

# GESELLSCHAFTSRECHT

UND ANGRENZENDES STEUERRECHT

März 2019 / Heft 2, Seiten 57–104 (18. Jahrgang)

---

## Aufsätze

- 59 Zentrale Konzernfinanzierung und Verbot der Einlagenrückgewähr  
Markus Fellner / Friedrich Rüffler
- 69 Gesellschafterliche Informationsrechte vs nicht öffentlicher Charakter des WiEReG  
Bernhard Gonaus / Gerald Schmidberger

## Judikatur

- 75 Aufrechnungsmöglichkeiten des Gesellschafters gegen die Gesellschaft bei verbotener Einlagenrückgewähr (OGH)
- 76 Unvertretbarer Vertragsrücktritt der GmbH: Direkthaftung des Geschäftsführers gegenüber dem Vertragspartner der GmbH (OGH)
- 78 Sicherung eines Syndikatsvertrages mit einstweiliger Verfügung (OGH)

## Firmenbuch-Praxis

- 80 Antrag auf Löschung eines verstorbenen Geschäftsführers

## Angrenzendes Steuerrecht

- 82 Können nach dem WGG anerkannte Bauvereinigen das Unmittelbarkeitserfordernis des § 40 BAO erfüllen?  
Christoph Finsterer
- 88 Haftungsprovisionen: Keine Zinsen iSd § 11 Abs 1 Z 4 KStG 1988 (idF vor dem BudBG 2014) (BFG)
- 94 BFG zur Bauherreneigenschaft von Grundstückserwerbern – Baukosten als Teil der GrESt-Bemessungsgrundlage (BFG)

---

Herausgeber: Friedrich Rüffler, Lukas Fantur, Georg Kofler, Sebastian Bergmann

# EDITORIAL

---



Lukas Fantur

## Dauerthema Verbot der Einlagenrückgewähr

<https://doi.org/10.33196/ges201902005701>

Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist seit Jahren ein spannendes und praktisch bedeutsames Dauerthema. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs dazu wird immer dichter und immer strenger.

In der Entscheidung 6 Ob 114/17h ging es zuletzt um einen geradezu lehrbuchartigen Fall der Einlagenrückgewähr: Der Kaufpreis für die Veräußerung von Geschäftsanteilen war aus dem Gesellschaftsvermögen finanziert worden. Die Verkäufer klagten den Kaufpreis von den Käufern hierauf erfolgreich nochmals ein. Der Einwand der Käufer, sie hätten schon aus dem Gesellschaftsvermögen Schuldtilgung erhalten, hatte keinen Erfolg.

Die genannte Entscheidung war Anlass für den OGH, die Kriterien für die Zulässigkeit einer Darlehensgewährung von der Gesellschaft an ihre Gesellschafter punktuell zusammenzufassen. Als zentrales Kriterium betonte der

OGH dabei den stets anzuwendenden Fremdvergleich. In diesen seien demnach nicht nur die konkreten Konditionen, sondern vor allem die Frage einzubeziehen, ob mit einem gesellschaftsfremden Dritten überhaupt ein derartiges Geschäft abgeschlossen wäre.

Das wirft die spannende Frage auf, ob das auch für solche (an sich übliche) Geschäfte gelten kann, die von Haus aus nicht mit gesellschaftsfremden Dritten geschlossen werden. *Markus Fellner* und *Friedrich Rüffler* gehen im Hauptbeitrag dieses Hefts der Frage nach, ob diese Aussage des OGH bedeutet, dass die in Konzernen üblichen zentralen Finanzierungen durch Clearing-Gesellschaften und Cash-Pooling unzulässig sind. Ob die Entscheidung 6 Ob 114/17h (der Verfasser dieses Editorials war daran als Klagevertreter beteiligt) also der zentralen Konzernfinanzierung den Todesstoß versetzt hat, wird ab Seite 59 untersucht.

# AUFSÄTZE

## Zentrale Konzernfinanzierung und Verbot der Einlagenrückgewähr

Der OGH knüpft die Zulässigkeit von Krediten einer Gesellschaft an ihren Gesellschafter und verbundene Unternehmen im Rahmen des Verbots der Einlagenrückgewähr an sehr strenge Kriterien. Der klassische Drittvergleich ist aber für die Geschäfte sog Clearing-Gesellschaften, bei denen die Aufnahme und Weiterleitung von Krediten im Konzern zentral gebündelt wird, kein taugliches Kriterium, weil konzernunverbundene Gesellschaften solche Geschäfte nicht abschließen und auch nicht abschließen dürfen. Der Aufsatz untersucht, nach welchen Kriterien die Tätigkeit dieser Clearing-Gesellschaften zu beurteilen ist.

**Deskriptoren:** Verbot der Einlagenrückgewähr, zentrale Konzernfinanzierung, Clearing-Gesellschaft.

**Normen:** § 82 GmbHG; § 52 AktG; § 1 BWG.

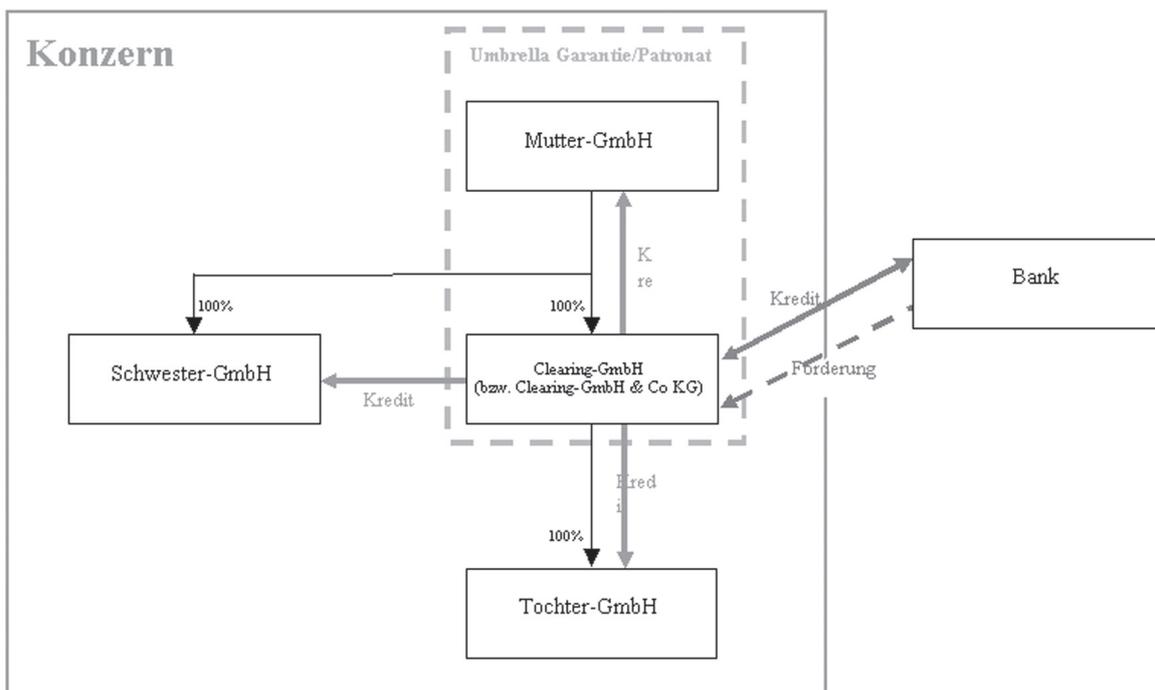
Von Markus Fellner und Friedrich Rüffler

### 1. Zentrale Konzernfinanzierung durch Clearing-Gesellschaften und Cash-Pooling

Kreditaufnahme und Kreditgewährung wird in Konzernen häufig bei einer Konzerngesellschaft gebündelt. Sie ist in Österreich regelmäßig eine GmbH und wird häufig und auch hier im Folgenden als Clearing-Gesellschaft oder Clearing-GmbH bezeichnet. Die finanzierenden

Banken gewähren an diese Clearing-GmbH Kredite. Gesellschaftszweck der Clearing-GmbH, der auch im Gesellschaftsvertrag verankert ist, ist die Finanzierung und Weiterleitung von finanziellen Mitteln (on-lending) im Konzern. In den meisten Fällen sieht der Gesellschaftsvertrag der Clearing-GmbH auch vor, die überschüssige Liquidität im Konzern zu bündeln, das heißt, dass die übrigen Konzerngesellschaften überschüssige Liquidität an die Clearing-GmbH abführen (= bei ihr anlegen). Die Clearing-GmbH selbst stellt der finanzierenden Bank keine Sicherheit.

Die Clearing-GmbH ihrerseits finanziert die Konzerngesellschaften (Tochter-GmbH, Schwester-GmbH, Mutter-GmbH) ebenfalls in der Regel unbesichert auf einer revolvingen on-demand Basis oder zu festen Rückzah-



lungszeitpunkten. Wenn Konzerngesellschaften Finanzierungen benötigen, können sie die finanziellen Mittel bei der Clearing-GmbH abrufen; bei Nichtbedarf werden die Finanzierungen wieder abgedeckt.

Die Besicherung der Finanzierung der Banken ist unterschiedlich ausgestaltet. Szenario 1: Die finanzierende Bank erhält eine Haftung (Umbrella-Garantie der Mutter-GmbH) oder Szenario 2: Die Mutter-GmbH übernimmt ein Patronat (Ausstattungsverpflichtung) gegenüber der Clearing-GmbH. Im Kreditvertrag zwischen der Bank und der Clearing-GmbH verpflichtet sich die Clearing-GmbH regelmäßig, das on-lending nur unter Einhaltung der gebotenen Sorgfaltpflicht und Kapitalerhaltungsvorschriften durchzuführen.

Eng damit verwandt ist das sog Cash Pooling. Bei diesem transferieren Konzerngesellschaften überschüssige Liquidität in Form von Krediten an eine sog Master Company, die ihrerseits denjenigen Gesellschaften, die Liquidität benötigen, Kredite gewährt. Sobald diese Master Company (auch) durch eine Bank finanziert ist, entspricht es dem oben definierten Clearing System.

## 2. Ausgangspunkt 6 Ob 114/17h: Todesstoß für die zentrale Konzernfinanzierung?

### 2.1. Die Aussagen des OGH

Beginnend mit der schon legendären Fehringer-E<sup>1</sup> hat der OGH Darlehensgewährungen und Sicherheitenbestellungen an Gesellschafter oder verbundene Unternehmen, die er regelmäßig ebenfalls in das Kapitalerhaltungsregime miteinbezieht<sup>2</sup>, einer immer strengeren (und genaueren) Überprüfung anhand des Verbots der Einlagenrückgewähr unterworfen<sup>3</sup>. Den vorläufigen Höhepunkt stellt die E 6 Ob 114/17h<sup>4</sup> dar, in der es um die Finanzierung des Erwerbs von Gesellschaftsanteilen durch die Gesellschaft selbst ging – geradezu ein Klassi-

ker eines verbotenen Geschäfts. Das Ergebnis verwundert daher auch nicht weiter und ihm ist ohne Zweifel zuzustimmen. Anlass dieser Untersuchung sind nur die sehr strikten Beurteilungskriterien, die der OGH für eine Darlehensgewährung formuliert und ob sie verallgemeinerungsfähig und damit auch übertragbar sind auf Gestaltungen der zentralen Konzernfinanzierung, wie sie unter 1. dargestellt worden sind. Ausgehend vom Drittvergleich, bei dem zu fragen ist, ob das Geschäft und bejahendenfalls auch zu diesen Bedingungen mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen worden wäre, ist nach Ansicht des Höchstgerichts auch bei der Gewährung von Darlehen entscheidend, ob eine Besserstellung des Gesellschafters gegenüber anderen Vertragspartnern der Gesellschaft erfolgt und ob diese Bevorzugung aufgrund der Gesellschafterstellung erfolgt und zu Lasten der Gesellschaft geht. Diese Voraussetzung würde bei der Gewährung von Darlehen idR zutreffen, weil Nicht-Banken im Normalfall keinen Geldkredit begeben. Aus diesem Grund dürften Darlehen nur dann ausnahmsweise an Gesellschafter vergeben werden, wenn die Auskehr der Mittel mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers vereinbar sei. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass eine Gesellschaft, die einem Gesellschafter einen Kredit gewährt, im Gegensatz zu einem Kreditinstitut auch nicht über eine entsprechende Möglichkeit der Risikostreuung verfügt; sie sei vielmehr – im untechnischen Sinn – mit einem „*Klumpenrisiko*“ belastet<sup>5</sup>.

### 2.2. Die zu untersuchende Frage

Nimmt man diese Ausführungen losgelöst vom zu beurteilenden Sachverhalt wörtlich und daher undifferenziert, scheinen Clearing-Gesellschaften und das Cash-Pooling insgesamt selbst in Konzernen mit guter Bonität problematisch, möglicherweise sogar per se unzulässig zu

1 OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h, JBl 1997, 108 mit Anm *Hügel*.  
 2 Unter der freilich bislang noch nicht näher konkretisierten Voraussetzung, dass die Leistungen vom gemeinsamen Gesellschafter bzw der Konzernmutter „veranlasst“ worden sind, vgl OGH 20.1.2000, 6 Ob 288/99t, wbl 2000, 330; 22.10.2003, 3 Ob 287/02f, wbl 2004, 192; 22.9.2010, 7 Ob 35/10p, GES 2010, 217 = GesRZ 2011, 110 mit Anm *Karollus*; 14.09.2011, 6 Ob 29/11z, GES 2011, 491 = GesRZ 2012, 122 mit Anm *Torggler*.  
 3 Vgl OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f, wbl 2004, 192; 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBl 2006 mit Anm *Artmann* = ÖBA 2006, 293 mit Anm *Karollus*; 22.9.2010, 7 Ob 35/10p, GES 2010, 217 = GesRZ 2011, 110 mit Anm *Karollus*; 14.09.2011, 6 Ob 29/11z, GES 2011, 491 = GesRZ 2012, 122 mit Anm *Torggler* = RWZ 2011, 355 mit Anm *Wenger*; 20.3.2013, 6 Ob 48/12w, GesRZ 2013, 230 mit Anm *Thurnher* = *ecolox* 2013, 638 mit Anm *Hörlsberger/Rieder* = ÖBA 2013, 601 mit Anm *Wolkerstorfer*

*Gebetsberger* = GES 2013, 241; 17.7.2013, 3 Ob 50/13v, GES 2013, 389 = ÖBA 2014, 52 mit Anm *Umlauf* = GesRZ 2013, 356 mit Anm *Artmann* = RWZ 2013, 315 mit Anm *Wenger*; 15.12.2014, 6 Ob 14/14y, GesRZ 2015, 130 mit Anm *Karollus* = GES 2015, 17; 24.11.2015, 1 Ob 28/15x, GesRZ 2016, 219 mit Anm *Arlt* = GES 2016, 60; 13.12.2016, 3 Ob 167/16d, NZ 2017, 32, vgl obiter auch OGH 11.11.1999, 4 Ob/99b, GesRZ 2000, 25 und dazu *Fellner*, Vermögensbindung bei der Verschmelzung, NZ 2000, 225.  
 4 OGH 29.8.2017, 6 Ob 114/17h, GesRZ 2018, 50 mit Anm *Karollus* = EvBl 2018/32 mit Anm *Told* = wbl 2017, 655 mit Anm *Harrer*.  
 5 OGH 29.8.2017, 6 Ob 114/17h, GesRZ 2018, 50 mit Anm *Karollus* = EvBl 2018/32 mit Anm *Told* = wbl 2017, 655 mit Anm *Harrer* unter 2.1.

sein<sup>6</sup>. Für finanzierende Banken stellt sich die Frage, ob sie sich noch an einer solchen Finanzierungsstruktur beteiligen können. Zwar sind sie selbst nicht Normadressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr. Sie sind auch nicht sog. „unechte Dritte“<sup>7</sup>, deren Leistungsbeziehungen zur Gesellschaft wegen ihrer besonderen Nahebeziehung zum Gesellschafter wie solche zu diesem selbst behandelt werden. Aber ein Verbotstoß durch ein Rechtsgeschäft mit ihnen (zB bei einem Kreditvertrag zur Finanzierung eines Anteilerwerbs oder einer Sicherheitenbestellung zu diesem Zweck) wird nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht beurteilt und das Rechtsgeschäft ist dann mit Unwirksamkeit bedroht, wenn die Bank vom Verbotstoß wusste oder er ihr evident sein musste<sup>8</sup>. Letzteres wird bei Banken oft angenommen, ob im Einzelfall zu Recht oder zu Unrecht sei hier dahingestellt.

Hier soll untersucht werden, ob die Verallgemeinerung der Aussage des OGH und ihre Übertragung auf die eingangs skizzierten Sachverhalte richtig wäre. Die Aussagen des OGH sind wie bemerkt gewiss überzeugend für Fälle, in denen eine Gesellschaft den Erwerb ihre Anteile entweder direkt mit Darlehen finanziert oder die Darlehensaufnahme des Erwerbers mit dem eigenen Vermögen besichert. Auch Darlehen für Privataufwendungen des Gesellschafters, als Lehrbuchbeispiel den Bau seines Privathauses, wären ohne Zweifel so zu beurteilen. Doch stellen sich die eingangs vorgestellten Fälle zen-

traler Konzernfinanzierung anders dar<sup>9</sup>. Ihnen liegt nämlich nicht primär die Motivation zugrunde, das Gesellschaftsvermögen zum eigenen Vorteil zu nutzen, sondern maßgebend ist ein prima facie vernünftiger betriebswirtschaftlicher Grund, nämlich für alle Gesellschaften eines Konzerns Zinsvorteile zu lukrieren, indem die Kreditaufnahme der einzelnen Konzernglieder gebündelt wird und überschüssige Liquidität dorthin geleitet wird, wo sie gebraucht wird. Gewiss wird dafür auch eine Gesellschaft im Interesse anderer verbundener Unternehmen eingesetzt, nämlich ebenjene Clearing-GmbH bzw die Master Company. Doch ist das anders als in den „hard cases“ der Finanzierung des Anteilerwerbs und der Finanzierung der Privatausgaben eine Gesellschaft, die satzungsmäßig diesen Zweck hat und damit nicht von den Gesellschaftern zweckentfremdet wird. Die Lage ist im Grundsatz nicht anders als bei einer IT-Dienstleistungsgesellschaft, einer sonstigen Service-Gesellschaft oder der Forschungsgesellschaft, die jene Tätigkeiten auch im Interesse anderer Konzernglieder durchführt. Skeptisch stimmt auch, dass hier Rechtsbeziehungen zu beurteilen sind, bei denen ein Drittvergleich nicht gezogen werden kann, eben weil solche Gestaltungen und Geschäfte außerhalb des Konzerns nicht vorkommen<sup>10</sup>. Wie zu zeigen sein wird, dürfen sie gar nicht vorgenommen werden, weil die gewerbsmäßige Gewährung von Krediten an Dritte eine Konzession nach dem BWG erforderte<sup>11</sup>. Aus all dem könnte man

6 Das Cash Pooling ist in Österreich schon viel auf seine Vereinbarkeit mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr untersucht worden, ein per se Verbot wurde freilich bislang, soweit ersichtlich, noch nie vertreten. Vgl aus der Literatur: *Artmann*, Einlagenrückgewähr und Cash Pooling im Konkurs, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2009 (2010) 131 ff; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> (2018), § 52 Rz 29; *Artmann/Polster-Grüll*, Spannungsfeld Konzernfinanzierung – rechtliche und steuerliche Aspekte, RdW 2008, 627 ff; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> (2018) § 82 Rz 57 ff; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG (Stand 1.12.2017), § 82 Rz 91 ff; *Billek*, Cash Pooling im Konzern (2009); *Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG (2017), § 82 Rz 129 ff; *Frotz*, Gesellschaftsrechtliche Aspekte von Cash-Pooling-Verträgen in Österreich, in *Polster*, Handbuch Cash Pooling (2016) 73; *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Leitner* (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014) 120 ff; *Koppensteiner/Rüdfler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 82 Rz 17c; *Obradović/Wietrzyk* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht (2016) Rz 12.1 ff; *Klampfl*, Cash pooling: Eigenkapitalersatz und verbotene Einlagenrückgewähr im Konzern (2008); *Kremslehner/Polster*, Rechtliche Aspekte von Cash Pooling Systemen in Österreich, in *Polster-Grüll/Berghuber/Dolezel-Huber/Kremslehner/Polster/Rieder/Schwerdtfeger/Tauchal/Zerwas*, Cash Pooling<sup>2</sup> (2004) 125 ff.

7 Die uE zweckmäßige Begriffsbildung echte / unechte Dritte dürfte auf *Köppel*, Das Verbot der Einlagenrückgewähr unter besondere Berücksichtigung Dritter (2014) 2 f und passim zurückgehen. Leistungen an unechte Dritte werden, jedenfalls was den Tatbestand betrifft, wie solche an Gesellschafter behandelt. Unechte Dritte sind zB unter bestimmten Voraussetzungen ehemalige und zukünftige Gesellschafter (OGH 29.8.2017, 6 Ob 114/17h, GesRZ 2018, 50

mit Anm *Karollus* = EvBl 2018, 32 mit Anm *Told* = wbl 2017, 655 mit Anm *Harrer*; 1.9.2010, 6 Ob 132/10w, GesRZ 2011, 47 mit Anm *Rüdfler*; *Karollus*, Einlagenrückgewähr (FN 6) 33 f; *Koppensteiner/Rüdfler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 82 Rz 18, nahe Verwandte und verbundene Unternehmen (vgl FN 2).

8 OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h, JBl 1997, 108 mit Anm *Hügel*; OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f, wbl 2004, 192; 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBl 2006 mit Anm *Artmann* = ÖBA 2006, 293 mit Anm *Karollus*; 24.10.2006, 10 Ob 16/06k; 5.8.2009, 9 Ob 25/08d, ecolex 2009, 961 = wbl 2010, 45; 22.9.2010, 7 Ob 35/10p, GES 2010, 217 = GesRZ 2011, 110 mit Anm *Karollus*; 14.09.2011, 6 Ob 29/11z, GES 2011, 491 = GesRZ 2012, 122 mit Anm *Torggler* = RWZ 2011, 355 mit Anm *Wenger*; 20.3.2013, 6 Ob 48/12w, GesRZ 2013, 230 mit Anm *Thurnher* = ecolex 2013, 638 mit Anm *Hörlsberger/Rieder* = ÖBA 2013, 601 mit Anm *Wolkerstorfer/Gebetsberger* = GES 2013, 241; 17.7.2013, 3 Ob 50/13v, GES 2013, 389 = ÖBA 2014, 52 mit Anm *Umlauf* = GesRZ 2013, 356 mit Anm *Artmann* = RWZ 2013, 315 mit Anm *Wenger*; 15.12.2014, 6 Ob 14/14y, GesRZ 2015, 130 mit Anm *Karollus* = GES 2015, 17; 24.11.2015, 1 Ob 28/15x, GesRZ 2016, 219 mit Anm *Arlt* = GES 2016, 60.

9 Vgl für eine Unterscheidung dieser Fälle auch schon die Urteilsanmerkungen von *Artmann* und *Karollus* zu OGH 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBl 2006 mit Anm *Artmann* = ÖBA 2006, 293 mit Anm *Karollus*.

10 Vgl zur Besonderheit von Geschäften, die nur im Konzern vorkommen, vorerst nur *Hügel*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht, in *Kals/Torggler*, Einlagenrückgewähr (2014) 19, 41 ff.

11 Vgl dazu unten 4.1.

nun natürlich den Schluss ziehen, dass solche mangels Vergleichsbasis nicht drittvergleichsfähigen Geschäfte dann eben verboten sind. Das vermag jedoch wenig zu überzeugen, weil der Drittvergleich ja nur ein Hilfsmittel zur Identifikation eines Verbotsverstößes ist, nicht aber das Verbot selbst lautet, dass im Konzern nur Geschäfte gemacht werden dürfen, die ihrer Art nach auch außerhalb des Konzerns vorkommen. Das alles ist Grund genug, die gestellte Forschungsfrage zu vertiefen. Zuvor gilt es noch, das Verbot der Einlagenrückgewähr und die vom Höchstgericht und der Literatur entwickelten Beurteilungsmaßstäbe, allerdings nur im unbedingt nötigen Ausmaß und fokussiert auf das Thema der Untersuchung, zu skizzieren.

### 3. Verbot der Einlagenrückgewähr: Beurteilungskriterien im Allgemeinen

§ 82 Abs 1 GmbH und ebenso § 52 AktG verbieten, von hier nicht weiter interessierenden Ausnahmen wie Kapitalherabsetzung, Liquidation und Spaltung abgesehen, jede Vermögenszuwendung an einen Gesellschafter, die nicht Bilanzgewinn ist. Neben der offenen Einlagenrückgewähr, also der direkten Zahlung oder Entnahme, sind es vor allem verdeckte Zuwendungen, die Literatur und Gerichte beschäftigen, also Zuwendungen, die in das Gewand eines Rechtsgeschäfts gekleidet sind und der Gesellschafter für seine Leistung ein Zuviel an Gegenleistung erhält.

Bemerkenswerterweise besteht immer noch nicht vollständiger Konsens darüber, wie ein solches Missverhältnis festzustellen ist. Ausgegangen wird regelmäßig davon, dass der Verbotsvorstoß ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraussetzt<sup>12</sup>, wobei dieses nur bei marktgängigen Waren und demzufolge der Existenz von Marktpreisen verhältnis-

mäßig einfach festzustellen ist. Daher stellt man zur Bestimmung des Missverhältnisses regelmäßig wie im Steuerrecht auf den sog Dritt- oder Fremdvergleich ab, bei dem gefragt wird, ob das Geschäft und bejahendenfalls auch zu diesen Bedingungen mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen worden wäre<sup>13</sup>. Wird das objektive Missverhältnis in diesem Sinne bejaht, so liegt grundsätzlich ein Verbotsvorstoß vor, der aber dennoch ausnahmsweise betrieblich gerechtfertigt sein kann<sup>14</sup>.

Die nicht geklärte und in der österreichischen Literatur diskutierte Frage ist, ob trotz objektiver Ausgeglichenheit der Leistungen ein Verbotsvorstoß zu bejahen ist, wenn die Gesellschaft kein betriebliches Interesse an dem Geschäft hat<sup>15</sup>. In dieser Diskussion wird uE aneinander vorbeigeredet. Bei näherem Hinsehen geht es nämlich um Fälle wie die Anmietung von Büroflächen zum marktüblichen Preis, an denen die Gesellschaft aber keinen Bedarf hat<sup>16</sup>. Hier mögen zwar die Leistungen bei von der konkreten Gesellschaft abstrahierter Betrachtung (und insoweit objektiv) ausgeglichen sein. Da die Gesellschaft aber keinen Bedarf hat und daher eine nutzlose Ausgabe tätigt, wird gleichwohl ihr Vermögen gemindert. Das akademische Beispiel, dass die Gesellschaft nicht benötigte Ware vom Gesellschafter einkauft, welche sie ohne Mehraufwand und zum selben Preis auch wieder veräußern könnte, wäre anders zu beurteilen, aber diesen Fall gibt es anders als den Mietfall und andere vergleichbare Fälle sinnloser Geschäfte in der Praxis nicht.

Was es aber sehr wohl gibt ist eine Kreditgewährung an einen Schuldner ohne besondere betriebliche Rechtfertigung, gegen den aber ein vollwertiger Rückgewähranspruch besteht. Auch hier könnte man sagen, dass das Vermögen nicht vermindert ist. Denn es findet lediglich ein bilanzieller Aktivtausch statt. In der Tat entspricht

12 OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15, GES 2016, 112 = GesRZ 2016, 281 mit Anm *Schörghofer*; 26.4.2016, 6 Ob 72/16f, GES 2016, 165 = GesRZ 2016, 343 mit Anm *Ettmayr/St. Arnold*; *Karollus*, Einlagenrückgewähr (FN 6) 60 ff; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup>, § 52 Rz 11.

13 OGH 29.8.2017, 6 Ob 114/17h, GesRZ 2018, 50 mit Anm *Karollus* = EvBl 2018, 32 mit Anm *Told* = wbl 2017, 655 mit Anm *Harrer*; 26.7.2016, 9 Ob A 69/16m, GES 2016, 348 mit Anm *Fantur*; 4.3.2013, 8 Ob 20/13v, GesRZ 2013, 286 mit Anm *Milchrahm* = RWZ 2013, 139 mit Anm *Wenger*; 16.11.2012, 6 Ob 153/12m, GES 2013, 16 = GesRZ 2013, 99 mit Anm *Krejci*; 13.9.2012, 6 Ob 110/12p, GesRZ 2013, 38 mit Anm *Torggler*.

14 Zur betrieblichen Rechtfertigung grundlegend OGH 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBl 2006 mit Anm *Artmann* = ÖBA 2006, 293 mit Anm *Karollus*. Zum Sachverhalt dieser E noch weiter unten im Text bei FN 24. Eine betriebliche Rechtfertigung wurde ferner in der Sache bejaht in 16.11.2012, 6 Ob 153/12m, GES 2013, 16 = GesRZ 2013, 99 mit Anm *Krejci*, in der es um einen günstigen Preis für die Lieferung von Tischplatten an eine Schwestergesellschaft ging, die größter und regelmäßiger Kunde war. Auch OGH 26.7.2016,

9 Ob A 69/16m, GES 2016, 348 mit Anm *Fantur*, in der eine Bonusleistung der Gesellschaft an einen Geschäftsführer für seine Tätigkeit im Rahmen des Verkaufs der Geschäftsanteile für zulässig erklärt wurde, obwohl der Anteilsverkauf im Interesse der Gesellschafter erfolgte, lässt sich so erklären. In OGH 22.9.2010, 7 Ob 35/10p, GES 2010, 217 = GesRZ 2011, 110 mit Anm *Karollus* wird die betriebliche Rechtfertigung anerkannt und ihre Voraussetzungen etwas spezifiziert, in der Sache wurde sie aber verneint.

15 Für das Erfordernis der betrieblichen Rechtfertigung vor allem *Karollus*, Einlagenrückgewähr (FN 6) 73 ff; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup>, § 52 Rz 13; dagegen *Torggler*, Urteilsanmerkung, GesRZ 2013, 43; *Zebetner*, Verbot der Einlagenrückgewähr – Betriebliche Rechtfertigung stets erforderlich?, GesRZ 2016, 167 ff; *Wenger*, Rolle der „betrieblichen Rechtfertigung“ bei der verdeckten Einlagenrückgewähr?, RWZ 2015, 231 ffm auch *Zebetner/Cetin*, Verbotene Einlagenrückgewähr: Vorschlag eines Prüfungsschemas, GesRZ 2017, 197 ff.

16 Vgl denn auch die von *Torggler* (FN 15) glossierte E OGH 13.9.2012, 6 Ob 110/12p, GesRZ 2013, 38.

das seit dem MoMiG<sup>17</sup> der Rechtslage in Deutschland<sup>18</sup>. In der österreichischen Literatur wird eine Übernahme dieser Sichtweise abgelehnt<sup>19</sup>. Das scheint prima facie auch überzeugend, weil eine der MoMiG-Regelung vergleichbare Bestimmung im österreichischen Recht fehlt. Indes zeigt die Gesetzgebungsgeschichte, dass die Ablehnung aus diesem Grund falsch ist. In der Tat hat man nämlich die bilanzielle Sichtweise in Deutschland bis zum „berichtigten“ sog Novemberurteil<sup>20</sup> für richtig gehalten, als die Rechtslage noch der österreichischen entsprach. Im erwähnten Urteil hat der BGH für die GmbH einen Verstoß gegen § 30 dGmbHG selbst bei vollwertigem Rückgewähranspruch angenommen, weil § 30 dGmbHG auch den Austausch liquider Haftungsmasse gegen einen zeitlich hinausgeschobenen Rückgewähranspruch im Interesse der Gläubiger untersagt. Diese Begründung ist freilich vor dem Hintergrund zu sehen, dass § 30 dGmbHG nicht wie § 57 dAktG und in Österreich § 82 GmbHG und § 52 AktG das gesamte Gesellschaftsvermögen schützt, sondern nur dasjenige, das dem Stammkapital entspricht, also Leistungen verbietet, die zur Unterbilanz führen oder eine solche vertiefen. Trotzdem hat man verbreitet angenommen, dass das Novemberurteil auch für § 57 dAktG gelten könnte, weshalb der Gesetzgeber mit dem MoMiG eingeschritten ist und sowohl in § 57 dAktG als auch § 30 dGmbHG geregelt hat, dass ein vollwertiger Rückgewähr- oder Gegenleistungsanspruch den Verbotsverstoß ausschließt. Damit wollte der Gesetzgeber die durch das Novemberurteil verursachten praktischen Probleme vor allem für das aus seiner Sicht ökonomisch sinnvolle Cash Pooling und andere Leistungsbeziehungen im Konzern wieder beseitigen<sup>21</sup>. Das für den Rechtsvergleich Bemerkenswerte ist nun, dass der Gesetzgeber selbst nicht von einer konstitutiven Neuregelung, sondern einer „klärende[n] Regelung“ spricht<sup>22</sup>. Schließlich ist auch der BGH noch zur alten Rechtslage vom Novemberurteil abgegangen und wieder zur bilanziellen Sichtweise zurückgekehrt<sup>23</sup>. Der Rechts-

vergleich lehrt also, dass sich § 82 GmbHG auch in diesem Sinn interpretieren ließe: Ein Verbotsverstoß scheidet aus, wenn aus der Perspektive eines sorgfältigen Geschäftsführers die Forderung in der Bilanz nicht abgeschrieben oder überhaupt ausgeschieden werden muss. Ob das Geschäft auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen worden wäre, wäre danach gleichgültig.

Wenn man freilich den Drittvergleich verabsolutiert und neben dem Missverhältnis tatsächlich die betriebliche Rechtfertigung auch für das Ob des Geschäftes verlangt, so ist das Ergebnis für eine „normale“ Gesellschaft, also eine solche, die Produkte verkauft oder am Markt Dienstleistungen erbringt, fast zwingend: Die Kreditgewährung ist verboten, weil sie grundsätzlich keine Kredite vergibt. Selbst eine marktgängige Verzinsung ändert daran nichts. Möglich ist nur eine betriebliche Rechtfertigung in einem der Leitentscheidung des OGH vergleichbaren Fall, in dem eine produzierende GmbH für ihren Gesellschafter mithaftete, der die Strickwaren produzierte, die die GmbH als Händlerin vertrieb und der einen Personalstand aufrechterhielt, um die schwankende Nachfrage der GmbH jederzeit befriedigen zu können<sup>24</sup>. Vergleichbare Beispiele lassen sich für Kredite oder Sicherheitenbestellungen zu dem Zweck finden, dass die Kreditnehmerin in etwas investiert, was für die eigene Tätigkeit der kreditgebenden oder sicherheitenbestellenden GmbH von Vorteil ist (zB einen neuen Vertrieb, ein Forschungszentrum etc). Diese Beispiele lassen sich auch (gerade noch) in das gedankliche Schema eines Drittvergleichs bringen, weil denkbar ist, dass man das Projekt eines unabhängigen Dritten mitfinanziert, wenn man selbst davon profitieren kann.

#### 4. Die Clearing-Gesellschaft im Besonderen

Die Frage ist, ob für eine Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand von vorneherein der der konzerninter-

17 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl I 2008, 2026.

18 § 30 Abs 1 dGmbHG lautet seit dem MoMiG (die Änderungen sind von uns fett hervorgehoben): „Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausbezahlt werden. Satz 1 gilt nicht Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind (...)“. § 57 dAktG lautet seit dem MoMiG (wiederum Änderungen fett hervorgehoben): „Den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurückgewährt werden. Als Rückgewähr gilt nicht die Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind. (...)“

19 Karollus, Einlagenrückgewähr (FN 6) 98 f (vgl aber auch aaO FN 458); Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> (2012), § 52 Rz 9.

20 BGH 24.11.2003, II ZR 171/01, BGHZ 157, 72.

21 Vgl die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BegrRegE) Bundestags-Drucksache (BT-Drs.) 16/6140.

22 BegrRegE BT-Drs. 16/6140, vgl dazu auch BGH 1.12.2008, II ZR 102/07, BGHZ 179, 71-MPS GmbH.

23 BGH 1.12.2008, II ZR 102/07, BGHZ 179, 71-MPS GmbH. Das Urteil erging zwar zu § 311 dAktG, der BGH korrigiert seine Meinung aber auch zu § 57 dAktG (vgl Tz 12 des Urteils), S dazu auch Karollus, Einlagenrückgewähr (FN 6) 96 FN 458.

24 OGH 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBl 2006 mit Anm Artmann = ÖBA 2006, 293 mit Anm Karollus.

nen Kreditvergabe ist (oder der des Cash Pooling) anderes gelten kann. Denn für sie könnte ja der Vergleichsmaßstab ein anderer sein. Eine vergleichbare Gesellschaft gibt es nämlich außerhalb eines Konzerns nicht. In diesem Zusammenhang ist auch zu fragen, ob ein solcher Unternehmensgegenstand oder -zweck zulässig ist.

#### 4.1. Keine Drittvergleichsfähigkeit

Eine Gesellschaft, die anderen, mit ihr nicht verbundenen Gesellschaften die Kreditaufnahme und -weiterleitung anbietet, gibt es nicht. Sie gibt es auch deshalb nicht, weil sie solche Tätigkeiten gar nicht anbieten dürfte.

Die Clearing-GmbH übernimmt für die einzelnen Konzerngesellschaften in Hinblick auf die Liquiditätsbeschaffung und -anlage die Rolle einer (Geschäfts-)Bank, weil sie am Markt unter Ausnutzung von Zins- und anderen Vorteilen Finanzierungen eingeht und diese innerhalb des Konzerns weiterreicht. Damit übt sie ein Bankgeschäft gem § 1 Abs 1 Z 3 BWG (Vergabe von Geldkrediten) aus. Unter der Voraussetzung der Gewerblichkeit, bedürfte sie dafür einer Bankkonzession. Dem BWG liegt dabei der Gewerblichkeitsbegriff des § 2 Abs 1 UStG zugrunde: gewerblich ist somit „jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber Mitgliedern tätig wird“.

Daraus folgt, dass jedenfalls eine Gesellschaft, die gegen Entgelt Dritten Kredite vergibt, einer Bankkonzession bedürfte. Ein Drittvergleich ist daher von Gesetzes wegen nicht möglich. Der Vergleich aber mit einer Bank versagt nach Ansicht des OGH deswegen, weil Banken eine andere Risikostruktur aufweisen<sup>25</sup>.

Selbst für die konzerninterne Clearing-GmbH könnte sich die Frage stellen, ob sie einer Konzession bedarf. Regelmäßig werden auch bei bankgeschäftlichen Tätigkeiten, die bloß konzernintern nachhaltig erbracht werden, Einnahmen erzielt. Selbst wenn keine unmittelbaren Einnahmen erzielt werden, so werden durch konzernintern erbrachte Tätigkeiten zumindest mittelbar<sup>26</sup> Einnahmen erzielt, etwa durch Einsparungseffekte<sup>27</sup>. In Deutschland wurde zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit vom Gesetzgeber mit der 6. KWG-Novelle<sup>28</sup> ein Konzernprivileg geschaffen<sup>29</sup>, wo-

nach Unternehmen, die Bankgeschäfte ausschließlich mit ihrem Mutterunternehmen oder ihren Tochter- oder Schwesterunternehmen betreiben, nicht als Kreditinstitute im Sinne des KWG gelten (§ 2 Abs 1 Nr 7 KWG). Begründet wird die Ausnahme vom Anwendungsbereich des KWG mit mangelndem öffentlichem Schutzinteresse<sup>30</sup>.

In Österreich fehlt eine vergleichbare Vorschrift. Auch das BWG verfolgt indes einen vergleichbaren Schutzzweck<sup>31</sup>. Der telos auch des BWG ist auf den Schutz des Vertrauens in ein funktionierendes Bankensystem gerichtet. Das erfordert es nicht, bloß konzernintern erbrachte bankgeschäftliche Tätigkeiten von Nicht-Kreditinstitute als konzessionspflichtig zu betrachten<sup>32</sup>. Der VwGH anerkennt demgemäß eine Ausnahme von der Gewerblichkeit und damit dem Konzessionserfordernis nicht nur bei der bloß „gelegentlichen Kredit- oder Darlehensgewährung, wie sie im privaten bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommt“ sondern auch dann, wenn „zwar nicht formal ein Konzern vorliegt, jedoch eine Verbindung zwischen den beteiligten Unternehmen besteht (...), die sich als zu einer Unternehmensgruppe gehörend verstehen“<sup>33</sup>. Auch nach der aufsichtsbehördlichen Verwaltungspraxis sind ausschließlich konzernintern erbrachte bankgeschäftliche Tätigkeiten dann nicht konzessionspflichtig, wenn sie der Steuerung von Hauptfunktionen des Konzerns und dem Erwerbzzweck des Konzerns dienen.

Die Tätigkeit einer Clearing-GmbH und auch das Cash Pooling sind daher einer Nichtbank überhaupt nur im Konzern erlaubt. Gegenüber unverbundenen Dritten ist ihr diese Tätigkeit verboten. Ein Drittvergleich ist daher nicht nur faktisch nicht möglich, sondern auch deshalb, weil Vergleichsgeschäfte erst gar nicht durchgeführt werden dürfen.

#### 4.2. Alternative Beurteilungsmaßstäbe

##### 4.2.1. Sorgfalt nach Maßgabe des Unternehmensgegenstands und -zwecks

Die Frage ist, was daraus folgt, dass kein Drittvergleich möglich ist. Die radikale Schlussfolgerung wäre, solche Geschäfte für verboten zu halten. Ein solcher Schluss wird freilich, soweit ersichtlich, nicht gezogen<sup>34</sup>. Viel-

25 OGH 29.8.2017, 6 Ob 114/17h, GesRZ 2018, 50 mit Anm Karollus = EvBl 2018, 32 mit Anm Told = wbl 2017, 655 mit Anm Harrer

26 Billek, Cash Pooling im Konzern (2009) 47.

27 Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, Bankwesengesetz (9. Lfg 2017) § 1 Rz 11.

28 BGBl I 1997, 2518.

29 Büschgen, Inhouse Banking, WM 1995, 733.

30 Fülbier in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kommentar zum KWG (2006), § 2 Rz 16.

31 Diwok in Diwok/Göth, BWG I (2005) § 1 Rz 13 ff: nur wer typische banktechnische Handlungen selbst ausführe sei konzessionspflichtig. Solange sich die Betreibergesellschaft eines „ausführenden Bankinstituts“ zur Durchführung der Transaktionen bediene, benötige sie selbst keine Konzession. Aufgrund der Nichtbeeinträchtigung des Anlegerschutzes und der Funktionsfähigkeit des Bankwesens mangelt es dieser Auffassung zufolge bereits an der Gewerblichkeit.

32 Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, Bankwesengesetz (9. Lfg 2017) § 1 Rz 11.

33 VwGH 20.6.2012, 2008/17/0226 mit Verweis auf RV 1130 BlgNR 18. GP 113.

34 Karollus, Einlagenrückgewähr (FN 6) 63; Hügel in Kalls/Torggler, Einlagenrückgewähr (FN 10) 42 f.

mehr soll das Hauptgewicht in diesen Fällen dann auf der Bewertung der beiderseitigen Leistungen und auf dem Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers liegen<sup>35</sup>. Es wird auch auf das steuerrechtliche Parallelproblem verwiesen und als Beispiel etwa die sog Cost plus-Methode genannt, bei der die Herstellungskosten zuzüglich eines angemessenen Gewinns verrechnet werden müssen, freilich bei der abnehmenden Gesellschaft auch ein angemessener Nutzen vorliegen muss<sup>36</sup>.

Es ist zutreffend, dass aus der mangelnden Möglichkeit eines Drittvergleichs (eben weil die Geschäfte nur im Konzern vorkommen) nicht per se das Verbot solcher Geschäfte folgt. Denn der Drittvergleich ist ja nicht das Gebot selbst, sondern nur ein Maßstab, um die Vermögensminderung bei der Gesellschaft zugunsten des Gesellschafters festzustellen.

Daher bleibt die Frage, welcher alternative Maßstab zur Verfügung steht. Ein Beispiel wie die Cost plus-Methode hilft offensichtlich nicht weiter, weil Kredite keiner üblichen Kostenrechnung zugänglich sind. Was weiterhilft ist der Maßstab des sorgfältigen Geschäftsführers. Er liegt ja auch dem Drittvergleich zugrunde und die sorgfältige Geschäftsführung ist die, die Vermögensminderungen der Gesellschaft vermeidet. Nimmt man hinzu, dass der Unternehmensgegenstand und -zweck Determinanten für die Tätigkeit des Geschäftsführers sind<sup>37</sup>, wären die Kreditvergaben zulässig, die der sorgfältige Geschäftsführer einer Clearing-GmbH abschließen darf. Wenn dementsprechend ex ante mit einem Ausfall der Kredite unter Einbeziehung allfälliger Patronatserklärungen der Mutter nicht gerechnet werden muss, wäre die Kreditvergabe erlaubt. Der Unterschied zu einer „normalen“ GmbH und der dafür in 6 Ob 114/17h festgehaltenen Kriterien wäre, dass die Kreditgewährung nicht die absolute Ausnahme, sondern das für diese Gesellschaft übliche Geschäft wäre und dass die Kreditgewährung dann zulässig ist, wenn nach einer sorgfältigen Betrachtung die vollständige Rückführung der Kredite gesichert erscheint. Im Ergebnis würde das für Clearing-GmbH und Master Companies auf die Rechtslage hinauslaufen, wie sie in Deutschland

gilt, dh auf eine bilanzielle Betrachtungsweise. Das hätte auch den Vorteil, dass deutsche Rsp und Lit herangezogen werden kann.

Die Lösung erscheint auch logisch. Der Drittvergleich bei der „normalen Gesellschaft“ scheitert ja daran, dass schon das „Ob“ der Kreditvergabe verneint werden muss, also mit einem Dritten ein solches Geschäft schon grundsätzlich nicht abgeschlossen worden wäre. Denn eine normale Gesellschaft vergibt üblicherweise keine Kredite an einen gesellschaftsfremden Dritten. Bei einer Clearing-GmbH ist wegen ihres Unternehmensgegenstandes und Gesellschaftszwecks<sup>38</sup> klar zu bejahen, dass sie solche Geschäfte abschließen darf (also das „Ob“), ihr Zweck ist es ja geradezu, solche Geschäfte zu machen. Daher fragt sich nur mehr, welchen inhaltlichen Kriterien das Geschäft genügen muss.

Es muss freilich noch geklärt werden, ob denn der hier zunächst als selbstverständlich vorausgesetzte Unternehmensgegenstand und -zweck der Clearing GmbH überhaupt zulässig ist.

#### 4.2.2. Zulässigkeit von Unternehmensgegenstand und -zweck

Man unterscheidet Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck. Der Unternehmensgegenstand ist zwingender Bestandteil der Satzung und umschreibt den sachlichen Tätigkeitsbereich der Gesellschaft, also zB die Produktion von Baustoffen. Mit Gesellschaftszweck ist das Ziel der Tätigkeit gemeint, ob Gewinnerzielungsabsicht besteht oder ein ideeller Zweck verfolgt wird. Den Zweck braucht man in der Satzung nur dann ausdrücklich regeln, wenn er sich nicht ohnedies implizit aus dem Unternehmensgegenstand ergibt. Denn regelmäßig wird mit einer typisch unternehmerischen Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt<sup>39</sup>.

Im Grundsatz unstrittig ist und das ergibt sich aus dem Gesetzestext (§ 1 GmbHG) und auch aus den Gesetzesmaterialien sowohl zur GmbH<sup>40</sup> als auch zur AG<sup>41</sup>, dass man mit diesen Gesellschaftsformen auch eine ideelles

35 Karollus, Einlagenrückgewähr (FN 6) 63.

36 Hügel in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr (FN 10) 42 f.

37 Vgl nur Koppensteiner/Rüdfler, GmbHG<sup>3</sup>, § 4 Rz 6 und § 20 Rz 4; Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup>, § 17 Rz 13.

38 Zu diesem noch genauer gleich im Text unter 4.2.2.

39 Vgl Koppensteiner/Rüdfler, GmbHG<sup>3</sup>, § 1 Rz 5 und 4 Rz 6; Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup>, § 17 Rz 13; etwas anders, im Ergebnis aber ohne Folge, zB Torggler in Torggler, GmbHG (2014), § 1 Rz 6 und Aicher/Felzl in Straube/Ratkal Rauter, WK GmbHG (Stand 1.1.2018), § 4 Rz 12: Unternehmenszweck weiterer Begriff, der die materielle oder ideelle Zwecksetzung und den Unternehmensgegenstand als Tätigkeitsbereich umfasst.

40 Vgl HHB 272 BlgHH XVII. Session, S 6 f, abgedruckt bei Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 467: „Um außer

Zweifel zu setzen, dass, obwohl die neue Gesellschaft stets Handelsgesellschaft ist, ihr Zweck keineswegs bloß auf dem Gebiete des wirtschaftlichen Verkehrs gelegen sein müsse, sondern daß sie sogar für ideale Zwecke (der Religion, Gemeinnützigkeit, Geselligkeit u.s.w.) zur Anwendung kommen könne, hat es die Kommission für rätlich gehalten, in Übereinstimmung mit dem deutschen Gesetz im § 1, Absatz 1, die Worte: zu jedem gesetzlich zulässigen Zwecke einzuschalten; (...).“

41 Vgl den „halbamtlichen“ Kommentar zum dAktG 1937 Schlegelberger/Quassowski, Aktiengesetz<sup>3</sup> (1939), § 3 Rz 1. Vgl denn auch § 3 AktG idG vor dem HaRAG 2005 (BGBl I 2005/120): „Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht.“

oder gemeinnütziges Ziel verfolgen darf<sup>42</sup>. In Österreich noch kaum diskutiert ist jedoch das bei einer atypischen Zwecksetzung auftretende Spannungsfeld zum Verbot der Einlagenrückgewähr<sup>43</sup>. Das wird besonders deutlich bei einer sog genossenschaftlichen AG, die den Erwerb ihrer Aktionäre wie eine Genossenschaft zB durch verbilligten Bezug von Waren fördern soll<sup>44</sup>. Aber auch andere atypische Zwecksetzungen führen zu dem Spannungsverhältnis, jedenfalls wenn man das moderne und sehr ausdifferenzierte Verständnis des Verbots der Einlagenrückgewähr zugrunde legt: So könnte auch die ideelle Zwecksetzung einer Fairtrade-Gesellschaft, faire Abnahmepreise für Bauern zu zahlen, als Einlagenrückgewähr qualifiziert werden. Profiteure sind zwar Nichtgesellschafter, nämlich die Bauern. Das Verbot der Einlagenrückgewähr erfasst aber auch Zuwendungen an Dritte, die auf Veranlassung eines Gesellschafters in dessen Interesse vorgenommen werden. Denn er erspart sich dann selbst ja eine Zuwendung. Die Veranlassung erfolgte schon durch die Vereinbarung des ideellen Zwecks in der Satzung<sup>45</sup>. Im Ergebnis Gleiches könnte zB für eine kommunale AG gelten, die ihren Vorstand in der Satzung aufträgt, defizitäre Freizeitbetriebe wie zB ein Hallenbad im Interesse der Bevölkerung zu betreiben. Denn der Aktionär Stadtgemeinde erspart sich hier zu Lasten der AG entsprechende Subventionen oder den verlustbringenden Eigenbetrieb der Freizeitbetriebe. Dasselbe Grundproblem stellt sich aber auch für eine Konzerngesellschaft, der eine unterstützende Funktion für andere Konzerngesellschaften zugewiesen ist und damit letztlich auch für unsere Clearing Gesellschaft, die im Konzern die zentrale Kreditaufnahme und -weiterleitungstätigkeit übernehmen soll.

Auf den Punkt gebracht stellt sich die Frage, ob der Gesellschaftszweck die Reichweite des Vermögensschutzes absteckt oder ob umgekehrt der Vermögensschutz den Gesellschaftszweck beschränkt<sup>46</sup>.

Würde man Letzteres annehmen, so bliebe kein Raum mehr für atypische Zwecksetzungen<sup>47</sup>. Wie die oben for-

mulierten Beispiele zeigen, steht jede atypische Zwecksetzung, also jeder Gesellschaftszweck, der nicht auf Gewinnmaximierung ausgerichtet ist, im Widerspruch zur heute weit verstandenen Vermögensbindung. Die genossenschaftliche AG besonders sinnfällige, aber auch die ideelle (vgl das Beispiel der Fairtrade-Gesellschaft) oder gemeinwohlorientierte Gesellschaft (vgl die Stadtwerke-AG mit der Verpflichtung zur Erhaltung defizitärer Freizeitbetriebe) ließen sich nicht mehr verwirklichen. Ein so weit gehender Schluss wäre nur dann gerechtfertigt, wenn das Gewinnmaximierungsziel, das dann aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr folgte, tatsächlich überlegenen Gläubigerschutz böte, den das Verbot der Einlagenrückgewähr ja bezweckt<sup>48</sup>. Dann könnte man, methodisch allerdings auch schwierig, einen Vorrang der Regeln über die Kapitalerhaltung vor denjenigen Normen annehmen, die die Zweckoffenheit der Kapitalgesellschaft anordnen. Das Gewinnmaximierungsziel leistet diesen überlegenen Gläubigerschutz aber ohnedies nicht. Denn den Gesellschaftern (in der GmbH) und Vorstand und Aufsichtsrat in der AG ist es unbenommen, Gewinne soweit auszuschütten, bis das Vermögen der Gesellschaft nur mehr das Stammkapital und gebundene Rücklagen abdeckt. Es ist mithin im Ergebnis auch durch das Verbot der Einlagenrückgewähr zusammen mit einem auf Gewinn ausgerichteten Zweck der Gesellschaft nur sichergestellt, dass bis zu diesem Betrag Vermögensschutz gewährleistet wird<sup>49</sup>.

Diese Grenze markiert dann aber die Grenze der atypischen Zwecksetzung. Die Verfolgung eines Förderauftrags, ideeller oder gemeinnütziger Zwecke darf nicht dazu führen, dass Zuwendungen aus dem gebundenen Vermögen erfolgen. Es ist mithin nur eine Gewinnminderung, nicht aber eine Beeinträchtigung des gebundenen Vermögens gestattet. Die Gesellschafter können somit durch die Zwecksetzung in der Satzung über das nicht gebundene Vermögen verfügen, wie sie sonst durch Gewinnausschüttungen verfügen könnten<sup>50</sup>.

42 Vgl *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 1 (Stand 1.12.2014) § 1 Rz 22; *Artmann/Rüdfler*, Gesellschaftsrecht (2017) Rz 553 und Rz 850; *Winkler/Winkler* in *FAH*, § 1 Rz 5; *Heidinger/Schneider* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup>, § 17 Rz 13.

43 Vgl nunmehr aber *Told*, Statutarische Konzernklauseln in der abhängigen Kapitalgesellschaft, in *Artmann/Rüdfler/Torggler* (Hrsg), Konzern – Einheit oder Vielheit?, in Druck; grundlegend dann auch *dies*, Leitung und Verantwortung im Konzern, im Entstehen.

44 Vgl dazu schon früh *Luther*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft (1978) insb 9 ff und 33 ff; grundlegend *Mülbert*, Kapitalerschutz und Gesellschaftszweck bei der Aktiengesellschaft, FS Lutter (2000) 535 ff; ferner *Nienhaus*, Kapitalschutz in der Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung (2002) 3 ff; *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung (2002) insb 63 ff; *Schön*, Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzung auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand: Gesellschaftsrechtliche Analyse, ZGR 1996, 429, 453 ff.

45 Vgl *Mülbert*, FS Lutter 542; *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung 80 ff.

46 So treffend *Mülbert*, FS Lutter 538.

47 Vgl *Mülbert*, FS Lutter 542 ff; *Nienhaus*, Kapitalschutz in der Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung 10 f; *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung 94 ff.

48 In diesem Sinn *Schön*, ZGR 1996, 452 ff.

49 *Mülbert*, FS Lutter 543 f.

50 Mit diesem Ergebnis wird im Übrigen auch ein Konflikt mit Artt 44 ff der GesellschaftsrechtsRL (Richtlinie [EU] 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl L 169 vom 30.6.2017, S. 46) vermieden (früher KapitalRL); dazu ebenfalls näher *Mülbert*, FS Lutter 544 ff. Da eine Clearing-Gesellschaft wohl zumeist in der Rechtsform der GmbH vorkommt, braucht das hier nicht näher untersucht zu werden.

Es bleibt ein möglicher Einwand zu prüfen: Das Verbot der Einlagenrückgewähr gebietet ja nicht nur, dass die Vermögenszuwendung aus Gewinn erfolgen könnte (so wie es § 30 dGmbHG macht), sondern erfordert auch tatsächlich den Ausweis als Gewinn. Die Vermögenszuwendung muss auch transparent erfolgen, sodass beispielsweise der Transfer von stillen Reserven untersagt ist. Zugewendet werden darf nur das, was auf der Basis eines festgestellten Jahresabschlusses und in der Regel eines Gewinnverwendungsbeschlusses auch als ausschüttbarer Gewinn ausgewiesen ist<sup>51</sup>.

Damit steht die hier entwickelte Lösung in einem Spannungsverhältnis. Indes wird das Vermögen für atypische Zwecke ja nicht heimlich verteilt, sondern die atypische Zwecksetzung ist durch den Ausweis in der Satzung publik und damit transparent gemacht. Wenn die genossenschaftliche AG ihre Mitglieder aus nicht gebundenem Vermögen fördern und das kommunale Unternehmen zu Lasten sonst ausschüttbarer Gewinne gemeinwohlorientiert agieren darf, ist das in der Satzung ausgewiesen und ist damit Gläubigern genauso zugänglich wie Gewinnverwendungsbeschlüsse. Ebenso ist es bei unserer Clearing-GmbH: Dass sie die Funktion der zentralen Kreditaufnahme für den Konzern und der Weiterleitung der Mittel im Konzern hat, ist ihr satzungsmäßiger Unternehmensgegenstand, dass ihr Zweck nicht Gewinnmaximierung, sondern eine gewisse dienende Funktion im Konzern ist, ist damit publik.

#### 4.2.3. Ergebnis für die Clearing-GmbH

Für die Kreditvergabe der Clearing-GmbH bedeutet das, dass wegen der grundsätzlich zulässigen satzungsmäßigen Zwecksetzung nicht mehr zu fragen ist, ob sie solche Geschäfte machen darf, sondern nur mehr das Wie unterliegt einer Prüfung am Maßstab eines sorgfältigen Geschäftsführers einer Clearing-GmbH. Da sie hier nicht in den Zustand einer Unterbilanz kommen darf, muss sie im Ergebnis darauf achten, dass die von ihr vergebenen Kredite werthaltig sind, also ein vollwertiger Rückgewähranspruch besteht. Damit sind wir im Ergebnis bei der deutschen Lösung der bilanziellen Betrachtungsweise, wie sie seit dem MoMiG ausdrücklich in § 30 Abs 1 dGmbHG und § 57 Abs 1 AktG verankert ist. Eine signifikante Beeinträchtigung des Gläubigerschutzes ist durch

die hier begründete Lösung nicht zu befürchten: Denn zum einen wissen die Gläubiger, die mit ihr Geschäfte machen, und das sind Banken, um den Zweck dieser Gesellschaft. Zum anderen ist auch bei bilanzieller Betrachtung eine verhältnismäßig strenge Sichtweise geboten: Erforderlich ist auch hier eine vernünftige kaufmännische Beurteilung der Frage, ob die Mittel zurückgezahlt werden können. Sobald nach der Bonität des Schuldners unter Einbeziehung allfälliger Sicherheiten daran begründete Zweifel besehen, ist eine Abschreibung vorzunehmen und die Vollwertigkeit mithin nicht mehr gegeben. Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit ist aber, weil tatsächlich selten erreichbar, nicht erforderlich<sup>52</sup>.

Mit diesem Maßstab ist auch ein weiteres, in der praktischen Handhabung sehr schwieriges Kriterium aus der Rsp des OGH erfüllt. Es wird nämlich gesagt, dass eine sicherheitenbestellende Gesellschaft keine existenzgefährdenden Risiken übernehmen dürfe<sup>53</sup>. Gleiches muss auch für eine Kreditvergabe gelten. Da unternehmerische Tätigkeit immer mit dem Risiko des Scheiterns verbunden ist und die Frage aus der Sicht ex ante zu beurteilen ist, ist dieses Erfordernis besonders schwer zu handhaben<sup>54</sup>. Indes wird auch die Clearing GmbH, die wegen der Bonität ihrer Schuldner unter Einbeziehung allfälliger Sicherheiten wie Patronatserklärungen der Konzernmutter ex ante keinen begründeten Zweifel an der Rückführbarkeit der Mittel haben muss, kein existenzbedrohendes Risiko eingehen.

Die hier begründete Lösung hat schließlich auch erhebliche Auswirkung auf das Risiko der die Clearing-GmbH finanzierenden Bank. Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr bedroht ja ihren Kredit an die Clearing-GmbH mit Unwirksamkeit, wenn die Weiterleitung der Kreditmittel evident gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt<sup>55</sup>. Das bejaht man eher dann, wenn die Kreditvergabe begründungsbedürftige Ausnahme ist. Ist sie bei einer Clearing-GmbH aber Folge des zulässigen Unternehmensgegenstands und Gesellschaftszwecks und dann zulässig, wenn die Kreditrückführung nicht gefährdet erscheint, lässt sich ein evidenter Verbotsverstoß wohl selten argumentieren. Denn eine Bank, die eine Clearing-GmbH finanziert, die Kredite weiter vergibt, deren Rückführung mit Zweifeln behaftet ist, müsste ja schon von Anfang an damit rechnen, dass auch die Clearing-GmbH ihre Mittel nicht zurückführen wird können.

51 Zum Vorstehenden grundlegend *Hügel in Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr (FN 10) 28 ff.

52 Vgl zum Maßstab *Fleischer in Schmidt/Lutter*, AktG<sup>3</sup> (2015), § 57 Rz 47; *Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>19</sup> (2016), § 30 Rz 28; BGH 1.12.2008, II ZR 102/07, BGHZ 179, 71-MPS GmbH.

53 OGH 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBl 2006 mit Anm *Artmann = ÖBA 2006*, 293 mit Anm *Karollus*.

54 Vgl dazu *Karollus*, Einlagenrückgewähr (FN 6) 111 f.

55 Vgl dazu oben unter 2.2.

---

## Zusammenfassung

Die Kreditvergabe durch eine Clearing-GmbH an Konzerngesellschaften lässt sich nicht mit dem Maßstab eines Drittvergleichs messen. Das folgt nicht nur daraus, dass solche Geschäfte außerhalb eines Konzerns nicht vorkommen, sondern auch daraus, dass sie einer Nichtbank gegenüber gesellschaftsfremden Dritten verboten wären. Zur Beurteilung, ob ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorliegt, muss deshalb ein anderer Beurteilungsmaßstab herangezogen werden. Dieser Maßstab ist der sorgfältige Geschäftsführer einer Clearing-GmbH. Deren Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck de-

terminiert auch seinen Sorgfaltsmaßstab, sodass eine Kreditvergabe dann rechtmäßig ist, wenn keine begründeten Zweifel an der Rückführbarkeit der Kreditmittel bestehen. Damit ist man im Ergebnis bei der bilanziellen Betrachtungsweise, wie sie in Deutschland mit dem MoMiG im dGmbHG und dAktG klarstellend festgeschrieben worden ist.

### **Korrespondenz:**

MMag. Dr. Markus Fellner,  
markus.fellner@fwp.at  
Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüdfler,  
friedrich.rueffler@univie.ac.at