

# Gesellschaftsrecht Wettbewerbsrecht Europarecht

Hans-Georg Koppensteiner  
zum 70. Geburtstag

von

**Univ.-Prof. Mag. Dr. Michael Gruber**

**Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüdler**



**LexisNexis®**

ARD Orac

# Geschäftschancen und Konzernsynergien

## Zugleich ein Beitrag zur verdeckten Gewinnausschüttung im Gesellschafts- und Steuerrecht

RA Univ.-Prof. Dr. Hanns F. Hügel, Mödling

- I. Einleitung
- II. Die Ausnutzung von Geschäftschancen als Wettbewerbsverstoß des Geschäftsführers
- III. Dispositive Gesellschafterpflichten im Innenverhältnis und Gläubigerschutz durch zwingende Vermögensbindung (§ 52 AktG, § 82 GmbHG)
- IV. Verhältnis zur steuerrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung
- V. Geschäftschancen und Vermögensbindung im Sinne von § 52 AktG, § 82 GmbHG
  1. Verfügungsbefugnis der Gesellschaft als Kriterium gebundenen Vermögens
    1. Fall: *Grenzüberschreitende Funktionsverlagerung*
    2. Erhaltung des aktuell werthaltigen Vermögens im Wege der Vermögensbindung *versus* Beteiligung der Gesellschafter an künftigen Erträgen aus Geschäftschancen aufgrund Gleichbehandlung und Treuepflicht
      2. Fall: *Überlassung von Gewinnchancen im Vorfeld eines Börseganges*
  3. Konzernsynergien
    3. Fall: *Zusammenlegung von Funktionen, Abteilungen und betrieblichen Einheiten*
- VI. Ergebnisse

### I. Einleitung

Eine Chance ist eine spannende Sache. Obwohl sie selbst eigentlich gar keine Sache ist – zumindest vorerst nicht. Vielleicht führt die Chance zu einer Sache, zu einem Vermögensvorteil. Und alleine diese Möglichkeit macht sie in einer pekuniär ausgerichteten Welt attraktiv. Zumal der Begriff der Chance nicht auch Risiken umfasst. Im Deutschen löst eine Chance folglich nur positive Erwartungen aus. Ganz anders die Angelsachsen, die auch von „chance of rain“ sprechen: Die Realisierung einer „chance“ muss keineswegs Freude bereiten.

Mein Thema heißt im Englischen folglich nicht „corporate chances“, sondern „corporate opportunities“, und vielleicht ist die positive Besetzung des deutschen Begriffs der Geschäftschance dafür verantwortlich, dass österreichisches und deutsches Gesellschafts- und Steuerrecht eifersüchtig über die Wahrung von Geschäftschancen zu wachen scheinen. Dies ist möglicherweise das Ergebnis einer Fehlentwicklung. „Corporate opportunities“ werden in ihrem Ursprungsland, den USA, durch gesellschaftsrechtliche Treu- und Loyalitätspflichten geschützt.<sup>1</sup> Zwingenden Schutz von Geschäftschancen trägt dieser Ansatz nicht.

<sup>1</sup> Monografisch *Weisser*, Corporate Opportunities (1991); vgl auch *Kübler*, FS Werner (1984) 437.

Dies gilt insbesondere im Verhältnis zwischen Kapitalgesellschaften und ihren Gesellschaftern, denn hier existiert kein gesetzliches Wettbewerbsverbot, das die allgemeine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zu einem Verbot des Ausnützens von Geschäftschancen verdichten könnte.

Dennoch berief sich der BFH<sup>2</sup> auf ein für den Alleingesellschafter-Geschäftsführer bzw den beherrschenden Gesellschafter geltendes Wettbewerbsverbot<sup>3</sup>, um die Verlagerung von Geschäftschancen nach den Grundsätzen der verdeckten Gewinnausschüttung zu besteuern. Die gesellschaftsrechtliche Kritik ließ nicht lange auf sich warten.<sup>4</sup> Sie bewirkte eine Judikaturwende: Seit dem Jahr 1995 geht der BFH im Anschluss an die Judikatur des BGH nicht mehr von einem Wettbewerbsverbot des Alleingesellschafter-Geschäftsführers aus.<sup>5</sup>

Im *Gesellschaftsrecht* hat die Geschäftschancenlehre indessen, so scheint es, zu einem Siegeslauf angesetzt. Kaum ein renommierter Kommentar, der die

---

<sup>2</sup> Nachweise zur BFH-Rspr sowie Kritik bei *Wassermeyer*, DB 1992, 2410 und *Thiel*, DStR 1993, 1801. Rz 958 und 1168 öKStR nennen kasuistisch einige Fälle, in denen die Ausnutzung von Geschäftschancen zu einer verdeckten Gewinnausschüttung führen kann. Der VwGH dürfte noch keinen einschlägigen Fall entschieden haben. In VwGH 17.12.1996, 95/14/0074, ÖStZB 1997, 611 ging es nicht um die Verlagerung von Geschäftschancen, sondern um die Zurechnung von EDV-Leistungen zu einer GmbH infolge „Fehlens einer im vorhinein (mit dem Alleingesellschafter-Geschäftsführer) getroffenen Funktionstrennung“. Der Gesellschafter hatte die Einrichtungen der GmbH benutzt (und seine Gewerbeberechtigung offenkundig wegen Übertragung seines Betriebs an die GmbH zurückgelegt). Somit war nicht der Wert künftiger Geschäftschancen, die auf den Gesellschafter verlagert worden waren, als verdeckte Gewinnausschüttung zu erfassen; vielmehr ging der VwGH (bzw die vom VwGH bestätigte Vorgangsweise der Betriebsprüfung) implizit von der Zurechnung konkreter erzielter Einkünfte zur GmbH aus und ordnete die Verrechnung des Entgelts durch den Gesellschafter als verdeckte Ausschüttung des (tatsächlich) von der GmbH erzielten Gewinns ein.

<sup>3</sup> Das Wettbewerbsverbot des *Geschäftsführers* wird in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung im dGmbHG von Rsp und Lehre aus der Treuepflicht des Geschäftsführers aufgrund seiner Organstellung abgeleitet: Nachweise bei *Mertens in Hachenburg/Mertens*, GmbHG<sup>8</sup> § 43 Rz 38 ff; *Scholz/Schneider GmbHG*<sup>9</sup> § 43 Rz 126.

<sup>4</sup> *Mertens/Cahn*, FS Heinsius (1991) 545; *Knobbe-Keuk*, GmbHR 1992, 333; *Röhricht*, WPg 1992, 766; der gesellschaftsrechtlichen Kritik zustimmend *Thiel*, DStR 1993, 1801.

<sup>5</sup> BFH 30.08.1995, IR 155/94, DStR 1995, 1873 sowie BFH 12.10.1995 DB 1996, 507 distanzieren sich von der früheren Judikatur des BFH unter Hinweis darauf, dass der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH grundsätzlich keinem Wettbewerbsverbot unterliegt; ebenso BFH 11.06.1996 DB 1996, 2366 unter Hinweis auf die Judikatur des BGH zum Fehlen eines Wettbewerbsverbots des Gesellschafters einer Einmann-GmbH. Die Änderung der Rechtsprechung wird auch von einem Autor aus der Richterschaft des BFH bestätigt: *Weber-Grellet*, DStZ 1998, 357, 358f. Sie ist offenkundig die Reaktion auf die vom IDW in Auftrag gegebene Untersuchung durch den Vorsitzenden des II. Senats des BGH *Röhricht*, WPg 1992, 766 – so die Vermutung von *Baumhoff/Bodenmüller*, Verrechnungspreispolitik bei der Verlagerung betrieblicher Funktionen ins Ausland, in *Grotherr* (Hrsg), Handbuch der Internationalen Steuerplanung<sup>2</sup> (2003) 345, 376 FN 122.

Verlagerung von Geschäftschancen nicht für unzulässig hält, allerdings nicht bzw nicht ausschließlich als Verletzung eines Wettbewerbsverbots, sondern als *Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr* (§ 52 AktG, § 82 GmbHG).<sup>6</sup> Auch der vorbildliche GmbH-Gesetz-Kommentar des Jubilars ist da keine Ausnahme.<sup>7</sup>

Warum ich gleichwohl wage, diese Einordnung – und damit die Ansicht des Jubilars – hier kritisch zu hinterfragen, hat nichts mit Respektlosigkeit zu tun, sondern die heutige schöne Tagung scheint im Gegenteil geradezu der ideale Austragungsort für eine derartige Auseinandersetzung zu sein: Von erfrischenden Diskussionen mit dem Jubilar, für die ich mich an dieser Stelle noch einmal herzlich bedanke, weiß ich, dass ihm eine ur-österreichische Kardinal-Untugend gewiss nicht anhaftet: nämlich übertriebenes Harmoniebedürfnis. Streitbare Diskussionen wären aus seiner Sicht mit dem Festcharakter dieser Tagung fraglos vereinbar.

Noch wichtiger ist ein fachlich-juristisches Argument, das für die Themenwahl spricht: Seine im GmbHG-Kommentar vertretene Meinung zu den „corporate opportunities“ hat der Jubilar jüngst widerrufen. Die durch das Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers geschützten Geschäftschancen gehören nicht zum Vermögen, das durch das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) geschützt ist. Denn: Das Geschäftsführer-Wettbewerbsverbot steht zur Disposition der Gesellschafter, das Verbot der Einlagenrückgewähr hingegen ist zwingend. Im Anschluss an *Ulmer*<sup>8</sup> bezeichnet *Koppensteiner* Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre als Fragen des Innenverhältnisses, die die Gläubiger der Gesellschaft grundsätzlich nichts angehen.<sup>9</sup> Seine gegenteilige Auffassung im GmbHG-Kommentar gibt *Koppensteiner* ausdrücklich auf.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 52 Rz 51; zustimmend *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> § 52 Rz 17; *Doralt/Winner* in *MünchKom AktG* § 57 Rz 233; früher schon *Hachenburg/Goerdeler/Müller*, GmbHG<sup>8</sup> § 29 Rz 127 (unter Hinweis auf die deutschen Körperschaftsteuer-Richtlinien) sowie Rz 132 (unter Berufung auf *Tries*, *Verdeckte Gewinnausschüttung* [1991] 185 ff); *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>16</sup> § 29 Rz 52. Weitere Nachweise jüngst bei *Reich-Rohrwig*, *Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung* (2004) 127 FN 619 sowie 129 FN 633 (hier auch zu Schrifttum und Judikatur im Steuerrecht). Häufig wird der Entzug von Geschäftschancen indessen nicht im Kontext des Kapitalschutzes, sondern nur als Verletzung der Treuepflicht (im Innenverhältnis) behandelt: *Michalski* in *Michalski*, GmbHG § 13 Rz 249 ff mwN; *Timm*, GmbHR 1981, 177; *Schiessl*, GmbHR 1988, 53. Ferner gilt der Geschäftschancenentzug als Fallgruppe jener Handlungen, die als existenzvernichtender Eingriff eingeordnet werden: Nachweise bei *Hueck/Fastrich*, GmbHG<sup>18</sup> § 13 Rz 20.

<sup>7</sup> *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 17.

<sup>8</sup> FS 100 Jahre GmbHG (1992) 363, 366.

<sup>9</sup> *Gruppenbesteuerung, Verlustvortrag und Gesellschaftsrecht*, GeS 2005, 404, 408; zu *Koppensteiner's* Kritik an *meinen* Ausführungen zum Steuerausgleich in der Unternehmensgruppe (GesRZ 2005, 155) vgl unten FN 99.

<sup>10</sup> GeS 2005, 408 FN 38.

Aus diesen Gründen ist das Thema dem Anlass in geradezu idealer Weise angemessen: Nicht mit undifferenziertem Beifall an den Thesen des Jubilars muss sich der Referent aufhalten, um mit konfrontationslosem Beifall des Jubilars bestraft zu werden. Vielmehr ist die Selbstkritik des Jubilars Anlass, seine alten und neuen Thesen gegeneinander abzuwägen. Und dies ist allenfalls am Rande ein Match *Hügel* gegen *Koppensteiner*, in erster Linie hingegen ein Finale *Koppensteiner* gegen *Koppensteiner*, das geradezu WM-Spannung verheißt.

## II. Die Ausnutzung von Geschäftschancen als Wettbewerbsverstoß des Geschaftsfuhlers

Eine allgemein anerkannte Definition der Geschäftschance existiert noch nicht. Manche verstehen darunter die Möglichkeit, ein bestimmtes gewinnbringendes Einzelgeschäft abzuschließen.<sup>11</sup> Die deutsche Finanzverwaltung will auch die Verlagerung von Produktions- und Marktbearbeitungsfunktionen als verdeckte Ausschüttung von Geschäftschancen besteuern.<sup>12</sup>

Ausgangspunkt sollen einige vom BGH entschiedene Fälle sein. Stets lag die Verletzung der Treuepflicht von Geschaftsfuhrungsorganen vor, die es gebietet, Geschäftschancen zum Vorteil der Gesellschaft wahrzunehmen:

- Eine Gemeinde bot einer GmbH günstiges Bauland an. Die GmbH kaufte einen kleinen Teil, den Rest kaufte der Geschäftsführer selbst, um ihn danach mit Gewinn weiter zu verkaufen.<sup>13</sup>
- Ein Vorstandsmitglied nutzte eine Geschäftsbeziehung der von ihm geleiteten Wohnungsbau AG zu einem Architekten, um für eigene Bauvorhaben Vorzugspreise auszuhandeln.<sup>14</sup>
- Der geschäftsführende Gesellschafter einer OHG leitete das Kaufanbot betreffend ein von der OHG bereits gepachtetes Grundstück an seine Ehefrau weiter, die das Grundstück erwarb.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> *Baumhoff/Bodenmüller*, aaO (FN 5) 379 in Auseinandersetzung mit *Wassermeyer*, *GmbHR* 1993, 332.

<sup>12</sup> Vgl. *Kuckhoff/Schreiber*, *IStR* 1999, 321, 327 f, 354; zu den unterschiedlichen Rechtsgrundlagen der steuerrechtlichen Gewinnkorrektur (verdeckte Gewinnausschüttung, verdeckte Einlage, grenzüberschreitende Lieferungen und Leistungen) vgl. unten Punkt 4.

<sup>13</sup> BGH 08.05.1967 WM 1967, 679. Ähnlich BGH 08.05.1989 NJW 1989, 2687: Der de facto-geschäftsführende Kommanditist einer KG verhandelte mit einer Gemeinde über den Ankauf eines Grundstücks, das sowohl an Eigengrund des Kommanditisten als auch an Grundstücke der KG angrenzte. Der Kommanditist erwarb das Grundstück schließlich selbst und überließ es in der Folge einer GmbH, an welcher die KG-Gesellschafter beteiligt waren. Vgl. die Entscheidungsbesprechung von *Kübler/Waltermann*, *ZGR* 1991, 162.

<sup>14</sup> BGH 09.07.1979 WM 1979, 1328. Der BGH trug dem Berufungsgericht die Klärung des von der beklagten AG vorgetragenen Sachverhalts auf. Zur Begründung verwies der BGH auf sein Urteil vom 08.05.1967 WM 1967, 679.

<sup>15</sup> BGH 23.09.1985 NJW 1986, 584.

Solche Probleme zwischen Gesellschaften und ihren *Geschäftsführungsorganen* wurden im Schrifttum schon oft behandelt.<sup>16</sup> Der Teufel steckt hier allenfalls im faktischen Detail, so etwa in der Frage, ob die konkrete Geschäftschance tatsächlich der Gesellschaft zuzuordnen ist.

### III. Dispositive Gesellschafterpflichten im Innenverhältnis und Gläubigerschutz durch zwingende Vermögensbindung (§ 52 AktG, § 82 GmbHG)

Mein Beitrag befasst sich nicht mit der pflichtwidrigen Ausnutzung von Geschäftschancen durch Geschäftsführer, sondern mit der *Verlagerung von Geschäftschancen* von der Kapitalgesellschaft zu ihren *Gesellschaftern* als Problem der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG, § 82 GmbHG), präziser: als Problem der *Vermögensbindung*.<sup>17</sup> Dies betrifft vorrangig solche Geschäftschancen, die ein Privatgesellschafter typischerweise nicht nützen kann. Angesprochen ist somit das Verhältnis zwischen der Kapitalgesellschaft und einem unternehmerisch tätigen, herrschenden Gesellschafter. Annahmegemäß handelt es sich um ein Thema des Konzernrechts. Letztlich geht es um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Geschäftschancen einer Kapitalgesellschaft von Rechts wegen zugeordnet sind. Der in seinen Voraussetzungen zu untersuchende Schutz von Geschäftschancen würde komplementär die Dispositionsbefugnisse des herrschenden Unternehmens einschränken.

Im Verhältnis zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Gesellschafter lässt sich ein Verbot zur Nutzung von Geschäftschancen in aller Regel nicht aus einem *Wettbewerbsverbot* ableiten. Das GmbH-Recht kennt kein Wettbewerbsverbot des Gesellschafters. Ob ein solches ausnahmsweise den beherrschenden Gesellschafter trifft, etwa in Anlehnung an die Heumann/Ogilvy-Entscheidung des BGH<sup>18</sup> oder wegen intensivierter Informationsbeschaffungsmöglichkeiten, kann hier nicht untersucht werden; dazu verweise ich auf die weiterführenden Aussagen im GmbH-Gesetz-Kommentar des Jubilars.<sup>19</sup> Im Aktienrecht erwähnt

---

<sup>16</sup> Vgl etwa *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften<sup>4</sup>, § 14 Rz 81 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup>, 601.

<sup>17</sup> Nach § 52 AktG, § 82 GmbHG ist – anders als nach § 30 dGmbHG – nicht nur der Gesamtbetrag der Einlagen (das Nennkapital), sondern das gesamte Vermögen gebunden: grundlegend OGH 25.06.1996 SZ 69/149 = JBl 1997, 108 Anm *Hügel*; zuletzt OGH 01.12.2005 ÖBA 2006, 293 Anm *Karollus*; weiters etwa *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 96 mwN.

<sup>18</sup> BGH 05.12.1983 BGHZ 89, 162 = ZIP 1984, 446; zustimmend *Wiedemann/Hirte*, ZGR 1986, 162 sowie *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht (1988) 248 ff; zur Heumann/Ogilvy-Entscheidung unter Kritik an der Zuordnung von Geschäftschancen aufgrund eines (abzulehnenden) Wettbewerbsverbots des Gesellschafters: *Mertens/Cahn*, FS Heinsius 545.

<sup>19</sup> *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 61 Rz 10.

das weit überwiegende Schrifttum die Möglichkeit eines Wettbewerbsverbots der Aktionäre nicht. Manche Autoren wollen indessen aus der Treuepflicht des Aktionärs unter besonderen Umständen ein Wettbewerbsverbot und mithin eine Verpflichtung zur Respektierung von Geschäftschancen der AG ableiten.<sup>20</sup>

Ist aufgrund besonderer Umstände ein Wettbewerbsverstoß des Gesellschafters anzunehmen, begründet dies zunächst nur Ansprüche der Mitgesellschafter (uU auch auf Leistung an die Gesellschaft). Das Ausnützen von Geschäftschancen durch einen Gesellschafter kann im Einzelfall einen Verstoß gegen die Treuepflicht begründen, so etwa dann, wenn gerade erst die Gesellschafterstellung Zugang zu den Geschäftschancen eröffnet hat.<sup>21</sup> Die Überlassung von Geschäftschancen der Gesellschaft an einzelne Gesellschafter verstößt schließlich gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.<sup>22</sup> Doch dabei handelt es sich um Rechtsverletzungen im *Innenverhältnis*. Dies hat der Jubilar für den Fall des Wettbewerbsverstoes des Geschaftsfuhlers verdeutlicht.<sup>23</sup> Die Regelungen des Innenverhältnisses unterliegen der Disposition der Gesellschafter. Eine Treuepflichtverletzung des Alleingesellschafters ist undenkbar. Gläubigerschutz ist nicht die *ratio legis*.

Dennoch kann ein und dasselbe Verhalten gegen Pflichten im Innenverhältnis und gleichzeitig gegen die Vermögensbindung (§ 52 AktG, § 82 GmbHG) verstoßen. Allerdings unterscheiden sich die Rechtsfolgen deutlich: Ansprüche aus Verletzungen der Treuepflicht oder des Gleichbehandlungsgrundsatzes stehen grundsätzlich den Gesellschaftern zu.<sup>24</sup> Wer im Falle der Verletzung eines (vertraglichen) Wettbewerbsverbots anspruchsberechtigt ist, ergibt die Auslegung der Wettbewerbsabrede. Stets handelt es sich um Ansprüche im Innenverhältnis.

<sup>20</sup> In diesem Sinne *Weisser*, *Corporate Opportunities*, 140 (unter Einbeziehung der AG), 199 (zum herrschenden Gesellschafter, ohne gesonderte Erwähnung der AG); Ansätze bereits bei *Lutter*, ZHR 153 (1989) 465 f. In dieselbe Richtung weist wohl *Lutter's* Theorie der Einheitsbetrachtung des Korporationsrechts, die eine grundsätzliche Differenzierung zwischen Treuepflichten nach Rechtsformen nicht zulässt (AcP 180 [1980] 85, 105 ff, 108, 110). Im Uberigen übt das Schrifttum auffallende Zurückhaltung gegenüber der Ableitung eines Wettbewerbsverbots aus der (sonst einhellig anerkannten) Treuepflicht des Aktionärs: keine Erwähnung im Rahmen der Fallgruppen zu aktienrechtlichen Treuepflicht bei *Raiser/Veil*, *Recht der Kapitalgesellschaften*<sup>4</sup> § 12 Rz 44 ff (vgl aber *dieselben*, aaO § 28 Rz 49 ff zum in Ausnahmefällen bejahten Wettbewerbsverbot des GmbH-Gesellschafters) sowie bei *Kübler/Assmann*, *Gesellschaftsrecht*<sup>6</sup> (2006) § 15 II c; weiters etwa *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*<sup>3</sup> § 19 III: „Unter Aktionären kann sehr wohl eine Sonderrechtsbeziehung angenommen werden, nur sind die hieraus resultierenden Rechte und Pflichten sehr viel weniger weitgehend als bei einer engeren – insbesondere personalistischen – verbandsrechtlichen Beziehung“ (S. 554).

<sup>21</sup> Vgl nur *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 61 Rz 10.

<sup>22</sup> Dazu unten Punkt V. 2. Fall.

<sup>23</sup> GeS 2005, 407 f.

<sup>24</sup> *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 47a Rz 47 ff. Eine Treuepflichtverletzung kann auch zu Ansprüchen der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter führen.

Hingegen stehen Ansprüche aus der Verletzung der Vermögensbindung ausschließlich der Gesellschaft zu. Gesellschafter können sie allenfalls im Wege der Prozessstandschaft gemäß § 48 GmbHG geltend machen. Aufgrund des gläubigerschützenden Charakters der Vermögensbindung sind – anders als bei Ansprüchen aus dem Innenverhältnis – ausnahmsweise auch Gläubiger zur Geltendmachung legitimiert (§ 56 Abs 1 AktG). Auf der Tatbestandsseite ist der bedeutsamste Unterschied der zwingende Charakter der Ansprüche aus § 52 AktG, § 82 GmbHG: Steht die Vermögensbindung von vornherein nicht zur Disposition der Gesellschafter, ist folgerichtig auch der nachträgliche Verzicht auf Ansprüche aus der Verletzung der Vermögensbindung unzulässig (§ 60 AktG, § 83 Abs 4 GmbHG). Treuepflicht, Gleichbehandlung und (vertragliche) Wettbewerbsverbote hingegen sind dispositiv.

#### **IV. Verhältnis zur steuerrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung**

Wäre die Vermögensbindung im Verhältnis zum Innenverhältnis (Treuepflicht, Gleichbehandlungsgrundsatz, allfälliges Wettbewerbsverbot) somit zweifelsfrei die schärfere Waffe gegen Gesellschaftereingriffe in Geschäftschancen und bereits deswegen untersuchungswürdig, so ist dieses Thema überdies vor allem deswegen attraktiv, weil es unübersehbare Parallelen zur steuerrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung durch Ausnutzung von Geschäftschancen aufweist. Auch hier darf ich auf das Interesse des Jubilars hoffen, denn gerade er hat mit besonderer Deutlichkeit – und insbesondere unter Hinweis auf die eng verwandte Verrechnungspreisproblematik – auf diese Zusammenhänge hingewiesen.<sup>25</sup> Der Seitenblick auf das Steuerrecht – Umfangreicherer kann in diesem Rahmen nicht erfolgen – verspricht sowohl aus praktischen als auch aus rechtssystematischen Gründen erheblichen Nutzen: Wie auch in anderen Zusammenhängen, etwa bei der Abgrenzung von Kapital und Gewinn im Rahmen von Rechnungslegung und Gewinnermittlung<sup>26</sup> oder im Umgründungsrecht<sup>27</sup>, hatte das Steuerrecht die Geschäftschancenproblematik früher und häufiger als

---

<sup>25</sup> *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 15. *Döllerer*, BB 1967, 1437, 1438 weist auf die Parallelen zwischen dem steuerrechtlichen Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung und dem Nachteilsausgleich gemäß § 311 dAktG bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags hin. Nachteilige Maßnahmen iSd § 311 dAktG entsprechen aber (außerhalb des auf Beherrschungsverhältnisse beschränkten Anwendungsbereichs des § 311 dAktG) praktisch stets Maßnahmen verbotener Einlagenrückgewähr; dazu vgl *Koppensteiner* in *K-K*<sup>3</sup> § 311 RZ 161.

<sup>26</sup> Dazu *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung – Unternehmensübertragung auf verbandsrechtlicher Grundlage im österreichischen und deutschen Gesellschaft-, Bilanz- und Ertragsteuerrecht der Kapitalgesellschaften (1993) 10 ff, 221 ff und passim.

<sup>27</sup> *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 451 ff.

das Gesellschaftsrecht zu behandeln; ihm kommt Zeitvorsprung und folglich auch Erkenntnisvorsprung aufgrund reichlichen Anschauungsmaterials zugute: Der Interessenkonflikt zwischen Unternehmen und dem Finanzamt ist permanent, er wird in kurzen Perioden durch Betriebsprüfungen ausgetragen und findet seinen Niederschlag in zahlreichen Verwaltungsanweisungen und steuerrechtlichen Urteilen. Für vergleichbare Konfliktdichte können die Anspruchsadressaten der § 52 AktG, § 82 GmbHG – Minderheitsgesellschafter, Gläubiger und Masseverwalter – nicht sorgen.

Hinzu kommen dogmatische Querverbindungen, deren Bestehen häufig betont, deren Reichweite aber noch keineswegs endgültig ausgelotet ist. Dazu an dieser Stelle nur so viel: Unübersehbar ist die Parallele zwischen der verdeckten Einlagenrückgewähr und der steuerrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung. Obwohl Judikatur und Lehre in Deutschland<sup>28</sup> – nicht in Österreich<sup>29</sup> – primär auf das Vorliegen einer Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers abstellen, kommt in beiden Rechtsbereichen dem Fremdvergleich überragende Bedeutung zur Identifizierung einer verdeckten Ausschüttung zu. Dies ist kein Zufall. Zwar wird geltend gemacht, dem Steuerrecht gehe es um die Erfassung des vollen Gewinns, dem Gesellschaftsrecht hingegen um Kapitalerhaltung.<sup>30</sup> Seit *Kurt Ballerstedts* berühmtem Buch aus dem Jahr 1949 über „Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften“ wissen wir indessen, dass Kapital – im Sinne des gesellschaftsrechtlich gebundenen Vermögens – und Gewinn komplementäre Größen sind.<sup>31</sup> Ich will dies anhand eines „Klassikers“<sup>32</sup>, der Veräußerung eines Vermögensgegenstandes gegen einen

<sup>28</sup> Ungeachtet der Änderung der Definition der verdeckten Gewinnausschüttung durch die Judikatur des BFH im Jahr 1989 war der Verstoß gegen die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ stets Begriffsmerkmal der verdeckten Gewinnausschüttung: Nachweise bei *Tipke/Lang*, Steuerrecht<sup>18</sup> § 11 Rz 51 ff; eingehend *Döllner*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften<sup>2</sup> (1990) 28 ff; vgl auch *Wassermeyer*, GmbHR 1993, 331; *Weber-Grellet*, DStZ 1998, 357, 358; *Schön* in FS Flume, 265, 273 f.

<sup>29</sup> Die steuerrechtliche Judikatur des VwGH orientiert sich am Fremdvergleich. Dazu und zur Auseinandersetzung mit dem BFH-Kriterium der „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ vgl *Bauer/Quantschnig/Schellmann/Werilly*, KStG § 8 Rz 45 ff.

<sup>30</sup> Vgl bereits *Döllner*, BB 1967, 1437; eingehend *Welf Müller*, DStJG 17 (1994) 289, 295 ff; *Thiel*, DStR 1993, 1801, 1802.

<sup>31</sup> *Ballerstedt* versteht unter „Kapital“ das „gesellschaftsrechtlich gebundene Vermögen ... das von der Verteilbarkeit als Reingewinn jeweils ausgeschlossene Gesellschaftsvermögen“: siehe Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften 48 ff; dazu *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 265. Obwohl diese Begriffsbildung – insbesondere vor dem Hintergrund der Abgrenzung von Kapital und Gewinn nach der Herkunft der jeweiligen Mittel – nicht zweckmäßig ist (dazu *Hügel* aaO), verdeutlicht sie im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung überaus prägnant die Abgrenzung des als Gewinn verteilbaren vom gemäß § 52 AktG, § 82 GmbHG (gesellschaftsrechtlich) gebundenen Vermögen.

<sup>32</sup> Dazu bereits *Flechtheim* in *Düringer/Hachenburg*, HGB<sup>3</sup> § 213 Anm 4.

Kaufpreis in der Höhe des Buchwerts demonstrieren: Der Gesellschaft wird die Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem Buchwert – somit die stille Reserve – verdeckt entzogen. Der Differenzbetrag mindert das gesellschaftsrechtlich gebundene Vermögen; folglich ordnet das Gesellschaftsrecht zum Schutze der Gläubiger Wertauffüllung in Gestalt eines Rückgewähranspruchs an.<sup>33</sup> Denselben Differenzbetrag<sup>34</sup> rechnet das Steuerrecht dem Gewinn laut Steuerbilanz hinzu, um diesen Betrag zu besteuern. Denn wie im Handelsrecht ist die an den Gesellschafter transferierte stille Reserve auch im Steuerrecht latenter Gewinn. Würde er nicht als verdeckte Gewinnausschüttung erfasst, entginge er endgültig der Besteuerung. Entsprechend der unterschiedlichen Zielrichtungen der beiden Rechtsgebiete differieren somit zwangsläufig die Rechtsfolgen: hier Wertauffüllung im Interesse des Gläubigerschutzes, dort Gewinnkorrektur für Zwecke der Besteuerung. Der Tatbestand ist jedoch im Prinzip identisch: Zu ermitteln ist, *ob* ein bestimmter Werttransfer causa societatis erfolgte und *wie hoch* der Betrag des Werttransfers ist.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Überzeugende Ablehnung der Nichtigkeit verbotswidriger Verträge bei *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter, *GesRZ* 1999, 86, 89 f (zu den differenzierten Meinungen der Co-Autoren vgl die FN 45 und 46); ohne Auseinandersetzung gegenteilig *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, § 52 AktG Rz 106. Für einen Wertauffüllungsanspruch bei Lieferungen und Leistungen der Gesellschaft an den Aktionär zu unangemessen niedrigen Preisen auch *Doralt/Winner* in *MünchKomm AktG*<sup>2</sup> § 62 Rz 133f; zustimmend *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 162 ff.

<sup>34</sup> Die Änderung der Definition der verdeckten Gewinnausschüttung durch den 1. Senat des BFH im Jahr 1989, nach welcher der Zufluss eines Vermögensvorteils beim Gesellschafter keine Voraussetzung einer verdeckten Gewinnausschüttung ist, hat zu keiner Differenzierung gegenüber gesellschaftsrechtlich verbotenen Ausschüttungen geführt (aA *Welf Müller*, *DStJG* 17 (1994) 298). Die Definitionsänderung stand mit dem (in der Zwischenzeit abgeschafften) körperschaftsteuerrechtlichen Anrechnungsverfahren im Zusammenhang. Nach der früheren Definition hätte zB die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung im Falle einer dem Fremdvergleich nicht standhaltenden Pensionszusage am Fehlen eines periodengleich zufließenden Kapitalertrags des Gesellschafters scheitern können. Auch nach der neuen Definition führt keinesfalls jede auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende Minderung des Vermögens der Körperschaft – unabhängig von Vorteilen des Gesellschafters – zu einer verdeckten Gewinnausschüttung. Andernfalls könnten auch Managementfehler des Gesellschafter-Geschäftsführers eine verdeckte Gewinnausschüttung begründen: *Wassermeyer*, *StVj* 1993, 208 f, 217; zustimmend *Thiel*, *DStR* 1993, 1803. Im Übrigen war die neue Definition der verdeckten Gewinnausschüttung selbst im BFH nicht unumstritten: vgl *Döllerer*, *BB* 1990, 2030 sowie die „Tiger-Fälle“ von *Scholtz*, *FR* 1990, 321, 350 und 386.

<sup>35</sup> Entgegen *Wassermeyer*, *StVj* 1993, 211 ist die verdeckte Ausschüttung gesellschaftsrechtlich nicht generell zulässig, wenn alle Gesellschafter zustimmen. Dies kann im deutschen GmbH-Recht allenfalls dann gelten, solange das verdeckt geminderte Gesellschaftsvermögen noch die Stammkapitalziffer deckt (§ 30 Abs 1 dGmbHG); andernfalls ist sie unzulässig: *Scholz/Westermann*, *GmbHG*<sup>9</sup> § 30 Rz 20; *Hachenburg/Goerdeler/Müller*, *GmbHG*<sup>8</sup> § 30 Rz 59 f sowie § 29 Rz 130. Gleiches gilt im Anwendungsbereich von § 57 dAktG, § 52 AktG und § 82 GmbHG.

Hinzu kommt: Nach wohl noch immer herrschender Meinung bezweckt § 52 AktG (und dies muss auch für den inhaltsgleichen § 82 GmbHG gelten) nicht nur Gläubigerschutz durch Vermögensbindung; vielmehr erfüllt die Vorschrift auch andere Zwecke:<sup>36</sup> Dazu zählt jedenfalls<sup>37</sup> die Wahrung der Einhaltung des gesetzlichen Gewinnverteilungsverfahrens. Zwar mag § 52 AktG (§ 57 dAktG) nicht die Einhaltung der Gewinnverteilungskompetenz bezwecken, weil diese dem Gesellschafter- nicht dem Gläubigerschutz dient. Die Vorschriften betreffend Feststellung und Prüfung des Jahresabschlusses, die Rechnungslegungsbestimmungen sowie die Beschränkung von Ausschüttungen auf den ausgewiesenen Bilanzgewinn dienen indessen zweifelsfrei (auch) dem Gläubigerschutz. Sie werden durch die verdeckte Vermögensverteilung unterlaufen.

Wie dem Steuerrecht geht es auch § 52 AktG um den Ausweis des „richtigen“ Gewinns, denn die verschleierte Vermögensverschiebung verzerrt die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft (§ 222 Abs 2 HGB).<sup>38</sup> Der Gesetzestext spricht sogar dafür, dass die zuletzt genannten *rationes* ursprünglich im Vordergrund standen: Denn gleichrangig mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr steht an der Spitze der § 52 AktG, § 82 GmbHG die Anordnung, dass den Gesellschaftern nur Anspruch auf den Bilanzgewinn (früher: Reingewinn), der sich aus der Jahresbilanz ergibt, zusteht. Soll die im Schutzbereich der Norm liegende Einhaltung des Gewinnverteilungsverfahrens nicht unterlaufen werden, müssen (offene und verdeckte) Ausschüttungen abseits der jährlichen Gewinnverteilung unterbleiben.<sup>39</sup> Nur so lässt sich auch die Bindung des gesamten Vermögens begründen, denn der Gläubigerschutz trägt nur die Bindung des nicht ausschüttungsfähigen Vermögens. Kein Widerspruch besteht indessen, wenn man erkennt, dass die Vermögensbindung jeglichen Transfer von der Gesellschaft zu den Gesellschaftern dem gesetzmäßigen Verfahren der Gewinnverteilung unterstellen will. Dies schließt verdeckte Gewinnverteilung aus. Treffend die Bemerkung *Ballerstedts*, in Abwandlung eines berühmten Ausspruchs *Franz Kleins*, die Gewinnverteilung solle sich „im hellsten Licht der Öffentlichkeit“ abspie-

<sup>36</sup> Grundlegend *Ballerstedt*, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften (1949) 132 f; eingehend *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> § 52 Rz 2; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 52 Rz 4; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 99 ff; *Hügel*, GesRZ 2005, 161; aA *Koppensteiner*, GeS 2005, 405 samt Nachweisen zu Gegenmeinungen.

<sup>37</sup> Ich teile die Ansicht *Koppensteiners*, GeS 2005, 405, dass Gleichbehandlung nicht der Zweck der § 52 AktG, § 82 GmbHG, sondern nur Reflexwirkung dieser Bestimmungen ist. Anders noch *Hügel*, GesRZ 2005, 161.

<sup>38</sup> So schon *Ballerstedt*, aaO 133.

<sup>39</sup> Auch dazu bereits *Flechtheim in Düringer/Hachenburg*, HGB<sup>3</sup> § 213 Anm 4, der betont, dass beim Verkauf eines Vermögensgegenstandes zum Buchwert „die Vermögensverteilung bilanzmäßig nicht zum Ausdruck (kommt). Aber gerade das verstößt gegen die §§ 213, 215 (HGB).“

<sup>40</sup> Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften 132 f.

len.<sup>40</sup> Verdeckte Vermögensverschiebungen, etwa durch den Verkauf eines Vermögensgegenstandes der Gesellschaft zum Buchwert, sind damit unvereinbar. Dabei „kommt die Vermögensverteilung bilanzmäßig nicht zum Ausdruck. Aber gerade das verstößt gegen die §§ 213, 215 (HGB)“, konstatierte *Düringer* bereits im Jahr 1934 zu dem mit § 52 AktG wortgleichen § 213 dHGB 1900<sup>41</sup> (ebenso Art 216 Abs 2 AHGB). Die Unterbindung (auch) verdeckter Vermögensverschiebungen und folglich der Ausweis des „richtigen“ Gewinns liegt Gesellschafts- und Steuerrecht somit gleichermaßen am Herzen.

Dies erklärt ohne Weiteres, dass beide Rechtsgebiete verdeckte Vermögensminderungen nach weitgehend identischen Kriterien identifizieren und bewerten:

In aller Regel dominiert der *Fremdvergleich* die Angemessenheitsprüfung.<sup>42</sup> Im deutschen Steuerrecht folgt dies aus dem (übergeordneten) Maßstab des sorgfältigen und ordentlichen Geschäftsleiters. Kontrahiert dieser mit dem Gesellschafter zu Bedingungen, die für den Gesellschafter günstiger sind als jene im Rahmen eines Fremdgeschäfts, ist die Vermögensminderung (bzw die verhinderte Vermögensmehrung) im Gesellschaftsverhältnis begründet.<sup>43</sup>

Der Fremdvergleich ist im Gesellschafts- und Steuerrecht auch bei Vermögensverschiebungen in umgekehrter Richtung – nämlich *vom Gesellschafter zur Gesellschaft* – relevant. Veräußert der Gesellschafter an die Gesellschaft einen Vermögensgegenstand zu einem unangemessen niedrigen Preis, nimmt das Steuerrecht eine *verdeckte Einlage* an. Da kein im Unternehmen erwirtschafteter Gewinn vorliegt, sondern die Vermögensmehrung ihren Rechtsgrund im Gesellschaftsverhältnis hat, wird der steuerpflichtige Gewinn der Gesellschaft um den Betrag der Wertzufuhr gekürzt. Beim Gesellschafter wird der Beteiligungsansatz gemäß § 6 Z 14 EStG um den gemeinen Wert des eingelegten Wirtschaftsguts erhöht, sodass die beim Sacheinleger angesammelten stillen Reserven realisiert werden.<sup>44</sup> Im Gesellschaftsrecht erfolgt die Gewinnrealisierung beim Sacheinleger nach Tauschgrundsätzen oder analog § 202 Abs 1 HGB<sup>45</sup>; die

---

<sup>41</sup> *Düringer/Hachenburg*, HGB<sup>3</sup> (1934) § 213 Anm 4.

<sup>42</sup> Abweichendes gilt, wenn das betreffende Rechtsgeschäft nur mit einem Gesellschafter geschlossen werden kann. Dabei geht es um konzerninterne Rechtsgeschäfte, wie die Erbringung von Konzerndienstleistungen, die Lieferung halbfertiger Güter, die Nutzung von Gemeinschaftseinrichtungen, die zentralisierte Durchführung von Forschung und Entwicklung; Nachweise bei *Hügel*, GesRZ 2005, 160. Hier kommt als Maßstab zur Identifizierung von Vermögensverschiebungen, die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen, naturgemäß nicht der Fremdvergleich, sondern nur die objektive Sorgfalt des Geschäftsführers in Betracht. Dazu weiter unten im Text.

<sup>43</sup> Auf das Verhältnis dieser Kriterien wird weiter unten eingegangen.

<sup>44</sup> *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht<sup>8</sup> I Rz 967 mwN; monografisch *Gassner*, Die verdeckte Einlage in Kapitalgesellschaften – Kritik der Richtlinien zu den Verrechnungspreisen (2004).

<sup>45</sup> *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 233 ff; *Hügel*, GesRZ 1992, 258 ff; *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 4.44; ähnlich *Gassner/Lahodny-Karner/Urtz* in *Straube*, HGB<sup>2</sup> § 202 Rz 13b.

verdeckte Erhöhung des Gewinns der Gesellschaft wird durch eine entsprechende Dotierung der Kapitalrücklage nach § 229 Abs 2 Z 5 HGB vermieden.<sup>46</sup> Im Ergebnis wird dadurch die Verlagerung nicht realisierter, latenter Gewinne (in Höhe der stillen Reserven) vom Gesellschafter auf die Gesellschaft verhindert. Die gleiche Funktion erfüllt die verdeckte Gewinnausschüttung beim Wertetransfer in umgekehrter Richtung. *Beide Vorschriften verhindern somit Gewinnverlagerungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.* Der steuerrechtliche Korrekturbedarf hat seinen Grund im *Subjektsteuerprinzip*, das die Erfassung aller Gewinne – auch latenter Gewinne in Gestalt stiller Reserven – bei jenem Steuerpflichtigen verlangt, bei welchem sie angesammelt wurden. Im Verhältnis von Körperschaft und Gesellschafter entspricht dem Subjektsteuerprinzip das körperschaftsteuerrechtliche *Trennungsprinzip*.<sup>47</sup> Im Gesellschaftsrecht dient die Korrektur aufgrund der Vermögensbindung der Erhaltung des „Kapitals“ im Sinne *Ballerstedts* sowie dem Ausweis des „richtigen“ Gewinns (als Komplementärgröße zum „Kapital“) im Interesse zutreffender Information (§ 222 HGB) und der Respektierung der Gewinnverteilungskompetenz.

Allerdings erfüllt der Fremdvergleichsgrundsatz im Steuerrecht eine weitere Funktion, zu der im Gesellschaftsrecht keine Parallele existiert: Anhand des Fremdvergleichsgrundsatzes erfolgt die *Bewertung von grenzüberschreitenden Lieferungen und Leistungen* (inklusive der Überführung von Wirtschaftsgütern und Betrieben) (vgl § 6 Z 6 EStG). Wie bei der verdeckten Gewinnausschüttung und der verdeckten Einlage hat dies den Zweck, Gewinnverlagerungen zu korrigieren. Allerdings betrifft dies nicht die Einkommenssphären verschiedener Rechtsträger, vielmehr verhindert § 6 Z 6 EStG im Interesse der *Abgrenzung der Besteuerungsansprüche verschiedener Fisci*<sup>48</sup> die Gewinnverlagerung auch zwischen in- und ausländischen Betrieben *desselben Steuerpflichtigen*. Erfolgt der grenzüberschreitende Wertetransfer zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, konkurriert § 6 Z 6 EStG mit der Gewinnkorrektur aufgrund verdeckter Ge-

<sup>46</sup> Eingehend *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 291 ff; offenkundig auch *Hofians in Straube*, HGB<sup>2</sup> § 229 Rz 22 mwN.

<sup>47</sup> Zum Subjekt Steuer- und Trennungsprinzip im Kontext des Übergangs stiller Reserven im Rahmen von Umgründungen: *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 462 ff; *Hügel in Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmGrStG Einl Rz 56 ff; das Subjektsteuerprinzip ist auch als Grundsatz der Individualbesteuerung bekannt: *Tipke/Lang*, Steuerrecht<sup>18</sup> § 9 Rz 22, § 17 Rz 203 und 226, § 18 Rz 453 (zu Durchbrechungen); weiters *Schaumburg/Schumacher in Lutter* (Hrsg), UmwG<sup>3</sup> (2004) Einl Rz 62.

<sup>48</sup> Freilich gewährleistet § 6 Z 6 EStG nur die Erfassung in Österreich gelegter stiller Reserven. Er verhindert den steuerneutralen „Export“. Es handelt sich somit um einen *Ersatzrealisierungstatbestand*: *Hügel*, FS Wiesner (2004) 188 f mwN; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 451 ff, 475 ff; vgl auch *Tipke/Lang*, Steuerrecht<sup>18</sup> § 17 Rz 232 ff. Zur Respektierung ausländischer Besteuerungsrechte an im Ausland angesammelten stillen Reserven bei „Import-Fällen“ vgl beim Zuzug: § 31 Abs 3 Satz 2 EStG, bei der grenzüberschreitenden „Herein-Umgründung“: §§ 3 Abs 1 Z 2, 9 Abs 1 Z 2, 17 Abs 2 Z 1, 18 Abs 1 Z 3 UmGrStG.

winnausschüttung oder verdeckter Einlage.<sup>49</sup> Auch wenn der grenzüberschreitende Wertetransfer kein gesellschaftsrechtliches Thema ist, so liefert die steuerrechtliche Praxis zur Gewinnkorrektur bei grenzüberschreitenden Liefer- und Leistungsbeziehungen in erheblichem Maße Anschauungsmaterial, vor allem auch zu den Fällen der Funktionsverlagerung, die in der Praxis gewöhnlich zwischen Konzerngesellschaften, die in verschiedenen Staaten ansässig sind, stattfindet. Selbst wenn die hier im Steuerrecht erörterten Fragen in Ermangelung einer Übertragung von der Gesellschaft zum Gesellschafter (oder zu einer Schwestergesellschaft) nicht als verdeckte Gewinnausschüttung einzuordnen sind, sondern allenfalls den Tatbestand des § 6 Z 6 EStG erfüllen, sind die hier angestellten Überlegungen – wegen des gemeinsamen Kriteriums des Fremdvergleichs – dennoch auch für die gesellschaftsrechtlich verbotene Ausschüttung relevant.

Unterschiede zwischen den beiden Rechtsgebieten bestehen auch bei der gesellschaftsrechtlich verbotenen *Kapitalrückzahlung*, ferner beim verbotenen *Rückerwerb von Aktien*<sup>50</sup>; in diesen Fällen reagiert das Steuerrecht nicht mit einer verdeckten Gewinnausschüttung. Diese Differenzierung leuchtet aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtungen ohne weiteres ein: Auch die verbotene Kapitalrückzahlung beeinträchtigt Gläubigerinteressen. Demgegenüber ist die Regelwidrigkeit der Kapitalrückzahlung für das Steuerrecht kein Grund, einen Betrag zu besteuern, den es – weil es sich eben um Kapital bzw Einlagen, nicht aber um Gewinn handelt – auch bei gesetzmäßiger Ausschüttung nicht besteuern könnte.

Diese Unterschiede sind für diesen Beitrag indessen irrelevant, weil eine allenfalls unzulässige Verlagerung von Geschäftschancen – wegen des damit verbundenen Entzugs stiller Reserven – der verdeckten Gewinnausschüttung gleichen würde. Verdeckte Ausschüttungen lassen sich dem Grunde und der Höhe nach aber nur im Wege des Fremdvergleichs bestimmen. Denn die Minderung des Gesellschaftsvermögens entspricht der Wertdifferenz zwischen dem Geschäft mit dem Gesellschafter und einem marktkonformen Geschäft. Dies ist im Gesellschaftsrecht nicht anders als im Steuerrecht. Gemeinsam ist schließlich beiden Rechtsgebieten, dass auch verbotene Ausschüttungen an Dritte, die dem

<sup>49</sup> Vgl *Baumhoff/Bodenmüller*, aaO (FN 5) 350f; zur Gewinnkorrektur bei Funktionsverlagerungen durch verdeckte Gewinnausschüttung, verdeckte Einlage und § 1 dAStG vgl ferner *Kuckhoff/Schreiber*, IStR 1999 321, 323f; neuerdings eingehend zur grenzüberschreitenden Übertragung von Geschäftschancen: *Ditz* in *Wassermeyer/Andresen/Ditz*, Betriebsstätten-Handbuch (2006) Rz 4.53 ff; übersichtliche Darstellung der steuerrechtlichen Korrekturvorschriften auch bei *Eisele*, Grenzüberschreitende Funktionsverlagerung (2003) 250 ff sowie bei *Rasch*, Konzernverrechnungspreise im nationalen, bilateralen und europäischen Steuerrecht (2001) 15 ff.

<sup>50</sup> Vgl etwa Punkt 2.3.1 des Einlagenrückzahlungserlasses des BMF vom 31.03.1998 AÖF 1998/88; früher schon VwGH 24.01.1984, 83/14/0130, ÖStZB 1984, 325; VwGH 19.02.1991, 87/14/0136, ÖStZB 1991, 464; *Pokorny*, FS Bauer (1986) 241 ff.

Gesellschafter nahe stehen, berücksichtigt werden.<sup>51</sup> Gerade für die Geschäftschancen-Verlagerung im Konzern, die häufig nicht eine Konzernobergesellschaft, sondern Schwestergesellschaften oder deren Tochtergesellschaften begünstigt, ist dies wichtig.

## V. Geschäftschancen und Vermögensbindung im Sinne von § 52 AktG, § 82 GmbHG

Nunmehr wende ich mich der Frage zu, ob der Entzug von Geschäftschancen die Vermögensbindung verletzt. Anders gewendet: Sind Geschäftschancen im Sinne von § 52 AktG und § 82 GmbHG *gebundenes Vermögen*?

### 1. Verfügungsbefugnis der Gesellschaft als Kriterium gebundenen Vermögens

Zur Verdeutlichung möchte ich den oben angesprochenen BGH-Fall zu konkurrierenden Immobilientransaktionen von Gesellschaft und Gesellschafter modifizieren:

Bietet der Grundstückseigentümer zwei Personen unverbindlich das Grundstück zum Kauf an, stehen diese zueinander im Wettbewerb. Zur gegenseitigen Rücksichtnahme sind sie nicht verpflichtet. Infolge Fehlens eines Wettbewerbsverbots gilt dies im Grundsatz auch im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter. Der beherrschende Gesellschafter darf den Eigentümer – etwa durch ein hohes Gebot – veranlassen, nicht an die Gesellschaft, sondern ihn zu verkaufen. Da der Gesellschaft aus dem unverbindlichen Angebot kein Recht zusteht, kann sie ihren Gesellschafter ebenso wie einen dritten Konkurrenten nicht hindern, mit dem Eigentümer handelseins zu werden. Der Gesellschafter darf die Gesellschaft aber auch unter Ausnutzung seines Einflusses, etwa durch Ausübung des Weisungsrechts gemäß § 20 GmbHG, veranlassen, das Angebot des Dritten auszuschlagen. Dies kann zwar eine Treuepflichtverletzung gegenüber Mitgesellschaftern begründen; gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft liegt indessen keine Rechtsverletzung vor. Denn die Geschäftschance ist nicht (gebundenes) Vermögen der Gesellschaft.

<sup>51</sup> Einhellige Meinung: vgl nur Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> § 52 Rz 31; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 52 Rz 36 ff; Koppensteiner, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 18; Bayer in MünchKomm § 57 AktG Rz 58 ff; Westermann in Scholz, GmbHG<sup>9</sup> § 30 Rz 29. Gleichsinnig zur verdeckten Gewinnausschüttung: Bauer/Quantschnig/Schellmann/Werilly, KStG § 8 Rz 42; VwGH 28.02.1978, 1257/75, ÖStZB 1978, 258; VwGH 26.09.2000, 98/13/0216, 0220, ÖStZB 2001, 189; VwGH 12.09.2001, 96/0043, 0044, ÖStZB 2002, 684; Rz 776 KStR.

Anders ist die Situation, wenn die Gesellschaft bereits einen *Anspruch* auf Erwerb des Grundstücks hat, etwa aufgrund eines verbindlichen Angebots des Grundstückseigentümers. Bei langfristigen Angeboten muss der Angebotsempfänger oft ein Entgelt für die Angebotseinräumung bezahlen. Dadurch sichert sich der Optionsberechtigte die Möglichkeit, die gewinnbringende Verwertung des Optionsgegenstandes zu überprüfen und vorzubereiten, ohne befürchten zu müssen, dass diese Aufwendungen durch den Verkauf an einen anderen Bieter frustriert werden. Hier wäre der vorsätzliche Eingriff in das Forderungsrecht selbst einem Dritten untersagt.<sup>52</sup> Auch der Eingriff durch den Gesellschafter, der die Gesellschaft zum Verzicht veranlasst, verstößt folglich gegen die Vermögensbindung. Obwohl auch das Angebot, mehr noch die gegen einen Preis erworbene Option, eine Geschäftschance beinhaltet, liegt dennoch mehr als nur eine „bloße“ Geschäftschance vor: Die Option ist zweifellos gebundenes Vermögen: Dass die Gesellschaft Kosten aufgewendet hat, spricht dafür, dass die Option einen Wert repräsentiert.<sup>53</sup> Noch deutlicher tritt dies hervor, wenn die Gesellschaft bereits über eine gewinnbringende Weiterveräußerungsmöglichkeit verfügt. Ein sorgfältig agierender Geschäftsführer würde zur Förderung der Interessen eines Dritten nicht unentgeltlich auf den Anspruch verzichten.

Das unverbindliche Angebot ist das Paradigma der bloß faktischen, weil rechtlich nicht abgesicherten Geschäftschance. Hier konkurrieren Gesellschaft und Gesellschafter zulässigerweise in ihrem Streben nach Erwerb des Grundstückes, wie auch jeder von ihnen im Verhältnis zu Dritten. Hat die Gesellschaft hingegen aufgrund eines verbindlichen Angebots einen Anspruch, gehört dieser zum gebundenen Vermögen. Der Anspruch gewährt der Gesellschaft eine *Verfügungsbefugnis* über die Geschäftschance. Oft darf die Gesellschaft den Anspruch auf einen Dritten übertragen; in jedem Fall kann sie auf den Anspruch verzichten und einem Dritten den Erwerb des frei gewordenen Optionsgegenstands ermöglichen. Zumal dann, wenn die Gesellschaft einen Optionspreis aufgewendet hat und/oder ihr ein Gewinn entgeht, darf der Geschäftsführer die Geschäftschance im Regelfall nicht unentgeltlich einem anderen überlassen. Gleiches gilt gegenüber dem Gesellschafter. Die Durchsetzung eines Entgelts setzt aber voraus, dass die Gesellschaft über die Geschäftschance verfügen kann. Die entscheidende Frage ist, wie dies der prononcierte Handels- und Steuerrechtler *Döllerer* schon im Jahre 1967 formuliert hat, ob die Chance „dem Vermögen der Gesellschaft zuzurechnen ist oder ob sie noch dem Zugriff aller offen steht“.<sup>54</sup>

Danach hat es den Anschein, dass Geschäftschancen zum gebundenen Vermögen gehören, wenn die Gesellschaft aufgrund einer Rechtsposition andere

---

<sup>52</sup> Vgl etwa *Apathy* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kommentar (2005) § 1061 Rz 2.

<sup>53</sup> Zu Aufwendungen als Zurechnungskriterium vgl *Thiel*, DStR 1993, 1801, 1804; *Röder*, StbJb 1997, 98, 115, 125.

<sup>54</sup> BB 1967, 1439.

von der Nutzung der Chance ausschließen kann. Aus dem Immaterialgüterrecht ist das Phänomen bekannt, dass das Ausschlussrecht eine Nutzungsmöglichkeit eröffnet.<sup>55</sup> Die Verfügungsbefugnis ist auch eine Voraussetzung des Fremdvergleichstests. Jedermann zugängliche Geschäftschancen lassen sich nicht durch entgeltliche Übertragung auf andere verwerten. Wer dem Gesellschafter in dieser Situation zumutet, der Gesellschaft ein Entgelt für die Überlassung der Geschäftschance zu leisten oder von der Verwertung der Geschäftschance abzusehen, verlangt vom Gesellschafter mehr, als der Fremdvergleichstest ergibt.

Diese These soll anhand von aktuellen Konzerngestaltungsfällen überprüft werden:

### ***1. Fall: Grenzüberschreitende Funktionsverlagerung***

Im internationalen Standortwettbewerb kommt der Ertragsteuerbelastung der Unternehmen vielfach entscheidende Bedeutung zu. Sind Gewinne von Kapitalgesellschaften in Deutschland mit rund 38% Körperschaft- und Gewerbesteuer und in Österreich mit 25% Körperschaftsteuer belastet, ist die *Verlagerung von Produktionsstätten* nach Ungarn mit 16% KöSt-Belastung, aber auch in das Baltikum mit 15%, in Estland sogar 0% KöSt-Belastung, ein hoch aktuelles Beratungsthema. Hinzu kommen Lohnkostenvorteile der zentral- und osteuropäischen Staaten. Aber auch Österreich punktet im Standortwettbewerb. Attraktiv sind: Reduktion des Körperschaftsteuersatzes, grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Wege der Gruppenbesteuerung, steuerliche Forschungsförderung.

Veranlasst die ausländische Muttergesellschaft ihre Tochter-Kapitalgesellschaft zur *Übertragung ihres Produktionsbetriebs* an eine ausländische Schwestergesellschaft, kann dies eine verdeckte Gewinnausschüttung an die Muttergesellschaft begründen; dass diese nicht unmittelbar aus dem Übertragungsvorgang begünstigt ist, steht dem nicht entgegen, weil auch die Begünstigung von Dritten, die mit dem Gesellschafter konzernmäßig verbunden sind, zur Annahme einer Leistung causa societatis führt.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Die Einräumung einer Lizenz ist im Prinzip der Verzicht auf das Ausschlussrecht. Ist die Geschäftschance – wie im Text gezeigt – in einem Vermögensgegenstand (Recht) verkörpert, kann die Verwertung (bei übertragbaren Rechten) durch entgeltliche Übertragung des Rechts oder (bei unübertragbaren Rechten) durch entgeltlichen Verzicht erfolgen: Verfügt etwa ein Vertragshändler über einen Vertragshändlervertrag auf bestimmte Dauer und bewirbt sich ein anderer Unternehmer für das entsprechende Vertragsgebiet, wird der Vertragshändler für die einvernehmliche Aufhebung des Vertragshändlervertrags, der dem Unternehmer die Neuvergabe des Vertragsgebiets ermöglicht, ein Entgelt verlangen, das in aller Regel entsprechend den Grundsätzen, die für den vertriebsrechtlichen Ausgleichsanspruch gelten, berechnet wird. Dazu weiter unten im Text.

<sup>56</sup> Da die Muttergesellschaft an der „begünstigten“ Schwestergesellschaft beteiligt ist, kommt eine verdeckte Gewinnausschüttung aufgrund einer Vermögensverlagerung an eine dem Gesellschafter „nahe stehende Person“ in Betracht: Nachweise oben FN 51. Häufig erfolgen Funktionsverlagerungen aber nicht upstream oder sidestream, sodass eine verdeckte Gewinnausschüttung ausscheidet, sondern downstream, nämlich von

Kein Zweifel besteht, dass die Veräußerung von Vermögensgegenständen, insbesondere von Produktionseinheiten, zu einem Preis, der niedriger ist als der Verkehrswert, sowohl nach Gesellschafts- als auch nach Steuerrecht eine verdeckte Gewinnausschüttung begründet. Werden gewerbliche Schutzrechte oder geheimes Know-how der bisherigen Produktionsgesellschaft der neuen Produktionsgesellschaft überlassen, muss dies vergütet werden, etwa durch Lizenzzahlungen. Hat es damit sein Bewenden, oder ist zusätzlich die *Verlagerung von Geschäftschancen* aus der Produktionstätigkeit, im Sinne des Gewinnpotentials, zu vergüten?

Das steuerrechtliche Schrifttum differenziert zwischen der Übertragung von Wirtschaftsgütern und Betrieben einerseits und von bloßen Geschäftschancen andererseits. Wird eine betriebliche Einheit übertragen, muss nicht nur der Teilwert der Wirtschaftsgüter, sondern auch der Firmenwert der betrieblichen Einheit abgegolten werden. Dies umfasst naturgemäß die übergehenden Geschäftschancen, den künftigen Gewinn. Vergleichbares gilt bei der Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern, wie Kundendateien, gewerblichen Schutzrechten, Know-how und Vertriebsrechten. Der Verkehrswert bestimmt sich hier nicht nach der Substanz, sondern nach den Zukunftserträgen.

Erfolgt die Verlagerung der Produktionsfunktion hingegen nicht durch Übertragung betrieblicher Einheiten, scheidet die Abgeltung eines Firmenwerts aus. Fraglich ist, ob die bloße Verlagerung der Produktionsfunktion dennoch bei sonstiger Annahme einer verbotenen Ausschüttung vergütungspflichtig ist. In der Praxis sind zwei Fälle zu unterscheiden: die Lohnfabrikation und die Eigenproduktion.

Häufig wird die Produktion auf eine ausschließlich mit *Lohnfertigung* befassete Konzerngesellschaft verlagert. Der Konzern nimmt einen Großteil der erzeugten Produkte ab, der Lohnfertiger hat kein Absatzrisiko. Gewerbliche Schutzrechte verbleiben beim Auftraggeber, dieser führt Forschung und Entwicklung durch. Die Lohnproduktion wird weitgehend durch den Auftraggeber bestimmt. Der Lohnproduzent hat kein hohes unternehmerisches Risiko, er setzt nur geringe finanzielle Mittel ein. Plastisch wird der Lohnproduzent als „verlängerte Werkbank“ bezeichnet: Aus diesen Gründen wird die Übertragung der Produktionsfunktion auf eine Konzerngesellschaft, die sich auf Lohnfertigung beschränkt, nicht als Verlagerung von Geschäftschancen angesehen. Die Dispositionsbefugnis zur Nutzung der Geschäftschancen bleibt gerade zurück.<sup>57</sup>

---

der (unmittelbaren oder mittelbaren) Muttergesellschaft in eine Tochtergesellschaft. Dann kommt eine Besteuerung des Verlagerungsvorgangs nach den Grundsätzen der verdeckten Einlage und/oder der Verbringung von Wirtschaftsgütern in das Ausland nach § 6 Z 6 EStG in Betracht (siehe oben unter Punkt IV. im Text).

<sup>57</sup> Vgl. *Baumhoff/Bodenmüller*, aaO (FN 5) 371 ff. Vgl. ferner das Beispiel a) zur Produktionsverlagerung bei *Rödter*, StbJb 1997/98, 118 ff.; ebenso *Borstell*, StbJb 2001/02, 232f.; *Ditz* in *Wassermeyer/Andresen/Ditz*, Betriebsstätten-Handbuch Rz 4.56 mit dem Hinweis, dass ein ordentlicher Geschäftsleiter der funktionsübernehmenden Unternehmenseinheit nicht bereit wäre, für die Verlagerung der Geschäftschance ein Entgelt zu entrichten (S. 266).

Anders ist dies bei der Verlagerung einer sog *Eigenproduktion*. Hier übt die Konzerngesellschaft alle Produktionsfunktionen aus. Sie beliefert auch Dritte und trägt das Absatzrisiko. Die konzerninternen Lieferungen werden nicht nach der Kostenaufschlagmethode, sondern nach der Preisvergleichsmethode vergütet. Dies führt zu einer höheren Gewinnspanne. Dennoch führt die Verlagerung des Gewinnpotentials aus der Produktion zu keiner verbotenen Ausschüttung. Die Möglichkeit, ein bestimmtes Produkt herzustellen, ist schon deswegen keine werthaltige Geschäftschance, weil den Chancen auch die allgemeinen unternehmerischen Risiken gegenüberstehen.<sup>58</sup> Abgesehen von dieser Bewertungsfrage halte ich für ausschlaggebend, dass die bisherige Produktionsgesellschaft über die Produktionsmöglichkeit nicht in dem Sinne verfügt, dass sie Dritte von einer Konkurrenzproduktion abhalten könnte. Wofür sollte ein Dritter ein Entgelt bezahlen? Auch der Gesellschafter ist frei, die Produkte von anderen zu beziehen, von seiner Konzerngesellschaft oder von einem Dritten.

Zu teilweise abweichenden Ergebnissen führt die *Verlagerung von Vertriebsfunktionen*, denn hier sieht das Zivilrecht eine Abgeltung vor. Entzieht die ausländische Konzernspitzengesellschaft den Vertriebstochtergesellschaften in den Hochsteuerländern Deutschland oder Österreich die Vertriebsfunktion, um sie einer Konzerngesellschaft in einem Niedrigsteuerland zu übertragen, bewirkt dies einerseits die Verlagerung des aktuellen Kundenstockes, andererseits aber auch die Chance, mit künftig anzuwerbenden Kunden Gewinne zu erzielen. Ein unabhängiger Vertragshändler würde mit der Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs analog § 24 HVertrG bzw § 89b dHGB reagieren. Unterlässt die abhängige Vertriebsgesellschaft die Geltendmachung des Anspruchs, bewirkt der darin liegende Verstoß gegen den Fremdvergleichsgrundsatz sowohl nach Gesellschafts- als auch nach Steuerrecht eine verdeckte Gewinnausschüttung.<sup>59</sup> Allerdings beschränkt sich der geschuldete Ausgleich auf die entgehenden Vorteile aus den *bestehenden* Geschäftsbeziehungen.<sup>60</sup> Gewinnpotential aus

<sup>58</sup> Haarmann, in IDW Bericht über die Steuerfachtagung 1996 – Globale Unternehmensstätigkeit und inländische Besteuerung (1997), 59, 62; Baumhoff/Bodenmüller, aaO (FN 5) 380 f; ebenso aus der Sicht der deutschen Finanzverwaltung Kuckhoff/Schreiber, IStR 1999, 327.

<sup>59</sup> Baumhoff/Bodenmüller, aaO (FN 5) 372 ff. Allgemein zum Erlass von Schulden des Aktionärs gegenüber der AG: Lutter in KK-AktG<sup>2</sup> § 57 Rz 28; zustimmend Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 52 Rz 51 FN 197; ebenso Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> § 52 Rz 16. Der Verzicht auf eine Kündigungs- oder Eintreibungsmöglichkeit gegenüber dem Gesellschafter ordnet VwGH 30.03.2006, 2002/15/0120 sowie 26.04.2006, 2004/14/0066, RWZ 2006, 175, im Anschluss an Bauer/Quantschnig/Schellmann/Werilly, KStG, Anhang zu § 8, S 26 f, als verdeckte Gewinnausschüttung ein.

<sup>60</sup> § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG nennt als Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs die Neukundenzuführung. Z 2 stellt auf die Vorteile „aus diesen Geschäftsverbindungen“ ab. Bei der Ausgleichsbemessung sind nach Z 3 insbesondere die „dem Handelsvertreter aus Geschäften mit dem betreffenden Kunden entgehenden Provisionen“ zu berücksichtigen.

künftigen Geschäftsbeziehungen ist nicht abzugelten. Dies spricht dafür, dass auch der beherrschende Gesellschafter potentielle Vorteile – somit noch nicht realisierte Geschäftschancen – entschädigungslos entziehen darf. Denn die Kehrseite des Fremdvergleichsgrundsatzes ist, dass der Gesellschafter nicht mehr bezahlen muss als ein Dritter.<sup>61</sup> Auch die Sorgfalt des Geschäftsführers *des Gesellschafters* begrenzt die Reichweite der verbotenen Einlagenrückgewähr. Plastisch wird im steuerrechtlichen Schrifttum<sup>62</sup> im Anschluss an ein BFH-Urteil<sup>63</sup> von der „*Theorie des doppelten ordentlichen Geschäftsleiters*“ gesprochen.

Wichtiger als die Verlagerung der Vertriebsfunktion ist in der Gestaltungspraxis die sogenannte *Funktionsreduktion*. Denn häufig ist die Transferierung des Vertriebsapparats untunlich. Das Herzstück der Vertriebseinheit sind Mitarbeiter, die über langjährige, vielfach auch persönliche Beziehungen zu den Kunden verfügen. Die Verlagerung von Arbeitsort und Wohnsitz in ein anderes Land ist oft nicht möglich. Folglich kommt es häufig nicht zur Funktionsverlagerung, sondern bloß zur Funktionsreduktion. Die Funktion der Gesellschaft als Eigenhändler wird auf jene eines Kommissionärs oder Handelsvertreters reduziert. Damit verbunden ist die Verlagerung verschiedener Vertriebssteilfunktionen und Geschäftsrisiken, durch die sich die beiden Vertriebsformen unterscheiden. Lagerhaltung und Werbetätigkeit entfallen zumeist. Die Vertriebsgesellschaft kauft die Vertriebsprodukte nicht ein, denn sie schließt die Verkaufsgeschäfte im Namen, jedenfalls aber auf Rechnung einer anderen Gesellschaft. Somit wird ihr das Absatzrisiko abgenommen. An die Stelle der Eigenhändler-Gewinnspanne tritt eine niedrigere Provision.<sup>64</sup> Der im Hochsteuerland anfallende Gewinn der Vertriebsgesellschaft wird dadurch gemindert.

Fraglich ist, ob diese *Reduktion der Zukunftserträge* der Vertriebsgesellschaft abzugelten ist.<sup>65</sup> Die gleichzeitig bewirkte Reduktion der von der Vertriebsge-

<sup>61</sup> Demgegenüber meint *Borstell*, StbJb 2001/02, 201, 219 f, der Ausgleichsanspruch nach § 89b dHGB stelle keine Höchstgrenze dar, weil der Eigenhändler als „wirtschaftlicher Eigentümer des immateriellen Wirtschaftsguts Kundenstamm und damit Inhaber der zukünftigen hinreichend konkretisierten und bewertbaren Geschäftschancen“ auf eine Gegenleistung für die Übertragung auf dem Marktpreis bestehen würde. Demgegenüber entspricht die Annahme einer Verfügungsbefugnis des Eigenhändlers hinsichtlich des Kundenstamms nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, weil Eigenhändlerverträge in aller Regel kündbar sind und häufig eine Verpflichtung zur Übertragung des Kundenstockes vorsehen, sofern der Vertragspartner nicht ohnehin aufgrund einer bei aufrehtem Vertrag zu erfüllenden Informationsverpflichtung des Vertragshändlers über die notwendigen Kundendaten verfügt, die ihm – jedenfalls aufgrund der „Sogwirkung“ der Marke – die Aneignung des Kundenstockes bei Vertragsbeendigung ermöglicht. Nicht zufällig ist dies gerade eine Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs.

<sup>62</sup> *Baumhoff/Bodenmüller*, aaO (FN 5) 350, 370; weiters *Ditz* in *Wassermeyer/Andresen/Ditz*, Betriebsstättenhandbuch Rz 4.54.

<sup>63</sup> BFH 17.05.1995, BStBl 1996 II 204.

<sup>64</sup> Vgl dazu aus der Sicht der deutschen Finanzverwaltung *Kuckhoff/Schreiber*, IStR 1999, 356.

<sup>65</sup> So offenkundig BMF 23.06.2003 EAS 2304 und BMF 28.07.2003 EAS 2328.

sellschaft zu entfaltenden Tätigkeiten sowie die geschilderte Risikominderung sprechen dagegen. Diese Unterschiede rechtfertigen den niedrigeren Gewinn des Kommissionärs oder Handelsvertreters. Gleichwohl ist nicht zu bezweifeln, dass Geschäftschancen entzogen werden, nämlich das höhere Gewinnpotential eines Vertragshändlers. Bemerkenswerterweise hält die BGH- und OGH-Rechtsprechung zum Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers gerade dieses höhere Ertragspotential aber nicht für ausgleichspflichtig. Auch der Vertragshändler erhält bei Vertragsbeendigung nur einen Handelsvertreter-Ausgleich, der nach der Handelsvertreter-typischen Provision, nicht nach der höheren Gewinnmarge des Vertragshändlers zu ermitteln ist.<sup>66</sup> Die Anwartschaft auf diesen Handelsvertreter-typischen Ausgleichsanspruch verbleibt der Tochtergesellschaft aber auch nach der Funktionsreduktion.<sup>67</sup>

Diese Beispiele zeigen:

Bei der Verlagerung oder Reduktion von Vertriebsfunktionen ist der Fremdvergleichsgrundsatz weitgehend durch gesetzliche Regelungen und Judikatur zum Ausgleichsanspruch konkretisiert. Wie ein dritter Vertragshändler kann die Tochtergesellschaft die Maßnahme des Gesellschafters nicht verhindern, denn Vertriebsverträge sind in aller Regel kündbar. Der Entzug der Vertriebsfunktion durch den Gesellschafter ist keine verbotene Einlagenrückgewähr, sofern der vertriebsrechtliche Ausgleichsanspruch erfüllt wird. *Verzichtet* die Gesellschaft auf den Ausgleich, liegt freilich *darin* eine verbotene Einlagenrückgewähr.<sup>68</sup>

Dies verdeutlicht, dass die Verlagerung von *Produktionsaktivitäten* von einer Konzerngesellschaft zu einer anderen und auch die Umstellung der Eigenproduktion einer Gesellschaft auf eine abhängige Lohnfertigung kein unzulässiger Entzug von Geschäftschancen ist. Auch gegenüber einem Drittproduzenten kann sich der Gesellschafter entscheiden, den Bezug der Produkte einzustellen, um sie künftig von einem anderen Produzenten zu kaufen. Gleiches gilt im Verhältnis zur Konzerngesellschaft.

Anders ist zu entscheiden, wenn die Gesellschaft zur Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben oder Einzelvermogensgegenstanden veranlasst wird. Dann hat sie Anspruch auf einen angemessenen Kaufpreis. Bewirkt die Übertragung der betrieblichen Einheit auch die Übertragung des Kundenstocks, werden die Geschäftschancen durch jenen Kaufpreisbestandteil, der auf den Firmenwert entfällt, abgegolten.

<sup>66</sup> Vgl. *Nocker*, *ecolex* 2003, 828, 830 mit Nachweisen zur OGH- und BGH-Judikatur.

<sup>67</sup> Dazu vgl. *Faix/Wangler*, *IStR* 2001, 67.

<sup>68</sup> In diesem Sinne betont auch *Wassermeyer*, *DStR* 1997, 684 „dass Geschäftschancen in erster Linie durch Verträge gewonnen werden“. Als zweiten Fall der verdeckten Gewinnausschüttung nennt er den Verzicht der Gesellschaft auf Zivilrechtsanspruche gegen den Gesellschafter (aaO 683). Ebenso *Baumhoff/Bodenmüller*, aaO (Fn 5) 377.

Im Gegensatz zum steuerrechtlichen Schrifttum, das über ein spezifisches Kriterium der „Zuordnung“ von Geschäftschancen als Voraussetzung einer verdeckten Gewinnausschüttung diskutiert<sup>69</sup>, kommt es meines Erachtens schlicht auf die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft an.

Besteht ein Anspruch<sup>70</sup>, begründet die Nichtgeltendmachung oder der Verzicht in aller Regel eine verdeckte Gewinnausschüttung. Kann die Gesellschaft mangels Verfügungsbefugnis bzw mangels eines Anspruchs den Gesellschafter (ebenso wie Dritte) von der Wahrnehmung der Geschäftschance nicht ausschließen und folglich für die freiwillige Überlassung der Geschäftschance kein Entgelt verlangen, kann es nicht darauf ankommen, ob die Gesellschaft mit dem Geschäft als Erste in Berührung gekommen ist, konkrete Maßnahmen zur Wahrnehmung getroffen, Aufwendungen getätigt oder zur Durchführung des Geschäfts besonderes Know-how eingesetzt hat.<sup>71</sup>

Das Kriterium der Verfügungsbefugnis liegt denn auch manchen BFH-Urteilen der letzten Zeit zugrunde. In einem Fall hatte eine Bank einer Makler-GmbH einen Vermittlungsauftrag für Grundstücke eingeräumt, der auch eine Kaufoption zugunsten der GmbH enthielt. Als der Geschäftsführer einen Teil der Immobilien selbst erwarb, stellte der BFH darauf ab, dass die GmbH nach dem Vertrag den Kreis der in Betracht kommenden Käufer bestimmen konnte. Der Verzicht auf die Wahrnehmung dieser Geschäftschance sei durch die Gesellschafterstellung begründet.<sup>72</sup> In einem anderen Fall hatte ein Versicherungsvertreter seiner GmbH Konkurrenz gemacht. Der BFH sah es als entscheidend an, ob der zweite Gesellschafter dem Wettbewerb des ersten gegenüber der Klägerin zugestimmt hatte. Das Steuerrecht müsse die Aufgabenzuweisung durch die Gesellschafter im Grundsatz akzeptieren.<sup>73</sup> Damit hatte sich die GmbH der Verfügung über die ausschließliche Vermittlung von Versicherungsgeschäften im Verhältnis zu ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer begeben.

Das Abstellen auf die Verfügungsbefugnis dürfte dazu führen, dass Geschäftschancen nur bei Übertragung von Vermögensgegenständen (*Wirtschaftsgütern*) zu vergüten sind. Denn ohne Verkörperung in einer Sache, etwa einem Patent oder in einem Anspruch, fehlt die Möglichkeit, auf dem Markt einen Preis zu erzielen. Die Geschäftschance im Sinne des Gewinnpotentials geht im Fremdvergleichspreis des Gegenstands auf.

<sup>69</sup> Vgl samt Nachweisen Thiel, DStR 1993, 1804 sowie Baumhoff/Bodenmüller, aaO (FN 5) 381 f; zutreffend stellen die Letzteren aber im Anschluss an die BFH-Judikatur auf S. 377 auf das Vorliegen zivilrechtlicher Ansprüche ab.

<sup>70</sup> Baumhoff/Bodenmüller, aaO (FN 5) 377 stellen indessen im Anschluss an die Judikatur des BFH zutreffend auf das Vorliegen zivilrechtlicher Ansprüche ab.

<sup>71</sup> So aber Thiel, DStR 1993, 1804.

<sup>72</sup> BFH 12.06.1997, I R 14/96, DStR 1997, 360.

<sup>73</sup> BFH 18.12.1996, I R 26/95, DStR 1997, 575.

Abzulehnen ist eine spezifische Zuordnung von Geschäftschancen aufgrund von Aufwendungen der Gesellschaft oder bei Ausnützung von Informationen der Gesellschaft.<sup>74</sup> Letzteres zeigt sich im Falle der Nutzung von Know-how oder gewerblichen Schutzrechten. Ein dritter Nutzer wird nur eine angemessene Lizenz vergüten, keineswegs aber darüber hinaus gehendes Gewinnpotential. Liegen Aufwendungen vor, die zu keinem verwertbaren Gut, wie etwa Know-how, geführt haben, sind diese nicht zu ersetzen. Auch dies zeigt der Fremdvergleich: Scheitert ein Projekt, etwa weil Dritte im Wettbewerb erfolgreicher sind, ist der frustrierte Aufwand von niemandem zu ersetzen. Abweichendes mag gelten, wenn gerade der Gesellschafter die Gesellschaft dazu veranlasst hat, Aufwand zu tätigen, etwa um die Markterschlieung vorzubereiten.<sup>75</sup> Dann kommt ein Bereicherungsanspruch nach § 1435 ABGB in Betracht.<sup>76</sup> Verzichtet die Gesellschaft auf die Geltendmachung, kann darin eine verbotene Ausschüttung liegen.<sup>77</sup> Selbst in diesem Sonderfall geht es aber nur um Aufwandsersatz, nicht um die Abgeltung entzogenen Gewinnpotentials.

Auch die anderen Kriterien, die im Steuerrecht gelegentlich für die Zuordnung von Geschäftschancen zur Gesellschaft für entscheidend gehalten werden, rechtfertigen nicht die Einordnung als gebundenes Vermögen: Dass die Gesellschaft mit dem Geschäft als erste in Beruhung gekommen ist, bereits Durchführungsmaßnahmen gesetzt hat, die Geschäftschance eine Folge früherer Geschäfte der Gesellschaft ist<sup>78</sup>: All dies muss ein Dritter nicht respektieren. Folglich verstößt auch der Eingriff des Gesellschafters nicht gegen die Vermögensbindung, denn der Gesellschafter muss die Gesellschaft im Kontext der § 52 AktG, § 82 GmbHG nicht besser behandeln als ein Dritter. Nützt er in der Sphäre der Gesellschaft geschaffene Chancen aus, mag er seine Treuepflicht gegenüber Mitgesellschaftern und Gesellschaft verletzen. Doch die Pflichtbindung im Innenverhältnis ist dispositiv. Sie scheidet aus, wenn alle Mitgesellschafter zustimmen. Für den Alleingesellschafter gilt sie von vornherein nicht.

Doch könnte ein Treuepflichtversto nicht zugleich eine Verletzung der Vermögensbindung begründen? Schuldet der Gesellschafter nicht doch seiner Gesellschaft Loyalität, anders als ein auenstehender Dritter, sodass der Verzicht auf die Geltendmachung der Treuepflichtverletzung eine verdeckte Ausschüttung begründet?<sup>79</sup> Der BFH hat dies aus Anlass der oben (Punkt 1) geschilderten

<sup>74</sup> Dieses Kriterium wird ua von *Thiel*, DStR 1993, 1804 für die Zuordnung von Geschäftschancen für relevant gehalten.

<sup>75</sup> Vgl *Wassermeyer*, DStR 1997, 684.

<sup>76</sup> *Koziol in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kommentar (2005) § 1435 Rz 2.

<sup>77</sup> So *Wassermeyer*, DStR 1997, 682 zum Entzug eines durch ein vertragliches Wettbewerbsverbot geschütztes Dauerrechtsverhaltnisses durch den Gesellschafter-Geschäftsführer.

<sup>78</sup> *Thiel*, DStR 1993, 1804.

<sup>79</sup> Dagegen überzeugend *Schön*, FS Flume 279.

Judikaturwende verneint. Selbst im Falle eines vertraglichen Wettbewerbsverbots des Alleingeschafters scheitere eine verdeckte Gewinnausschüttung an der „umfassenden Dispositionsbefugnis des Alleingeschafters..., die es ihm erlaubt, das vertragliche Wettbewerbsverbot aufzuheben“.<sup>80</sup> Hier ist mE der entscheidende Punkt angesprochen. Wie auch Schön<sup>81</sup> zu Recht betont, wird der Tätigkeitsbereich der Gesellschaft von jenem der Gesellschafter durch *Vorgaben der Gesellschafter* abgegrenzt: Die Gesellschafter definieren den Unternehmensgegenstand und damit die von der Gesellschaft zu verfolgenden Geschäftschancen. Sie nehmen Einfluss auf die Geschäftsführung, somit auf die Entscheidung, welche innerhalb des Unternehmensgegenstandes liegende Geschäftschancen realisiert werden. Sie können die Gesellschaft auch liquidieren und den Liquidationsüberschuss – das Vermögen, das nicht zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird, und alle Geschäftschancen – an sich ziehen. Die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter umfasst somit nicht nur Treuepflicht und Gleichbehandlung, kurz die Pflichtenlage im Innenverhältnis; vielmehr umfasst sie auch die *Definierung der Geschäftsaktivitäten*, zunächst generell in Gestalt des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes, ferner innerhalb dieses Handlungsrahmens durch Einflussnahme auf die Geschäftsführung. Dies umfasst die Festlegung von Produkten, Vertriebsaktivitäten, Kundenkreisen und Märkten, im Ergebnis somit: die Festlegung der Geschäftschancen, die die Gesellschaft verfolgen soll. Auch die Einschränkung und Neudefinierung der Geschäftsaktivitäten steht den Gesellschaftern frei, nicht nur durch Änderung des Unternehmensgegenstandes, sondern auch durch Steuerung der Aktivitäten innerhalb des Unternehmensgegenstandes; denn dieser steckt nur einen Handlungsrahmen ab, begründet aber keine Verpflichtung, ihn vollständig auszufüllen. Somit liegt auch die Einstellung oder Verlagerung von Produktions- oder Vertriebsaktivitäten sowie die Aufgabe von Märkten in der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter.

Mit der Dispositionsbefugnis zur Definierung des Tätigkeitsbereichs der Gesellschaft wäre eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Unterlassung von Wettbewerb in eben diesem Bereich unvereinbar. Durch ein der Disposition der Gesellschafter entzogenes Wettbewerbsverbot würden geschützte Interessen der Gesellschaft postuliert, die unabhängig von Gesellschafterinteressen bestünden, mehr noch: mit Gesellschafterinteressen in Widerspruch treten können. Ein derartiges „Eigeninteresse“ der Gesellschaft kennt das Gesetz indessen nicht. Die Treuepflicht in ihrer Ausgestaltung als Förderpflicht trifft die Gesellschafter nur im *gemeinsamen, in der Gesellschaft gebündelten Interesse*. Darüber hinaus hat die juristische Person keine (eigenen) geschützten Interessen.

Die *Gläubiger* können von den Gesellschaftern nur Respektierung des gebundenen *Vermögens* (durch fremdübliche Gestaltung ihrer Geschäfte mit der

---

<sup>80</sup> BFH 30.08.1995, DStR 1995, 1873.

<sup>81</sup> FS Flume 278.

Gesellschaft) erwarten. Dies betrifft nur Geschäftschancen, über die die Gesellschaft verfügen kann. Kann die Gesellschaft aufgrund der Verfügungsbefugnis von Dritten ein Entgelt für die Überlassung der Geschäftschancen verlangen, darf die Überlassung an den Gesellschafter nicht unentgeltlich erfolgen. Hingegen können die Gläubiger, in Ermangelung einer im Eigeninteresse der Gesellschaft bestehenden, zwingenden Förderverpflichtung keine *fremdunüblichen Beiträge* der Gesellschafter zur *Vermögensvermehrung* erwarten.<sup>82</sup> Vielmehr können die Gesellschafter die Geschäftschancen der Gesellschaft in gleicher Weise nutzen wie Dritte, auch wenn dies zu Lasten der (Zukunfts-)Gewinne der Gesellschaft geht.

## **2. Erhaltung des aktuell werthaltigen Vermögens im Wege der Vermögensbindung versus Beteiligung der Gesellschafter an künftigen Erträgen aus Geschäftschancen aufgrund Gleichbehandlung und Treuepflicht**

Dennoch ist die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft über die Geschäftschancen nicht das einzige Kriterium der Zuordnung zum gebundenen Vermögen. Dies soll anhand des folgenden Beispiels illustriert werden:

### **2. Fall: Überlassung von Gewinnchancen im Vorfeld eines Börseganges**

Ein Konzern hat neben seinem Hauptgeschäftsbereich eine weitere, außerordentlich ertragreiche Sparte aufgebaut. Die neue Sparte wird im Rahmen einer Tochter-AG betrieben. Die Tochter-AG soll an die Börse gebracht werden, um die weitere Expansion durch Eigenkapital zu finanzieren. Zu diesem Zweck führt die Mutter-AG eine vorbereitende Kapitalerhöhung bei der Tochter-AG durch. Die dabei geschaffenen, neuen Aktien sollen im Zuge des Börseganges, der – unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktsituation – innerhalb von ein bis zwei Jahren nach der ersten Kapitalerhöhung stattfinden soll, an das Publi-

---

<sup>82</sup> Zutreffend betont *Koppensteiner*, GeS 2005, 407, „die Geschäftsleiter (seien) den Gläubigern gegenüber (nicht) verpflichtet ..., auf möglichst Mehrung des Gesellschaftsvermögens hinzuwirken“. Erst recht trifft die *Gesellschafter* nicht eine derartige Verpflichtung. Daraus folgt allerdings nur, dass die Gesellschafter Geschäftschancen, die die Gesellschaft mangels Rechtsposition nicht monopolisieren kann, ebenso wenig respektieren müssen wie Dritte. Daraus folgt – entgegen *Koppensteiner* – indessen *nicht*, dass die Geschäftsleiter – entgegen dem Fremdvergleich – den Gesellschaftern Verlustvorträge unentgeltlich überlassen dürfen, wenn bei sorgfältiger Bemühung von Dritten ein Entgelt zu erhalten wäre. Auch wenn die Vermögensbindung (§ 52 AktG, § 82 GmbHG) gegenüber Gläubigern keine Verpflichtung zur „Mehring des Gesellschaftsvermögens“ begründet, widerlegt dies nicht den Fremdvergleichsgrundsatz. Denn die Lieferungen und Leistungen der Gesellschaft sind soviel wert, wie Dritte dafür zu bezahlen bereit sind. Die Einräumung günstigerer Bedingungen an den Gesellschafter verletzt somit die Vermögensbindung.

kum verkauft werden. Der Verkauf von Aktien durch die Altaktionäre ist eine häufige Begleitmaßnahme zur Platzierung der im Rahmen der eigentlichen IPO-Kapitalerhöhung geschaffenen neuen Aktien. Der Emissionspreis für die Letzteren fließt der Emittentin zu, der Kaufpreis für die Altaktien naturgemäß den Altaktionären, die aus der bei Börsegängen häufig sehr hohen Nachfrage auch selbst Erträge erzielen wollen.

In unserem Fall entscheidet sich die Mutter-AG unter dem Einfluss ihrer Gesellschafter dazu, einen Teil der neuen Aktien an ihre Gesellschafter zu verkaufen. Unterstellt sei: zu einem angemessenen, durch ein Unternehmensbewertungsgutachten erhärteten Kaufpreis, der die Annahme einer verdeckten Einlagenrückgewähr ausschließt. Doch jeder Kapitalmarktexperte weiß, dass der Börsegang *erhebliche Gewinnchancen* eröffnen würde. Bei einer günstigen Börsesituation, die bei einem IPO regelmäßig abgewartet wird, werden weit höhere Emissionspreise erzielt. Das so genannte Bookbuilding-Verfahren, bei welchem durch Einholung von Angeboten noch vor der Emission ein Preisband ermittelt wird<sup>83</sup>, trägt zur Optimierung des Emissionspreises bei.

In unserem Beispiel werden somit erhebliche Geschäftschancen auf die Ebene der Gesellschafter verlagert. Diese sind aber *nicht bewertbar*. Offen ist, ob der Börsegang in drei, sechs, zwölf oder vierundzwanzig Monaten stattfindet. Der erzielbare Emissionspreis hängt nicht nur vom Geschäftsgang der Tochter-AG bis zur Emission, sondern in weit höherem Maße von der Entwicklung des Kapitalmarkts ab. Steigt der ATX sehr stark, wird auch der Emissionspreis sehr hoch sein, steigt er weniger stark, wird der Emissionspreis niedriger sein. Bricht der Markt ein, unterbleibt der Börsegang mit hoher Wahrscheinlichkeit. Auch ein Verlust infolge Abwertung der gekauften Beteiligungen ist dann nicht ausgeschlossen.

Die Besonderheit des Falles ist: Der Aktienverkauf hat seinen Grund unzweifelhaft im Gesellschaftsverhältnis. Die Mutter-AG ist nicht bereit, die Geschäftschancen Dritten einzuräumen. Die Gesellschafter würden dies auch gar nicht zulassen. Der Kaufpreis entspricht dem gegenwärtigen Unternehmenswert, der noch nicht durch Börsenkurse reflektiert wird. An der *Verlagerung einer Geschäftschance* ist gleichwohl nicht zu zweifeln. Unsicher ist, *ob* sie sich realisieren wird – und wenn ja: *in welcher Höhe*.

Ist die Geschäftschance zum Zeitpunkt der Verlagerung nicht werthaltig, scheidet ein Verstoß gegen die Vermögensbindung aus. Ihr vorrangiges Ziel ist Schutz der Gläubigerinteressen durch Kapitalerhaltung, genauer: durch Erhaltung des gebundenen Gesellschaftsvermögens. Dieses wird nur in der Höhe des aktuellen Wertabgangs gemindert. Für die Vermögensbindung nach § 52 AktG und § 82 GmbHG gilt meines Erachtens nichts anderes als der Jubilar zum Nachteilsausgleich nach § 311 dAktG eingehend begründet hat.<sup>84</sup> Der Wertauffüllungsan-

<sup>83</sup> Vgl etwa Meyer in Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg), Handbuch börsennotierte AG (2005) § 7 Rz 30 ff; Groß, ZHR 162 (1998) 318; Hauser/Blaschke, ecoloX 2006, 757.

<sup>84</sup> Koppensteiner in KK-AktG<sup>3</sup> § 311 Rz 53, 119.

spruch im Falle der verdeckten Rückgewähr ist kein Schadenersatzanspruch, der jedenfalls bei grobem Verschulden oder bei einem Handelsgeschäft als Interessesersatz alle Fortwirkungen des schädigenden Ereignisses im Vermögen des Geschädigten<sup>85</sup> – bis zum Zeitpunkt des Endes der mündlichen Streitverhandlung – umfasst. Die Höhe des Wertauffullungsanspruchs bei Verletzung von § 52 AktG, § 82 GmbHG muss im Zeitpunkt der Vermögensminderung feststehen.

Auf unser Beispiel angewendet: Findet der Börsegang nach einem Jahr statt und erzielen die Gesellschafter der Mutter-AG aufgrund der aktuellen Marktsituation einen hohen Veräußerungsgewinn, kann die Mutter-AG (oder ihr Mas-severwalter) diesen nicht im Interesse der Gläubiger zur Auffüllung des gebundenen Vermögens geltend machen. Denn im Glaubigerinteresse ist nur das jeweilige Vermögen gebunden, nicht künftige Gewinnchancen. Eine verbotene Einlagenrückgewähr – im Sinne einer Minderung des gebundenen Vermögens – setzt einen *aktuellen Wertabgang* voraus. Die nachträgliche Realisierung entzogener Geschäftschancen, die zum Zeitpunkt des Entzugs noch nicht werthaltig waren, kann nicht gewissermaßen rückwirkend zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr führen.

Den Unterschied zum Schadenersatzanspruch will ich anhand einer Modifikation des Beispiels herausarbeiten: Nehmen wir an, die Mutter-AG hat die Aktien der Tochter-AG nur an ihren beherrschenden Gesellschafter verkauft. Der ebenfalls kaufwillige Minderheitsaktionär ist leer ausgegangen. Führt der Börsegang zu dem erhofften Veräußerungsgewinn, umfasst der Schadenersatzanspruch unzweifelhaft den entgangenen Gewinn. Denn der Minderheitsaktionär hat Anspruch auf Gleichbehandlung mit dem Mehrheitsaktionär. Gleiches folgt aus der Treuepflicht. Aufgrund dieser Pflichtenlage im Innenverhältnis ist jeder Aktionär an künftigen Vermögensmehrungen potentiell beteiligt. Der *Gläubiger* hingegen kann nur auf das *aktuell gebundene Vermögen* als Haftungsgrundlage bauen. Dies bestätigt die von unserem Jubilar bereits in mehreren Zusammenhängen herausgearbeitete Unterscheidung zwischen dem zwingenden Gläubigerschutz im Außenverhältnis und dem dispositiven Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern. Treuepflicht, Gleichbehandlung und allfällige Wettbewerbsverbote regeln die gleichmäßige Beteiligung der Gesellschafter auch an noch nicht konkretisierten und daher nicht bewertbaren Geschäftschancen. Die Gesellschafter können die genannten Regelungen des Innenverhältnisses privat-autonom modifizieren. Allein deshalb sind sie für den zwingenden Gläubigerschutz irrelevant. Beteiligung an Geschäftschancen steht nach Maßgabe des Innenverhältnisses nur den Gesellschaftern zu, nicht den Gläubigern.

Die Analyse der Beispiele soll Folgendes zeigen:

Geschäftschancen sind nur dann gebundenes Gesellschaftsvermögen, wenn die Gesellschaft aufgrund ihrer *Verfügungsbefugnis* andere von der Nutzung aus-

<sup>85</sup> *Koziol, österreichisches Haftpflichtrecht*<sup>3</sup> I (1997) Rz 2/77 ff.

schließen kann und die Geschäftschance *werthaltig* ist.<sup>86</sup> Beides ist eine Folge des Fremdvergleichsgrundsatzes, der sowohl das Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr als auch ihre Höhe bestimmt. Denn am Markt kann die Gesellschaft für die Überlassung einer Geschäftschance nur dann einen Preis erzielen, wenn die Geschäftschance nicht ohnehin allen offen steht. Die vor kurzem geäußerte Skepsis des Jubilars an der Maßgeblichkeit des Fremdvergleichs<sup>87</sup> teile ich nicht.

Dass der Fremdvergleich (Drittvergleich) und die Sorgfaltsverletzung keine „selbstständige Bedeutung“ haben, also offenkundig irrelevant sein sollen, wenn sich das Gesellschaftsvermögen „nicht reduziert hat ... (bzw keine) negative Vermögensdifferenz ... feststellbar ist“, ist mE eine *petitio principii*. Denn *ob* eine Vermögensminderung vorliegt, lässt sich in vielen Fällen nur anhand des Fremdvergleichs feststellen. Hat die Gesellschaft unter dem Marktpreis an den Gesellschafter verkauft, besteht eine Vermögensminderung in Höhe der Differenz gegenüber dem Kaufpreis. Die Maßgeblichkeit des Marktpreises entspricht dem Fremdvergleichsgrundsatz. Dieser gilt aber naturgemäß auch für die anderen Bedingungen in Rechtsgeschäften mit dem Gesellschafter.

Freilich versagt der Fremdvergleich – wie bereits betont – bei Rechtsgeschäften, die nur mit Gesellschaftern – in der Praxis: zwischen Konzerngesellschaften – abgeschlossen werden können. In Anlehnung an die Judikatur des BFH ist daher als übergeordnetes Kriterium die *objektive*<sup>88</sup> *Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers* entscheidend.<sup>89</sup> Wie *Wassermeyer* treffend bemerkt, wird der „richtige“ Gewinn nur erfasst, wenn *sachfremde Einflussnahmen eliminiert* werden.<sup>90</sup> Die Berücksichtigung sachfremder Einflussnahmen verletzt die objektive Sorgfalt. Freilich begründet nicht jeder Sorgfaltsverstoß zu Lasten der Gesellschaft eine verbotene Ausschüttung. Managementfehler des Geschäftsführers

---

<sup>86</sup> In ähnlicher Weise stellt *Schön* FS Flume 279 auf das Vorliegen einer durchsetzbaren Rechtsposition ab. Liegt eine Treuepflichtverletzung vor, begründe der Verzicht auf den Schadenersatzanspruch dennoch keine verdeckte Gewinnausschüttung, denn der Gesellschafter könne den Geschäftsführer von der Wahrnehmung der Interessen der Gesellschaft befreien.

<sup>87</sup> GeS 2005, 407.

<sup>88</sup> Hier kann nicht der Frage nachgegangen werden, ob das Vorliegen einer verbotenen Ausschüttung eine *subjektive Komponente* im Sinne einer auf die Vermögensverschiebung gerichteten *Willensentscheidung* der Gesellschaft voraussetzt. Das gesellschaftsrechtliche Schrifttum bejaht einen Verstoß gegen die Vermögensbindung überwiegend auch dann, wenn eine derartige Willensentscheidung fehlt: vgl nur *Artmann* in *Jabor-negg/Strasser*, AktG<sup>1</sup> § 52 Rz 15 mwN. Die Judikatur des VwGH hingegen bejaht das Erfordernis einer subjektiven Tatseite und lehnt folgerichtig das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung ab, wenn die Gesellschaft etwa irrtümlich eine Zinsenverrechnung unterlassen hat: Nachweise bei Rz 790 ff KStR. Eingehend zu diesem Fragenkreis anhand der Judikatur von RFH und BFH: *Döllner*, *Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften*<sup>2</sup> (1990) 60 ff.

<sup>89</sup> Ebenso *Doralt/Winner* in MünchKomm AktG § 52 Rz 237.

<sup>90</sup> *Wassermeyer*, GmbHR 1993, 331.

bedeuten nicht automatisch eine verbotene Ausschüttung. Vielmehr muss es sich um einen Werttransfer handeln, der seinen Grund gerade im Gesellschaftsverhältnis hat. Beruht er auf einem objektiv sorgfaltswidrig abgeschlossenen Geschäft mit dem Gesellschafter, begründet dies eine verbotene Ausschüttung.

Bei Marktgeschaften mit dem Gesellschafter fordert die Sorgfalt des ordentlichen Geschaftsfuhlers die Verrechnung des Fremdvergleichspreises. Kann das Geschäft hingegen nur mit einem Gesellschafter abgeschlossen werden, sodass der Fremdvergleich versagt, stellt ein sorgfältig vorgehender Geschäftsführer auf andere Kriterien, etwa betriebswirtschaftliche Kalkulationsmethoden, ab. Auch hier liefert das Steuerrecht reichlich Anschauungsmaterial und rechtliche Argumente, insbesondere in Gestalt der *Konzernverrechnungspreisgrundsatze*. Dies wurde auch im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum schon gelegentlich erkannt.<sup>91</sup>

Die gesellschaftsrechtliche Kommentarliteratur lässt bei Behandlung des Maßstabs zur Bestimmung einer verdeckten Einlagenrückgewähr keine Systematik erkennen: In der Regel wird primär auf das Vorliegen eines „objektiven Missverhältnisses“ zwischen dem Wert der Leistung und der Gegenleistung abgestellt. Ohne dass eine Rangfolge erkennbar ist, soll es auch auf die Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschaftsfuhlers und auf den Dritt- oder Fremdvergleich ankommen.<sup>92</sup> Auch das deutsche Schrifttum stellt auf die genannten *topoi* ohne erkennbare Rangfolge ab.<sup>93</sup> Der BFH kombiniert den objektiven Sorgfaltsmastab mit dem Fremdvergleich: Danach ist die Ursächlichkeit des Gesellschaftsverhältnisses für eine verdeckte Gewinnausschüttung in der Regel dann gegeben, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer den Vorteil einer Person, die nicht Gesellschafter ist, unter sonst gleichen Umständen nicht gewährt hätte.<sup>94</sup> Der VwGH wendet den Fremdvergleich an, im österreichischen, steuerrechtlichen Schrifttum wird indessen – im Anschluss an die BFH-Judikatur – die Anwendung des Maßstabes der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschaftsfuhlers befürwortet.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> Vgl Hügel, GesRZ 2005, 160 f mwN.

<sup>92</sup> Vgl etwa Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 52 Rz 20 (Marktpreis), Rz 24 (Hinweis auf den „gebotenen Sorgfaltsmastab“) sowie bei FN 107 (Drittvergleich); ähnlich Artmann in Jarbornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> § 52 Rz 11 (objektives Missverhältnis, Dritt- oder Fremdvergleich, Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschaftsfuhlers); Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 120 (objektives Missverhältnis), 121 (Fremdvergleich), 122 (sorgfältig handelnder Geschäftsführer).

<sup>93</sup> Umfangreiche Nachweise zur Relevanz des ordentlichen und gewissenhaften Geschaftsfuhlers in der Judikatur des RG und des BGH sowie im deutschen Schrifttum bei Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern (1997) 55 in FN 97 zum objektiven Missverhältnis und in FN 98 zum Maßstab des „ordentlichen und gewissenhaften Geschaftsfuhlers“.

<sup>94</sup> Vgl etwa BFH 12.06.1997, I R 14/96, DStR 1997, 1360, 1361; weiters Döllerer, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften<sup>2</sup> (1990) 63; Nachweise auch bei Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern 55 FN 98.

<sup>95</sup> Nachweise bei Bauer/Quantschnig/Schellmann/Werilly, KStG § 8 Rz 45.1 ff; Rz 753 ff KStR.

Geschäftschancen kann der Geschäftsführer nur dann entgeltlich verwerten, wenn die Gesellschaft über sie verfügen kann. Das Erfordernis der *Verfügungsbefugnis* setzt ein Recht, einen Anspruch oder zumindest eine faktische Verfügungsmöglichkeit, wie zB bei geheimem Know-how, voraus. Aufgrund des weiteren Erfordernisses der *Werthaltigkeit* wird meist ein Vermögensgegenstand<sup>96</sup> bzw ein Wirtschaftsgut, zumindest aber ein bilanzierungsfähiger Wert<sup>97</sup> vorliegen. Dann ist der Preis der Geschäftschance im Preis des Vermögensgegenstands enthalten, bei betrieblichen Einheiten in der Firmenwertkomponente des Unternehmenswerts. Somit gehören bloße Geschäftschancen, die nicht in Vermögensgegenständen verkörpert sind, nicht zum gebundenen Vermögen. Wie der Jubilar zuletzt in seinem Aufsatz zur Berücksichtigung von Verlustvorträgen in Unternehmensgruppen betont hat, ist eine spezifische Geschäftschancenlehre im Kontext der verbotenen Einlagenrückgewähr somit abzulehnen.<sup>98</sup> Diese These in dem Aufsatz des Jubilars sollte durch meine Untersuchung bestätigt werden.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> *Kuckhoff/Schreiber*, IStR 1999, 324. Zu Werthaltigkeit und Übertragbarkeit als Begriffsmerkmale des Vermögensgegenstandes vgl *Nowotny* in *Straube*, HGB<sup>2</sup> § 196 Rz 9 ff und *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen<sup>6</sup> § 246 HGB Rz 9 ff.

<sup>97</sup> Der bei Übertragung betrieblicher Einheiten zu vergütende Firmenwert ist im Falle des entgeltlichen Erwerbs (§ 203 Abs 5 HGB) bilanzierungsfähig, wird aber überwiegend nicht als Vermögensgegenstand, sondern als Bilanzierungshilfe eingeordnet: Nachweise bei *Gassner/Lahodny-Karner/Urtz* in *Straube*, HGB<sup>2</sup> § 203 Rz 34.

<sup>98</sup> GeS 2005, 407 f.

<sup>99</sup> Schwerpunkt der Ausführungen *Koppensteiners* ist die Ablehnung *meines* Standpunktes, im Rahmen einer Steuerausgleich-Vereinbarung müsse für die Abgabe von Verlusten an den Gruppenträger eine negative Steuerumlage zugunsten der Verlust-Körperschaft vereinbart werden; andernfalls verstoße die Steuerausgleich-Vereinbarung gegen die Vermögensbindung: *Hügel*, GesRZ 2005, 155. Dazu hier nur so viel: Unternehmenskäufe und Verlustverwertungstransaktionen zeigen, dass Verlustvorträge zwischen Fremden nicht unentgeltlich abgegeben werden. Dass die Verlustübertragung durch unterschiedliche *Techniken* erfolgen kann, ändert an dem Bestehen eines *Marktwertes von Verlustvorträgen* (innerhalb einer gewissen Bandbreite) nichts (nach IAS 12.34 ff und IFRS 3.65 sind sie sogar aktivierungspflichtig). Wenn der Geschäftsführer der Verlust-Körperschaft – wie beim Abschluss der Steuerausgleich-Vereinbarung – die Möglichkeit hat, diesen Wert für seine Gesellschaft zu realisieren, muss er diese Möglichkeit – wie im Rahmen eines Rechtsgeschäfts zur Verlustverwertung mit einem Dritten – auch wahrnehmen. Dass Verluste üblicherweise nicht zugunsten der Verlust-Gesellschaft, sondern zugunsten des verkaufenden Anteilsinhabers verwertet werden (GeS 2005, 407), ist erstens irrelevant, weil es eben auf den Marktwert des Verlustes ankommt, den auch der Geschäftsführer – wenn ihm dies möglich ist – zu realisieren hat, und trifft zweitens auch nicht generell zu, wie die Übertragung von Verlusten zB im Wege einer Einbringung durch die Verlust-Körperschaft belegt. Außerdem gibt eine Verlust-Körperschaft nicht nur ihre „eigenen“ Verluste an den Gruppenträger ab, sondern auch die steuerlichen Verluste ihrer Untergesellschaften. Diese könnte sie aber durch Anteilsverkauf oder auch in einer eigenen Unternehmensgruppe, bei der sie selbst als Gruppenträger fungiert, verwerten. Letztlich läuft die Divergenz zwischen *Koppensteiner* und *mir* auf die Frage hinaus, ob der Geschäftsführer an den Gesellschafter eine Lieferung, eine Leistung oder eben die Überlassung eines steuerlichen Verlustes ohne Ge-

### 3. Konzernsynergien

#### 3. Fall: Zusammenlegung von Funktionen, Abteilungen und betrieblichen Einheiten

Ein Pharmaunternehmen hat eine beherrschende Beteiligung an einem anderen Pharmaunternehmen erworben. Der Tätigkeitsbereich der vereinigten Gruppe umfasst Sparten, die über das traditionelle Pharma-Geschäft weit hinausgehen. Häufig wird von „Life Sciences“ gesprochen. Im Rahmen des Fusionsprozesses sollen die artgleichen Sparten zur Erzielung von Synergieeffekten zusammengelegt werden. Aus den Gesellschaften der übernommenen Gruppe werden Betriebe, Teilbetriebe oder Beteiligungen herausgelöst und mit den gleichartigen Bereichen des Erwerbers vereinigt. Forschung und Entwicklung werden in einer Gesellschaft konzentriert. Gegen Leistung einer Konzernumlage erbringt eine Servicegesellschaft vielfältige Leistungen an alle Gruppengesellschaften. Dies betrifft ua Reporting, Controlling, IT, Human Resources, teilweise sogar Rechtsberatungsleistungen. Wo die Leistungen auch am Markt erhältlich sind, etwa im IT- oder Rechtsberatungsbereich, verrechnet die Servicegesellschaft marktübliche Entgelte entsprechend der Preisvergleichsmethode der OECD-Verrechnungspreisgrundsätze, die als Behelf zur Auslegung aller Gewinnkorrekturvorschriften – somit auch zur Bestimmung von verdeckten Gewinnausschüttungen – herangezogen werden.<sup>100</sup> Für nicht am Markt angebotene Leistungen verrechnet die Servicegesellschaft eine Vergütung, die nach der Kostenaufschlagsmethode kalkuliert wird.

Durch die Leistung des Serviceentgelts wird Gewinn von der leistungsempfangenden Konzerngesellschaft zur Servicegesellschaft verlagert, denn die Entgelte enthalten stets eine Gewinnkomponente.<sup>101</sup> Zwar erspart sich die leistungs-

---

winaufschlag vornehmen darf, wenn der Marktwert solcher Lieferungen oder Leistungen einen Gewinnaufschlag beinhaltet. Die Frage kann nicht verneint werden. Zum „Verzicht auf einen nach kaufmännischen Regeln zu erzielenden Gewinn“ im Kontext der Stammkapitalbindung nach § 30 dGmbHG: *Goette*, DStR 1997, 1498.

<sup>100</sup> Vgl *Rasch*, Konzernverrechnungspreise im nationalen, bilateralen und europäischen Steuerrecht (2001) 135 f. Die OECD-Verrechnungspreisgrundsätze 1995 sind aufgrund von BMF-Erlässen bei Anwendung der Gewinnkorrekturvorschriften der § 6 Z 6 EStG und § 8 Abs 1 und 2 KStG (verdeckte Gewinnausschüttung) sowie aufgrund einer verdeckten Einlage zu berücksichtigen: *Loukota*, Österreichs Außensteuerrecht (2002) Rz 452, 461.

<sup>101</sup> Ob die Berücksichtigung einer Gewinnkomponente zwingend ist, ist im Schrifttum zu den Konzernverrechnungspreisen nicht unumstritten. Zutreffend wird indessen darauf verwiesen, dass die Preise für am Markt angebotene Dienstleistungen stets eine Gewinnkomponente enthalten. Die in solchen Fällen zur Anwendung gelangende Preisvergleichsmethode beinhaltet somit stets eine Gewinnkomponente, auf die der sorgfältige Geschäftsführer bei der Leistungsverrechnung im Konzern nicht verzichten darf. Dies spricht dafür, dass auch die nach der Kostenaufschlagsmethode abgerechnete Vergütung für nicht marktgängige Leistungen eine Gewinnkomponente zu enthalten hat: vgl *Kroppen*, Handbuch Internationale Verrechnungspreise, Abschnitt „Erläuterungen der OECD-Leitlinien“ Tz 7.33 Anm 1 (S. 60); *Kaminski* in *Grotherr* (Hrsg), Handbuch der internationalen Steuerplanung<sup>2</sup> (2003) 407 f – jeweils mwN.

empfangende Gesellschaft die Kosten, die sie vor dem Outsourcing ihrer Rechtsabteilung und die anderen nunmehr fremdbezogenen Leistungen aufzuwenden hatte; zusätzlich ist sie jedoch durch die Gewinnkomponente des Serviceentgelts belastet. Auf den ersten Blick ist man geneigt zu fragen, was dies mit der Geschäftschancenlehre zu tun hat. Tatsächlich unterscheidet sich die Verlagerung der Rechtsabteilung im Grunde nicht von der Verlagerung der Vertriebs- oder Produktionsfunktion. Da die Leistungen und Produkte nach der Verlagerung zu Marktpreisen zurückgekauft werden müssen, ist eine Gewinnverlagerung eingetreten.

An der Zulässigkeit der Funktionsverlagerung ist gleichwohl nicht zu zweifeln; denn der Gesellschafter könnte die Konzerngesellschaft auch veranlassen, die Rechtsberatungsleistungen bei einem Dritten zu beziehen.

Anders ist indessen zu entscheiden, insoweit im obigen Beispiel nicht nur Funktionen verlagert, sondern Vermögensgegenstände und betriebliche Einheiten übertragen werden. Auch dies beinhaltet die Verlagerung von Geschäftschancen, diese sind aber Bestandteil des Firmenwerts der betreffenden Betriebs- oder Teilbetriebseinheit. Anders als den Funktionsentzug kann die Gesellschaft die Abgabe des Betriebsteils aufgrund ihres Eigentumsrechts auch verhindern. Die Verfügungsmöglichkeit über den Betrieb oder Betriebsteil impliziert naturgemäß auch die Verfügungsmöglichkeit über die damit verbundenen Geschäftschancen, die künftigen Gewinne. Hier muss die erwerbende Gesellschaft den Unternehmenswert durch Bezahlung eines Kaufpreises, der nicht nur den Sachwert, sondern auch den Firmenwert und damit die Geschäftschancen umfasst, abgelten. Doch dies würde die konzernerne Zusammenlegung betrieblicher Einheiten in aller Regel verhindern. Oft wird die Finanzierung des Kaufpreises in der Höhe des Unternehmenswerts zu Problemen führen. Stets aber hat der Verkauf zum Fremdvergleichspreis die Realisierung der stillen Reserven und eines allfälligen Firmenwerts zur Folge. Die Besteuerung dieser Werte wäre ein entscheidender Faktor für den Preis der Konzernumstrukturierung.

Erfordert die Konzernumstrukturierung, insbesondere die Zusammenlegung spartenverwandter Einheiten zur Erzielung von Synergieeffekten, somit die Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben oder unternehmerischen Beteiligungen, wird die Umstrukturierung in der Praxis durch *steuerneutrale Umgründung* vollzogen. Spartenidentische oder -verwandte Gesellschaften können durch Verschmelzung vereinigt werden. Teilbetriebe und Beteiligungen werden durch Spaltung aus dem alten Rechtsträger herausgelöst und in neuen Rechtsträgern verselbstständigt oder – durch Spaltung zur Aufnahme – mit den spartenzugehörigen Rechtsträgern vereinigt. Gemäß § 3 SpaltG ist dabei nur darauf zu achten, dass Nennkapital und gebundene Rücklagen der Nachfolgegesellschaften durch das übertragene und zurückbleibende Vermögen jeweils gedeckt sind. Das über die gebundenen Kapitalbeträge hinausgehende Vermögen, bestehend aus ungebundenen Rücklagen, stillen Rücklagen und dem Firmenwert, kann der abspaltenden Gesellschaft entzogen werden, denn die Gläubiger werden entwe-

der durch den Summengrundsatz (bei der Spaltung zur Neugründung) oder die Kapitalherabsetzungsvorschriften (§ 3 Abs 2 SpaltG e contrario) und ferner durch die solidarische Haftung der Nachfolgesellschaften gemäß § 15 SpaltG geschützt. Diese flankierenden Glaubigerschutzmanahmen rechtfertigen die *spaltungstypische Durchbrechung der Vermögensbindung*, die sonst dem entgeltlosen Entzug von stillen Reserven und Firmenwert entgegensteht. Neben der Möglichkeit, Vermögensteile durch (partielle) Gesamtrechtsnachfolge zu übertragen, ist dies die praktisch wichtigste Funktion des Umgründungsrechts.<sup>102</sup>

## VI. Ergebnisse

1. § 52 AktG und § 82 GmbHG binden das gesamte Vermögen zum Schutze der Gläubiger und lassen folglich die Verteilung des Gewinns – des Vermögens, das Nennkapital und gebundene Rücklagen übersteigt – nur im Wege des gesetzmäßigen Gewinnverteilungsverfahrens zu. Die Verteilung ist auf den zutreffend ermittelten und ausgewiesenen Gewinn beschränkt. Vermögensverschiebungen durch Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu unangemessenen Bedingungen sind zu korrigieren. Unangemessen sind Bedingungen, die ein sorgfältig handelnder Geschaftsfuhrler einem Dritten nicht gewährt hätte. Somit ist die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende, verdeckte Vermögensverschiebung, die gleichzeitig den im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn gemindert hat, zu eliminieren. Auch die steuerrechtliche verdeckte Gewinnausschüttung soll den „richtigen“ Gewinn erfassen und verzerrenden Gesellschaftereinfluss eliminieren, obwohl der (bergeordnete) Zweck nicht Gläubigerschutz, sondern Besteuerung des vollen Gewinns ist.
2. Geschäftschancen sind häufig in *Vermögensgegenständen*, in betrieblichen Einheiten (Betriebe, Teilbetriebe) oder Rechten verkörpert. Beispiele sind Know-how, Kundendaten, gewerbliche Schutzrechte, aber zB auch Vertriebsverträge. Ist die Geschäftschance aufgrund hinreichend hoher Wahrscheinlichkeit der künftigen Gewinnerzielung schon so weit verdichtet, dass ihr ein Marktwert zukommt, beinhaltet der Preis des Vermögensgegenstandes die Geschäftschance. Bei betrieblichen Einheiten umfasst der Firmenwert auch die Geschäftschancen.

<sup>102</sup> Dies zeigt sich auffällig dort, wo – in Ermangelung normierter Umgrundungstypen – die Auskehrung von Vermögensteilen daran scheitert, dass die übertragende Gesellschaft nicht über ungebundene Rücklagen in der Höhe des Verkehrswerts (inklusive stiller Reserven und Firmenwert) der zu übertragenden Vermögensteile verfügt. Derartige Probleme treten bei der Up stream-Einbringung, der Side stream-Einbringung (Schwesterneinbringung) und der Steuer-Spaltung auf: dazu *Hügel, Umgrundungsbilanzen* (1997) Rz 4.60 ff; *Hügel, RdW* 1997, 579. Aus den gleichen Gründen sind Sachdividenden häufig undurchführbar: zum Verkehrswertforderndnis vgl zuletzt *Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung* (2004) 103 ff.

3. Davon zu unterscheiden sind Geschäftschancen, die nicht im vorbeschriebenen Sinne in Vermögensgegenständen, betrieblichen Einheiten oder Rechten verkörpert sind. Dabei handelt es sich um die *faktische Möglichkeit*, ein einzelnes Geschäft oder auch umfassende unternehmerische Aktivitäten zu tätigen. Dazu zählt zB die Möglichkeit, einen Gegenstand zu erwerben, um ihn gewinnbringend zu veräußern. In der steuerrechtlichen Diskussion zur konzerninternen Funktionsverlagerung wird darunter auch die Möglichkeit, ein Produkt zu erzeugen und/oder zu vertreiben, verstanden, die Übertragung einer derartigen Funktion oft plakativ als „Überlassung eines Marktes“ bezeichnet.
4. Ob die Übertragung einer Geschäftschance gegen die Vermögensbindung (§ 52 AktG, § 82 GmbHG) verstößt, ist anhand des *Fremdvergleichsgrundsatzes* zu beurteilen. Würde ein sorgfältiger Geschäftsführer die Geschäftschance einem Dritten nur gegen Entgelt überlassen, verletzt die unentgeltliche oder teilunentgeltliche Überlassung an den Gesellschafter oder ein verbundenes Unternehmen die Vermögensbindung.
  - a) Die entgeltliche Verwertung setzt die *Verfügungsbefugnis der Gesellschaft* über die Geschäftschance voraus. Kann die Gesellschaft Dritte an der Nutzung der Geschäftschance, etwa an der Bearbeitung eines Marktes, nicht hindern, ist auch der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft frei, die Geschäftschance wie jeder Dritte zu nutzen. Andernfalls wird ein Wettbewerbsverbot des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft zum Zwecke des Gläubigerschutzes unterstellt. Dafür existiert keine kapitalgesellschaftsrechtliche Grundlage.
  - b) Zusätzlich muss die Geschäftschance *werthaltig* sein. Die Geschäftschance zählt nur dann zum gebundenen Vermögen, wenn ein Dritter bereit ist, für die Überlassung einen Preis zu bezahlen. Wird etwa im Rahmen eines Rechtsgeschäfts mit einem Gesellschafter eine – zB aufgrund erheblicher unternehmerischer Risiken – nicht werthaltige Geschäftschance übertragen, begründet die spätere, gewinnbringende Realisierung der Geschäftschance nicht (rückwirkend) eine aus Gründen des Gläubigerschutzes verbotene Ausschüttung. Hingegen kommen Schadenersatzansprüche aufgrund einer Verletzung der Pflichtenbindung im Innenverhältnis (Gleichbehandlungsgrundsatz, Treuepflicht) in Betracht (unten Punkt 6).
5. Wendet man diese Grundsätze auf die Fälle der *konzerninternen Funktionsverlagerung* an, ergibt sich Folgendes:
  - a) Der *Entzug von Produktionsfunktionen* verletzt nicht die Vermögensbindung der (bisherigen) Produktionsgesellschaft. Denn der Gesellschafter ist frei, die Produkte auch von einem Dritten zu beziehen. In Ermangelung einer Abnahmeverpflichtung des Gesellschafters kann dieser den Bezug der Produkte von der Konzerngesellschaft ebenso einstellen wie den Produktbezug von einem Dritten. In Ermangelung eines Wettbewerbsverbots

kann der Gesellschafter die Produkte künftig selbst herstellen oder durch eine andere Konzerngesellschaft herstellen lassen. Die Produktionsgesellschaft kann die Funktionsverlagerung nicht verhindern: Ihr kommt keine Verfügungsbefugnis an der Funktion zu. Abweichendes gilt, wenn eine Abnahmeverpflichtung oder ein Wettbewerbsverbot vereinbart wurde. Verzichtet die Produktionsgesellschaft auf Ansprüche aus einem solchen Vertrag oder unterlässt sie die Geltendmachung aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses, liegt darin eine verbotene Ausschüttung. Entgehendes Gewinnpotential ist darüber hinaus nicht zu vergüten.

- b) Eine Vertriebsgesellschaft kann den *Entzug der Vertriebsfunktion* ebenso wenig verhindern wie ein unabhängiger Absatzmittler die Kündigung des Vertriebsvertrags. Allerdings ist der Vertriebsgesellschaft der vertriebsrechtliche Ausgleichsanspruch (§ 24 HVertrG) zu vergüten. Andernfalls liegt darin eine verbotene Ausschüttung. Auch hier ist zusätzlich entgehendes Gewinnpotential, etwa aufgrund künftiger Geschäftsbeziehungen, nicht zu vergüten.
6. Zieht ein Gesellschafter eine (gebundene oder ungebundene) Geschäftschance an sich, kann dies gegen *Pflichten im gesellschaftsrechtlichen Innenverhältnis*, insbesondere aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der Treuepflicht oder einem allfälligen (vertraglichen) Wettbewerbsverbot, verstoßen. Die Verletzung der Pflichtbindung im Innenverhältnis kann zu *Schadenersatzansprüchen* der Mitgesellschafter (und gegebenenfalls der Gesellschaft) führen, selbst wenn ein Eingriff in solche Geschäftschancen vorliegt, die mangels Verfügungsbefugnis der Gesellschaft oder mangels Werthaltigkeit im Zeitpunkt des Entzugs nicht zum gebundenen Vermögen iSd § 52 AktG, § 82 GmbHG zählen.