

Der Konzern

Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Bilanzrecht
und Rechnungslegung der verbundenen Unternehmen

Herausgeber:

Dr. Stefan Simon (geschäftsführend)
Prof. Dr. Andreas Cahn, LL.M.
Ewald Dötsch
Prof. Dr. Hans-Joachim Böcking



Herausgeberbeirat:

Prof. Dr. Hans-Georg Bruns
Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb
Dr. Christoph Ernst
Prof. Dr. Gerrit Frotscher
Prof. Dr. Joachim Hennrichs
Prof. Dr. Norbert Herzig
Prof. Dr. Johanna Hey
Prof. Dr. Michael Hommel
Prof. Karel van Hulle
Prof. Dr. Rainer Hüttemann
Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M.
Prof. Dr. Georg Kämpfer
Prof. Dr. H.-G. Koppensteiner, LL.M.
Gert Müller-Gatermann
Prof. Dr. Ulrich Noack
Prof. Dr. Rolf Nonnenmacher
Prof. Dr. Norbert Pfitzer
Dr. Jochem Reichert
Achim Schmidt
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Wolfgang Schön
Prof. Dr. Franz Wassermeyer

Stoll

Vereinbarung und Missachtung von lock up agreements
aus kapitalmarktrechtlicher Sicht 561

Oelkers

Der Nachteilsausgleich im italienischen Konzernrecht 570

Gahleitner/Edthaler

Holdingbesteuerung in Österreich – Ein Überblick
und aktuelle Themen 577

Scheffler

Enforcement der Rechnungslegung in Deutschland 589

BGH

Urt. v. 4. 6. 2007 – II ZR 147/05
Keine Anwendung der sog. fraud-on-the-market-theory
im Rahmen der Informationsdeliktshaftung – ComROAD IV 603

BGH

Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04
Zum Haftungskonzept der Existenzvernichtungshaftung –
TRIHOTEL 607

BGH

Beschl. v. 21. 5. 2007 – II ZR 266/04
Freigabeverfahren bei Verschmelzung mit Kapitalerhöhung 615

Hanseatisches OLG

Urt. v. 29. 6. 2007 – 11 U 141/06
Kein Wettbewerbsverbot für Vorstandsmitglieder einer
Komplementär-AG aus § 112 HGB 619

BFH

Urt. v. 7. 2. 2007 – I R 15/06
Phasengleiche Aktivierung von Dividendenansprüchen
durch beherrschenden Gesellschafter 623

BMF

Schr. v. 2. 8. 2007 – IV B 7 – S 2745/0 – 2007/0337332
Körperschaftsteuerlicher Verlustabzug nach § 8 Abs. 4 KStG; Veröf-
fentlichung des BFH-Urteils vom 14. 3. 2006 (I R 8/05, Der Konzern
2006, 562) im BStBl. II 634



Der Konzern

A. Beiträge

<i>Stoll</i>	Vereinbarung und Missachtung von lock up agreements aus kapitalmarktrechtlicher Sicht	561
<i>Oelkers</i>	Nachteilsausgleich im italienischen Konzernrecht	570
<i>Gahleitner/ Edthaler</i>	Holdingbesteuerung in Österreich – Ein Überblick und aktuelle Themen	577
<i>Scheffler</i>	Enforcement der Rechnungslegung in Deutschland	589

B. Rechtsprechung

	I. Konzernrecht	
<i>BVerfG</i>	Beschl. v. 19. 4. 2007 – 1 BvR 1995/06 Vertragsüberdauerndes Spruchverfahren – Jenoptik AG	597
<i>BGH</i>	Urt. v. 2. 4. 2007 – II ZR 325/05 Keine Beschlussunfähigkeit eines dreiköpfigen Aufsichtsrats bei entsprechend § 34 BGB ausgeschlossenen Stimmrecht eines Mitglieds	599
<i>BGH</i>	Urt. v. 4. 6. 2007 – II ZR 147/05 Keine Anwendung der sog. fraud-on-the-market-theory im Rahmen der Informationsdeliktshaftung – ComROAD IV	603
<i>BGH</i>	Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04 Zum Haftungskonzept der Existenzvernichtungshaftung – TRIHOTEL	607
<i>BGH</i>	Beschl. v. 21. 5. 2007 – II ZR 266/04 Freigabeverfahren bei Verschmelzung mit Kapitalerhöhung	615
<i>Hanseatisches OLG</i>	Urt. v. 29. 6. 2007 – 11 U 141/06 Kein Wettbewerbsverbot für Vorstandsmitglieder einer Komplementär-AG aus § 112 HGB	619
	II. Konzernsteuerrecht	
<i>BFH</i>	Urt. v. 7. 2. 2007 – I R 15/06 Phasengleiche Aktivierung von Dividendenansprüchen durch beherrschenden Gesellschafter	623
<i>BFH</i>	Urt. v. 24. 4. 2007 – I R 16/06 Anwendung des Wertaufholungsgebots auf unter Buchwertfortführung getauschte Beteiligungen	627
<i>BFH</i>	Urt. v. 24. 4. 2007 – I R 35/05 Bewertung einer Sacheinlage in eine GmbH bei Überpari-Emission	632

C. Dokumentation

Der Konzern in Recht und Wirtschaft

<i>BMF</i>	BMF-Schreiben Schr. v. 2. 8. 2007 – IV B 7 – S 2745/0 – 2007/0337332 Körperschaftsteuerlicher Verlustabzug nach § 8 Abs. 4 KStG; Veröffentlichung des BFH-Urteils vom 14. 3. 2006 (I R 8/05, Der Konzern 2006, 562) im BStBl. II	634
	Vorschau/Impressum	

Der Nachteilsausgleich im italienischen Konzernrecht

Von Janine Oelkers, Wien*

- A. Einleitung
- B. Der Konzernbegriff
 - I. Ein europäischer Konzernbegriff?
 - II. Der italienische Konzernbegriff
 - 1. Der faktische Konzern
 - 2. Der Vertragskonzern
- C. Die Bewältigung von Interessenkonflikten
 - I. Konkrete Geschäfte – *Related Party Transactions*
 - 1. *Related Party Transactions* im deutschen Recht
 - 2. *Operazioni con parti correlate* im italienischen Recht
 - II. Diffuse Nachteile, die nicht einer einzelnen Leistungsbeziehung zuzuordnen sind
 - 1. Der Nachteilsausgleich des § 311 AktG
 - 2. Die italienische Theorie der *vantaggi compensativi*
 - 3. Gegenüberstellung des deutschen und italienischen Konzepts
- D. Der Haftungsbestand des italienischen Konzernrechts
 - I. Tatbestandsvoraussetzungen
 - 1. Ausübung der Leitungs- und Steuerungsfunktion
 - 2. Unternehmerisches Eigen- oder Fremdinteresse
 - 3. Ordnungsgemäße Unternehmensführung
 - 4. Schädigung der Tochtergesellschaft
 - a) ersatzfähiger Schaden
 - b) Haftungsverpflichtete
 - c) Ausschluss des Haftungsanspruchs
- E. Zusammenfassung

Der Konzern bildet die typische Organisationsstruktur großer, oftmals auch bereits mittelgroßer Unternehmen. Nach einer statistischen Auswertung, die Francesco Galgano in seinem Standardlehrbuch *Le società vor-nimmt*,¹ sind 50 % aller italienischen Kapitalgesellschaften mit mehr als 50 Arbeitnehmern sowie praktisch die Gänze aller italienischen Kapitalgesellschaften mit 1 000 Arbeitnehmern als Konzern organisiert. Obgleich Italien damit an der Spitze eines europäischen Rechtsvergleichs steht, – Galgano spricht für Deutschland von 70 % aller Kapitalgesellschaften mit mehr als 1 000 Arbeitnehmern, für Frankreich von 60 % und für England von 55 % – verfügte es bis zum In-Kraft-Treten der umfassenden Reform des Gesellschaftsrechts am 1. 1. 2004 über kein kodifiziertes Konzernrecht. Dieses überrascht nur dann nicht, wenn man bedenkt, dass die Kodifikation des Konzernrechts, wie sie das deutsche Aktiengesetz 1965 vornahm, europaweit ein Spezifikum blieb.² Nur Portugal sowie in jüngerer Zeit Slowenien und Kroatien haben die deutschen Regelungen übernommen;³ nunmehr kann auch Italien in die Reihe der Länder gestellt werden, die explizit ein Konzernrecht in ihrem Rechtsbestand aufweisen.⁴

Im Zentrum des italienischen Konzernrechts steht dabei die Bewältigung von Interessenkonflikten anhand der Theorie des Vorteilsausgleichs sowie einer Haftung der Konzernspitze für die missbräuchliche Ausübung der Leitungsgewalt. Beide Regelungen sollen an dieser Stelle vorgestellt werden.

A. Einleitung

Die aus Gruppenstrukturen resultierenden Rechtsfragen decken sich in allen Europäischen Mitgliedstaaten weitgehend. Abweichend wird lediglich die rechtspolitische Frage beurteilt, ob der Konzern nur »Anlass oder auch Gegenstand spezifischer gesellschaftsrechtlicher Regelungen sein soll«;⁵ d.h. ob ein systematischer Schutz von Minderheiten und Gläubigern in der Unternehmensgruppe zweckmäßig ist oder ob das allgemeine Gesellschaftsrecht – unter Rückgriff auf die Treuepflicht des herrschenden Unternehmens sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre – genügt, um die Außenseiter in der abhängigen Gesellschaft, also primär die Gläubiger und Minderheitsgesellschafter vor den spezifischen Gefahren verbundrechtlicher Abhängigkeit zu bewahren.⁶ Italien hat sich entschlossen, die aus der Abhängigkeit resultierende Gefahr des Interessenkonflikts durch ein kodifiziertes Konzernrecht zu bewältigen. Dem italienischen Gesetzgeber wurde mit dem Ermächtigungsgesetz von 2001 der parlamentarische Auftrag erteilt, gesetzliche Rahmenbedingungen für Konzerne zu schaffen.⁷ Diese Rahmenbedingungen sollten (1.) gewährleisten, dass die Konzern-

* Lehrbeauftragte an der Wirtschaftsuniversität Wien und Forschungsassistentin des vom Fonds für wissenschaftliche Forschung finanzierten START-Projekts zum Kapitalgesellschaftsrecht (unter der Leitung von Univ. Prof. Dr. Susanne Kalss), für nähere Informationen siehe www.start-law.at.

1 Galgano, *Le società*, 2003, S. 240.

2 Siehe Kalss, ZHR 2007, 146 ff.; Koppenssteiner in: KK-AktG, 3. Aufl., Vor § 291 Rn. 115 ff.; Kalss, in: *Kalss/Schauer*, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, Gutachten zum 16. ÖJT (2006), S. 666 ff.; Druwey, Gutachten zum 59. DJT (1992); Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., § 11 Rn. 4.

3 Der Anfang der 1970er Jahre in Frankreich vorgelegte Entwurf *Consté*, der sich am deutschen Konzernrecht anlehnte, wurde nicht umgesetzt. Siehe Guyon, in: Hopt, *Groups of Companies* (1982), II, S. 155 ff.; Kalss, ZHR 2007, 147 ff.

4 Auch der *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, der im November 2002 als Vorschlag eines neuen spanischen Gesellschaftsrechts veröffentlicht wurde, enthält weitreichende Vorschläge für die Regelung von Konzernsachverhalten, vgl. hierzu Girgado, *Legislative Situation of Corporate Groups in Spanish Law*, ECFR 2006, S. 363, 378 f.

5 So Kalss, ZHR 2007, 154 ff.

6 Vgl. Kalss, ZHR 2007, 152 ff.

7 Die Neufassung des Aktien- und GmbH-Rechts erfolgte durch die Gesetzesverordnung decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative [zuletzt geändert durch Legge 28 dicembre 2005 n. 262]), welche am 1. 1. 2004 in Kraft trat. Da die Gesetzesverordnung der Regierung jedoch nur nach vorausgegangener parlamentarischer Ermächtigung als Instrument der Rechtssetzung zur Verfügung steht und diese für die weitere Verordnungsgesetzgebung nicht nur konstitutiv ist, sondern die Regelung in Form von »*principi e criteri direttivi*« materiell bereits determiniert, nahm die Reform ihren eigentlichen Anfang mit dem Ermächtigungsgesetz vom 3. 10. 2001 (Legge 3 ottobre 2001, n. 366

spitze zu einem angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Gesamtkonzerns und den Interessen der einzelnen zugehörigen Gesellschaften einschließlich der Minderheitsgesellschafter findet; (2.) Minderheitsgesellschaftern bei Beginn und Beendigung eines Konzernverhältnisses einen angemessenen Schutz in Gestalt eines Austrittsrechts gewähren; (3.) für die Transparenz von Konzernstrukturen Sorge tragen und (4.) die Geschäftsleiter der einzelnen konzernzugehörigen Gesellschaften verpflichten, Entscheidungen, die im Interesse des Gesamtkonzerns getroffen werden, speziell zu begründen.⁸

Diese Leitlinien des Ermächtigungsgesetzgebers wurden als Artt. 2497–2497^{sexies} c.c. in den Codice Civile übernommen. Inwieweit die heutige Kodifikation die Vorgaben tatsächlich erfüllt, soll anhand der Darstellung der Theorie des Vorteilsausgleichs (*teoria dei vantaggi compensativi*) und der Haftung der Konzernspitze für die missbräuchliche Ausübung der Leitungsgewalt Gegenstand dieses Beitrags sein. Diesen Überlegungen vorangestellt ist eine Definition des italienischen Konzernbegriffs.

B. Der Konzernbegriff

I. Ein europäischer Konzernbegriff?

Bis in die 1980er Jahre unternahm die Europäische Kommission Versuche, das Konzernrecht innerhalb der Europäischen Union zu vereinheitlichen.⁹ So legte sie 1974 und 1975 einen zweiteiligen Entwurf einer Konzernrechtsrichtlinie vor, der an den Tatbestand der einheitlichen Leitung anknüpfte und Schutzvorschriften für Gläubiger und außenstehende Aktionäre vorsah. Von dem Tatbestandsmerkmal der einheitlichen Leitung, welches unterschiedslos sowohl Vertragskonzerne als auch faktische Abhängigkeitsverhältnisse erfasste, wich die Kommission in einem revidierten Entwurf einer neunten Richtlinie, welchen sie 1984 erarbeitete, wieder ab und differenzierte nunmehr zwischen dem Vertragskonzern, der Eingliederung und einem vertragslosen Konzern-, d.h. Abhängigkeitsverhältnis.¹⁰ Auch dieser Vorschlag kam über das Stadium eines Vorentwurfs nicht hinaus.

In ihrem Aktionsplan betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrechts vom 21. 5. 2003 hat sich die Kommission nunmehr gänzlich von dem Vorhaben der umfassenden Angleichung der mitgliedstaatlichen konzernrechtlichen Vorschriften verabschiedet.¹¹ Eine Vereinheitlichung wird, den Empfehlungen des *Forum Europaeum Konzernrecht* folgend, das sich für eine reine Kernbereichsharmonisierung aussprach,¹² nur mehr punktuell angestrebt – etwa bei der Offenlegung der konzerninternen Beziehungen und der Gruppenstruktur.¹³

Ebenso kündigte die Kommission eine Rahmenbestimmung für Interessenkonflikte innerhalb des Konzerns an, welche festhält, dass die Leitung eines Konzernunternehmens dann berechtigt ist, eine abgestimmte Konzernpolitik festzulegen und umzusetzen, wenn die Interessen seiner Mitglieder wirkungsvoll geschützt sind.¹⁴ Damit scheint sich die Kommission an dem von der französi-

schen Rechtsprechung entwickelten »Rozenblum-Prinzip«¹⁵ zu orientieren, das Nachteile für eine abhängige (solvente) Gesellschaft zulässt, sofern die Unternehmensgruppe strukturell verfestigt ist, die abhängige Gesellschaft in eine kohärente und auf Dauer angelegte Gruppenpolitik eingefügt ist und sich schließlich die Vor- und Nachteile für die einzelnen Konzerngesellschaften die Waage halten.¹⁶ Maßgeblich wäre damit eine Gesamtbetrachtung, die von dem im deutschen Recht gewählten Ansatz des präzisen Einzelausgleichs abweicht.

II. Der italienische Konzernbegriff

1. Der faktische Konzern

Der italienische Reformgesetzgeber wählte für den Codice Civile den Begriff der »Leitung und Steuerung einer Gesellschaft durch eine andere« (*direzione e coordinamento di società*) als Anknüpfungspunkt für die Unternehmensgruppe, d.h. für die konzernrechtlichen Vorschriften. Um Unsicherheiten in der Bewertung des Vorliegens einer einheitlichen Leitung zu entgehen, legte er mit der Einführung des Begriffs sogleich Sachverhalte fest, deren Eintritt die Fiktion der Leitung und Steuerung einer Gesellschaft durch eine andere auslöst. So wird ein Abhängigkeitsverhältnis gemäß Art. 2497^{sexies} c.c. vermutet, sobald (1.) die Rechnungslegungsvorschriften Gesellschaften zur Konsolidierung ihrer Jahresabschlüsse verpflichten¹⁷ oder (2.) Gesellschaften durch ein faktisches

– Delega al Governo per la riforma del diritto societario, veröffentlicht in der G.U. n. 234 v. 8. 1. 2001).

8 Siehe Guizzi, in: Abriani et al., *Diritto delle società*, 3. Aufl. 2006, S. 345 ff.; Conforti, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I, 2003, S. 93.

9 Emmerich/Habersack, *Konzernrecht*, 8. Aufl. 2005, S. 18.

10 Abdruck bei Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht*, 4. Aufl. 1996, S. 187 ff.

11 Emmerich/Habersack, *Konzernrecht*, S. 18.

12 *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 704 ff.

13 Das europäische Recht bildet die Grundlage zahlreicher Konzernregelungen, vor allem in den Bereichen des Kapitalmarkt- (Transparenz-RL, Übernahme-RL) und Bilanzrechts, zunehmend aber auch in Belangen der Organisationsverfassung (Unabhängigkeit von Verwaltungsmitgliedern); siehe Habersack, NZG 2004, 1, 4; Wiesner, ZIP 2003, 977, 980; Kalss, ZHR 2007, 148 ff.

14 Koppenssteiner, in: KK-AktG, 3. Aufl., Vor § 291 Rn. 135; Habersack, NZG 2004, 1, 7.

15 Das »Rozenblum-Prinzip« ist vor allem für den Straftatbestand des Art. L242–6 C.com. relevant. Fällt die Tochter in die Insolvenz, bietet die französische Rechtsordnung vielgestaltige Möglichkeiten, eine Haftung der Muttergesellschaft gegenüber Gläubigern zu begründen. Vgl. etwa Böckli, *Schweizerisches Aktienrecht*, 3. Aufl., § 11 Rn. 87 ff.; Stology, *Journal of Business Law* 2007, 1, 3 ff.

16 So Emmerich/Habersack, *Konzernrecht* 18.

17 Diese Pflicht resultiert aus dem decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127: Dessen Art. 25 Abs. 1 (*Imprese obbligate a redigere il bilancio consolidato*) gibt vor: »Le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata che controllano un'impresa debbono redigere il bilancio consolidato secondo i criteri stabiliti dalle disposizioni degli articoli seguenti«.

Beherrschungsverhältnis gemäß Art 2359 c.c. miteinander verbunden sind. Dies ist der Fall, wenn eine Gesellschaft

(a) über die absolute Mehrheit der Stimmrechte in der ordentlichen Gesellschafterversammlung der anderen Gesellschaft verfügt,

(b) aufgrund ihrer Beteiligungsquote einen beherrschenden Einfluss in der ordentlichen Gesellschafterversammlung der anderen Gesellschaft ausübt (relative Stimmmehrheit) oder

(c) über eine vertragliche Bindung unter dem beherrschenden Einfluss der anderen Gesellschaft steht.

Die genannten Sachverhalte zeichnen sich dadurch aus, dass eine Gesellschaft in die Lage versetzt wird, steuernd auf die Geschäftstätigkeit einer anderen einzuwirken. In diesen Fällen geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Gesellschaft diese Möglichkeit wahrnimmt. Art. 2497^{sexies} c.c. stellt jedoch nur eine einfache gesetzliche Vermutung auf. Die vermeintlich im Konzernverhältnis stehenden Gesellschaften können darlegen, dass dieses tatsächlich nicht vorliegt.

2. Der Vertragskonzern

Ausdrücklich weist Art. 2497^{septies} c.c. darauf hin, dass die Unterwerfung einer Gesellschaft unter die Leitungs- und Steuerungsgewalt einer anderen – neben den soeben dargestellten Fällen gesetzlicher Fiktion – auch auf Grundlage einer Satzungsvorschrift erfolgen kann. Ob der italienische Gesetzgeber bei der Erwähnung der Möglichkeit einer vertraglichen Unterwerfung auch die aus dem deutschen Recht bekannten Beherrschungsverträge¹⁸ im Blick hatte und diese gar für Italien legitimieren wollte, ist seitdem Gegenstand der Diskussion.¹⁹ Nach herrschender Meinung ist zunächst zu differenzieren: Bezieht sich der Begriff des Beherrschungsvertrags allein auf die Definition des § 291 Abs. 1 AktG, welcher jene Verträge erfasst, die die Leitung einer Gesellschaft einer anderen Gesellschaft unterstellen, so sind Beherrschungsverträge auch für Italien anzuerkennen.²⁰ Die Frage allerdings, ob der italienische Gesetzgeber auch jene Verträge erfassen wollte, die – wie nach § 308 AktG zulässig – Weisungen der herrschenden Gesellschaft ermöglichen, welche für die abhängige Gesellschaft einen Nachteil bedeuten und allein den Interessen des herrschenden Unternehmens oder anderer Konzernunternehmen dienen, wird einstimmig verneint.²¹ Der Aufgabe der Selbstbestimmung der abhängigen Gesellschaft und der Verantwortlichkeit ihrer Verwaltungsorgane für das Eigeninteresse der Gesellschaft stehen insbesondere Artt. 2380^{bis} Abs. 1 c.c. sowie 2409^{novies} Abs. 1 c.c. entgegen, welche dem Prinzip der ausschließlichen Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane für die Geschäftsführung der ihr anvertrauten Gesellschaft folgen. Der in Art. 2497^{septies} c.c. enthaltene Hinweis auf den Vertragskonzern ist im Lichte dieses Prinzips zu verstehen.²²

Somit erlaubt das italienische Recht zwar Konzernverträge, welche die Verwaltungsorgane der abhängigen Gesellschaft verpflichten, sich an die von der Konzernspitze vorgegebenen strategischen Leitlinien und Weisungen zu halten. Die Konzernverträge müssen den Verwaltungs-

organen der abhängigen Gesellschaft jedoch stets ausreichend Raum für selbständige Einschätzungen und Entscheidungen belassen. Schließlich sind die Verwaltungsorgane der abhängigen Gesellschaft jedenfalls dafür verantwortlich und haftbar zu machen, die Grenzen zu erkennen und einzuhalten, jenseits derer eine Befolgung der Konzernstrategie den Eigeninteressen der abhängigen Gesellschaft zuwiderläuft. Gleiches gilt für Satzungsvorschriften, auch diese können die Verwaltungsorgane der abhängigen Gesellschaft nicht von ihrer Verantwortung gegenüber der ihnen anvertrauten Gesellschaft entbinden.

C. Die Bewältigung von Interessenkonflikten

I. Konkrete Geschäfte – *Related Party Transactions*

Zu den Kernaufgaben des Aktienrechts gehört die Bewältigung von Interessenkonflikten. Bezogen auf den Schutz der Aktionäre und Gläubiger einer beherrschten Gesellschaft ist insbesondere die Kontrolle der Angemessenheit von Leistungsbeziehungen zwischen der beherrschten Gesellschaft und dem Mehrheitsaktionär oder einer diesem nahe stehenden Person (*related party transactions*) diesem Aufgabenbereich zuzuordnen.²³

1. *Related Party Transactions* im deutschen Recht

Nach deutschem Recht unterscheiden sich die Rechtsfolgen von für eine Tochtergesellschaft nachteiligen Geschäften mit der Mutter danach, ob ein faktischer Konzern gegeben ist oder nicht. Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 311 AktG greift das Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen nach § 57 AktG.²⁴ Im faktischen Konzern wird § 57 AktG von § 311 AktG überlagert: Ein faktisch herrschendes Unternehmen darf seinen Einfluss auf die abhängige Gesellschaft nur dann zur Veranlassung eines nachteiligen Rechtsgeschäfts oder anderer nachteiliger Maßnahmen nutzen, wenn die Nachteile ausgeglichen werden. Der Ausgleich ist spätestens am Ende desjenigen Geschäftsjahres zu leisten oder zumindest bindend zu vereinbaren, in dem der abhängigen Gesellschaft der Nachteil zugefügt wurde. Der Absicherung der Pflicht zum Nachteilsausgleich dient ein Abhängigkeitsbericht, in welchem der Vorstand jährlich die Beziehun-

18 In Österreich sind diese ebenfalls zulässig, aber von nachrangiger Bedeutung, vgl. *Rüffler*, Zur Zulässigkeit des Beherrschungsvertrags im österreichischen Recht, in: FS Koppensteiner, 2001, S. 149; *Bachner*, in: Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. II, 2003, § 238 Rn. 4.

19 *Conforti*, La responsabilità civile, S. 102; *Steinhauer/Delfino*, Italienisches Konzernrecht, in: Barbist/Rungg, Ihr Unternehmen in Italien, 2006, S. 143, 145.

20 *Conforti*, La responsabilità civile, S. 102; *Magrini*, Italienisches Gesellschaftsrecht, 2004, S. 217 ff.

21 Vgl. allein *Guizzi*, in: Abriani et al, Diritto delle società, S. 345 ff.; *Conforti*, La responsabilità civile, S. 102 f.

22 *Steinhauer/Delfino*, Italienisches Konzernrecht, in: Barbist/Rungg, Ihr Unternehmen in Italien, 2006, S. 143, 145.

23 *Kalss*, ZHR 2007, 169.

24 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 327.

gen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen darzustellen hat.²⁵

Diese Regelung läuft auf eine zumindest teilweise Privilegierung der herrschenden Gesellschaft im faktischen Konzern hinaus, da auch verdeckte Gewinnausschüttungen unter den Begriff des Nachteils subsumiert werden²⁶ und die in § 311 AktG vorgesehene aufgeschobene Pflicht zum Nachteilsausgleich den Maßstäben der kapitalgesellschaftsrechtlichen Vermögensbindung nach § 57 AktG nicht vollends entspricht.²⁷ Die Differenz in den Rechtsfolgen ist freilich marginal.²⁸

Entscheidender ist, dass man – mit Blick auf die Absicherung des Verbots durch Verfahrens- und Publizitätsvorschriften und die Durchsetzungsmöglichkeiten auf Betreiben einer Minderheit – zu dem Ergebnis gelangen muss, dass weder § 57 AktG noch § 311 AktG die beherrschte Gesellschaft hinreichend vor Ausplünderung bewahren können.²⁹ Der Pflicht zur Erstellung des Abhängigkeitsberichts ist zwar eine gewisse Präventivwirkung zuzugestehen, generell greifen die Instrumente des § 311 AktG jedoch erst spät, d.h. nach Abschluss des Geschäfts. Damit sieht das deutsche Recht für den bestehenden faktischen Konzern gerade keinen Präventivschutz durch Verfahrensrecht vor wie er in anderen Rechtsbereichen, etwa der Bildung eines Vertragskonzerns oder im Spaltungsrecht, durchaus verfolgt wird.³⁰

2. *Operazioni con parti correlate* im italienischen Recht

Auch das italienische Recht trifft Vorkehrungen für *related party transactions*: Als Nachtrag zu der umfassenden Reform des Gesellschaftsrechts fügte der italienische Gesetzgeber 2004³¹ mit Art. 2391^{bis} c.c. eine Bestimmung in den Codice Civile ein, die der Börsenaufsichtsbehörde *Commissione nazionale per le società e la borsa* (CONSOB)³² den Auftrag erteilte, Kriterien aufzustellen, die die Transparenz und die substantielle wie auch verfahrensmäßige Richtigkeit von Geschäftsvorhaben mit *parti correlate* sichern. Die Geschäftsvorhaben sind gemäß Art. 2391^{bis} c.c. im Lagebericht offenzulegen. Der Gesetztext sieht die Möglichkeit der Hinzuziehung externer Experten vor.³³

Mit Art. 71^{bis} del Regolamento CONSOB n. 11971/1999³⁴ hatte die Börsenaufsichtsbehörde bereits vor dieser Aufforderung durch den Gesetzgeber Publizitätsvorschriften zur Durchführung von *related party transactions* erlassen. Diese sehen vor, dass die Öffentlichkeit über den Abschluss des Geschäftsvorhabens und dessen Inhalt (zumindest ex post) in Kenntnis zu setzen ist.³⁵ Zur Bestimmung des Begriffs der *parti correlate* verweist die CONSOB auf den zum Jahresbeginn 2005 erneut geänderten IFRS 24.³⁶

Die weitere Entwicklung bleibt hier noch abzuwarten. Der Verweis auf IFRS 24 zeigt jedenfalls, dass Geschäfte mit substantiell beteiligten Aktionären den von der CONSOB weiterhin zu entwickelnden Grundsätzen zu unterwerfen sind.

II. Diffuse Nachteile, die nicht einer einzelnen Leistungsbeziehung zuzuordnen sind

Die Regulierung von Rechtsgeschäften und direkten Leistungsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und kontrollierenden Gesellschaftern oder diesen nahe stehenden Personen erfüllt einen Großteil des Regelungsauftrags der Bewältigung von Interessenkonflikten.³⁷ Zugleich aber ist offensichtlich, dass die Bestimmungen zu *related party transactions* nicht alle Nachteile erfassen, die eine beherrschte Gesellschaft aus der Konzernzugehörigkeit erleiden kann. Der aus einem Konzernverhältnis resultierende Interessenkonflikt muss sich nicht zwangsläufig als Rechtsgeschäft oder konkrete Leistungsbeziehung ausprägen.³⁸ Ebenso kann es schwierig sein, eine für die Gesellschaft insgesamt nachteilige Geschäftspolitik einem bestimmten Rechtsgeschäft zuzuordnen, zu denken ist hier insbesondere an die in den letzten Jahren vermehrt diskutierte Ausnutzung von Geschäftschancen der Gesellschaft (*corporate opportunities*).³⁹

Diese diffusen, also nicht zuzuordnenden Nachteile stellen das Konzernrecht vor eine schwierige Aufgabe. Um sie zu lösen, haben der deutsche und der italienische Gesetzgeber zwei unterschiedliche Konzepte entwickelt:

25 Der Abhängigkeitsbericht der abhängigen Gesellschaft ist vom Abschlussprüfer zu prüfen, außenstehenden Aktionären wird er nicht offengelegt.

26 *Kalss*, ZHR 2007, 173; *Koppensteiner*, in: KK-AktG, 3. Aufl., § 311 Rn. 161.

27 Siehe *Kalss*, ZHR 2007, 173; *Koppensteiner*, in: KK-AktG, 3. Aufl., § 311 Rn. 161 m.w.N.; *Doralt/Diregger*, in: MünchKomm, Bd. IX, öKonzernR Rn. 68 ff.

28 *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl., § 57 AktG Rn. 129 f.

29 *Kalss*, ZHR 2007, 173.

30 *Kalss*, ZHR 2007, 173.

31 Siehe d. lgs 06/02/04, n. 37, d. lgs 28 dicembre 2004, n. 310 e Legge 28/12/2005, n. 262.

32 Die CONSOB, die durch das Gesetz vom 7. 6. 1974 eingeführt und durch das Gesetz vom 4. 6. 1985 neu strukturiert wurde, ist eine juristische Person öffentlichen Rechts, die die Aufgabe wahrnimmt, den Wertpapiermarkt zu beaufsichtigen, dessen Funktionen zu gewährleisten und die Wahrhaftigkeit und Vollständigkeit der der Öffentlichkeit und dem Anleger zukommenden Informationen zu überwachen; s *Campobasso*, Manuale di Diritto Commerciale, 2004, S. 378 ff.

33 Art. 2391^{bis} Abs. 1 c.c.

34 In Kraft seit dem 1. 1. 2003 (CONSOB Delibera n. 13616/2002).

35 Art. 71^{bis} Abs. 2 del Regolamento CONSOB n. 11971/1999, zuletzt geändert durch Delibera CONSOB n. 14990/2005.

36 Siehe Art. 2 lett. h) del Regolamento CONSOB n. 11971/1999.

37 *Kalss*, ZHR 2007, 188.

38 *Kalss*, ZHR 2007, 188 f.

39 Zu Deutschland siehe *Kalss*, ZHR 2007, 189 f.; *Krieger*, ZGR 1994, 375, 386 f.; *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl., Anh. § 77 Rn. 14 f., 17 ff.; *Zeidler*, in: Michalski, GmbHG, 2002, I Syst. Darst. 4 Rn. 271 ff.; zu Österreich siehe *Doralt/Winner*, in: MünchKomm-AktG, § 57 Rn. 233, *M. Doralt*, Management Buy Out, 2000, 60; *Hügel*, FS Koppensteiner, 2007 (im Erscheinen).

1. Der Nachteilsausgleich des § 311 AktG

Nach § 311 AktG darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluss nicht dazu benutzen, eine abhängige Gesellschaft zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen, es sei denn, dass die Nachteile ausgeglichen werden. Damit ist eine nachteilige Einflussnahme dann gerechtfertigt, wenn die Nachteile durch die Gewährung gleichwertiger Vorteile ausgeglichen werden und die Vermögensinteressen der abhängigen Gesellschaft gewahrt bleiben.⁴⁰ Im Unterschied zum italienischen Recht konkretisiert § 311 Abs. 2 AktG jedoch auch die Modalitäten, d.h. Zeit und Form, des vorzunehmenden Nachteilsausgleichs: So hat das herrschende Unternehmen die Nachteile noch innerhalb des laufenden Geschäftsjahres auszugleichen, und zwar entweder tatsächlich oder in der Form, dass es der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf einen Nachteilsausgleich einräumt. Kommt das herrschende Unternehmen der Ausgleichspflicht bis zum Ende des Geschäftsjahres nicht nach, tritt an deren Stelle ohne weiteres die Verpflichtung zum Schadenersatz.⁴¹

Die Art des Vorteils, durch den der Nachteil auszugleichen ist, ist gesetzlich nicht festgelegt. In Betracht kommt jeder geldwerte Vorteil, der geeignet ist, die Nachteile in der Bilanz zu neutralisieren. Ein inhaltlicher Bezug zu den Vorteilen muss nicht bestehen, die Heranziehung rein passiver Konzerneffekte scheidet jedoch aus.

2. Die italienische Theorie der *vantaggi compensativi*

Als zentrale Bestimmung des italienischen Konzernrechts gilt die Haftungsnorm des Art. 2497 c.c.,⁴² die Gläubigern (und außenstehenden Aktionären) der Tochtergesellschaft einen Schadenersatzanspruch zuspricht, wenn die Konzernspitze von ihrer Leitungsgewalt missbräuchlichen Gebrauch macht und einer abhängigen Gesellschaft hieraus ein Nachteil entsteht. Die Haftungsnorm greift damit auf die von der italienischen Rechtsprechung entwickelte Theorie des Nachteilsausgleichs (*teoria dei vantaggi compensativi*) zurück, welche die Relevanz eines Konzerninteresses generell anerkennt und einer abhängigen Gesellschaft zugefügte Nachteile unter bestimmten Voraussetzungen billigt.

Dabei liegt der italienischen Theorie des Nachteilsausgleichs der Gedanke zugrunde, dass sich das Konzerninteresse oftmals mit einem (zumindest mittelbaren) Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft deckt.⁴³ In einer richtungsweisenden Entscheidung vom 26. 2. 1990 führte der *Corte di Cassazione* aus, dass konzernunterworfenen Gesellschaften solange nicht daran zu hindern seien, den von den Verwaltungsorganen der Konzernleitung vorgegebenen strategischen Entscheidungen zu folgen, als das Eigeninteresse der Tochtergesellschaft jenem des Konzerns nicht diametral entgegen steht.⁴⁴ Die Rechtsprechung griff die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs auf und baute sie zu der allgemeinen Annahme aus, dass eine Konzernzugehörigkeit regelmäßig mit Vorteilen für die einzelnen Tochtergesellschaften verbunden ist, welche geeignet sind, etwaige Nachteile von im Konzerninteresse

geschlossenen Geschäften auszugleichen.⁴⁵ Konkret erachtete es wiederum der *Corte di Cassazione* am 5. 12. 1998 für zulässig, dass sich eine Tochtergesellschaft für die Konzernmutter verbürgt, es sei denn, dass die Tochter nicht einmal mittelbar oder reflexartig von der eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung profitiere.⁴⁶ Mit dieser Entscheidung anerkannte der Oberste Gerichtshof die von der Lehre entwickelte, wenn auch nicht unumstrittene, Theorie des Vorteilsausgleichs, die in einer, dem französischen »Rozenblum-Prinzip«⁴⁷ entsprechenden, wertenden Gesamtbetrachtung die aus der Konzernzugehörigkeit resultierenden Vor- und Nachteile gegeneinander aufwiegt. Strittig ist hierbei vor allem, wie die Vorteile beschaffen sein müssen, um ein unmittelbar benachteiligendes Rechtsgeschäft rechtfertigen zu können.⁴⁸ Für Teile der Literatur genügt es, dass das Vermögen, welches durch das in Frage stehende Rechtsgeschäft erwirtschaftet wurde, zumindest auch der Konzerntochter zugute kommt.⁴⁹ Andere verlangen einen handfesteren Vorteilsausgleich, d.h. eine konkrete vermögenswirksame Leistung an die Konzerntochter, die das nachteilige Geschäft einging.⁵⁰ Die Rechtsprechung nimmt eine vermittelnde Position ein: Zwar wird die reine Konzernzugehörigkeit noch nicht als Vorteil betrachtet, ein konkreter proportionaler Ausgleich in Geld aber ebenso wenig erwartet. Vielmehr hat die Wertung auch mittelbare Vorteile einzubeziehen – und zwar auch solche, die letztlich gar nicht eintraten, aber vernünftigerweise zu erwarten waren.⁵¹

Entsprechend verlangt eine ordnungsgemäße Geschäftsführung, dass die Konzernführung bei der Abstim-

40 Vgl. *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 386.

41 Nach § 317 Abs 1 AktG. Die Verpflichtung zum Nachteilsausgleich verdrängt somit vorübergehend die Schadenersatzhaftung des herrschenden Unternehmens. Macht dieses von der Privilegierung keinen Gebrauch, ist nicht nur der ex-ante zu bestimmende Vorteil, sondern der gesamte Schaden der abhängigen Gesellschaft zu ersetzen. Vgl. *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 387.

42 Siehe Abschnitt D. dieses Beitrags.

43 S. etwa Cass. 20. 3. 1968, n. 2215; Cass. 14. 9. 1976, n. 3150; Cass. 11. 3. 1996, n. 2001; Cass. 29. 9. 1997, n. 9532; Cass. 5. 12. 1998, n. 12325.

44 Cass. 26. 2. 1990, n. 1439; vgl. auch App. Milano 11. 6. 1991; App. Milano 21. 1. 1994; App. Roma 22. 2. 1996.

45 Cass. 11. 3. 1996, n. 2001.

46 Cass. 5. 12. 1996, n. 12325.

47 Siehe Fn. 15.

48 Vgl. *Montalenti*, *Giur.comm.* 1995, II, S. 366; *ders.*, *Giur.it.* 1999, S. 2318.

49 *Patti*, Art. 2497 c.c., in: Abate et al, *Gruppi*, 2003, S. 253 f.

50 *Pavone La Rosa*, *Giur.comm.* 2000, I, S. 486.

51 So Cass. 2. 5. 1997, n. 3805. Vgl. auch Art. 2634 c.c. (Untreue in Vermögensangelegenheiten), der Verwalter, die sich mit der Gesellschaft in einem Interessenkonflikt befinden und Rechtsgeschäfte vornehmen, um für sich selbst (oder andere) einen unrechtmäßigen Gewinn herbeizuführen und hiermit der Gesellschaft einen Schaden zuzufügen, mit Freiheitsentzug bis zu 3 Jahren bedroht. Der Gewinn eines Konzerns wird jedoch nicht als unrechtmäßig angesehen, wenn er durch bereits eingetretene oder vorhersehbare Vorteile ausgeglichen wird, die sich aus der Zugehörigkeit zum Konzern ergeben (Art. 2634 Abs. 3 c.c.).

mung der Konzernpolitik die Interessen der konzernzugehörigen Gesellschaften im Blick behält und vermeidet, dass einzelne von ihnen Nachteile erleiden, die nicht – auch nicht mittelbar – durch Vorteile aufgewogen werden.

3. Gegenüberstellung des deutschen und italienischen Konzepts

Das deutsche Aktiengesetz nimmt damit ebenso wie der italienische Codice Civile eine Überlagerung des Eigenwillens der abhängigen Gesellschaft durch ein unternehmerisches Interesse des beherrschenden Aktionärs hin, solange erlittene Nachteile ausgeglichen und die Vermögensinteressen der abhängigen Gesellschaft (und die daran anknüpfenden Interessen der Gläubiger und außenstehender Aktionäre) gewahrt bleiben.⁵² Gegenüber dem rigiden deutschen Modell des Nachteilsausgleichs, das mit den materiellen Sicherungsmechanismen Zeit – innerhalb eines Geschäftsjahres –, Bericht⁵³ und Prüfung⁵⁴ arbeitet, erscheint das italienische Konzept genereller, weniger administriert und stärker von einem unternehmerischen Ansatz her konstruiert.⁵⁵ Das Gruppenkonzept, das Erfordernis eines vernünftigen Ausgleichs von Vor- und Nachteilen und die gebotene Vermeidung von unangemessenen wirtschaftlichen Risiken stellen nicht wie in Deutschland auf die »Quantifizierung des Einzelfalls«⁵⁶ ab, sondern bemühen sich um eine unternehmerische Gesamtbetrachtung *grosso modo*, zu deren Gunsten sie manche Unschärfen bewusst in Kauf nehmen.

D. Der Haftungstatbestand des italienischen Konzernrechts

Macht die Konzernspitze von ihrer Leitungsgewalt missbräuchlich Gebrauch und entsteht der abhängigen Gesellschaft hieraus ein Nachteil, steht deren Minderheitsgesellschaftern wie auch Gläubigern nach Art. 2497 c.c. ein Schadenersatzanspruch zu.

Art. 2497 c.c. bildet die zentrale Norm des italienischen Konzernrechts. Er sieht die Haftung der Muttergesellschaft als spezielle Ausprägung der Haftung aus unerlaubter Handlung nach Art. 2043 c.c. (*responsabilità aquilana*) vor.⁵⁷ Als ungerechtfertigter Schaden gilt bezüglich der Anteilseigner der Tochtergesellschaft die Verletzung des Anspruchs auf Ausschüttungsfähigkeit bzw. Schmälerung des Anteilswerts, bezüglich der Gesellschaftsgläubiger die Beeinträchtigung der Haftungsgrundlage der Tochtergesellschaft.⁵⁸

Damit bewahrt Art. 2247 c.c. Tochterunternehmen auch im Falle einer Konzernzugehörigkeit davor, einer Geschäftspolitik ausgeglichener Bilanzen nach Wunsch der Muttergesellschaft entsprechen zu müssen: Das Erzielen eines Jahresüberschusses sowie die Ausschüttung einer Dividende muss stets möglich sein und darf durch die Konzerngeschäftspolitik nicht von vorneherein ausgeschlossen werden.

Aus dem Beherrschungsverhältnis resultiert die Notwendigkeit, den Gesellschaftern und Gläubigern der

Tochtergesellschaft – und nicht dieser selbst – den Schadenersatzanspruch zuzuerkennen. Weder der Anspruch der Gesellschafter noch jener der Gläubiger ist subsidiärer Natur; das italienische Recht lässt im Falle unerlaubter Handlungen einen erheblichen außervertraglichen Schutz der Gläubiger zu. Im Verhältnis der Tochtergesellschaft zu ihren Gläubigern übernimmt das Mutterunternehmen die Position eines Dritten, der bei der Tochtergesellschaft eine nachteilige Situation herbeiführte und hierfür einer Haftung ausgesetzt wird.

Bemerkenswert ist ferner das Erfordernis der Vorausklage gegen das Tochterunternehmen: Art. 2497 Abs. 3 c.c. lässt die Klage gegen die beherrschende Gesellschaft nur bei Unmöglichkeit der Befriedigung durch das untergeordnete Unternehmen zu.⁵⁹ Hieraus kann zu Lasten der Muttergesellschaft ein zusätzliches Liquiditätsrisiko entstehen.

I. Tatbestandsvoraussetzungen

Konkret ist der Haftungstatbestand des Art. 2497 c.c. erfüllt, wenn die herrschende Gesellschaft Minderheitsgesellschaftern oder Gläubigern der Tochtergesellschaft dadurch einen Schaden zufügt, dass sie (1.) ihre Leitungs- und Steuerungsfunktion ausgeübt hat, (2.) hierbei im unternehmerischen Eigeninteresse oder Interesse eines anderen handelte, (3.) die Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung der Tochtergesellschaft verletzte, und (4.) der Tochtergesellschaft daraus einen Schaden zufügte.⁶⁰

1. Ausübung der Leitungs- und Steuerungsfunktion

Die bloße Existenz eines gesellschaftsrechtlichen Kontrollverhältnisses bzw. einer Situation, die einen beherrschenden Einfluss einer Gesellschaft auf eine andere ermöglicht, genügt nicht für die Verwirklichung des ersten Tatbestandselements: Derartige Umstände lösen – wie oben dargestellt – lediglich eine gesetzliche Vermutung für das Bestehen eines Konzernverhältnisses aus. Diese kann widerlegt werden, wenn (1.) trotz der Verpflichtung zur konsolidierten Rechnungslegung kein Konzern vorliegt oder (2.) die herrschende Gesellschaft im konkreten Fall keinen Gebrauch von ihrer Leitungs- und Steuerungsfunktion machte oder aber (3.) die Ausübung der Leitungs- und Steuerungsfunktion für den Schaden nicht kausal war.

52 Vgl. *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 377.

53 § 312 AktG.

54 § 313 AktG.

55 So *Lutter* bezogen auf das französische »Rozenblum-Prinzip«, an das die italienische Regelung anschließt. Siehe *Lutter*, Einheitliche Leitung, in: FS Kellermann, S. 257, 266.

56 *Lutter*, Einheitliche Leitung, in: FS Kellermann, S. 257, 266.

57 *Rittatore Vonwiller/Ippolito*, I gruppi societari, 2006, S. 31 f.

58 *Patti*, Art. 2497 c.c., in: Abate et al, Gruppi, S. 252 f; *Magrini*, Italienisches Gesellschaftsrecht, S. 220.

59 *Guizzi*, in: Abriani et al, Diritto delle società, S. 349.

60 *Rittatore Vonwiller/Ippolito*, I gruppi societari, S. 32.

Eine Beweislast erleichterung bewirkt Art. 2497^{sexies} c.c. somit ausschließlich hinsichtlich des Bestehens eines Konzernverhältnisses. Den Nachweis, dass die herrschende Gesellschaft ihre Leitungsmacht tatsächlich nutzte und dadurch einen ersatzfähigen Schaden hervorrief, hat der Antragsteller zu erbringen. Sofern die herrschende Gesellschaft von ihrer Leitungsmacht also in Gestalt mündlicher Weisungen oder durch eine kontinuierliche, subtile Einflussnahme Gebrauch machte und weder schriftliche Anweisungen noch ein eindeutiges Abstimmungsverhalten nachweisbar sind, kann diese Beweislastverteilung eine wesentliche Hürde für die Geltendmachung der neu eingeführten Haftungsklage bedeuten.

2. Unternehmerisches Eigen- oder Fremdinteresse

Die Formulierung des Art. 2497 c.c. stellt auf die Leitung und Koordinierung von Gesellschaften unter Verletzung der Grundsätze einer ordnungsgemäßen Gesellschafts- und Unternehmensführung im eigenen oder fremden unternehmerischen Interesse (*interesse imprenditoriale*) ab. Entsprechend scheint ein Haftungsanspruch bei einer missbräuchlichen Einflussnahme aus persönlichen, familiären oder sonstigen Motiven auszufallen. Dass diese Einschränkung nicht der Absicht des Reformgesetzgebers entsprechen kann, hat die italienische Literatur rasch herausgearbeitet; die h.L. sieht sich folglich in der Lage, den Wortlaut des Art. 2497 c.c. zu überwinden und im Sinne einer teleologischen Interpretation auf den Inhaber des verfolgten Interesses statt auf dessen Gegenstand Bezug zu nehmen: Art. 2497 c.c. beabsichtigt nicht, die Art des Interesses zu charakterisieren, sondern wolle vielmehr klarstellen, dass es unerheblich ist, ob das herrschende Unternehmen seine Leitungsmacht zur Verfolgung eigener Interessen oder der Interessen anderer Konzerngesellschaften oder gar außenstehender Dritter missbrauche. Dies schließt auch persönliche, familiäre oder ähnliche Interessen ein.⁶¹

3. Ordnungsgemäße Unternehmensführung

Das Tatbestandselement der Verletzung der Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung vereint mehrere Aspekte: Zunächst impliziert es einen Verweis auf das Prinzip von Treu und Glauben,⁶² auf die von Art. 2392 c.c. vorgeschriebenen Sorgfaltspflichten sowie auf die aus Art. 149 Abs. 1 lit. b t.u.⁶³ resultierende Pflicht zu ordnungsgemäßer Verwaltung. Zugleich jedoch bezieht sich das Tatbestandsmerkmal der ordnungsgemäßen Unternehmensführung auch auf die von Literatur und Rechtsprechung herausgearbeitete Theorie des Vorteilsausgleichs.⁶⁴

4. Schädigung der Tochtergesellschaft

Ein Haftungsanspruch besteht nur dann, wenn die im Eigen- oder Fremdinteresse missbräuchlich ausgeübte Steuerungsgewalt zu einer Schädigung der abhängigen Gesellschaft führt. Nach Art. 2497 Abs. 1 c.c. scheidet eine Haftung der herrschenden Gesellschaft aus, wenn aus der Leitung und Steuerung entweder kein Schaden

resultierte oder dieser bereits vollständig ausgeglichen wurde. Wiederum ist eine Gesamtbetrachtung ausschlaggebend. Damit folgt Art. 2497 Abs. 1 c.c. der soeben dargestellten Theorie der *vantaggi compensativi*.

Strittig und dabei von großer praktischer Bedeutung ist die Frage, innerhalb welchen Zeithorizonts die ausgleichenden Vorteile eintreten müssen, um die Schadenersatzpflicht abzuwenden. Der Wortlaut des Art. 2497 c.c. nimmt hierzu nicht Stellung. Entsprechend weit ist das Feld der möglichen Lösungen. Hat der Vorteil der nachteiligen Handlung unmittelbar zu folgen? Setzt das Geschäftsjahr die zeitliche Grenze oder dürfen selbst Vorteile berücksichtigt werden, die sich erst viel später, sogar nach Verjährung des Schadenersatzanspruchs, realisieren? Die h.L. stellt keine schematische Betrachtung an, sondern beurteilt den Schaden im Zusammenhang mit der vom Konzern verfolgten Gesamtstrategie.⁶⁵ Deren zeitlicher Horizont gibt den Rahmen vor, innerhalb dessen die aus der Konzernzugehörigkeit erwachsenden Vorteile die Nachteile auszugleichen haben.

a) ersatzfähiger Schaden

Schädigt die missbräuchliche Ausübung der Leitungsgewalt die abhängige Gesellschaft, können deren (Minderheits-)Gesellschafter als ersatzfähigen Schaden die Verminderung des Nettovermögens der Tochtergesellschaft geltend machen, die sich in einer Verringerung des Werts ihrer Beteiligung niederschlägt. Nach der Rechtsprechung ist die Wertminderung unabhängig von einer Realisierung durch Verkauf relevant.⁶⁶ Einen zusätzlichen ersatzfähigen Schaden begründet die Verminderung der Ertragskraft der Gesellschaft: Den Gesellschaftern werden Vorteile, die ihnen aufgrund ihrer Beteiligung zustehen, entzogen, da Erträge nicht zur Ausschüttung gelangen (oder als Rückstellungen oder Reinvestitionen dienen), sondern an die Konzernmutter weitergeleitet werden.

Die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft werden hingegen durch die Minderung des Gesellschaftsvermögens, das ihnen als Haftungsmasse dient, geschädigt. In dieser Konstellation kann der ersatzfähige Schaden freilich nicht über die ihnen gegenüber der abhängigen Gesellschaft zustehenden Ansprüche hinausgehen.

b) Haftungsverpflichtete

Nach Art. 2497 Abs. 1 c.c. haftet die Gesellschaft oder Körperschaft, welche die Leitung und Steuerung über

61 *Steinhauer/Delfino*, Italienisches Konzernrecht, in: Barbist/Rungg, Ihr Unternehmen in Italien, 2006, S. 143, 147.

62 Der Grundsatz von Treu und Glauben wird im italienischen Recht unter anderem aus den Artt. 1175 c.c., 1337 c.c., 1358 c.c., 1366 c.c., 1375 c.c. sowie 1460 c.c. hergeleitet.

63 Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, a norma degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (Einheitsgesetz über die Finanzvermittlung).

64 Siehe oben.

65 *Steinhauer/Delfino*, Italienisches Konzernrecht, in: Barbist/Rungg, Unternehmen, S. 143, 149.

66 *Patti*, Art. 2497 c.c., in: Abate et al, Gruppi, S. 252.

die geschädigte Gesellschaft ausübt. Damit wird die Verantwortlichkeit regelmäßig auf die oberste Konzerngesellschaft konzentriert. Gesamtschuldnerisch mit dem herrschenden Unternehmen haftet nach Art. 2497 c.c. jedoch auch, wer an der schädigenden Handlung teilnahm oder aus der schädigenden Handlung einen Vorteil zog.⁶⁷

Entsprechend können auch natürliche Personen, die einen Konzern leiten, zur Haftung herangezogen werden; selbst jene, die ohne aktive Mitwirkung an der schädigenden Ausübung der Leitungsgewalt doch bewusst einen Vorteil aus dieser zogen.

c) Ausschluss des Haftungsanspruchs

Der Haftungsanspruch gegen die Konzernspitze sowie etwaige gesamtschuldnerisch mithaftende natürliche Personen scheidet gemäß Art. 2497 c.c. aus, wenn die abhängige Gesellschaft selbst Schadenersatz leistete. Die abhängige Gesellschaft ist folglich berechtigt, die Entschädigung ihrer (Minderheits-)Gesellschafter und Gläubiger selbst in die Hand zu nehmen, um etwa ein gerichtliches Vorgehen gegen die Konzernmutter abzuwenden.⁶⁸

E. Zusammenfassung

In bemerkenswerter Weise sieht Art. 2497 c.c. bei missbräuchlicher Ausübung der Leitungsgewalt eine unmittelbare Schadenersatzhaftung der Mutter vor, die nicht gegenüber der Tochtergesellschaft greift, sondern gegenüber den Gläubigern, die aus dem Vermögen der Tochter nicht befriedigt werden können (sowie gegenüber außenstehenden Aktionären). Die Haftung besteht, wenn die Mutter von ihrer Leitungs- und Steuerungsmöglichkeit Gebrauch

macht und hierbei die Grundsätze ordnungsgemäßer Geschäftsführung verletzt. Das Tatbestandsmerkmal der »ordnungsgemäßen Unternehmensführung« kodifiziert hierbei die von Literatur und Rechtsprechung herausgearbeitete Theorie des Vorteilsausgleichs (*teoria dei vantaggi compensativi*), welche die aus der Konzernzugehörigkeit resultierenden Vor- und Nachteile in einer wertenden Gesamtbetrachtung gegeneinander abwägt.

Entsprechend verlangt der Grundsatz ordnungsgemäßer Geschäftsführung, dass die Konzernführung bei der Entwicklung der Unternehmensstrategie sowie bei etwaigen Weisungen die Interessen der konzernzugehörigen Gesellschaften im Blick behält und vermeidet, dass einzelne von ihnen Nachteile erleiden, die nicht – auch nicht mittelbar – durch Vorteile aufgewogen werden.

Für das deutsche Modell, das die Selbständigkeit der Tochtergesellschaft nicht in einem Gruppeninteresse aufgehen lässt, könnte das italienische Recht als Ansatz dienen, um die Besonderheiten der Einbindung einer Gesellschaft in eine Konzernstruktur stärker zu berücksichtigen. Das italienische Recht kann eine Leitlinie bilden, das ergänzende Haftungsregime der Mutter durch eine Vereinbarung zwischen Konzernmutter und -tochter zu konkretisieren: Trägt die Tochter Nachteile im kohärenten Interesse der Gruppe und wird sie davon selbst mittel- oder langfristig auch profitieren, spricht nichts dagegen, dies in einer Vereinbarung festzuhalten.⁶⁹ Die rechtliche Selbständigkeit der Tochter soll dadurch jedoch nicht aufgeweicht werden.

⁶⁷ Hier ist die Ersatzfähigkeit auf den erlangten Vorteil beschränkt.

⁶⁸ Patti, Art. 2497 c.c., in: Abate et al, Gruppi, S. 255 f.

⁶⁹ Siehe Kalss, ZHR 2007, 193 f.

Holdingsbesteuerung in Österreich – Ein Überblick und aktuelle Themen

Von Mag. Gerald Gableitner, LL.M., und Mag. Johannes Edthaler*

- A. Einleitung
- B. Besteuerung von Erträgen aus Auslandsbeteiligungen
 - I. Das internationale Schachtelprivileg, die Voraussetzungen und der Umfang der begünstigten Erträge
 - II. Missbräuchliche Inanspruchnahme des internationalen Schachtelprivilegs
 - 1. Der besondere Missbrauchsverdacht nach § 10 Abs. 4 KStG
 - 2. Allgemeiner Missbrauch nach § 22 BAO
- C. KESt Entlastung für Outbound-Dividenden
 - I. Gewinnausschüttungen im Verhältnis zu EU-Staaten
 - II. Gewinnausschüttungen im Verhältnis zu DBA-Staaten
 - III. Einlagenrückzahlungen
- D. Steuerliche Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen
 - I. Steuerliche Unterkapitalisierungsthemen
 - II. Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen
- E. Möglichkeiten der Verlustverwertung ausländischer Tochtergesellschaften
 - I. Option zur Steuerwirksamkeit von Auslandsbeteiligungen
 - II. Verwertung von Verlusten ausländischer Gruppenmitglieder
- F. Resümee

A. Einleitung

Der Steuerstandort Österreich hat in den letzten Jahren erhöhte Aufmerksamkeit erlangt. Die Senkung des Körperschaftsteuersatzes auf 25 % sowie die Einführung der national aber auch grenzüberschreitend wirkenden Gruppenbesteuerung¹ waren wohl die Maßnahmen, die Österreich verstärkt ins Rampenlicht der internationalen Steuerplanung gerückt haben. Daneben bietet aber das österreichische Steuerrecht noch verschiedenste andere Vorzüge, denen im internationalen Vergleich der Holdingstandorte Beachtung geschenkt werden sollte. Neben

* Mag. Gerald Gableitner, LL.M., ist StB und Partner, Mag. Johannes Edthaler ist Mitarbeiter bei Leitner + Leitner Linz, Wien, Salzburg.

¹ Mit Wirksamkeit ab der Veranlagung 2005; vgl. Gableitner/Furber, *Der Konzern* 2005, 129 ff.