Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht

ZGR-Sonderheft

Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

herausgegeben von

Robert Fischer †, Reinhard Goerdeler,
Marcus Lutter, Herbert Wiedemann

Sonderheft 6

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht

2. Deutsch-Österreichisches Symposion
zum Gesellschaftsrecht
vom 21. und 22. Februar 1986 in Landshut

herausgegeben von
Peter Hommelhoff, Johannes Semler,
Peter Doralt, Günter H. Roth

Walter de Gruyter · Berlin · New York · 1986

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht / 2. Dt.-Österr. Symposion zum Gesellschaftsrecht vom 21. u. 22. Februar 1986 in Landshut / hrsg. von Peter Hommelhoff ... – Berlin ; New York : de Gruyter, 1986.
(Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht : Sonderheft ; 6)
ISBN 3-11-010885-2
NE: Hommelhoff, Peter [Hrsg.]; Deutsch-Österreichisches Symposion zum Gesellschaftsrecht ⟨02, 1986, Landshut, Bayern⟩; Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht / Sonderheft

©
Copyright 1986 by
Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.
Printed in Germany
Satz und Druck: Saladruck, Berlin 36
Bindearbeiten: Verlagsbuchbinderei Dieter Mikolai, Berlin 10

Vorwort

Dieser Band enthält die Referate und Diskussionsberichte des 2. deutsch-österreichischen Symposions zum Gesellschaftsrecht, das am 21. und 22. Februar 1986 in Landshut/Niederbayern stattfand. Mit ihm wurde der Gedankenaustausch zwischen Anwälten, Justitiaren, Ministerialbeamten, Richtern und Universitätslehrern aus Deutschland und Österreich fortgesetzt, der 1982 mit dem 1. österreichisch-deutschen Symposion „Die Zukunft der GmbH" in Innsbruck begonnen hatte. Gegenstand des Landshuter Symposions war das GmbH-Konzernrecht in seiner bisherigen und möglichen weiteren Entwicklung; dabei hatten die Verhandlungen zum deutschen Rechtskreis maßgebliche Anstöße vom kurz zuvor publizierten Autokran-Urteil des Bundesgerichtshofs erfahren.

Als im Jahre 1975 eine Gesprächsrunde in Bonn zusammentraf, um über das GmbH-Konzernrecht zu diskutieren, da standen jene Verhandlungen noch ganz im Banne des Aktienrechts. Aber schon während der Bonner Tagung taten sich neue Horizonte auf: Nur kurze Zeit zuvor hatte der Bundesgerichtshof das ITT-Urteil veröffentlicht, das mit seinem vom Aktienrecht bewußt abweichenden Grundkonzept die weitere Diskussion um ein eigenständiges GmbH-Konzernrecht nachdrücklich beeinflußte. Die GmbH-spezifischen Bausteine seines Konzernrechts sind seitdem: die Gesellschaftertreupflicht – ein lange verschütteter Gedanke schon des Reichsgerichts –, die actio pro societate und der Gedanke eines konzerndimensionalen Rechtsschutzes. 1981 folgte dann das Süssen-Urteil mit dem Konzept eines betonten Konzern*eingangs*schutzes. Ihren vorläufigen Abschluß fand diese Entscheidungsreihe zum GmbH-Konzernrecht im schon erwähnten Autokran-Urteil vom September 1985. Umrankt werden diese drei Urteile von weiteren Entscheidungen, die zwar nicht unmittelbar zum Recht des GmbH-Konzerns ergingen, diesem aber dennoch gewichtige Anstöße und Ergänzungen liefern; die Stichworte lauten: Gervais-Danone, Holzmüller und Heumann-Ogilvy.

Diese Urteile waren mitnichten die praktisch saubere, aber konzeptionslos kurzatmige Antwort auf konkrete Einzelfragen. Ganz im Gegenteil: Der Bundesgerichtshof hat bewußt die Konzernlage dieser Fälle aufgegriffen und sich mit kleinen, aber beherzt gesetzten Schritten ins Neuland vorgewagt. Ob hinter diesen Urteilen schon ein – und sei es auch nur vages – Gesamtkonzept erkennbar wird, auf diese Grundfrage haben sich die Teilnehmer des Landshuter Symposions über alle Einzelfragen hinweg auch konzentriert.

In Deutschland sind damit die Weichen in Richtung auf ein Konzernrecht der GmbH gestellt – zwar eigenständig gegenüber dem Aktienrecht, aber eben doch

Konzernrecht. Diese Wegrichtung noch einmal kritisch zu überprüfen, dafür scheint gerade das Gespräch mit den Nachbarn in Österreich und auch in der Schweiz gut geeignet. Dort kennt man keinen (oder sollte man vielleicht sagen: noch keinen?) konzernspezifischen Regelungs- und Interpretationsansatz mit breitflächiger Wirkung. Statt dessen denkt man dort in den Argumentationsfiguren des allgemeinen Minderheiten- und Gläubigerschutzes; freilich läßt sich gerade der Minderheitenschutz auch in diesen Rechtsordnungen auf den Grundgedanken der Gesellschaftertreupflicht zurückführen. Den deutschen Konzernrechtler mag diese Sehweise zur selbstkritisch-skeptischen Prüfung veranlassen: Brauchen wir wirklich ein *Konzern*recht der GmbH? Oder lassen sich die Konzernprobleme ebensogut mit den überkommenen Instrumentarien bewältigen? Die Beiträge der österreichischen Autoren in diesem Band stimmen nachdenklich.

Unser Dank gilt zunächst der Bayerischen Landesbank und der Bayerischen Sparkassenakademie samt ihren Mitarbeitern, die den Teilnehmern des Symposions beeindruckendes Gastrecht gewährten. Sehr zu danken haben wir aber auch der Alfried Krupp von Bohlen und Halbach-Stiftung und der Rudolf Siedersleben'schen Otto Wolff-Stiftung, die das Symposion und die Veröffentlichung seiner Verhandlungen großzügig gefördert haben.

Den Herren wissenschaftlichen Mitarbeitern Bernd Erle und Thomas Mecke sowie Frau cand. iur. Susanne Kingreen danken wir für ihre große Hilfe bei der Vorbereitung des Symposions, für die Betreuung seines Ablaufs und für die Drucklegung der Verhandlungen.

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

Seite

Vorwort V

Zum Grundkonzept eines österreichischen GmbH-Konzernrechts
Referat: Univ.-Professor Dr. PETER DORALT (LLM), Wirtschaftsuniversität Wien 1
Diskussionsbericht: ao. Univ.-Professor Dr. HANNS FITZ, Universität Innsbruck 14

Bestandsschutz im faktischen GmbH-Konzern
Referat: Rechtsanwalt Professor HEINZ ROWEDDER, Mannheim 20
Referat: Vizepräsident des Bundesgerichtshofs a. D. Dr. h. c. WALTER STIMPEL, Karlsruhe 39
Diskussionsbericht: wiss. Mitarbeiter BERND ERLE, Universität Bielefeld 53

Bestandsschutz im GmbH-Vertragskonzern
Referat: Professor Dr. VOLKER EMMERICH, Universität Bayreuth 64
Diskussionsbericht: wiss. Mitarbeiter THOMAS MECKE, Universität Bielefeld 97

Minderheitenschutz im österreichischen GmbH-Konzern
Referat: Univ.-Professor Dr. HANS-GEORG KOPPENSTEINER, Universität Salzburg 101
Diskussionsbericht: Univ.-Dozent Dr. CHRISTIAN NOWOTNY, Wirtschaftsuniversität Wien 117

Die Gründung von faktischen GmbH-Konzernen
Referat: Professor Dr. UWE H. SCHNEIDER, Technische Universität Darmstadt 121
Diskussionsbericht: Referendarin GABRIELE JÖRCHEL, Frankfurt/Main 187

Bildung und Auflösung des GmbH-Vertragskonzerns
Referat: Notar Dr. HANS-JOACHIM PRIESTER, Hamburg 151
Diskussionsbericht: Referendarin GABRIELE JÖRCHEL, Frankfurt/Main 187

Das System des deutschen GmbH-Konzernrechts
Referat: Professor Dr. MARCUS LUTTER, Universität Bonn 192
Diskussionsbericht: wiss. Mitarbeiter THOMAS MECKE, Universität Bielefeld 219

Schlußwort: Univ.-Professor Dr. GÜNTER H. ROTH, Universität Innsbruck 222

Teilnehmerverzeichnis 226
Stichwortverzeichnis 229

Referat

Zum Grundkonzept eines österreichischen GmbH-Konzernrechts

von

o. Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt (LLM), Wien*

Inhaltsübersicht

I. Stand der Diskussion
II. Einheitsbetrachtung (Anknüpfung an die Unternehmenseinheit)
III. Zum Anwendungsbereich der Einheitsbetrachtung
IV. Minderheitenschutz und Gläubigerschutz nach geltendem Recht als Grundlage weiterer Entwicklungen
1. Minderheitenschutz bei der Konzernentstehung
2. Strenger Grundsatz der Kapitalerhaltung (§§ 82 f öGmbHG)
V. Zulässigkeit des qualifiziert faktischen Konzerns

I. Stand der Diskussion

Stellt man die Frage nach einem österreichischen GmbH-Konzernrecht, so ist die Standardantwort, daß es selbst im Aktienrecht kaum ein ausgeprägtes österreichisches Konzernrecht gebe, weil das AktG 1965 das in Österreich 1938 eingeführte deutsche AktG 1937 im wesentlichen mit seinen rudimentären Konzernrechtsansätzen fortgeführt hat. Noch weniger gebe es ein eigenes GmbH-Konzernrecht. Die durch die GmbHG-Novelle 1980 aus § 15 öAktG in § 115 öGmbHG übernommene Definition des Konzernbegriffes habe Bedeutung vor allem im Bereich der Rechnungslegung, ansonsten sei sie von geringem normativen Gewicht[1].

Dieser Befund trifft zu, wenn man den breiten Strom deutscher Literatur in den letzten 10 Jahren verfolgt und mit den wenigen Äußerungen zum österreichischen GmbH-Konzernrecht vergleicht[2].

* Ich danke meinem Assistenten, Herrn Univ.-Doz. Dr. Christian Nowotny für mehrere Anregungen zu dieser Arbeit, für die sorgfältige Unterstützung bei der Endredaktion und für die durch meine Erkrankung bedingte Vertretung im Vortrag.

1 Rowedder/Koppensteiner, Komm. z. GmbHG, 1985, § 52 Anh. Anm. 73.

2 Immerhin hat aber Reich-Rohrwig in seinem System des österreichischen GmbH-Rechts dem Konzernrecht ca. 18 Seiten gewidmet (Reich-Rohrwig, Das österreichi-

Geht man der deutschen Diskussion ein wenig nach[3], so kommt man zu der Überzeugung, daß das österreichische GmbH-Konzernrecht einem schlafenden und unerkannten Dornröschen ähnelt, das im Verborgenen darauf wartet, wachgeküßt zu werden; die Frage wird sein, ob das Rechtsprechung und Lehre tun werden oder ob sie nur Steigbügelhalter für den Gesetzgeber[4] sein werden.

Insgesamt geht es vielleicht in der österreichischen Diskussion mehr darum, ein Phänomen als systematisch zusammenhängende Problemstellung in den Blick zu bekommen, dessen Einzelaspekte und Lösungsansätze der österreichischen Diskussion durchaus bewußt sind.

Einige Besonderheiten des österreichischen GmbH-Rechts erleichtern m. E. schon nach geltendem Recht die Lösung einer Reihe von Problemen.

II. Einheitsbetrachtung (Anknüpfung an die Unternehmenseinheit)

Das Wesen des Konzerns wird heute überwiegend darin gesehen, daß das Unternehmen als Einheit sich nicht mehr mit dem rechtlichen Begriff der Gesellschaft deckt. Das unternehmerische Aktionszentrum *(Kosiol)*[5] liegt außerhalb einer Gesellschaft (etwa nicht bei der Tochtergesellschaft, sondern bei der Muttergesellschaft), der unternehmerische Aktionsradius reicht über die Grenzen des juristischen Begriffs der Gesellschaft hinaus[6]. Zur lex lata hat der österreichische OGH der Vorstellung, den Konzern auch als einen einheitlichen Rechtsträger zu sehen, kürzlich eine Absage erteilt und eine Kompensation des Schuldners einer Konzerngesellschaft mit einer Forderung gegen eine andere Konzerngesellschaft abgelehnt[7]. Die Rechtsfrage ist in der Entscheidung richtig entschieden, das genügt aber wohl nicht, um den Grundgedanken gleich beiseite zu legen.

sche GmbH-Recht, 1983, S. 236 f, 367 f, 365 f, 567 ff, 818 ff); zum Gewinnabführungsvertrag jüngst auch KOPPENSTEINER, RdW 1985, 170.

3 Aus österreichischer Sicht siehe SCHAUER, in: Doralt (Hrsg.), Deutsches Konzernrecht – Rechtslage und Überlegungen zur Rezeption in Österreich, 1985, S. 134 ff.

4 Für eine gesetzliche Regelung des Aktienkonzerns bereits KASTNER, FS Broda, 1976, S. 91, 104; KASTNER/DORALT, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 4. Aufl., 1983, S. 334, sprechen sich für eine mit der AG gemeinsamen Lösung aus.

5 KOSIOL, Die Unternehmung als wirtschaftliches Aktionszentrum, 1972, insbesondere S. 28 f.

6 Siehe bereits KRONSTEIN, Die abhängige juristische Person, 1931, S. 4 ff, der aber auch darauf hinweist, daß nicht alle Abhängigkeiten gleich soweit führen, „daß man von einer Unternehmenseinheit sprechen kann" (S. 5); siehe auch MESTMÄCKER, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 302 ff.

7 OGH GesRZ 1983, 156 = RdW 1983, 43.

Druey[8] hat in seiner eindrucksvollen Grundsatzanalyse energisch dafür plädiert, die von *Franz Klein*[9] schon 1904 geforderte Einheit von Wahrheit und Form anzustreben und – ich vereinfache sehr – gefordert, den in vielen Abwandlungen auftretenden *Konzern-Sachverhalt* des Wirtschaftslebens als Objekt von rechtlichen Regeln *einheitlich zu erfassen.*

Ich halte das für einen wichtigen Grundsatz der juristischen Systembildung eines österreichischen Konzernrechts – aber folge doch nicht der Empfehlung an den Gesetzgeber. Es gibt systembildende Begriffe, die zentrale Bedeutung erlangen, ohne auszureichen, bereits etablierte Lösungsansätze im Rechtssystem zu entthronen und grundsätzlich neue, eigenständige juristische Kategorien zu rechtfertigen.

Der in den letzten Jahrzehnten aus dem Gesellschaftsrecht heraus entwickelte Systembegriff „Konzernrecht" ist in meinen Augen insofern nahe verwandt dem Systembegriff „Arbeitsrecht"[10]. So wie es im Individualarbeitsrecht bei zahlreichen Problemen immer noch um zentrale zivilrechtliche Fragestellungen, etwa des klassischen Vertragsrechts, geht, sind auch im Konzernrecht die heute vorrangig diskutierten Fragen die alten gesellschaftsrechtlichen Fragen nach dem Verhältnis von Mehrheit zur Minderheit und dem Schutz der Gläubiger.

Gerade im GmbH-Recht würde m. E. eine scharfe Abgrenzung dieser klassischen Fragestellungen des GmbH-Rechts von einem GmbH-Konzernrecht nicht befriedigen.

Ein anderer Aspekt der Argumentation *Drueys* verdient noch zusätzliche Beachtung: *Druey* weist darauf hin[11], daß sich in den erwähnten zwei Fragestellungen (Minderheitsschutz, Gläubigerschutz) das Konzernrechtsproblem nicht erschöpft. Schlagwortartig verweise ich auf arbeitsvertragliche Probleme bei Versetzung innerhalb des Konzerns[12], steuerrechtliche Fragen, Immaterialgüterrecht (insbesondere im Firmen- und Markenrecht)[13], Besonderheiten des Vertragsrechts bei Abschlüssen mit Konzernen[14].

Ich glaube, daß auch diese Aspekte des Realphänomens „Konzern" relevant sind, aber bei der Systembildung die Verankerung dieser Aspekte im Hauptgebiet dieser Fragenbereiche unangetastet bleiben soll. In der wissenschaftlichen Darstellung des Konzernrechts haben diese Aspekte einen ganz wichtigen Platz,

8 DRUEY, in: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins 1980, S. 273 ff.

9 Siehe das Vorwort in FRANZ KLEIN, Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, 1904.

10 Vgl. BYDLINSKI, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht, 1969, S. 11 ff.

11 DRUEY, aaO (Fn. 8), S. 273 ff.

12 Vgl. z. B. BIRK, ZGR 1984, 23, 43 ff; FABRICIUS, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, 1982.

13 Vgl. KOPPENSTEINER, GRUR 1972, 394.

14 Vgl. etwa H. P. WESTERMANN, WM 1986, Beilage zu Heft 2.

den wir vielleicht als Gesellschaftsrechtler zu vernachlässigen geneigt sind, aber ich bin überzeugt, daß sich die von *Druey* erwähnten Probleme de lege lata, aber auch de lege ferenda nur sachgerecht lösen lassen, wenn man von den Grundinstrumenten und dogmatischen Denkfiguren der Nachbargesetze ausgeht.

Ich will dies an einer weiteren Entscheidung des OGH[15] zeigen. In einem Vertrag hatte ein Autolieferant mit seinem Vertragshändler, einer GmbH, ein Wettbewerbsverbot vereinbart; für den Fall einer Verletzung waren Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche sowie die vorzeitige Kündigungsmöglichkeit vorgesehen. Die beiden Gesellschafter gründeten für den Vertrieb eines Konkurrenzprodukts eine zweite GmbH. Derartige Fragen sind wohl mit zivilrechtlichen Überlegungen zur Auslegung von Verträgen, Treu und Glauben, vorsätzliche Verletzung fremder Schuldrechte, anzugehen; auch das Problem, daß eine ergänzende Vertragsauslegung nicht ohne weiteres die Schwestergesellschaft zum Vertragsschuldner machen kann, weil dazu die Vertretungsbefugnis eines Konzerngliedes nicht reicht, alles das läßt sich sinnvoll wohl nicht global mit dem Gedanken der Einheit des Konzerns lösen, sondern diese Beobachtung ist in die aufgeworfenen zivilrechtlichen Fragen als ein zusätzliches Element der Beurteilung einzubringen.

Der Einheitsgedanke mit dem Vorrang der Anerkennung der Einheit des Konzernunternehmens vor dem Gedanken der Vielheit der den Gesamtkonzern bildenden Gesellschaften hat also in meinen Augen zwar große Bedeutung, sollte aber nicht als der einzige tragfähige Systemgedanke verabsolutiert werden.

III. Zum Anwendungsbereich der Einheitsbetrachtung

Beispiele für den Anwendungsbereich der Einheitsbetrachtung liegen m. E. vor allem in den zahlreichen Fällen vor, in welchen ohne bedeutendere betriebswirtschaftliche Gründe ein an sich als geschlossene betriebswirtschaftliche Einheit geführtes Unternehmen, z. B. aus steuerrechtlichen Gründen, auf zwei oder mehrere Gesellschaften „verteilt" wird.

Es gibt dafür in Österreich vor allem drei sehr weit verbreitete Anwendungsfälle:

1. die GmbH & Co. KG, insbesondere im engsten Sinn[16];
2. die Betriebsaufspaltung (besonders bei vollständiger Personenidentität)[17];
3. der sogenannte „Minikonzern", mit den regelmäßigen Schütt-aus-Holzurück-Kapitalerhöhungen, Darlehensgewährungen oder Zuschüssen der Mutter an die Tochter.

15 OGH GesRZ 1983, 153 = JBl 1983, 592.

16 Siehe für Österreich KASTNER/STOLL, Die GmbH & Co. KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht, 2. Aufl., 1977.

17 Für Österreich PLATZER, Betriebsaufspaltungen, 1984, insbesondere S. 14.

Die Konstruktion des „Minikonzerns" hat ihren steuerlichen Anreiz daher, daß gespaltener Körperschaftssteuersatz und Schachtelprivileg zu einer ganz wesentlichen Reduktion der Körperschaftssteuerbelastung führen und zwar selbst dann, wenn die Ausschüttung nicht an die Gesellschafter der Mutter durchgeleitet wird, weil im geltenden österreichischen Körperschaftssteuerrecht eine Nachsteuerpflicht bei unterlassener Weiterausschüttung fehlt[18].

Nun ist es vielleicht überraschend, überhaupt die genannten drei Konstruktionen unter dem Thema Konzernrechtsprobleme zu erwähnen. Das ist für die GmbH & Co. im engsten Sinn und die Betriebsaufspaltung eher ungewöhnlich, und für die Holdingkonstruktion, wie den erwähnten österreichischen „Minikonzern", meint *Koppensteiner*, daß es sich nicht um einen Konzern handle, weil die Muttergesellschaft zwar formal eine Handelsgesellschaft sei, materiell aber kein Unternehmen betreibe[19]. Das hätte allerdings zur Folge, daß die finanziellen Beziehungen zwischen den beiden Gesellschaften, z. B. Kredite, nicht unter die besonderen Bestimmungen über Konzernbeziehungen fallen würden[20].

Ich erwähne diese Fälle aber hier, weil sie zeigen, daß es vollständig geschlossene unternehmerische Einheiten gibt, die auf mehrere Gesellschaften verteilt sind. Ohne auf Details einzugehen, meine ich, daß hier die Auslegung dem Einheitsgedanken zum Durchbruch verhelfen sollte, wenn keine deutlich abweichende Parteienabsicht vorliegt.

Für den „Minikonzern" österreichischer Prägung bedeutet dies m. E., daß z. B. die Geschäftsführer der Tochtergesellschaft in sinngemäßer Anwendung von § 22 Abs. 4 öGmbHG gegenüber den Gesellschaftern der Muttergesellschaft verpflichtet sind, vor der Generalversammlung der Muttergesellschaft auch Bucheinsicht in die Bücher der Tochtergesellschaft zu verschaffen[21]. Für die GmbH & Co. bedeutet dies, daß dem Kommanditisten grundsätzlich eine unmittelbare Klagebefugnis gegen die sorgfaltswidrig handelnden Geschäftsführer der GmbH zusteht[22].

18 Siehe DORALT, in: Roth (Hrsg.), Die Zukunft der GmbH, 1983, S. 81 ff.

19 ROWEDDER/KOPPENSTEINER, aaO (Fn. 1), § 52 GmbHG Anh. Anm. 8; KOPPENSTEINER, in: Kölner Komm. z. AktG, 1985, § 15 Rdn. 34 f; WÜRDINGER, FS Kunze, 1969, S. 177, 182.

20 KOPPENSTEINER berücksichtigt dies durch eine teleologische Anwendung der betreffenden Vorschriften (ROWEDDER/KOPPENSTEINER, aaO [Fn. 1], § 52 GmbHG, Anh. Anm. 8).

21 Ebenso REICH-ROHRWIG, aaO (Fn. 2), S. 558 unter Berufung auf SCHOLZ/EMMERICH, Komm. z. GmbHG, 6. Aufl., 1978/1983, Anh. II Anm. 154.

22 Zu Einzelfragen P. DORALT in: Kastner/Stoll, GmbH & Co. KG, aaO (Fn. 16), S. 245 ff.

IV. Minderheitenschutz und Gläubigerschutz nach geltendem Recht als Grundlage weiterer Entwicklungen

Von solchen Fällen abgesehen, plädiere ich dafür, die GmbH-Diskussion über den GmbH-Konzern nicht von der allgemeinen Diskussion über die Frage des Schutzes des Minderheitsgesellschafters und des Schutzes der Gläubiger (Kapitalerhaltung) zu trennen. De lege lata ist das ohnehin selbstverständlich. Aber auch de lege ferenda halte ich einen Ausbau dieser Institutionen für besser. Es ist natürlich richtig, daß durch die Existenz von mehreren Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen, zusätzliche Gefahrenmomente entstehen. Aber gerade bei den häufig personalistischen Verhältnissen der GmbH kann auch der Mehrheitsgesellschafter, der kein eigenes Unternehmen hat, für die Minderheit und den Gläubiger beinahe genauso gefährlich werden, wie die Mehrheit mit Unternehmereigenschaft. Die langwierige deutsche Diskussion um den Unternehmensbegriff und die im Einzelfall schwierige Abgrenzung Unternehmung – Nichtunternehmung läßt mich davor zurückscheuen, von dieser Unterscheidung gewichtige Rechtsfolgen abhängig zu machen[23]. Im folgenden will ich anhand einiger Besonderheiten des österreichischen Minderheiten- und Gläubigerschutzes zeigen, daß bereits das geltende Recht eine bedeutende Lösungskapazität enthält. Dies hat seinen historischen Grund darin, daß die Verfasser des österreichischen GmbH-Rechts die Entstehungsgeschichte sowie die ersten Erfahrungen mit dem deutschen Vorbild gewissenhaft beachtet und im öGmbHG bewußt die Minderheitsrechte und den Gläubigerschutz stärker ausgebildet haben.

1. Minderheitenschutz bei der Konzernentstehung

a) Einstimmigkeitserfordernisse: Anwendbarkeit auf die Begründung eines qualifizierten Konzerns

Insbesondere bedarf nach österreichischem Recht jede Änderung des *Unternehmensgegenstandes* (§ 50 Abs. 3 öGmbH) und die *Verschmelzung* von zwei Gesellschaften mbH (§ 96 öGmbH) der *Einstimmigkeit.* Auch *Koppensteiner* weist auf diese beiden Besonderheiten des öGmbH-Rechts im Zusammenhang mit Gewinnabführungsverträgen hin[24]. Er zweifelt für den Gewinnabführungsvertrag dann doch an der Relevanz der beiden Bestimmungen – m. E. zu Unrecht[25]. Die Materialien betonen zwar die minderheitenfreundliche Grundli-

23 Siehe auch DRUEY, aaO (Fn. 8), S. 273 ff; zu dem Problem weiter KOPPENSTEINER, SAG 1985, 74.

24 KOPPENSTEINER, RdW 1985, 175 ff und in diesem Band S. 112 f.

25 KOPPENSTEINER sieht die Regelung des § 96 öGmbHG vor allem durch § 234 Abs. 3 öAktG, wonach bei Aufnahme einer GmbH durch eine AG qualifizierte Mehrheit

nie[26], aber enthalten zu diesen Bestimmungen keine ausdrücklichen Hinweise; die ratio legis dieser Einstimmigkeitserfordernisse liegt aber doch auf der Hand.

Grundsätzlich braucht der einzelne GmbH-Gesellschafter nach § 50 Abs. 3 öGmbH nicht zu dulden, daß sein Kapitaleinsatz für eine andere Art von Geschäften verwendet wird, als für die er sein Kapital gewidmet hat. Dies führt auch für das österreichische Recht noch leichter als in Deutschland dazu, die Änderung des Unternehmenszweckes (m. E. in der Regel ein maius im Verhältnis zum Unternehmensgegenstand) im Wege eines Größenschlusses an die Zustimmung aller Gesellschafter zu binden. Man kann aus § 50 öGmbHG wohl mit Recht den allgemeinen Satz ableiten, daß Maßnahmen der Geschäftsführung, welche die Investitionsentscheidung des Gesellschafters in ihrem Kernbereich berühren, seiner Zustimmung bedürfen.

Im Einklang mit dieser Wertung steht auch die – nach Ablauf von zwei Jahren zwar dispositive – Regel von § 35 Abs. 1 Ziff. 7 öGmbHG, wonach der Erwerb von Anlagevermögen (also im modernen Sinn Investitionsentscheidungen) für eine 20 % des Stammkapitals übersteigende Vergütung eines mit ¾ Mehrheit zu fassenden Beschlusses der Gesellschafter bedarf[27].

In dieselbe Richtung weist die erwähnte Einstimmigkeitsvoraussetzung von § 96 öGmbHG für die Verschmelzung von Gesellschaften mbH bei der übertragenden Gesellschaft[28]. Der betriebswirtschaftliche Vorgang der Vereinigung von zwei Unternehmen zu einem einzigen Unternehmen bedarf also bei der untergehenden Gesellschaft grundsätzlich der Zustimmung aller beteiligten Gesellschafter. Der Grundgedanke ist auch hier, daß jeder Gesellschafter nur mit seiner Zustimmung dazu veranlaßt werden kann, daß das Unternehmen, in das er investiert hat, ein untrennbarer Teil eines anderen Unternehmens wird. Die beim qualifizierten Konzern[29] definitionsgemäß eintretende Unterordnung unter das

genügt, als lex posterior derogiert an. M. E. läßt sich diese Differenzierung sinnvoll erklären: Durch den Tausch von GmbH-Anteilen gegen eine Aktienbeteiligung besteht typischerweise für den Minderheitsgesellschafter, der überstimmt worden ist, leichter eine Möglichkeit, durch Anteilsverkauf die aufgedrängte Gesellschaftsbeteiligung an der übernehmenden AG zu versilbern.

26 Siehe die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf eines GmbHG, 235 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XVII. Session, 1904, S. 72.

27 Der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, daß nach Ablauf von zwei Jahren nach der Gründung solche Entscheidungen auch mit einfacher Mehrheit oder auch ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung getroffen werden können (vgl. KASTNER/DORALT, Grundriß, aaO [Fn. 4], S. 296; REICH-ROHRWIG, aaO [Fn. 2], S. 330; nach JUD, SWK 1980 B II 80 und ARNOLD, GmbH-Handbuch, 2. Aufl., S. 44 f, soll diese Erleichterung nach Ablauf der Zweijahresfrist automatisch eintreten).

28 Zu den Bedenken KOPPENSTEINERS oben Fn. 25; zu Einzelheiten siehe auch REICH-ROHRWIG, aaO (Fn. 2), S. 739 f.

29 Für die Abgrenzung des qualifizierten Konzerns folge ich ROWEDDER/KOPPENSTEINER, aaO (Fn. 1), § 52 GmbHG Anh. Anm. 16.

gemeinsame Unternehmensziel mehrerer Gesellschaften und die Aufgabe der unternehmerischen Selbständigkeit bedarf auch dann der Zustimmung aller Gesellschafter der sich unterordnenden GmbH, wenn sie nicht durch eine förmliche Verschmelzung, sondern durch Maßnahmen, die einer Verschmelzung wirtschaftlich gleich sind, vor sich geht.

Mit den Grundwertungen dieser beiden Einstimmigkeitserfordernisse des österreichischen Minderheitenschutzes läßt sich m. E. also belegen, daß die Begründung eines sog. qualifizierten Konzerns der Zustimmung *aller* Gesellschafter bedarf. Zur Durchsetzbarkeit dieses Grundsatzes verweise ich darauf, daß auch nach österreichischem Recht die Geschäftsführer bereits nach einem allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsatz verpflichtet sind, bei ungewöhnlichen Maßnahmen die Generalversammlung zu befassen[30].

b) Schutz gegen Entstehung eines einfachen Konzerns durch Anteilskauf bei Vinkulierung

Das personalistische Element im öGmbH-Recht führt aber nicht dazu, daß etwa schon kraft Gesetzes jeder Gesellschafter wie bei den Personengesellschaften gegen Überfremdung, also den Eintritt von Gesellschaftern, die nicht zu den Gründungsgesellschaftern gehören, geschützt ist. Die Vinkulierung von Geschäftsanteilen bedarf einer Satzungsklausel. Sie ist nach österreichischem Recht zwar durch Gerichtsentscheid (im Außerstreitverfahren) durchbrechbar (§ 76 öGmbHG), aber die Mitgesellschafter haben am Ende des Verfahrens die Möglichkeit, trotz der gerichtlichen Genehmigung doch einen anderen Neugesellschafter ihres Vertrauens namhaft zu machen oder selbst aufzugreifen. Das heißt: bei entsprechender vertraglicher Gestaltung, die in Österreich sehr verbreitet ist, sind die Gesellschafter weitgehend gegen das neue Auftreten eines Mitgesellschafters mit ihnen unbekannten unternehmerischen Interessen geschützt[31].

30 Vgl. KASTNER/DORALT, Grundriß, aaO (Fn. 4), S. 295, ROWEDDER/KOPPENSTEINER, aaO (Fn. 1), § 52 GmbHG Anh. Anm. 31.

31 Die Vinkulierung schützt natürlich nicht gegen mannigfaltige Umgehungsmöglichkeiten, insbesondere wenn der Erwerber eine juristische Person sein soll oder der abtretungswillige Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft ist; dagegen kann Vorsorge getroffen werden, z. B. durch eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, die die Gesellschafter einem Wettbewerbsverbot unterwirft, oder durch Aufgriffsrechte.

c) Erschwerung der Entstehung eines einfachen Konzerns durch minderheitenfreundliche Rechtsprechung zum Bezugsrecht

Hingegen schiebt der OGH in seiner sorgfältig begründeten Entscheidung vom 16. 12. 1980[32] bereits der Entstehung eines einfachen Konzerns im Wege der Kapitalerhöhung ex lege, also schon ohne gesellschaftsvertragliche Vorsorge, einen grundsätzlichen Riegel vor. *Nowotny* hat mit Recht hervorgehoben[33], daß in dieser Entscheidung ein Individual-Vorrecht jedes Gesellschafters auf sein Bezugsrecht anerkannt wird, der Entscheidung somit mehr als der bloße gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zugrunde liegt. Der OGH führt im Anschluß an die deutsche Lehre aus:

„Selbst ein hoher Übernahmepreis, den der Dritte zu bezahlen hat, kann in aller Regel den Nachteil der Gesellschafter nicht ausgleichen...

Der Bezugsrechtsausschluß muß im überwiegenden Interesse der Gesellschaft seine Rechtfertigung finden ...

Er muß im rechtverstandenen Interesse der Gesellschaft erforderlich und – von seinem Ziel her gesehen – das einzig vertretbare Mittel sein."

Zusammenfassend folgt aus diesen Grundlinien des GmbH-Rechts die folgende Lösungsskizze zur *Frage der Konzernentstehung:*

(1) Soweit die Gesellschafter nicht durch Vinkulierung Vorsorge getroffen haben, sind sie nicht dagegen geschützt, daß ein neuer Mehrheitsgesellschafter durch Erwerb von Anteilen in die Gesellschaft eindringt, der selbst branchenbezogene oder auch völlig branchenfremde unternehmerische Interessen hat.

(2) Die Rechtsprechung schützt hingegen weitgehend vor dem Eindringen im Wege der Kapitalerhöhung.

(3) Der Gesellschafter ist dagegen geschützt, daß der beherrschende Gesellschafter gegen seinen Willen einen qualifizierten Konzern einrichtet.

d) Möglichkeit der Auflösung der GmbH mit einfacher Mehrheit

Allerdings enthält in diesem Zusammenhang das österreichische GmbH-Recht wiederum einen folgenschweren Unterschied zum deutschen Recht.

Nach § 84 Ziff. 2 öGmbHG wird die Gesellschaft durch Beschluß der Gesellschafter aufgelöst. Dieser Beschluß bedarf, wie die Materialien eindeutig und von Lehre und Rechtsprechung stets beachtet, festhalten, nur der einfachen Mehrheit[34].

32 OGH, GmbH-Rdsch. 1984, 235 = GesRZ 1981, 44.
33 Nowotny, GmbH-Rdsch. 1984, 237 ff.
34 Vgl. Erläuternde Bemerkungen, aaO (Fn. 26), S. 90 f.

Verknüpft man diese Möglichkeit mit dem Gebot der bestmöglichen Verwertung des Unternehmens in der Liquidation, und zwar wenn möglich des lebenden Unternehmens[35], so gibt die Liquidationsmöglichkeit dem Mehrheitsgesellschafter zunächst einen Ausweg aus dem Zustimmungsrecht der Minderheit. Er kann durch Liquidation das Unternehmen erwerben, wenn er bereit ist, den Höchstpreis zu bezahlen und auf diesem Wege die Minderheitsgesellschafter auszubezahlen.

Die Ausführung dieser Möglichkeit wird freilich häufig erhebliche, insbesondere steuerrechtliche Schwierigkeiten verursachen, die Liquidation wird oft viel good will zerschlagen, der Gläubigeraufruf, der damit verbunden ist, stellt eine Belastung dar.

Der skizzierte Ausweg enthält m. E. aber auch einen Wertungsgesichtspunkt: Man wird daraus auch ableiten können, daß die Minderheitsgesellschafter eine Konzernierungsmaßnahme dann nicht ablehnen dürfen, wenn ihnen der Mehrheitsgesellschafter eine Abfindung in voller Höhe des Wertes ihrer Beteiligung bietet. Denn das könnte der Mehrheitsgesellschafter auch über die Liquidation erreichen. Würden sie trotz eines solchen, von ihnen abgelehnten Angebotes, den Antrag ablehnen, so handeln sie gegen Treu und Glauben[36]. *Ihre Gegenstimmen gegen die Konzernierungsmaßnahme sind unter diesen Umständen treuwidrig*[37].

35 Nach § 90 Abs. 4 öGmbHG ist bei Versilberung des Gesellschaftsvermögens durch Verwertung als Ganzes eine qualifizierte Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich; dies ändert aber nichts an einer Zustimmungspflicht der Minderheit, falls die Verwertung als Ganzes klar den vorteilhaftesten Weg der Versilberung darstellt (vgl. etwa auch den Fall BGH WM 1986, 68); anerkannt ist jedenfalls, daß sich in der Regel der Liquidator um eine Unternehmensveräußerung als vorteilhafteste Verwertungsmethode zu bemühen hat, vgl. SCHOLZ / K. SCHMIDT, Komm. z. GmbHG, 6. Aufl., 1978/1983, § 70 Anm. 14.

36 Bei der Prüfung der Erforderlichkeit und der Interessenabwägung ist dabei nicht der strenge Maßstab anzuwenden, wie vom OGH für den Ausschluß des Bezugsrechtes gefordert (siehe Fn. 32); denn der Eingriff in die Minderheitsrechte wird durch das Angebot der angemessenen Abfindung zumutbar. Hingegen muß im Falle des Bezugsrechtsausschlusses die Minderheit neue Mehrheitsverhältnisse oder neue Gesellschafter akzeptieren und weiterhin ihr in der Gesellschaft gebundenes Vermögen riskieren. Eine inhaltliche Rechtfertigung und damit Überprüfungsmöglichkeit wird aber durch den Abfindungsanspruch nicht von vornherein ausgeschlossen; vgl. zu dieser Streitfrage TIMM, JZ 1980, 665, 668.

37 Mißbräuchlich wäre ein derartiges Vorgehen freilich von seiten der Mehrheit dann, wenn diese bereits vorher Maßnahmen setzt, die den eigenständigen Fortbestand des Unternehmens untergraben und damit das Unternehmen entwerten, vgl. BGH BB 1980, 550; REICH-ROHRWIG, aaO (Fn. 2), S. 357 f berücksichtigt nicht, daß der BGH gerade aus dem Verhalten der Mehrheitsgesellschafterin, das dem Auflösungsbeschluß vorangegangen ist (z. B. Umleitung der Dienstnehmer auf eine neue Gesellschaft, die zur Übernahme vorbereitet war), den Rechtsmißbrauch beim Auflösungsbeschluß ableitet.

Ich komme auf diesem konstruktiven Umweg zu dem weiteren Ergebnis:

(4) Die Treuepflicht der Gesellschafter kann aber die Zustimmung zur qualifizierten Konzernbildung gebieten, wenn ihnen der Mehrheitsgesellschafter eine angemessene Abfindung angeboten hat[38].

2. *Strenger Grundsatz der Kapitalerhaltung (§§ 82f öGmbHG)*

Während im deutschen Recht nach §§ 30f öGmbHG unter bestimmten Einschränkungen Ausschüttungen außerhalb der Verteilung des im Abschluß ausgewiesenen Reingewinns bekanntlich zulässig sind, enthalten die §§ 82f öGmbHG strengere Regeln, die nach herrschender Auffassung verdeckte Gewinnausschüttungen auch handelsrechtlich unterbinden[39] und – wie im Aktienrecht – das gesamte Gesellschaftsvermögen schützen. *Koppensteiner* hat im Zusammenhang mit der Behandlung des Gewinnabführungsvertrages bereits die konzernrechtliche Bedeutung der §§ 82f öGmbHG angesprochen[40].

§ 82 Abs. 3 öGmbH bestimmt zwar ausdrücklich nur, daß für Nebenleistungen nicht ihren Wert übersteigende Vergütungen geleistet werden dürfen. Die Bestimmung wird aber von der herrschenden Auffassung analog auf andere gesellschaftsrechtliche Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern angewendet[41]. § 82 Abs. 5 öGmbH ordnet sogar eine Gewinnsperre an, wenn zwischen dem Bilanzstichtag und der Beschlußfassung über den Rechnungsabschluß der Vermögensstand der Gesellschaft durch Verluste erheblich und voraussichtlich nicht nur vorübergehend geschmälert wurde. Gesellschafter, die entgegen diesen Bestimmungen Zahlungen erhalten haben, sind zum Rückersatz verpflichtet. Nach § 83 Abs. 4 öGmbHG sind die Ansprüche der Gesellschaft auf Rückgewähr unverzichtbar.

Die Durchsetzung gegen den Willen der Geschäftsführer und der Mehrheitsgesellschafter ist durch § 48 öGmbHG gesichert (vgl. § 46 Nr. 8 dGmbHG); Gesellschafter mit einem Geschäftsanteil von 10 % können bei Ablehnung des Klageantrags oder bei unterlassener Behandlung in der Gesellschafterversamm-

38 Die Möglichkeit, daß die Mehrheit im Wege der Konzernbildung unter gewissen Voraussetzungen das Unternehmen übernimmt, mag zunächst aus dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes befremden. Für die österreichische Rechtsordnung ist es aber bereits in der gesetzlichen Regelung der Auflösung der Miteigentumsgemeinschaft im Wege der Teilungsklage (§§ 841 ff ABGB) vorgezeichnet, daß bei gemeinsamem Eigentum kein Schutz vor Auflösung gegen den Willen eines Miteigentümers besteht. Nur im Falle der „Unzeit" ist die Teilungsklage abzuweisen (§ 830 ABGB).

39 Vgl. Arnold, GesRZ 1985, 86.

40 Koppensteiner, RdW 1985, 173f.

41 OGH GesRZ 1979, 79; Arnold, GesRZ 1985, 87; Kastner/Doralt, Grundriß, aaO (Fn. 4), S. 322f.

lung selbst mit Klage namens der Gesellschaft gegen den Begünstigten vorgehen[42].

Ob bei der GmbH neben diesem Minderheitsrecht jedem Gesellschafter eine actio pro socio wie nach der ITT-Entscheidung zusteht, halte ich für zweifelhaft.

Für den faktischen GmbH-Konzern ergibt sich m. E. aus den §§ 82 f öGmbHG die grundsätzliche Unzulässigkeit verdeckter Gewinnausschüttung. Aus Gläubigerschutzüberlegungen kann auf den Erstattungsanspruch nicht wirksam verzichtet werden (die Bestimmung wurde in bewußter Anlehnung an die Unverzichtbarkeit von Stammeinlageansprüchen ausgestaltet)[43]. Selbst Einstimmigkeit der Gesellschafter und strikte Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hilft darüber nach österreichischem Recht nicht hinweg.

Zulässig ist wohl nur, gleichzeitig mit der verdeckten Zuwendung des Vorteils einen sicheren gleichwertigen Nachteilsausgleich zu vereinbaren. Allfällige Ausgleichsleistungen für verdeckte Gewinnausschüttung müssen m. E. schon im Zeitpunkt der Gewährung der verdeckten Gewinnausschüttung voll aktivierungsfähig sein, weil sonst der Kapitalerhaltungsfunktion der Bestimmungen von §§ 82 f nicht Rechnung getragen wird.

V. *Zulässigkeit des qualifiziert faktischen Konzerns*

§§ 82 f öGmbHG führen natürlich zur Frage, ob ein qualifizierter Konzern überhaupt mit dem geltenden öGmbHG vereinbar ist. Diese Frage ist m. E. nicht nur de lege lata wichtig, sondern stellt auch die zentrale rechtspolitische Frage des Konzernrechts dar.

M. E. ist durch die Zulässigkeit des Gewinnabführungsvertrages in seiner Ausprägung nach dem KöStG (wirtschaftliche, finanzielle und organisatorische Eingliederung)[44] unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung wohl auch die Zulässigkeit des qualifizierten Konzerns de lege lata gesichert.

De lege ferenda ist zu überlegen, daß das Konzernrecht, im besonderen das Problem des qualifizierten Konzerns, nur ein Phänomen von mehreren ist, bei dem die Rechtsordnung mit den fließenden Grenzen unternehmerischer Unabhängigkeit zu kämpfen hat. Die Organisationsformen des Wirtschaftslebens sind von einer Vielzahl von vergleichbaren Abhängigkeiten[45] durchzogen: Man denke an die Abhängigkeit kleinerer Zulieferer im Verhältnis zu Produzenten, von

42 Siehe P. Doralt, in: Kastner/Stoll, GmbH & Co. KG, aaO (Fn. 16), S. 248; Reich-Rohrwig, aaO (Fn. 2), S. 654.

43 Siehe Erläuternde Bemerkungen, aaO (Fn. 26), S. 90.

44 Siehe W. Doralt/H. G. Ruppe, Grundriß des österreichischen Steuerrechts, I, 2. Aufl., 1982, S. 193 f.

45 Zum Schutz wirtschaftlicher Entscheidungsfreiheit siehe Mayer-Maly, in: Münchner Komm. z. BGB, 2. Aufl., 1984, § 138 Anm. 66 ff.

Vertragshändlern, die nur ein Produkt vertreiben, an den losen Zusammenschluß vom rechtlich, aber häufig nicht wirtschaftlich selbständig bleibenden Einzelhändlern (Stichwort: „geistige Filialisierung") oder an den jüngst in der österreichischen Rechtspolitik (anläßlich der geplanten Novellierung des Kartellrechts) ins Schußfeld geratenen Genossenschaftsverbund.

In allen diesen Fällen wird rechtliche Selbständigkeit trotz weitestgehender und häufig irreversibler wirtschaftlicher Abhängigkeit aufrechterhalten; obwohl sich Vor- und Nachteile nicht genau rechnen lassen, ist der Synergieeffekt in den Augen der Beteiligten doch höher einzuschätzen, als die Schwierigkeiten des selbständigen Überlebenskampfes.

Wahrscheinlich ist gerade die Organisationsform des Konzerns, insbesondere auch des qualifizierten Konzerns und die dadurch geförderte Vernetzung wirtschaftlicher Einheiten trotz aller Kritikwürdigkeit vieler Details eine der Stärken des westlichen Wirtschaftssystems. Dies sollte bei der rechtspolitischen Diskussion nicht aus den Augen verloren werden.

Bericht über die Diskussion

von

ao. Univ.-Prof. Dr. Hanns Fitz, Innsbruck

I. Stand des Gesetzgebungsprojekts in Österreich

Für die deutschen Diskussionsteilnehmer wurde zur österreichischen Rechtssituation vorab darauf hingewiesen, daß in Österreich eine Kommission zur Ausarbeitung des Konzernrechts – einschließlich jenes der GmbH – eingesetzt wurde. Hinsichtlich der konsolidierten Bilanz seien die Arbeiten ziemlich weit fortgeschritten – und zwar vor allem unter Orientierung am deutschen Gesetz. Die übrigen Regelungen des Konzernrechts würden nicht nur ihrer Komplexität wegen, sondern vor allem deshalb noch längere Zeit in Anspruch nehmen, weil die Richtlinien der EG abzuwarten seien. Eine Übernahme des deutschen Konzernrechts in allen Einzelheiten sei nicht beabsichtigt.

II. Der Begriff des qualifizierten Konzerns

Im Interesse einer einheitlichen Sprachregelung wurde zunächst gefragt, ob der Begriff des qualifizierten Konzerns, den man in der Bundesrepublik als terminus technicus verwendet, in Österreich inhaltsgleich verstanden werde. Der Referent bejahte dies und wandte sich zugleich gegen den Vorschlag, das Element einer die selbständige Lebensfähigkeit ausschließenden Beeinträchtigung der Tochtergesellschaft in den Begriff aufzunehmen. Vielmehr sei – wolle man an den Tatbestand Rechtsfolgen anknüpfen – darauf abzustellen, daß durch nachhaltige Eingliederungsmaßnahmen die wirtschaftliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft aufgehoben wird. Darin liege freilich noch keine Beeinträchtigung, zumal die Konzernierung durchaus auch positive Effekte für das beherrschte Unternehmen zeitigen könne.

Den Einwänden gegen die Ansicht, eine Holding-Gesellschaft sei herrschendes Unternehmen i. S. der §§ 15 ff. AktG, gab der Referent recht. Die hundertprozentige Beteiligung an der anderen Gesellschaft schließe hier den unternehmenskonstitutiven Interessenkonflikt aus, und Rechtsfolgen wie jene der §§ 311 des deutschen AktG seien sinnlos. Die Normen über den Erwerb von Aktien der Mutter durch die Tochter und das Konzernbilanzrecht knüpften wiederum nicht an die Eigenschaft eines herrschenden Unternehmens, sondern an die Kapitalgesellschaft und die Aktiengesellschaft an.

III. Probleme des qualifizierten Konzerns

Im Vordergrund des Interesses standen sodann die Probleme des qualifizierten faktischen Konzerns, wobei die Frage seiner Zulässigkeit eng mit jener der Rechtsfolgen verknüpft war.

Zunächst sollte abgeklärt werden, ob die Aussage in These 12[1], wonach aus der Möglichkeit eines Gewinnabführungsvertrages die Rechtmäßigkeit des qualifizierten faktischen Konzerns abgeleitet wurde, de lege lata lediglich auf den Vertragskonzern oder auch auf den faktischen Konzern bezogen sei. In diesem Fall würden die Thesen 6, 10 und 11[2] wiederum eher eingeschränkt. Auch stelle sich die Frage nach den Sanktionen, wenn ohne Zustimmung aller Gesellschafter ein solches Gebilde nicht zulässig sein solle. Denn es könne nicht gesagt werden, wie dies in These 10 und 11 anklinge, daß jede Maßnahme, die im Konzerninteresse oder auf Wunsch der einheitlichen Leitung getroffen werde, schon eine verdeckte Gewinnausschüttung darstelle. Denn diese setze ja einen Vermögenstransfer voraus. Gehe es hingegen um strukturelle Eingriffe, die sich zunächst vermögensmäßig gar nicht niederschlügen, könnten die §§ 82, 83 GmbHG nicht greifen. Daher frage sich, mit welchen Waffen der doch markante Rechtssatz, der an die Spitze gestellt wurde, durchzusetzen sei. Der These, daß der qualifizierte faktische Konzern einen Gesellschafterbeschluß erfordere, wurde sodann der Umstand entgegengehalten, daß es sich hierbei durchwegs um gleitende Übergänge handle, die in keiner Weise durch Maßnahmen der Generalversammlung bestimmt seien. Es müsse also auch einen Zustand geben, der durch keinen Beschluß abgesegnet sei. Dann aber sei es doch bedenklich, wenn dieser dadurch legalisiert werden könne, daß die Mehrheit eine 49 %ige Minderheit aus der Gesellschaft verdränge. Unbefriedigend sei der Gedanke einer Abfindung der Minderheit zudem, wenn man, wie in der Bundesrepublik, auch an den Gläubigerschutz denke. Was den Gläubigerschutz betreffe, so fragte man sich auch, ob man in Österreich diesen nur auf den qualifizierten Konzern abstelle und dies deshalb, weil sich hier im Steuerrecht ein Ansatzpunkt finde. Wenn – wie in

1 *These 12:* Das Steuerrecht setzt die Zulässigkeit eines Gewinnabführungsvertrages bei qualifizierter Beherrschung voraus. Ein qualifizierter Konzern ist demnach nicht rechtswidrig.

2 *These 6:* Daraus läßt sich allgemein ableiten, daß die Begründung eines qualifizierten Konzerns der Zustimmung der Gesellschafter bedarf.
These 10: Aus den strikten Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 82 f GmbHG ergibt sich, daß jede ungerechtfertigte Vermögensverschiebung an einen Gesellschafter auszugleichen ist. Dieser Anspruch ist unverzichtbar und kann von einer Minderheit von 10 % durchgesetzt werden.
These 11: Im Falle nachteiliger Einflußnahme muß bereits im Zeitpunkt des Eintrittes des Nachteiles ein aktivierungsfähiger Ausgleichsanspruch begründet sein.

These 2[3] – im Konzernrecht die wirtschaftliche Einheit bei einer Gesamtbetrachtung in den Vordergrund gestellt werde, sei es doch verwunderlich, daß dann eine Differenzierung zwischen einfachem und qualifiziertem Konzern vorgenommen werde.

Auf die Frage der Rechtmäßigkeit des qualifizierten faktischen Konzerns eingehend, wollte der Referent die aus dem Steuerrecht hergeleitete Legitimation *Doralts* nicht vorbehaltlos unterstützen. Denn von der steuerrechtlichen Anerkennung des Vertragskonzerns könne kein zwingender Schluß auf die Zulässigkeit des qualifizierten faktischen Konzerns gezogen werden. Dennoch ergebe sich aus dem Fehlen eines Verbotes und dem Bestehen von Schutzmöglichkeiten ein Ansatz für seine Zulässigkeit schon de lege lata. Was die Sanktionen betreffe, so sei es in der Tat bei verschiedenen Maßnahmen unternehmenspolitischer Natur schwierig, mit dem eingebürgerten Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen zu operieren. Daher solle der Minderheit gegen das schleichende Überwechseln von einem gewöhnlichen faktischen Konzern (mit nur vereinzelten Eingriffen) zum qualifizierten Konzern die Waffe nicht nur eines Schadensersatzanspruches, sondern auch eines präventiven Unterlassungsanspruches gegen die Geschäftsführung in die Hand gelegt werden. Dabei komme man allerdings über die Hürde des Erfordernisses einer 10%-Minderheit des § 48 GmbHG nicht hinweg. An der praktischen Durchsetzbarkeit dieser Lösung hegte der Referent allerdings selbst Zweifel, so daß als effektiver Schutz letztlich nur der Anspruch der Minderheit auf Abfindung zum Ertragswert bleibe. Dabei solle ihr freilich die Konzernvermutung bei Vorliegen bestimmter, leicht beweisbarer Tatbestände zugute kommen. Daß mangels zeitlich exakter Feststellbarkeit einer qualifizierten Konzernbindung nicht nur die Sanktionen, sondern auch das Kriterium des Gesellschafterbeschlusses praktische Schwierigkeiten bereiten würden, wurde vom Referenten nicht in Abrede gestellt. Doch solle mit letzterem nur ein Weg aufgezeigt werden, der der Mehrheit rechtmäßigerweise den qualifizierten faktischen Konzern ermögliche. Dessen Sonderstellung wiederum sei nicht nur durch das Steuerrecht determiniert, sondern ergebe sich auch aus seinen spezifischen Schutzproblemen, weil sich hier der Minderheitenschutz nicht mehr über Einzelansprüche gegen Konzernierungsmaßnahmen erreichen lasse.

3 *These 2:* Der Systembegriff „Konzernrecht" und die auf die betriebswirtschaftliche Einheit abstellende Betrachtung sind – trotz ihrer zentralen Bedeutung für eine dogmatische Erfassung des Konzerns – nicht für eine gesetzliche Separierung der Konzernprobleme von den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen zu empfehlen, zumal das Phänomen Konzern über das Gesellschaftsrecht hinaus – z. B. im Steuerrecht, Arbeitsrecht, Arbeitsvertragsrecht – von Auswirkung ist.