einholen oder nicht, wird Gegenstand einer sorgfaltsgemäß zu treffenden Entscheidung sein. Die Einholung ist in komplexen Sachverhalten idR geboten und darf sich weder auf ein – angesichts anfallender Kosten kaufmännisch verständliches – „Drüberschauen“ noch auf ein Gefälligkeitsgutachten beschränken. Rechtsrat exkulpiert eben nur, wenn der Auftrag ergebnisoffen formuliert und der Rechtsbeistand inhaltlich vollständig informiert wurde.<sup>5)</sup>

Ein Beschluss der Generalversammlung der Service-GmbH, die zum Verbotstoß anhält und diesen genehmigt, schafft keine Abhilfe, weil der Beschluss nach der Rsp nichtig ist.<sup>6)</sup> Ob angesichts des Wortlauts des § 25 Abs 5 GmbHG diese Ansicht generell zutrifft, ist aber zu bezweifeln (s *Rauter*, Der Einsatz von Servicegesellschaften aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive, GRAU 2020, 5 [in diesem Heft]).

Folge der fehlenden Gestaltbarkeit durch die Gesellschaft ist, dass das handelnde Organ auf die es treffende Sorgfalt zurückverwiesen ist: Die Einhaltung der Sorgfalt vermeidet die zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung der Organmitglieder durch Ausschluss der Rechtswidrigkeit ihres Handelns am sichersten; zwar stehen dem Organmitglied im Streitfall noch andere Einwendungen zur Verfügung,<sup>7)</sup> doch sind diese in der Praxis tendenziell selten erfolgreich.

## C. Sorgfalt als Dreh- und Angelpunkt

Weniger geläufig ist der Konzernpraxis, dass die Sorgfalt der wesentliche Dreh- und Angelpunkt des Verbots der Einlagenrückgewähr ist. Ihre Einordnung in den Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr bzw in ein rechtliches Prüfungsschema wird in Rsp und Lehre zwar unterschiedlich vorgenommen,<sup>8)</sup> doch besteht insofern weitestgehend Übereinstimmung, als ein Verbotstoß auch einen Sorgfaltsverstoß voraussetzt.<sup>9)</sup> Die Einhaltung der Sorgfalt führt nach richtiger Ansicht nicht zur Heilung eines Verbotstoßes, sondern lässt einen solchen gar nicht entstehen.<sup>10)</sup>

Ein wiederkehrender Begriff iZm der Beurteilung von Einlagenrückgewähr ist jener der „betrieblichen Rechtfertigung“.<sup>11)</sup> Im Ergebnis läuft es aber wohl im-

mer auf eine den Verbotsverstoß ausschließende Wirkung der eingehaltenen Sorgfalt hinaus. Zutreffend wird auch vom „ranghöchsten Standard“ gesprochen.<sup>12)</sup> Eine vergleichbare Wertung lässt sich auch dem Anfechtungsrecht entnehmen, denn es liegt keine anfechtbare Vermögensverschleuderung trotz unangemessener Gegenleistung vor, wenn von einem ordnungsgemäß handelnden Geschäftsführer entsprechend gehandelt wurde.<sup>13)</sup>

## D. Umstrittene Rechtsmaterie

Aus der Sicht eines handelnden Leitungsorgans sind manche Meinungsstreitigkeiten im Kapitalerhaltungsrecht vordergründig zweitrangig, denn regelmäßig wird die Frage seiner Haftung ohnedies am Kriterium der Sorgfaltswidrigkeit festzumachen sein. Das gilt etwa für die sehr umstrittene und ins Detail gehende Frage, welche Konzerngesellschaften als Adressaten des Verbots erfasst sind,<sup>14)</sup> oder für die Streitfrage, ob auch wertangemessene Geschäfte einen Verbotstoß verursachen können, wenn dem Abschluss ein Sorgfaltsverstoß zugrunde liegt.<sup>15)</sup>

Relevant ist die Abgrenzung zwischen bloßer Sorgfaltswidrigkeit und Einlagenrückgewähr aber dann auch in der Praxis, wenn bei einer Geltendmachung der Haftung die benachteiligte Konzerngesellschaft Ansprüche wegen einer Einlagenrückgewähr gegen-

2) Zu Einflussnahmen und Unterschieden zwischen AG und GmbH s *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 115 Rz 80, 168 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at); *Brüggemeier*, Die Einflussnahme auf die Verwaltung einer Aktiengesellschaft – Zur Struktur und zum Verhältnis der §§ 117 und 317 AktG, AG 1988, 93ff; *Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 100 Rz 1ff; zuletzt OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 154/19v Rn 6.2.

3) Dazu *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 115 Rz 157ff (Stand 1. 12. 2017, rdb.at); *Eckert/Schmidt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 13.2ff.

4) Vgl auch *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 10 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

5) Vgl OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h.

6) § 879 Abs 1 ABGB; RIS-Justiz RS0105535; OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f.

7) Vgl OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f (Einwand des fehlenden Verschuldens).

8) Zu den Unterschieden *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 61/1 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

9) Siehe *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 61/1 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at); *Zehetner/Cetin*, Verbotene Einlagenrückgewähr: Vorschlag eines Fallprüfungsschemas, GesRZ 2017, 197ff; aA *Koppensteiner*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, GesRZ 2014, 3 (8), der dafür plädiert, den (un)sorgfältigen Geschäftsleiter als Kriterium einer verbotenen Zuwendung aufzugeben.

10) *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 38; jüngst OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h.

11) Der Maßstab der betrieblichen Rechtfertigung ist wiederum das sorgfältig handelnde Leitungsorgan; vgl dazu ua OGH RIS-Justiz RS0120438; OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10p; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 61/1.

12) *Hügel*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht, in *U. Torggler/Kalss*, Einlagenrückgewähr (2014) 19 (43f).

13) *Krist*, Die Existenzvernichtungshaftung bei der GmbH (2020) 26.

14) Zu den unterschiedlichen Ansichten s etwa jüngst *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein*, Verdeckte Gewinnausschüttung (2019) Rz 1/19ff; *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 115 Rz 178ff (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

15) Dafür *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 52 Rz 13; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 38; dagegen *Zehetner*, Verbot der Einlagenrückgewähr – betriebliche Rechtfertigung stets erforderlich? GesRZ 2016, 167ff; *U. Torggler*, Urteilsanmerkung, GesRZ 2013, 43; *Wenger*, Rolle der „betrieblichen Rechtfertigung“ bei der verdeckten Einlagenrückgewähr? RWZ 2015, 231ff.

über einer empfangenden Konzerngesellschaft geltend machen kann, denn dann stehen dem in Anspruch genommenen Leitungsorgan Einwendungen und ggf bereicherungsrechtliche Ausgleichsansprüche zur Verfügung.<sup>16)</sup> Umso bedeutsamer ist es, wenn man mit der hA<sup>17)</sup> die absolute Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts annimmt, wenn dann mangels wirksamen Titelgeschäfts die Herausgabe der übertragenen Sache von der (auch einer insolventen) empfangenden Konzerngesellschaft verlangt werden kann.<sup>18)</sup>

### E. Erfassung der Servicegesellschaft

Für die Servicegesellschaft als eine reguläre Tochtergesellschaft<sup>19)</sup> gilt das zuvor Gesagte ohne Abstriche. Auch die bei Servicegesellschaften häufig anzutreffenden grenzüberschreitenden Konzernverhältnisse oder ausländische Gesellschafter ändern aus der Perspektive einer inländischen Servicegesellschaft und der gebotenen Sorgfalt des handelnden Leitungsorgan nichts, weil eine verbotswidrige Leistung an eine ausländische Gesellschaft den Verbotsverstoß und dessen Rechtsfolgen nicht vermeidet.<sup>20)</sup> Für Organmitglieder der Servicegesellschaft vertieft sich aber realiter das persönliche Risiko, weil sie dem Unverständnis ausländischer Konzerngesellschaften, die das überregulierte Kapitalrecht österreichischer Prägung oft nicht kennen,<sup>21)</sup> gegenüber treten müssen. Sie müssen daher unter verschärften Bedingungen Einwendungen gegen verbotswidrige Weisungen bzw Einflussnahmen erheben und ggf die Befolgung unterlassen.

Eine (konzerntypische) Besonderheit in der Beurteilung liegt vor, wenn die Servicegesellschaft aufgrund ihres Unternehmensgegenstands Leistungen erbringt, die nicht von außenstehenden Dritten bzw gegenüber außenstehenden Dritten erbracht werden (können). Diese Leistungsbeziehungen sind nicht per se unzulässig, obwohl der Drittvergleich idR versagt, weil es an einem Markt und daher an einem messbaren Marktpreis und an einem denkbaren außenstehenden Dritten fehlt.<sup>22)</sup> Ein typisches Beispiel ist eine **Corporate-Finance-Servicegesellschaft**, die ein konzernweites **Cash-Pooling** etabliert. Die genauen Zulässigkeitsgrenzen eines Cash-Pooling sind umstritten und werden weitestgehend aus Sicht der Poolteilnehmer und weniger aus Sicht der Servicegesellschaft diskutiert.<sup>23)</sup> Das ist naheliegend, wenn im effektiven Cash-Pooling-Modell die Poolteilnehmer Liquidität abgeben und daher ein Risiko eingehen, dennoch übernimmt die Servicegesellschaft als Mastercompany die Managementfunktion oder gar ein Ausfallrisiko, sodass es einer entsprechenden Abgeltung bedarf.<sup>24)</sup>

### F. Business Judgment Rule

Verallgemeinernd muss konstatiert werden, dass das Leitungsorgan der Servicegesellschaft in diesen Fällen vor der Herausforderung steht, seine Entscheidungen ohne Vergleichsmöglichkeiten anhand eines Markttests zu treffen. Nach der **Business Judgment Rule** (§ 25 Abs 1 a GmbHG, § 84 Abs 1 a AktG) handelt es aber jedenfalls im Einklang mit der gebotenen Sorgfalt, wenn es sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der

Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. In der Rsp und im Schrifttum findet sich idZ die Ansicht, bei der Einhaltung zwingender Vorschriften (Verbot der Einlagenrückgewähr) soll kein unternehmerischer Ermessensspielraum bestehen, maW die Business Judgment Rule nicht zur Anwendung kommen.<sup>25)</sup> IdZ zu sagen, eine Grenze sei das Verbot der Einlagenrückgewähr, ist mE aber ein Kreisschluss, weil es bei der Einhaltung der Sorgfalt um den Ausschluss eines Verbotsverstößes selbst geht. Die Business Judgment Rule ist im rechtsgeschäftlichen Verkehr von Konzerngesellschaften daher genauso anzuwenden wie mit außenstehenden Dritten; anderes wäre auch nicht einzusehen, denn immerhin soll es beim Verbot der Einlagenrückgewähr darum gehen, dass Konzerngesellschaften nicht anders als Dritte behandelt werden.

Die konkrete Entscheidung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, darüber können auch nicht die zahlreichen kasuistischen Äußerungen zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einzelner Vorgänge im Schrifttum hinwegtäuschen.<sup>26)</sup> Vielmehr geht es vor allem um die **Identifikation notwendiger Parameter der sorgfältigen unternehmerischen Entscheidung**, deren Abwägung und allenfalls bestehende Grenzen. Eine Schranke ist aber schnell festgestellt: Eine existenzbedrohende Leistung ist niemals gerechtfertigt bzw sorgfältig,<sup>27)</sup> zudem werden häufig strafrechtliche Gläubigerschutzdelikte beachtlich sein.

Eine Grobstruktur einer sorgfältigen Entscheidung lässt sich durchaus ausmachen, eine allgemeingültige Feinjustierung von Parametern fehlt aber.<sup>28)</sup> Festhalten lässt sich, dass es bei (entgeltlichen) Rechtsgeschäften um den Preis sowie um die Abwägung der Vor- und

16) Vgl OGH 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y JAP 2014/2015/23 (*Milchrahm/Rauter*). Bei Verneinung eines Verbotsverstößes kann ggf auf das Institut der Kollusion und auf die sinngemäße Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht zurückgegriffen werden (vgl *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 115 Rz 188 [Stand 1. 12. 2017, rdb.at]).

17) OGH 20. 2. 2020, 6 Ob 18/20w; RIS-Justiz RS0117033 [T 2]; RS0105535.

18) *Köpl* in *U. Torggler*, GmbHG § 83 Rz 3; § 44 IO.

19) *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 52 Rz 26; *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 115 Rz 176 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

20) Siehe ua *Eckert* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 8.32; OGH 15. 4. 2010, 6 Ob 226/09t; 23. 1. 2020, 6 Ob 202/19b (zum inländischen Gerichtsstand).

21) Vgl *Hügel*, Zwischenausschüttungen bei der GmbH. Ein kleiner Beitrag zur Deregulierung des Kapitalschutzrechts, GesRZ 2016, 100.

22) *Hügel* in *Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 19 (41 f, 57); *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 115 Rz 199 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

23) Siehe zuletzt *Fellner/Rüffler*, Zentrale Konzernfinanzierung und Verbot der Einlagenrückgewähr, GES 2019, 59ff; *Winder*, Cash Pooling im Konzern, GesRZ 2019, 28ff; OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h; 25. 5. 2019, 17 Ob 5/19p.

24) Vgl *Winder*, Cash Pooling im Konzern, GesRZ 2019, 28 (29f).

25) *Karollus*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1 a AktG und § 25 Abs 1 a GmbHG, ÖBA 252 (257); *Schopper/Walch*, Geschäftsführerhaftung in hat der GmbH & Co KG, NZ 2016, 163 (176); OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h; 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w.

26) Vgl etwa die geschilderten Fälle bei *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 52 Rz 16.

27) OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 108.

28) *Zutr Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 122.

Nachteile anhand des Gesellschaftsinteresses geht.<sup>29)</sup> Ein sorgfältig handelndes Leitungsorgan der Servicegesellschaft wird in den Fällen fehlender Drittvergleichsfähigkeit anhand betriebswirtschaftlicher Kalkulationen seinen Preis festlegen,<sup>30)</sup> allerdings stehen der Servicegesellschaft Konzerngesellschaften gegenüber, die ebenfalls die Schranke der Kapitalerhaltung einhalten müssen. Aus diesem Umstand wird zu Recht der Schluss gezogen, dass sich diese Geschäftsbeziehungen nur innerhalb eines „Preisbandes“ bewegen dürfen.<sup>31)</sup>

## G. Konzerninteresse

Häufig wird das Leitungsorgan der Servicegesellschaft mit dem **Konzerninteresse** konfrontiert sein, dh iW mit dem Interesse der Konzernobergesellschaft. Unstrittig rechtfertigt aber ein solches Konzerninteresse keinen Verbotsverstoß.<sup>32)</sup> Eine Sachverhaltsanalyse zeigt jedoch häufig, dass **gleichlaufende Interessen der Servicegesellschaft mit den Konzerninteressen** bestehen können. Bisweilen ist das eine Folge einer **arbeitsteiligen Konzernstruktur**, etwa wenn einzelne Konzerngesellschaften vor- und nachgelagerte Leistungen in Forschung, Produktion und Vertrieb erbringen.<sup>33)</sup> Es kann daher nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls sehr wohl der Sorgfalt entsprechen, wenn eine Konzerngesellschaft der Servicegesellschaft, die in der Produktentwicklung tätig ist, eine inäquivalente Leistung erbringt, weil sie selbst ein **konkretes betriebliches Interesse** an der Aufrechterhaltung der Produktentwicklung hat.<sup>34)</sup>

## H. Vorteile der Konzernzugehörigkeit

Ob Vorteile, die aus der Konzernzugehörigkeit resultieren, in die Beurteilung, ob eine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt, als betriebliche Rechtfertigung einbezogen werden dürfen, ist nicht abschließend geklärt.<sup>35)</sup> Die Frage kann allgemeiner gestellt und aufgeteilt werden: Müssen Vorteile in einem inneren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem einzelnen Rechtsgeschäft stehen?<sup>36)</sup> Müssen diese Vorteile einen quantifizierbaren Nutzen stiften?<sup>37)</sup> Bloße allgemeine, dh nicht näher konkretisierbare Konzernvorteile – etwa der „Konzernrückhalt“<sup>38)</sup> – sind aber jedenfalls unzureichend.<sup>39)</sup>

ME werden jegliche Vorteile in Zusammenschau mit den Nachteilen eines (kurz-, mittel- oder langfristigen) Verhaltens gegen das Konzerninteresse im Rahmen einer Gesamtbeurteilung zu berücksichtigen sein. Das bedeutet zugleich eine differenzierende Herangehensweise, wobei es für die Praxis empfehlenswert erscheint, die anzustellenden Prognosen iZm den Handlungsalternativen zu dokumentieren.

## I. Ausgleichsmaßnahmen

In Ermangelung einer betrieblichen Rechtfertigung müsste ein Leitungsorgan letztlich eine Ausgleichsmaßnahme (zB Gesellschafterzuschuss) verlangen, welche den mit der gewünschten Maßnahme verbundenen Nachteil neutralisiert.<sup>40)</sup> Dabei ist Vorsicht geboten: Einerseits darf die Ausgleichsmaßnahme (durch eine Konzerngesellschaft) nicht ihrerseits zu einem Verbotsverstoß führen, andererseits ist insb umstritten, ob die Ausgleichsmaßnahme unverzüglich oder

bis Ende des betreffenden Geschäftsjahres zu leisten ist.<sup>41)</sup> Jedenfalls müsste die Ausgleichsmaßnahme in einem klagbaren Anspruch begründet sein. Die Konzerngesellschaft, die die Ausgleichsmaßnahme einräumt, muss ausreichend liquid sein.

## J. Satzungsgestaltung?

Da eine Kapitalgesellschaft auch einen **ideellen Gesellschaftszweck** verfolgen darf, stellt sich die Frage, ob der ideelle Gesellschaftszweck die Reichweite des Vermögensschutzes beschränken kann.<sup>42)</sup> Bejahendenfalls wäre die Servicegesellschaft berechtigt, im Konzerninteresse auch ohne gleichlaufendes Gesellschaftsinteresse und ohne Ausgleichsmaßnahmen zu handeln, wenn etwa als Gesellschaftszweck die Förderung der Gesellschafter statuiert ist. Das Leitungsorgan der Servicegesellschaft stünde bei diesem Gesellschaftszweck vor großen Schwierigkeiten, weil das Verhältnis des Gesellschaftszwecks zur Kapitalerhaltung in Ermangelung einschlägiger Rsp nicht abschließend geklärt, gleichzeitig im Schrifttum aber umstritten ist: Zuletzt wurde vertreten, ein reiner Förderzweck könne zwar vereinbart werden, aufgrund des Kapitalschutzsystems könne er in Kapitalgesellschaften aber nicht auch wirksam umgesetzt werden,<sup>43)</sup> nach anderer Meinung würde ei-

29) Tw wird ein mathematisches Vorgehen vorgeschlagen; s *Foglar-Deinhardstein*, Einlagenrückgewähr: Großer Wert und kleiner Preis – Darf das sein? *ecolex* 2017, 1173 (1175).

30) Vgl *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>6</sup> § 52 Rz 12 mwN; nach *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 30 sei jedenfalls eine fachgerechte Bewertung nach anerkannten Bewertungsmethoden notwendig; tw wird ein „hypothetischer Marktvergleich“ befürwortet, *Laubert in Hölters*, AktG<sup>3</sup> § 57 Rz 8.

31) *Hügel in Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 19 (42f). Bei Fehlen eines Marktpreises soll ein größerer Ermessensspielraum bestehen; s *Köppel in U. Torggler*, GmbHG § 82 Rz 19; *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>6</sup> § 52 Rz 12; aA *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 30.

32) *Milchrahm in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 115 Rz 91 ff (Stand 1. 12. 2017, rdb.at); OGH 28. 9. 2007, 9 ObA 28/07 v; 23. 5. 2002, 12 Os 14/01; OLG Wien 15. 11. 2004, 28 R 111/04f; 28 R 112/04b NZ 2005/75, 300.

33) Vgl *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 46.

34) Vgl OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05 d.

35) Siehe zum Meinungsstand: *H. Foglar-Deinhardstein*, Verdeckte Gewinnausschüttung Rz 1/112; *Milchrahm in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 115 Rz 201 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

36) Bejahend *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>6</sup> § 52 Rz 14.

37) Verneinend *Karollus in Leitner*, Verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (110f).

38) Darunter sind die Effekte aus der bloßen Eingliederung in den Konzern zu verstehen; vgl *Shchavelev*, Umlagen im Konzern (2012) 351f mwN.

39) *Karollus in Leitner*, Verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (73); *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 52 Rz 14; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 25, 72.

40) Nicht zu verwechseln mit dem Nachteilsausgleich im Konzern analog § 9 EKEG, der bei Veranlassung durch den Gesellschafter von Teilen des Schrifttums befürwortet wird (dazu *Auer in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 15 Rz 46f mwN; *Milchrahm in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 115 Rz 203, 205 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at); zuletzt OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 154/19 v).

41) *Koppensteiner*, Grenzen der Konzernleitung, in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 59 (60f).

42) Siehe dazu *Fellner/Rüffler*, GES 2019, 58ff; *Told*, Statutarische Konzernklauseln in der abhängigen Kapitalgesellschaft, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Konzern – Einheit oder Vielheit? (2019) 133ff.

43) *Told*, aaO 152, allerdings mit dem gesonderten Lösungsvorschlag einer Einführung einer qualifizierten Konzernklausel, wenn diese entsprechend der Wertung des § 9 EKEG einen vollständigen Ausgleichsanspruch spätestens am Ende des Geschäftsjahres einräumt. Bejaht man die Zulässigkeit einer solchen Konzernklausel, wäre immerhin ihre Zweckmäßigkeit fraglich: Es handelt sich funk-

ne Lockerung erfolgen, weil durch die ideelle Zwecksetzung in der Satzung über das nicht gebundene Vermögen verfügt werden dürfte, wie sonst durch Gewinnausschüttungen verfügt werden könnte.<sup>44)</sup>

ME wird aber die Satzung nicht über das Verbot der Einlagenrückgewähr disponieren können; allerdings ist bei Fehlen der Gewinnerzielungsabsicht mE der Verzicht auf die Gewinnspanne bei Preisfestlegungen wohl

tional um eine Ausgleichsmaßnahme, die dann auch auf Ebene der Einzelmaßnahme ohne statuarische Verankerung statthaft wäre.

44) *Fellner/Rüffler*, GES 2019, 58 (65f). Dem Einwand, dass die Vermögenszuwendung aus Gewinn auch tatsächlich den Ausweis als Gewinn und einen Ausschüttungsbeschluss erfordert, begegnen *Fellner/Rüffler* zutr mit dem sinngemäßen Argument, die atypische Zwecksetzung sei durch den Ausweis in der Satzung publik und damit ebenso transparent wie ein Gewinnausschüttungsbeschluss.

zulässig, uU sogar gesellschaftsrechtlich geboten. Was eine Konzernklausel jedoch leisten kann, ist eine Ausrichtung der Servicegesellschaft auf das Konzerninteresse, wenn diese innerhalb des unternehmerischen Ermessens liegt.<sup>45)</sup> Zudem wirkt sich jene auf die Treuepflicht gegenüber Minderheitsgesellschaftern aus.<sup>46)</sup> Letztlich empfiehlt sich eine Konzernklausel auch im Sinne einer Klarstellung, ob die Servicegesellschaft bloß konzerninternen Leistungen erbringen soll oder auch darüber hinaus.

45) *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 115 Rz 93 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

46) Weil das Gesellschaftsinteresse zur Konkretisierung der Treuepflicht für den konkreten Fall heranzuziehen ist; vgl *Koppensteiner*, Gesellschaftszweck, Treuebindung und Mitgliedschaft, GES 2017, 408.

### → In Kürze

- Leitungsorgane müssen ihre Lebenssachverhalte kapitalerhaltungsrechtlich sorgfältig einordnen.
- Leistungsbeziehungen zwischen Konzerngesellschaften sind auch dann nicht per se unzulässig, wenn der Drittvergleich versagt, weil es an einem Markt und daher an einem messbaren Marktpreis und an einem denkbaren außenstehenden Dritten fehlt.
- Die Einhaltung der Sorgfalt schließt verbotene Einlagenrückgewähr aus.
- Eine existenzbedrohende Leistung ist niemals gerechtfertigt bzw sorgfältig.
- Auch bei Leistungsbeziehungen zwischen Konzerngesellschaften gilt die Business Judgment Rule.
- Die Zustimmung der Gesellschafter kann bei verbotener Einlagenrückgewähr das Leitungsorgan nach hM nicht exkulpieren.
- Das Konzerninteresse rechtfertigt keine verbotene Einlagenrückgewähr. Es kann aber einen Gleichlauf

von Gesellschaftsinteresse und Konzerninteresse geben.

- Bloß allgemeine Vorteile aus der Eingliederung in den Konzern (Konzernrückhalt) können eine Einlagenrückgewähr nicht rechtfertigen.
- Ausgleichsmaßnahmen machen „Einlagenrückgewähr“ zulässig, wenn sie den Nachteil neutralisieren.
- Konzernklauseln können eine Ausrichtung der Servicegesellschaft auf das Konzerninteresse ermöglichen, wenn diese innerhalb des unternehmerischen Ermessens liegen, und wirken sich auf die Treuepflicht gegenüber Minderheitsgesellschaftern aus.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Mag. Wilhelm Milchrahm ist Rechtsanwalt und Partner bei MSLEGAL Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG. Er ist Autor zahlreicher Publikationen im Gesellschaftsrecht. Kontaktadresse: Landstraßer Hauptstraße 1/1/3 (Am Stadtpark), 1030 Wien.