

Sanierungsinstrumente in der Krise der Kapitalgesellschaft und Treuepflichten der Anteilseigner

Benedikt Spiegelfeld/Heinrich Foglar-Deinhardstein

Übersicht

- I. Krise und Sanierung
 - A. Formen der Krise
 - B. Verschiedene Sanierungsinstrumente
 - C. Die Frage der Treuepflicht
- II. Erste Beobachtungen zur Treuepflicht bei der Kapitalgesellschaft in der Krise
 - A. Kapitalerhaltungsgrundsatz und Dividendenanspruch
 - 1. Kapitalerhaltung und Bilanzgewinn
 - 2. Bilanzgewinn und Dividendenanspruch
 - 3. Finanzierung der Dividendenausschüttung
 - B. Trennungsprinzip
 - C. Treuepflicht
 - 1. Allgemeines
 - 2. Treuepflicht und Dividende
 - 3. Treuepflicht und Trennungsgrundsatz
 - D. Zwischenergebnis
- III. Aktuelles zu Treuepflicht und Sanierung
 - A. Deutschland: Rechtsentwicklung
 - 1. BGH-Judikatur
 - 2. ESUG
 - B. Österreich: OGH-Judikatur
- IV. Ausgewählte Sanierungsinstrumente im Licht der Treuepflicht
 - A. Kapitalschnitt
 - 1. Allgemeines
 - 2. Kapitalschnitt und Treuepflicht
 - B. Debt-Equity-Swap
 - 1. Allgemeines
 - 2. Debt-Equity-Swap und Treuepflicht
 - C. Scrip Dividend
 - 1. Allgemeines
 - 2. Scrip Dividend im Wege der Kapitalberichtigung
 - 3. Kapitalberichtigung und Treuepflicht

4. Optional Scrip Dividend
 5. Optional Scrip Dividend und Treuepflicht
- V. Zusammenfassung

Das Thema dieser Überlegungen wurde von Hellwig Torgglers Beitrag zur FS Helbich über den debt-equity-swap angeregt.¹ Anhand von ausgewählten Sanierungsinstrumenten soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit die Treuepflicht den Anteilseigner der Kapitalgesellschaft dazu verhält, derartige Sanierungsmaßnahmen mitzutragen.

I. Krise und Sanierung

Die Formen einer Unternehmenskrise sind überaus vielgestaltig. Ebenso vielfältig sind die möglichen Sanierungsinstrumente, die einer solchen Krise entgegenwirken können.

A. Formen der Krise

Es kann grob zwischen leistungswirtschaftlicher und finanzieller Unternehmenskrise unterschieden werden, wobei diese Ausprägungen naturgemäß potentiellen Wechselwirkungen ausgesetzt sind: Hat ein Unternehmen etwa Absatzschwierigkeiten, Anzeichen einer Produktionsschwäche oder Probleme mit steigenden Kosten und steckt somit in einer leistungswirtschaftlichen Krise, wird dies über die verminderten Erträge auch auf die finanzielle Situation des Unternehmens durchschlagen. Umgekehrt: Ist das Unternehmen wegen geringer Eigenmittel und/oder wegen eines Liquiditätsengpasses unterkapitalisiert, wird dieser Umstand das Unternehmen etwa in Investitionsmöglichkeiten und Bedienung laufender Kosten beschränken und damit möglicherweise eine leistungswirtschaftliche Krise herbeiführen.

Rein betriebswirtschaftliche Sanierungsinstrumente (betriebswirtschaftliche Rationalisierung und Reorganisation) tasten Gläubigeransprüche und Eigenkapitalstruktur nicht an, sind aber oftmals zur Überwindung einer Unternehmenskrise nicht ausreichend; häufig wird auch ein Bedarf an Restrukturierung der Altverbindlichkeiten und/oder an Zuführung neuer finanzieller Mittel bestehen.

¹ H. Torggler/Cb. Herbst, Zur „Umwandlung“ von Aktionärsforderungen in Grundkapital, in FS Helbich (1990) 181.

B. Verschiedene Sanierungsinstrumente

Hinsichtlich der Zuführung neuen Kapitals liegt auf der Hand, dass in der Krise des Unternehmens Fremdmittel nur unverhältnismäßig teuer oder gar nicht zu bekommen sind. Kapitalgesellschaften in der Krise haben daher regelmäßig – wenn kurz- oder mittelfristige Überbrückungsmaßnahmen von Eigentümerseite (Patronatserklärungen, Rangrücktrittserklärungen etc.) nicht mehr ausreichen – dringenden Bedarf nach Zufuhr frischen Eigenkapitals. Selbst wenn Gläubiger zu einer Entlastung von Altschulden bereit sein sollten, werden sie meist zuvor oder parallel eine solche Eigenkapitalzufuhr verlangen. Eine derartige Stärkung der Eigenkapitalbasis zur finanziellen Sanierung der Kapitalgesellschaft kann etwa erfolgen, indem die bestehenden Anteilsinhaber neues Kapital zuschießen, und/oder indem ein Investor als neuer Anteilsinhaber in die Gesellschaft einsteigt.

C. Die Frage der Treuepflicht

Häufig wird im Zuge der Durchführung von Sanierungsinstrumenten, die zur Stärkung der Eigenkapitalbasis geeignet sind, Uneinigkeit unter den bestehenden Anteilseignern oder aber zwischen den Altgesellschaftern einerseits und dem neuen Investor andererseits bestehen. Es interessiert daher in der Praxis die Frage, inwieweit die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, die die Anteilsinhaber trifft, deren Verhalten in Hinblick auf derartige Sanierungsmaßnahmen determiniert.

II. Erste Beobachtungen zur Treuepflicht bei der Kapitalgesellschaft in der Krise

Für eine Untersuchung der Auswirkung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht auf das Verhalten der Anteilseigner in der Krise und bei der Krise entgegenwirkenden Sanierungsmaßnahmen ist vorab – wie bei so vielen Fragen des Kapitalgesellschaftsrechts – ein Blick einerseits auf das Kapitalerhaltungsgrundsatz, andererseits auf das Trennungsprinzip hilfreich.

Diese ehernen Grundsätze des Kapitalgesellschaftsrechts lassen sich beide treffend anhand des Bildes der Staumauer erklären,² die die Sphäre der Gesellschaft von der Sphäre der Anteilsinhaber trennt. Das Wechselspiel zwischen

² Vgl etwa *Eckert*, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen (Teil I), GeS 2006, 383. Nach *Rüffler*, Kapitalherabsetzung und Liquidation, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Die GmbH & Co KG (2011) 99 (101), dürfte das Bild von der Staumauer („Stauschleuse“) auf *Würdinger* zurückgehen.

diesen Prinzipien und der Treuepflicht wird in diesem II. Teil des Beitrags kurz beleuchtet.

A. Kapitalerhaltungsgrundsatz und Dividendenanspruch

1. Kapitalerhaltung und Bilanzgewinn

Die Kapitalerhaltungsregeln des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts schützen zunächst die jeweilige Kapitalgesellschaft selbst, strahlen aber auch auf den Schutz der Interessen der Gläubiger der Gesellschaft aus. Sogar wenn legitimer Weise in den Bestand der Gesellschaft eingegriffen wird – etwa im Zuge der Liquidation oder der Verschmelzung –, bleiben die Kapitalerhaltungsregeln zum Schutz der Gläubiger dennoch anwendbar.³

Gemäß den Kapitalerhaltungsregeln ist der Transfer von Vermögen der Gesellschaft an die Anteilsinhaber unzulässig, soweit nicht eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung eingreift oder eine marktkonforme Gegenleistung erfolgt. Die Gewinnausschüttung ist grundsätzlich ein gesetzlich legitimierter Transfer von Gesellschaftsvermögen an die Anteilseigner. Jede Gewinnausschüttung muss aber vom im festgestellten Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinn (gemäß § 224 Abs 3 UGB) gedeckt sein und ist jährlich mit diesem Betrag beschränkt.

Der Kapitalerhaltungsgrundsatz und die Rolle, die das Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft bei seiner Umsetzung spielt, kann anhand des erwähnten Bilds der „Staumauer“ beschrieben werden: Die Kapitalerhaltung verlangt, dass das Vermögen der Gesellschaft nicht den Gesellschaftern zufließt, sondern grundsätzlich in der Gesellschaft verbleibt oder von der Gesellschaft im Rahmen ihres Unternehmensgegenstands zum Einsatz gebracht wird. In diesem Zusammenhang kommt dem Eigenkapital die Funktion einer „Staumauer“ gegenüber der Sphäre der Anteilseigner zu: Nur soweit das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft (zu Buchwerten) das Eigenkapital⁴ – die „Staumauer“ – übersteigt, speist es den Bilanzgewinn.⁵ Der Bilanzgewinn wiederum markiert die Obergrenze für die Gewinnausschüttung an die Anteilsinhaber.

³ *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2010) 9 (19 Fn 29); vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein*, Anmerkungen zum (grenzüberschreitenden) Triangular Merger, GesRZ 2012, 326 (327) mwN. Vgl *Hügel*, Vermögensbindung und Kapitalschutz, in Artmann/Rüffler/Torggler, Die GmbH(Co)KG 111 (123 f).

⁴ Genauer: das Nennkapital und die gebundenen Rücklagen. Ungebundene Rücklagen können grundsätzlich im Weg der ertragswirksamen Auflösung in Bilanzgewinn umgewandelt und damit ausschüttbar gemacht werden.

⁵ Auch der Bilanzgewinn selbst ist eine Eigenkapitalposition. Als Restgröße vermindert er aber – im Gegensatz zu den anderen Eigenkapitalpositionen – nicht das Ausschüttungspotenzial, sondern beziffert vielmehr dessen Maximum.

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist die Gewinnausschüttung die Gegenleistung der Kapitalgesellschaft für die Kapitalüberlassung des Anteilseigners.⁶ Vor diesem Hintergrund ist die Verteilung des im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinns an die Gesellschafter daher ein vom Gesetz zugelassener Vermögenstransfer von der Gesellschaft an die Gesellschafter⁷ und liegt somit außerhalb des Anwendungsbereichs des Verbots der Einlagenrückgewähr.⁸

2. Bilanzgewinn und Dividendenanspruch

Der *abstrakte* Anspruch auf den Bilanzgewinn – also das fortdauernde Bezugsrecht – ist im Kapitalgesellschaftsrecht ein mitgliedschaftliches Vermögensrecht, das untrennbar mit der Mitgliedschaft verknüpft ist.⁹ Mit der *konkreten* Abreifung der Dividende entsteht aber ein vom Mitgliedschaftsrecht des jeweiligen Anteilsinhabers losgelöstes Gläubigerrecht, ein selbständiger Anspruch gegen die Gesellschaft.¹⁰ Diese Forderung lautet grundsätzlich auf Zahlung in Geld und ist unentziehbar,¹¹ einklagbar, (auch ohne Übertragung des zugrundeliegenden Anteils) übertragbar und pfändbar. Aus der Sicht der Gesellschaft stellt die Dividende eine Verbindlichkeit dar, deren Befriedigung (in der Regel durch Geldzahlung) zum Abschmelzen von Vermögen der Gesellschaft in Höhe der Summe aller Dividendenforderungen führt und somit effektiv das Vermögen der Gesellschaft um den entsprechenden Betrag verringert.¹² Bei börsennotierten Gesellschaften wird daher der Aktienkurs in aller Regel am Ex-Dividenden-Tag automatisch um die Dividendenzahlung pro Aktie reduziert,¹³ weil mit der Auszahlung der Dividende der anteilige Wert der Aktie ja entsprechend sinkt.

3. Finanzierung der Dividendenausschüttung

Der Bilanzgewinn ist als statische Bilanzkennzahl eine reine Rechengröße, der zum Bilanzstichtag das Nettoaktivvermögen zu Buchwerten abzüglich des

⁶ VwGH 19.12.2006, 2004/15/0122; vgl auch *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Regelungen zum Eigenkapital und Fremdkapital, in Konecny, Insolvenz-Forum 2011 (2012) 185.

⁷ *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 53 Rz 1 ff.

⁸ *Karollus* in Leitner 24 Fn 54; aA *Henze* in Großkomm AktG⁴ § 58 Rz 101.

⁹ *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 53 Rz 2.

¹⁰ *S. Bydlinksi/Potyka* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 102 Rz 11; differenzierend *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 172.

¹¹ Dh der Anspruch kann nur noch mit Zustimmung des jeweiligen Gläubigers geschmälert oder beseitigt werden. Vgl *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 53 Rz 7; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 132; *E. Gruber* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 104 Rz 49.

¹² *Eckert/Tipold*, Strafbare Dividenden, GES 2013, 59 (61).

¹³ *E. Gruber* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 104 Rz 53.

Eigenkapitals misst, aber über die Solvenz der Gesellschaft nichts aussagt¹⁴ und auch nur bedingte Rückschlüsse auf die Eigenkapitalquote (*debt-equity-ratio*) zulässt. Auch eine Gesellschaft mit schwacher Liquidität und/oder relativ hoher Verschuldung kann daher einen Bilanzgewinn ausweisen. Der Bilanzgewinn ist aber nicht nur ausschüttungsfähig, sondern zugleich auch ausschüttungsbedürftig,¹⁵ dh die Anteilsinhaber haben grundsätzlich einen Anspruch auf Verteilung des Bilanzgewinns („Vollausschüttungsgebot“).¹⁶

Da der Bilanzgewinn aber „nicht in der Schublade liegt“, muss die Gesellschaft für die Finanzierung der für die Ausschüttungen erforderlichen Liquidität sorgen. Das kann auch bedeuten, dass die Ausschüttungen fremdfinanziert werden müssen,¹⁷ in welchem Fall die Gesellschaft nicht nur die abfließenden Dividenden, sondern naturgemäß auch die Zinsen und sonstigen Kosten für die aufgenommenen Fremdmittel zu tragen hat.

Insofern kann die Gewinnausschüttung für eine Gesellschaft mit kritischer Liquiditätssituation und/oder relativ hoher Verschuldungsquote zu einer erheblichen zusätzlichen Belastung führen. Im Extremfall könnte die Fälligkeit der Dividendenansprüche die Insolvenzreife der Gesellschaft herbeiführen.¹⁸

Anders gelagert sind jene fremdfinanzierten Gewinnausschüttungen, die im Konzern zur Entlastung oder Sanierung einer Holdinggesellschaft eingesetzt werden: Bei dieser Struktur nimmt die operative Tochtergesellschaft Verbindlichkeiten auf, um Dividenden an die Mutter-Holding finanzieren zu können; die von der Mutter lukrierten Dividendenzahlungen können von dieser zur Reduzierung ihrer Schuldenlast verwendet werden. Es kommt also zu einer schrittweisen Verlagerung von Verbindlichkeiten einerseits (Transfer von der Mutter in die Tochter) und Eigenkapital andererseits (Transfer von der Tochter in die Mutter).¹⁹

¹⁴ *Karollus* in Leitner 9 (26); *Eckert*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Finanzierung des Beteiligungserwerbs, in Althuber/Schopper, Unternehmenskauf & Due Diligence I: Legal 285 (305).

¹⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 35 Rz 13.

¹⁶ *Bauer/Zebetner* in Straube, GmbHG § 82 Rz 26; *Ch. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/391; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 10; *E. Gruber* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 104 Rz 43 f; zur AG OGH 3 Ob 59/07h GesRZ 2008, 22; vgl *Artmann/Polster-Grüll*, Spannungsfeld Konzernfinanzierung – rechtliche und steuerliche Aspekte, RdW 2008, 627 (632).

¹⁷ *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I³ § 53 Rz 8; *Eckert*, GeS 2006, 383 (385); *Artmann/Polster-Grüll*, RdW 2008, 627 (632); *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh*, Kapitalentsper- rung über die Grenze – Gestaltungschancen und Fallstricke, GesRZ 2009, 342 (345).

¹⁸ *Eckert* in Althuber/Schopper 285 (305).

¹⁹ *Artmann/Polster-Grüll*, RdW 2008, 627 (631); *Staringer*, Die fremdfinanzierte Einlagenrück- zahlung bei Kapitalgesellschaften, ÖStZ 2009, 153 (153, 155).

B. Trennungsprinzip

Die mehrfach zitierte „Staumauer“ bietet sich auch als Bild für die Rolle an, die das Eigenkapital in Hinblick auf einen anderen Grundsatz des Kapitalgesellschaftsrechts, nämlich den Trennungsgrundsatz, spielt.

Das Trennungsprinzip besagt, dass die Kapitalgesellschaft und ihre Anteilseigner separaten Berechtigungs- und Haftungskreisen angehören. Die Anteilseigner sind weder Miteigentümer des Vermögens der Gesellschaft noch Haftende für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.²⁰

Das von den Anteilseignern in die Gesellschaft zugeführte Eigenkapital dient als Risikokapital dem Auffangen von Verlusten,²¹ stellt aber grundsätzlich die Obergrenze des für die Gesellschafter auf dem Spiel stehenden Haftkapitals dar. Durch das Trennungsprinzip wird den Anteilseignern garantiert, dass sie persönlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht haften.

Auch hier hat das Eigenkapital also eine Staumauer- oder auch Schutzschildfunktion, weil es grundsätzlich über das eingesetzte Risikokapital hinaus zu keinem Haftungsdurchgriff auf die Ebene der Anteilseigner kommt.

Der Trennungsgrundsatz wird im GmbH-Recht durch das Verbot der Leistungsvermehrung ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters (§ 50 Abs 4 GmbHG) und das Verbot der Nachschusspflicht ohne gesellschaftsvertragliche Verankerung (§ 72 GmbHG) abgesichert; im Aktienrecht hält § 49 Abs 1 AktG fest, dass die Verpflichtung der Aktionäre zur Leistung der Einlagen durch den Ausgabebetrag der Aktien begrenzt ist, während § 147 AktG das Verbot der Leistungsvermehrung ohne Zustimmung des betroffenen Aktionärs²² enthält.

C. Treuepflicht

1. Allgemeines

Die auf den Grundsätzen des redlichen Verkehrs und auf Treu und Glauben beruhende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht²³ verlangt von den Anteilseignern, sich bei der Ausübung ihrer Anteilseignerrechte am Interesse der Gesellschaft und – in gewissem Ausmaß – auch der Mitgesellschafter zu orientieren.²⁴

²⁰ S. *Bydlinksi/Potyka* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 102 Rz 11.

²¹ *Bachner*, Anmerkungen zur Übernahme der vereinfachten Kapitalherabsetzung in das GmbH-Recht, GesRZ 1998, 2.

²² Vgl. *E. Gruber* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 147 Rz 8 ff.

²³ OGH 12.3.1997, 6 Ob 26/97k.

²⁴ Allgemein *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/135 ff; *P. Doralt/Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 47a Rz 26 ff; *Koppensteiner*, Treuwidrige Stimmabgabe und positive Beschlussfeststellung, GES 2012, 488.

Da sich die Treuepflicht am Interesse der Gesellschaft ausrichtet, entfaltet sie auch eine gewisse „Schutzwirkung zugunsten Dritter“, nämlich der Gläubiger der Gesellschaft. In diesem Sinne ergänzen und verschränken sich Treuepflicht und Verbot der Einlagenrückgewähr.²⁵

Die Treuepflicht verhindert eine exzessiv-formalistische Ausnutzung von Dividendenanspruch und Trennungsprinzip durch die Anteilseigner; bei Schädigung von Gläubigerinteressen wäre eine solche Rechteaübung auch potenziell schikanös und sittenwidrig.²⁶ Insofern bettet die Treuepflicht den Kapitalerhaltungs- und den Trennungsgrundsatz in ein bewegliches Pflichtengeflecht ein und bildet somit ein ausgleichendes und diese Grundprinzipien rechtfertigendes Korrektiv, das auf die Umstände des konkreten Einzelfalls flexibel Rücksicht nehmen kann.

Insbesondere richtet sich die Treuepflicht auf die Ausübung des Stimmrechts des Anteilseigners bei der Beschlussfassung. Sie erfasst aber grundsätzlich auch die Ausübung der sonstigen Gesellschafterrechte und überhaupt jegliche Einwirkungen des Anteilsinhabers auf die Gesellschaft.²⁷

Stellt die Ablehnung eines Beschlusses auf Ebene der Anteilseigner eine Verletzung der Treuepflicht dar, kann der Beschluss im Anfechtungsverfahren nicht nur kassatorisch vernichtet werden, sondern es kommt auch eine Klage auf positive Beschlussfeststellung des treuepflichtkonformen Beschlusses in Frage, um so den richtigen Beschluss herbeizuführen.²⁸

2. Treuepflicht und Dividende

a) Die unterschiedliche Wirkrichtung der Treuepflicht je nach Lage der Gesellschaft

Auch bei der Fassung von Gewinnverwendungsbeschlüssen unterliegen die Anteilsinhaber der Treuepflicht.

Hier ist allerdings zunächst im Licht des Vollausschüttungsgebots daran zu denken, dass sich die Treuepflicht – jedenfalls außerhalb der Krisensituation – primär am Interesse der Mitgesellschafter auszurichten hat. Selbst in der GmbH dürfen die Gesellschafter daher eine nicht gesetzlich gebotene Rücklagenbil-

²⁵ Vgl. *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007) 100 f, 280.

²⁶ Vgl. allgemein zu Kapitalerhaltung und Sittenwidrigkeit *Bollenberger*, Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB wegen Beeinträchtigung von Interessen Dritter? JBl 2013, 137 (140 f); s. auch *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/143.

²⁷ Allgemein *P. Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 47a Rz 36 ff; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/138; *U. Torggler*, Treuepflichten 93 ff.

²⁸ *Reich-Rohrwig*, Sanierung durch vereinfachte Kapitalherabsetzung und -erhöhung, GesRZ 2001, 69 (78); *U. Torggler*, Treuepflichten 145; *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 195 Rz 36; vgl. OGH 7 Ob 300/05a ecolex 2006, 493 (*Reich-Rohrwig*); *P. Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 47a Rz 46; Nachweise zu abweichenden Ansichten bei *Koppensteiner*, GES 2012, 488.

dung nur im unternehmerisch-betriebswirtschaftlich vertretbaren Ausmaß anordnen²⁹ – im Regelfall gebietet die Treuepflicht also die Vermeidung überzogener Thesaurierungen,³⁰ die den ausschüttbaren Bilanzgewinn vermindern und die Gesellschaft hindern, den Gesellschaftern einen *return-on-investment* zu bieten. Das liegt indirekt auch im eigenen Interesse der Gesellschaft: Ohne den Anspruch auf Gewinnausschüttung wäre nämlich wirtschaftlich die Zufuhr von Eigenkapital durch Investoren in eine Kapitalgesellschaft idR gar nicht denkbar.

Dazu hat der OGH jüngst festgehalten, dass die Treuepflicht grundsätzlich nicht verlangt, dass ein Gesellschafter „immer schon dann“ gegen die Ausschüttung des Bilanzgewinns stimmt, wenn die Thesaurierung für die Gesellschaft (bloß allgemein) günstiger als die Ausschüttung ist.³¹

Befindet sich die Gesellschaft allerdings in der Krise und/oder in einem Liquiditätsengpass, kann sich die Auswirkung der Treuepflicht auf die „richtige“ Ausübung des Stimmrechts beim Gewinnverwendungsbeschluss und der sonstigen Gesellschafterrechte geradezu ins Gegenteil verkehren.³² Dabei ist einerseits an *nach* dem Bilanzstichtag und *vor* den Beschlüssen über Feststellung des Jahresabschlusses und Gewinnverwendung auftretende bilanziell messbare – oder auch in den stillen Reserven auftretende – Verluste zu denken, die den zum Stichtag ausgewiesenen Bilanzgewinn aufzehren.³³ Im GmbH-Recht regelt § 82 Abs 5 GmbHG, dass der Bilanzgewinn im Ausmaß der erlittenen Vermögensschmälerung von der Verteilung ausgeschlossen und auf neue Rechnung vorzutragen ist.³⁴ Andererseits – und dieser Frage soll hier kurz näher nachgegangen werden – kann aber die allenfalls erforderliche Aufnahme von Fremdmitteln zur Finanzierung von Ausschüttungen problematisch sein. Eine solche Aufnahme von Fremdkapital wird zwar in der Regel als bloße Bilanzverlängerung den Bilanzgewinn nicht mindern,³⁵ kann aber selbstverständlich die Liquiditätssituation oder die Verschuldung der Gesellschaft (weiter) verschlechtern, im Extremfall bis zur Herbeiführung der Insolvenz.

²⁹ K. Schmidt, Satzungsmaßige Gewinnverwendungsklauseln bei Kapitalgesellschaften, in FS P. Doralt (2004) 597 (599); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 35 Rz 9, 15.

³⁰ Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 4/391 FN 66.

³¹ OGH 6 Ob 100/12t GeS 2013, 128 (siehe unten III.B.c)); OGH 27.02.2013, 6 Ob 17/13p.

³² Artmann/Polster-Grüll, RdW 2008, 627 (632); Karollus in Leitner 9 (26, 27 FN 65); Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 26, 45.

³³ Moser, Gewinnausschüttung aus einer GmbH und einer AG in einer Verlustsituation – ein gesellschaftsrechtlicher Vergleich, GesRZ 2008, 280; Rüffler, Muss auch bei Verlusten oder Wertvermindierungen, die bloß die stillen Reserven angreifen, nach § 82 Abs 5 GmbHG vorgegangen werden? RWZ 2009, 101; Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 53 Rz 8; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 133.

³⁴ OGH 6 Ob 100/12t GeS 2013, 128 (siehe unten III.B.c)); OGH 27.02.2013, 6 Ob 17/13p.

³⁵ Eckert in Althuber/Schopper 285 (306); siehe oben Fn 17.

Es liegt auf der Hand, dass, wenn die Aufnahme von Fremdmitteln zur Finanzierung von Dividendenausschüttung unternehmerisch-betriebswirtschaftlich unvertretbar ist, die Anteilsinhaber aus der Treuepflicht heraus eine Pflicht zur Selbstbeschränkung treffen kann.³⁶ Dies bedeutet in erster Linie, dass die Anteilseigner eine Gewinnausschüttung in einem Ausmaß, das die Liquidität oder gar den Bestand der Gesellschaft gefährdet, gar nicht beschließen dürfen.³⁷ In diesem Sinne hat auch der OGH jüngst festgehalten, dass die Stimmausübung zugunsten einer Gewinnausschüttung im Einzelfall dann treuwidrig sein kann, wenn die Interessen der Gesellschaft an der Thesaurierung die Interessen des Gesellschafters an der Ausschüttung massiv überwiegen. Dies sei dann anzunehmen, wenn die Bildung einer Rücklage für die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft erforderlich ist.³⁸

Tritt der Liquiditäts- oder Bestandsgefährdung erst *nach* wirksamer Fassung des Gewinnverwendungsbeschlusses, aber noch *vor* der Auszahlung des beschlossenen Gewinns auf, bleibt das entstandene Gläubigerrecht auf Gewinnauszahlung bestehen, weil es ja – wie oben erwähnt – nur mehr mit Zustimmung des jeweils Berechtigten entziehbar ist; es ist den Anteilsinhabern aber uU zumutbar, dass die Dividende vorerst (zumindest teilweise) nicht ausgezahlt wird.³⁹ Die Hemmung des Dividendenanspruchs erlischt, sobald sich die Lage der Gesellschaft gebessert hat.⁴⁰ Eine allfällige Verzinsung dieser gesperrten Dividendenzahlungen würde uE grundsätzlich nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und der Verzinsung von Einlagen verstoßen.⁴¹ Grundsätzlich sind auch kreditierte Gewinnansprüche Kredite iSd EKEG und daher unter den Voraussetzungen des EKEG in Eigenkapital umzuqualifizieren.⁴² Eine nicht durchsetzbare Dividendenforderung, deren Hemmung ohne freiwilligen Beitrag des Anteilseigners eintritt, ist uE aber keine finanzielle Zuwendung des Anteilsinhabers an die Gesellschaft, weil das Element der Freiwilligkeit fehlt; es

³⁶ So für nach dem Bilanzstichtag auftretende Verluste auch Moser, GesRZ 2008, 280 (282), und Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 133.

³⁷ Eckert/Tipold, GES 2013, 59 (62, 65), die dies freilich nicht aus der Treuepflicht, sondern aus § 82 Abs 5 GmbHG (analog) ableiten. Vgl auch Karollus in Leitner 9 (27 Fn 65).

³⁸ OGH 6 Ob 100/12t GES 2013, 128 (s unten III.B.c)); OGH 27.02.2013, 6 Ob 17/13p; vgl Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 26; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 39 Rz 14.

³⁹ Drygala in Kölner Kommentar AktG³ § 58 Rz 141 mwN; vgl auch Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 172; Moser, GesRZ 2008, 280 (283); Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 45; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 133; ablehnend zur „Zwangsstundung kraft Treuepflicht“ Eckert in Althuber/Schopper 285 (307).

⁴⁰ Drygala in Kölner Kommentar AktG³ § 58 Rz 141.

⁴¹ Vgl allgemein zur Verzinsung von abgereiften Dividenden H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, Ausgewählte Fragen zum Recht der Namensaktie nach dem GesRÄG 2011, GES 2013, 180 (182).

⁴² Vogt in Schopper/Vogt, EKEG (2003) § 3 Rz 6; Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht (2009) § 3 EKEG Rz 3.

liegt damit uE kein Kredit gemäß § 1 EKEG vor, sodass das EKEG in der Regel nicht anwendbar sein sollte.

Mit der vorübergehenden Hemmung der Dividendenforderung schützt die Treuepflicht das Prinzip, dass der Gläubigerschutz Vorrang vor dem Schutz der Mitglieder einer Kapitalgesellschaft hat, und somit mitgliedschaftliche Vermögensansprüche im Rang hinter Gläubigeransprüchen stehen.⁴³ Dieser Grundsatz kann daher uU sogar bereits abgereifte Dividenden erfassen, weil die Abspaltung des Anspruchs auf Auszahlung der Dividende von der Mitgliedschaft bei Abreifung der Dividende die Verkehrsfähigkeit des Dividendenanspruchs herbeiführen soll,⁴⁴ aber letztlich nichts daran ändert, dass die Dividende in der Mitgliedschaft und im Eigenkapital wurzelt⁴⁵ und ihr somit weiterhin eine gewisse Nachrangigkeit anhaftet.⁴⁶ Anderes gilt für Gläubigerrechte von Anteilseignern auf anderer – außergesellschaftlicher – Rechtsgrundlage, etwa aus einem Drittgeschäft, für die grundsätzlich keine Nachrangigkeit eingreift.⁴⁷

Die Inanspruchnahme einer Dividende könnte bei Existenzgefährdung der Gesellschaft auch sittenwidrig iSd § 1295 Abs 2 ABGB sein und eine Haftung wegen „existenzgefährdenden Eingriffs“ begründen.⁴⁸

b) Das Praxisbeispiel IMMOFINANZ

Die Thematik der Gewinnausschüttung, die wegen mangelnder Liquidität unterbleibt, klang auch im bekannten Verfahren über die Anfechtung des Dividendenbeschlusses der IMMOFINANZ AG an:⁴⁹ Verfahrensgegenständlich war der Hauptversammlungsbeschluss vom 23.9.2008 über die gestaffelte Ausschüttung einer Dividende in Höhe von EUR 0,40 pro Aktie. Der Vorstand erwirkte im Anfechtungsverfahren die Nichtigkeitserklärung dieses Beschlusses. Der Vorstand hatte argumentiert, die beschlossene Gewinnausschüttung sei unzulässig, weil bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung die Lebens- und Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft nach dieser Gewinnausschüttung nicht mehr gesi-

⁴³ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 133; Bayer in MünchKomm AktG³ § 58 Rz 116, 118.

⁴⁴ Bayer in MünchKomm AktG³ § 58 Rz 116, 118.

⁴⁵ Henze in Großkomm AktG⁴ § 58 Rz 102, bezeichnet den Dividendenanspruch als „Gläubigerrecht, das aus dem Mitgliedschaftsrecht hervorgegangen ist“. Differenzierend Drygala in Kölner Kommentar AktG³ § 58 Rz 140 f.

⁴⁶ Bayer in MünchKomm AktG³ § 58 Rz 118.

⁴⁷ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 172. Differenzierend aus Anlass der Judikatur zur Kapitalmarkthaftung (OGH 7 Ob 77/10i GeS 2011, 223; OGH 6 Ob 28/12d GeS RZ 2012, 252) Trenker, Nachrangigkeit kapitalmarktrechtlicher Ansprüche in der Insolvenz der emittierenden AG, ÖBA 2013, 187.

⁴⁸ Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 45; aA Eckert in Althuber/Schopper 285 (307).

⁴⁹ Vgl ad-hoc-Meldungen der IMMOFINANZ AG vom 23.10.2008 und vom 1.12.2009; es dürfte sich um die Entscheidung HG Wien 30.11.2009, 030 Cg 8/09t, handeln.

chert sei. Die positive Fortbestehensprognose der Gesellschaft war an das Verbleiben des gesamten Bilanzgewinns im Unternehmen geknüpft; ein Vollzug des Dividendenausschüttungsbeschlusses wäre daher für die Gesellschaft existenzbedrohend gewesen. Entscheidend war für das HG Wien unter anderem, dass im Jahresabschluss, auf dem der Dividendenbeschluss fußte, „phasenkongruent“ eine Dividendenforderung gegenüber einer Tochtergesellschaft ausgewiesen war. Diese Dividende der Tochtergesellschaft wurde jedoch nie umgesetzt, weil es der Tochter an der notwendigen Liquidität mangelte. Es hatte Bemühungen um eine Kreditfinanzierung der Dividende der Tochter gegeben; die Verhandlungen über einen Kreditvertrag scheiterten jedoch aufgrund der drastischen Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation. Auch sonstige liquide Mittel, die für eine Dividendenausschüttung verwendet hätten werden können, waren in der Tochtergesellschaft nicht vorhanden. Daher wurde der Jahresabschluss der IMMOFINANZ AG berichtigt, indem die ursprünglich vereinnahmte Gewinnausschüttung der Tochter aus der Bilanz ausgebucht wurde, und am 4.9.2009 neu festgestellt. Die Ausbuchung der Dividendenforderung und andere Änderungen des Jahresabschlusses verbrauchten in Summe den gesamten Bilanzgewinn und die ausschüttungsfähigen Rücklagen, sodass der berichtigte neue Jahresabschluss im Ergebnis anstelle eines Bilanzgewinns einen Bilanzverlust auswies. Da sich nach der Bilanzberichtigung kein ausschüttbares Ergebnis mehr darstellte, folgte das HG Wien daraus die Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses.

3. Treuepflicht und Trennungsgrundsatz

Auch für das Trennungsprinzip werden von der hA gewisse rechtliche Korrekturen gefordert, sodass der Trennungsgrundsatz keineswegs ausnahmslos gelten soll. Im Einzelfall wird die Trennung als unbillig empfunden und durch den Durchgriff durch die juristische Person auf die „dahinter stehenden“ Gesellschafter ausgeglichen. Viel diskutiert in diesem Zusammenhang ist insbesondere die Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung⁵⁰ und wegen existenzvernichtenden Eingriffs.

Nach der Definition des OGH wird unter Durchgriffshaftung allgemein die private Zusatzhaftung von Verbandsmitgliedern für Schulden der Verbandsperson verstanden. Aus Anlass der Haftungserstreckung wird der mit der selbständigen Rechtsperson verbundenen Schutzschild der Haftungsbeschränkung zur Seite geschoben, sodass Gesellschaftsgläubiger zusätzlich die Mitglieder der Gesellschaft persönlich mit ihrem Privatvermögen in Anspruch nehmen kön-

⁵⁰ Siehe zB *Birkner/Pramberger*, Durchgriffshaftung bei qualifizierter Unterkapitalisierung, ZIK 1999, 89.

nen. Der Grundgedanke des Begriffes der „Durchgriffshaftung“ liegt darin, dass sich niemand der Rechtsform einer juristischen Person zu dem Zweck bedienen dürfe, Dritte zu schädigen oder Gesetze zu umgehen.⁵¹

Während beim Gedanken der Durchgriffshaftung, die das Trennungsprinzip korrigiert, grundsätzlich der Schutz vor Eingriffen in Rechte Dritter, insbesondere der Gläubiger, im Vordergrund steht, ließe sich hier wohl auch ein Zusammenhang zur Treuepflicht sehen.⁵²

D. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die Treuepflicht gerade in der Krise der Kapitalgesellschaft den Anteilsinhaber durchaus in die Verantwortung nimmt und ihn im Einzelfall sogar vorübergehend von der Durchsetzung seines Gewinnanspruchs abschneiden kann.

III. Aktuelles zu Treuepflicht und Sanierung

Ausgehend von dem vorstehend skizzierten Spannungsfeld zwischen Kapitalerhaltungsgrundsatz und Trennungsprinzip einerseits und Treuepflicht andererseits, stellt sich umso drängender die Frage, ob die Treuepflicht im Einzelfall die Handlungen der Anteilseigner im Zusammenhang von Sanierungsmaßnahmen determiniert.

Dies ist *prima facie* im Lichte des Umstands, dass es im Kapitalgesellschaftsrecht weder eine explizite Vorschrift zu einer „angemessenen“ Mindestkapitalisierung oder Eigenkapitalquote noch eine allgemeine Nachschusspflicht für Anteilseigner, sondern im Gegenteil die grundlegende Freiheit zur Liquidation der Gesellschaft⁵³ gibt, durchaus nicht ohne Weiteres zu bejahen.

Auf der anderen Seite zeigen die vorstehenden Erwägungen unter II., dass die Treuepflicht selbst auf so grundlegende Prinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts wie den Dividendenanspruch und den Trennungsgrundsatz einwirkt, sodass auch im Sanierungsfall ein potentieller Einfluss der Treuepflicht zu erwarten wäre. Aus Sicht der sanierungswilligen Alt- oder Neugesellschafter stellt

⁵¹ Zum Beispiel OGH 12.10.2004, 1 Ob 240/03f; OGH 3 Ob 75/06k GesRZ 2006, 322; OGH 9 ObA 125/08k ZIK 2010, 77; OGH 8 Ob 104/11v ÖBA 2012, 401.

⁵² Dies andeutend *Bauer/Zehetner* in Straube, GmbHG § 82 Rz 45; *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 1 Rz 74.

⁵³ *P. Doralt/Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 47a AktG Rz 44; *Krejci*, Verweigerter Nachschuss und § 1043 ABGB, RdW 2011, 261 (262); siehe auch *Nentwig*, Durchsetzung von Sanierungsmaßnahmen in der GmbH, GmbHR 2012, 664 (665) unter Hinweis auf die „Girmes“-Entscheidung (s III.A.1.a)).

sich insbesondere die Frage, inwiefern Altgesellschafter Sanierungsbemühungen im Weg stehen dürfen und/oder – trotz unterlassener Mitwirkung bei der Sanierung, und somit ohne das Sanierungsrisiko zu schultern – von einer allenfalls geglückten Sanierung profitieren sollen.

Die Thematik wird von aktuellen Rechtsentwicklungen in Deutschland, aber auch von jüngster Judikatur in Österreich berührt, die im Folgenden kurz dargestellt werden.

A. Deutschland: Rechtsentwicklung

1. BGH-Judikatur

a) BGH 20.3.1995, II ZR 205/94 („Girmes“)

Der BGH sprach zum Aktienrecht aus, dass aufgrund der unter den Aktionären bestehenden Treuepflicht es dem einzelnen Aktionär nicht erlaubt sei, eine sinnvolle und mehrheitlich angestrebte Sanierung der Gesellschaft – einschließlich einer zum Sanierungskonzept gehörenden Kapitalherabsetzung – aus eigennützigen Gründen zu verhindern.

b) BGH 19.10.2009, II ZR 240/08 („Sanieren oder Ausscheiden“)

Zum Fall einer Publikums-KG sprach der BGH Folgendes aus: Beschließen die Gesellschafter einer zahlungsunfähigen und überschuldeten Publikums-KG mit der im Gesellschaftsvertrag für Änderungen des Vertrages vereinbarten Mehrheit die Gesellschaft in der Weise zu sanieren, dass (i) das Kapital „herabgesetzt“ und jedem Gesellschafter frei gestellt wird, eine neue Beitragspflicht einzugehen („Kapitalerhöhung“), und dass (ii) ein nicht sanierungswilliger Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden muss, so sind die nicht zahlungsbereiten Gesellschafter aus gesellschaftlicher Treuepflicht jedenfalls dann verpflichtet, diesem Gesellschafterbeschluss zuzustimmen, wenn sie infolge ihrer mit dem Ausscheiden verbundenen Pflicht, den auf sie entfallenden Auseinandersetzungsfehlbetrag zu leisten, finanziell nicht schlechter stehen, als sie im Falle der sofortigen Liquidation stünden.

c) BGH 25.1.2011, II ZR 122/09

In Abgrenzung der Entscheidung „Sanieren oder Ausscheiden“ sprach der BGH aus: Regelt der Gesellschaftsvertrag einer Publikumspersonengesellschaft, dass eine Kapitalerhöhung auch im Krisenfall nur einstimmig beschlossen werden kann und das Nichterreichen der Einstimmigkeit zur Folge hat, dass die zustimmenden Gesellschafter berechtigt sind, ihre Einlagen zu erhöhen, während die nicht zustimmenden Gesellschafter eine Verringerung ihres Beteiligungsverhältnisses hinzunehmen haben, so sind die zahlungsunwilligen Ge-

sellschafter nicht aus gesellschaftlicher Treuepflicht verpflichtet, einem Beschluss zuzustimmen, dass ein nicht sanierungswilliger Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet.

2. ESUG

Das deutsche ESUG (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen) durchbricht die Grenze zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht.

Nach dem ESUG kann der Insolvenzplan auch Anteilsinhaber und deren Rechte einbeziehen. Der Plan kann vorsehen, dass Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner umgewandelt werden (*debt-equity-swap*). Insbesondere kann der Plan eine Kapitalherabsetzung oder -erhöhung, die Leistung von Sacheinlagen, den Ausschluss von Bezugsrechten oder die Zahlung von Abfindungen an ausscheidende Anteilsinhaber vorsehen. Im Plan kann jede Regelung getroffen werden, die gesellschaftsrechtlich zulässig ist, insbesondere die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft oder die Übertragung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten (§ 225a dInsO).

Die Anteilsinhaber sind zwar am Verfahren beteiligt, können den Plan aber nicht verhindern (Obstruktionsverbot nach § 245 dInsO), weil ihre Zustimmung zu fingieren ist, wenn die Anteilsinhaber ua durch den Plan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne Plan stünden. Die Einhaltung dieses Grundsatzes ist vom Gericht zu überwachen und kann durch ein Rechtsmittel des Anteilsinhabers überprüft werden.

Beim *debt-equity-swap* sind Ansprüche der Gesellschaft wegen Überbewertung der einzubringenden Forderung gegen den Inferenten ausgeschlossen (§ 254 Abs 4 dInsO).⁵⁴

Das deutsche ESUG greift also tief ins Gesellschaftsrecht ein und ermöglicht die „legale Enteignung“ oder zumindest Verwässerung von Anteilseignern durch Mehrheitsentscheidung der Gläubiger („insolvenzrechtlicher Squeeze-out“) und wohl auch Zerschlagen von Vinkulierungen, Syndikatsverträgen etc. Im Ergebnis können die Altgesellschafter aus der Gesellschaft gedrängt werden. Umstritten ist, ob dies für alle Altgesellschafter gilt oder nur für jene, die sich nicht an den Sanierungsanstrengungen beteiligen.⁵⁵

⁵⁴ Kritisch dazu *Kanzler/Mader*, Sanierung um jeden Preis? – Schutz der Neugläubiger nach Durchführung eines insolvenzrechtlichen Debt-Equity-Swaps, GmbHR 2012, 992.

⁵⁵ Vgl. *Decher/Voland*, Kapitalschnitt und Bezugsrechtsausschluss im Insolvenzplan, ZIP 2013, 103 mwN; *Römermann*, Ein Jahr ESUG, GmbHR 2013, 337 (343 f) – jeweils mwN.

B. Österreich: OGH-Judikatur

a) OGH 16.11.2012, 6 Ob 47/11x⁵⁶

Zum GmbH-Recht sprach der OGH aus, dass die Nachschusspflicht oder ihre Erhöhung nicht durch nachträglichen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter eingeführt werden kann. Ihre Einführung oder Erhöhung setzt vielmehr einen einstimmigen Beschluss der Gesellschafter voraus, bildet sie doch einen Fall des § 50 Abs 4 GmbHG (Leistungsvermehrung).

Aus der Treuepflicht im Verhältnis der Gesellschafter untereinander und im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter kann auch in Notsituationen eine Pflicht eines Gesellschafters zu zusätzlichen finanziellen Leistungen nicht abgeleitet werden.

Das zwischen den Gesellschaftern bestehende vertragliche Schuldverhältnis mit dem dargestellten Inhalt lässt für die Anwendung des § 1043 ABGB (Verwendungsanspruch aus Aufopferung) in der Konstellation, dass die sanierenden Gesellschafter eine Beteiligung nicht sanierender Gesellschafter an der Sanierungslast anstreben, keinen Raum.

b) OGH 19.12.2012, 6 Ob 155/12f⁵⁷

Ebenfalls zum GmbH-Recht sprach der OGH aus, dass das gesetzliche Vorrecht der Gesellschafter auf Übernahme der neuen Stammeinlagen (Bezugsrecht) Bestandteil des allgemeinen Mitgliedschaftsrechtes ist. In ihm kommt der allgemeine Grundsatz der Bewahrung der Beteiligungsquoten der einzelnen Gesellschafter zum Ausdruck, der seine Grenzen in den überwiegenden Interessen der Gesellschaft findet. Der Sinn dieser Regel besteht darin, allen Gesellschaftern die Bewahrung ihrer bisherigen Beteiligungsquoten zu ermöglichen.

Eine Erhöhung des Stammkapitals ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Gesellschafter wirtschaftlich nicht in der Lage ist, die neuen Stammanteile zu übernehmen, oder dies nicht tun will. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter im Sinn eines Verbots ihrer willkürlichen Ungleichbehandlung, die sich bei einer redlichen und vernünftigen Beurteilung nicht rechtfertigen ließe, ist auch in einem solchen Fall gewahrt.

Der in Deutschland vertretenen Auffassung, ein angemessener Ausgabepreis sei nicht nur im Fall eines Bezugsrechtsausschlusses festzulegen, sondern auch dann, wenn sich die Gesellschafter über die Frage der Kapitalerhöhung nicht einig sind, schließt sich der OGH jedenfalls für einen Fall nicht an, in dem ein Bezugsrechtsausschluss nicht vorliegt, ein rechtsmissbräuchliches Motiv des

⁵⁶ RWZ 2013, 10 (*Wenger*) = GES 2013, 13 (*Fantur*) = JAP 2012/2013, 169 (*Rauter*) = GesRZ 2013, 153 (*Koppensteiner*).

⁵⁷ RWZ 2013, 76 (*Wenger*) = GesRZ 2013, 160 (*Ch. Nowotny*).

Mehrheitsgesellschafters (wie etwa ein langfristig geplanter Hinauswurf des Minderheitsgesellschafters) nicht feststeht, alle Gesellschafter auch wirtschaftlich in der Lage sind, bei der Kapitalerhöhung mitzuziehen, und letztlich eine Interessenabwägung eher gebietet, den Kapitalerhöhungsbeschluss bestehen zu lassen. Der in Deutschland vertretene Auffassung, dass sich im Fall fehlender Einigkeit über die Kapitalerhöhung bei einer Kapitalerhöhung ohne angemessenen Ausgabepreis ein „Erpressungspotenzial“ eröffne, weil die überstimmten Gesellschafter die ihnen drohenden Vermögensnachteile nur um den Preis einer entsprechenden Neuinvestition vermeiden könnten, folgt der OGH in der gegenständlichen Fallkonstellation nicht.⁵⁸

c) OGH 31.01.2013, 6 Ob 100/12t⁵⁹

Die Treuepflicht gebietet es einem Gesellschafter einer GmbH grundsätzlich nicht, die Interessen der Gesellschaft über seine eigenen zu stellen und – sofern nicht gesellschaftsvertragliche Bestimmungen entgegenstehen – immer schon dann gegen die Ausschüttung des Bilanzgewinnes zu stimmen, wenn die Thesaurierung für die Gesellschaft günstiger als die Ausschüttung ist. Für die Ausschüttung des Bilanzgewinnes zu stimmen, kann jedoch im jeweils zu prüfenden Einzelfall dann treuwidrig sein, wenn die Interessen der Gesellschaft an der Thesaurierung die Interessen des Gesellschafters an der Ausschüttung massiv überwiegen oder wenn der Gesellschafter vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 82 Abs 5 GmbHG weiß.

IV. Ausgewählte Sanierungsinstrumente im Licht der Treuepflicht

A. Kapitalschnitt

1. Allgemeines

In der Krise der Kapitalgesellschaft kann der auf den einzelnen Anteil entfallende anteilige Unternehmenswert unter dem Nennbetrag des Anteils liegen. In einem solchen Fall wird ein neuer Investor oft nur zu einem Einstieg in die Gesellschaft bereit sein, wenn der Nennbetrag der Anteile und somit auch der Ausgabebetrag neuer Anteile an den inneren Wert der Anteile angepasst werden.⁶⁰

⁵⁸ Die Finanzverwaltung hat zu dieser Frage eine deutlich kritischere Sicht. Vgl. *Daxkobler/Steindl*, Bezugsrechtsübertragung bei Kapitalerhöhung zum Nominale, RdW 2013, 104.

⁵⁹ RWZ 2013, 118 (*Wenger*).

⁶⁰ *Reich-Rohrwig*, GesRZ 2001, 69 (71, 73); *Winner*, Kapitalerhöhung zu Sanierungszwecken, in: *Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer*, Bewertung in

Das geeignete Instrument dazu ist die nominelle Kapitalherabsetzung. Diese lässt durch (rein) buchmäßige Sanierung die Verluste aus der Bilanz verschwinden, verringert das Nennkapital und ermöglicht die Ausgabe neuer Anteile zum wahren Wert; eine Rückzahlung von Einlagen erfolgt bei der vereinfachten Kapitalherabsetzung nicht, an der Vermögenslage der Gesellschaft ändert sich nichts.⁶¹

Wird die Kapitalherabsetzung – also die Reduzierung des auf die Altgesellschafter entfallenden Nennkapitals – mit einer effektiven Kapitalerhöhung aus Mitteln des „Retters in der Not“ kombiniert, spricht man von einem „Kapitalschnitt“.

Im Ergebnis werden die Altgesellschafter aus der Gesellschaft hinausgedrängt, und zwar im Extremfall – einer Kapitalherabsetzung auf Null – zur Gänze.⁶²

2. Kapitalschnitt und Treuepflicht

Aus der Treuepflicht lässt sich eine Pflicht, die Sanierung der Gesellschaft finanziell – dh durch Zuführung frischer Mittel – mitzutragen, nicht ableiten.⁶³ Eine solche Pflicht könnte sich allenfalls aus einer Vereinbarung unter den Gesellschaftern ergeben; diese Verpflichtung könnte etwa auch direkt gegenüber der Gesellschaft wirken, wenn es zB einen Syndikatsvertrag unter Beitritt der Gesellschaft selbst gibt.⁶⁴

Nach hA sind aber die Grundsätze der BGH-Entscheidung „Sanieren oder Ausscheiden“⁶⁵ grundsätzlich ins österreichische Kapitalgesellschaftsrecht übertragbar.⁶⁶

Der Anteilseigner darf daher Sanierungsmaßnahmen zur Vermeidung des Zusammenbruchs der Gesellschaft nicht im Wege stehen.⁶⁷ Derartige Sanierungsmaßnahmen, die aus Sicht der Gesellschaft geboten und aus Sicht der Ge-

volatilen Zeiten (2010) 129 (135 f); *Kittel/Pleyer*, Erleichterung „schwerer“ Aktien, GesRZ 2009, 334 (335).

⁶¹ *Bachner*, GesRZ 1998, 2.

⁶² *Reich-Rohrwig*, GesRZ 2001, 69 (71).

⁶³ OGH 6 Ob 47/11x GeS 2013, 13 (siehe oben III.B.a)); *Krejci*, RdW 2011, 261 (262); *Rüffler/Vonkilch*, Bereicherungsausgleich bei asymmetrischer Gesellschaftssanierung, *ecolex* 2011, Script 44, 1 (2); *Reich-Rohrwig*, GesRZ 2001, 69 (74); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 52 Rz 12, § 72 Rz 9; *P. Doralt/Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 47a Rz 44; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/142.

⁶⁴ *Winner* in Bertl et al 129 (133 f); vgl auch *Schmidt-Pachinger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 121 Rz 75.

⁶⁵ Siehe oben III.A.1.b).

⁶⁶ Vgl *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 153 Rz 138a; *Koppensteiner*, Anm zu OGH 6 Ob 43/11x, GesRZ 2013, 155 (156).

⁶⁷ *Winner* in Bertl et al 127 (132 f, 135); *Rauter*, Anm zu OGH 16.11.2012, 6 Ob 47/11x JAP 2012/2013, 169 (172); *Schmutzer*, Geld oder Ausschluss, *Der Standard* 2012/12/05.

sellschafter zumutbar sind,⁶⁸ sind grundsätzlich von Anteilseignern beschlussmäßig mitzutragen,⁶⁹ selbst wenn es zu einer Verwässerung der Gesellschafter kommt.⁷⁰ Dies gilt unter Umständen sogar dann, wenn *nicht zahlungsbereite* Anteilsinhaber auf Grundlage des beschlossenen Sanierungskonzepts zwar aus der Gesellschaft ausscheiden müssen, aber eine angemessene Abfindung erhalten.⁷¹ Angemessen ist die Abfindung dann, wenn der ausscheidende Gesellschafter nicht weniger erhält als bei sofortiger Liquidation der Gesellschaft.⁷² Erwachsen einem Gesellschafter aus dem Ausscheiden aber trotz angemessener Abfindung aufgrund der Umstände des Einzelfalls wesentliche Nachteile, kann die Treuepflicht im Einzelfall doch wieder zu einem anderen Ergebnis führen.⁷³ *Zahlungsbereiten* Anteilsinhabern ist grundsätzlich der Verbleib in der Gesellschaft zu ermöglichen, soweit es nicht eine sachliche Legitimation für den Ausschluss ihres Bezugsrechts gibt.⁷⁴

Für diese Sicht lässt auch die rezente OGH-Entscheidung 6 Ob 47/11x⁷⁵ ausreichend Raum: In dieser Entscheidung verteidigte der OGH den Grundsatz, dass von keinem Gesellschafter gegen seinen Willen eine finanzielle Leistung im Sinne des Einsatzes frischer Mittel verlangt werden dürfe. Dieses Prinzip gilt auch im Sanierungsfall und darf nach Ansicht des OGH auch nicht dadurch umgangen werden, dass im Fall einer erfolgreichen Sanierung im Wege des Bereicherungsrechts dem Anteilseigner, der nicht an der Sanierungslast teilgenommen hat, nachträglich ein unfreiwilliger Sanierungsbeitrag abverlangt wird.⁷⁶ Bei der Wahlmöglichkeit „Sanieren oder Ausscheiden“ wird dem nicht sanierungswilligen Gesellschafter aber keine Nachschusspflicht aufgedrängt, sondern er erhält die Möglichkeit, sich entweder gegen die Übernahme neuen Risikos an der Chance auf einen zukünftigen Sanierungserfolg zu beteiligen, oder aber ohne wirtschaftliche Schlechterstellung und ohne zusätzliche Leistungsverpflichtung auszuschcheiden.⁷⁷ Bei kurz bevorstehender Insolvenz der Gesell-

⁶⁸ Rüffler/Vonkilch, *ecolex* 2011, Script 44, 1 (2); Nentwig, *GmbHR* 2012, 664 (665, 669) – jeweils mwN.

⁶⁹ E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG*² § 145 Rz 71.

⁷⁰ Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG*² § 149 Rz 57.

⁷¹ Winner in Bertl et al 129 (136 f); Reich-Rohrwig, *GesRZ* 2001, 69 (73).

⁷² Vgl K. Schmidt, *Schöne neue Sanierungswelt: Die Gläubiger okkupieren die Burg!* ZIP 2012, 2085 (2086).

⁷³ P. Doralt /Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG*² § 47a Rz 44; Reich-Rohrwig, *GesRZ* 2001, 69 (76).

⁷⁴ Kalss, *Anlegerinteressen: Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt* (2001) 532.

⁷⁵ Siehe oben III.B.a).

⁷⁶ Zustimmend Wenger, *Anm zu OGH 6 Ob 47/11x RWZ* 2013, 10 (11); ablehnend Koppensteiner, *GesRZ* 2013, 156.

⁷⁷ So auch Krejci, *RdW* 2011, 261 (262 f).

schaft ist der Anteil an der Gesellschaft idR bereits fast vollständig entwertet, sodass ein Beibehalten der Gesellschafterstellung wohl gleich günstig bzw ungünstig ist wie ein Ausscheiden aus der Gesellschaft. In dieser Situation ist grundsätzlich von der Zumutbarkeit der Zustimmungspflicht für die Altgesellschafter auszugehen.⁷⁸ Der Verlust des Investments der Altgesellschafter liegt nämlich nicht im Kapitalschnitt, sondern in den bereits zuvor aufgehäuften Verlusten begründet. Wenn die Altgesellschafter das Sanierungskapital nicht aufbringen, sollen sie auch an einer möglichen positiven Entwicklung der Gesellschaft nicht mehr partizipieren.⁷⁹ Der Kapitalschnitt bildet die neue Risikoverteilung sachgerecht ab.

B. Debt-Equity-Swap

1. Allgemeines

Der *debt-equity-swap* bewirkt im Wege eines passivseitigen Tauschs die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital: Ein Gläubiger tauscht eine Forderung gegen eine Beteiligung und kann somit gesellschaftsrechtliche Mitspracherechte ausüben und – bei einer Gesellschaft in der Krise vorbehaltlich der geglückten Sanierung – an künftigen Gewinnen partizipieren. Ein *debt-equity-swap* ist aus Sicht des Gläubigers jedenfalls immer dann interessant, wenn der Wert, zu dem die Befriedigung der ursprünglichen Forderung zu erwarten ist, unterhalb des Werts der Beteiligung an der Schuldnerin liegt, die für die Wandlung der Forderung in Anteile erhältlich ist, wobei in diese Kalkulation der Sanierungsbeitrag des *debt-equity-swap* – der ja die Schuldenlast der Gesellschaft verringert – einzubeziehen ist.⁸⁰

Der *debt-equity-swap* kann – in ähnlicher Weise wie der Kapitalschnitt oder auch in Kombination mit einem solchen⁸¹ – ein Sanierungsinstrument sein, das die Altgesellschafter in die Verantwortung nimmt, weil er sie verwässert oder gänzlich aus der Gesellschaft drängt.

Im österreichischen Aktienrecht (§ 174 AktG) ist der *debt-equity-swap* (nur) in der Figur der Wandelschuldverschreibung institutionalisiert: Die Wandel-

⁷⁸ Nentwig, GmbHR 2012, 664 (666 f), auch zur Frage, ob auf diesem Weg sogar die Minderheit der Mehrheit einen Sanierungsbeschluss abverlangen könnte. Vgl auch Reich-Rohrwig, GesRZ 2001, 69 (76 Fn 71).

⁷⁹ Bachner, GesRZ 1998, 2 (6 f); vgl Kalss, Anlegerinteressen 531.

⁸⁰ Vgl Taufner/Herzer, Wandelschuldverschreibungen in der Emittenteninsolvenz, ÖBA 2012, 587 (588).

⁸¹ Vgl Kanzler/Mader, GmbHR 2012, 992. Im Fall der Einbringung von Sacheinlagen ist aber gemäß § 189 AktG die rückwirkende Gestaltung des „Kapitalschnitts“ ausgeschlossen: Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 189 Rz 3; H. Torggler/Ch. Herbst in FS Helbich 181 (197).

schuldverschreibung verbrieft eine verzinsliche Kreditforderung gegen eine Aktiengesellschaft. Der Gläubiger hat Recht, die Schuldverschreibung zu einem bestimmten Kurs in Aktien umzutauschen.⁸²

Außerhalb des Instituts der Wandelschuldverschreibung sind grundsätzlich drei Funktionsweisen für den *debt-equity-swap* denkbar:⁸³

1. Einbringung der Forderung als Sacheinlage gegen Anteilsgewähr (Kapitalerhöhung) („echter“ *debt-equity-swap*⁸⁴).
2. Forderungsverzicht des Gläubigers gegen Abtretung bestehender Anteile (Anteilsverschiebung) der Altgesellschafter („unechter“ *debt-equity-swap*⁸⁵).
3. Forderungsverzicht des Gläubigers gegen Auskehr eigener Anteile der Gesellschafter an den Gläubiger.

Erfolgt der *debt-equity-swap* im Wege der Kapitalerhöhung (Variante 1), sind die Regeln über die Sacheinlage einzuhalten.⁸⁶ Im Ergebnis bedeutet das nach hA, dass die eingebrachte Forderung höchstens mit dem Verkehrswert bewertet werden darf, der vor allem in der Krise der Gesellschaft, wenn die Forderung möglicherweise nicht mehr werthaltig ist, beträchtlich unter dem Nominalwert liegen kann.⁸⁷ Werden die Sacheinlagevorschriften nicht erfüllt oder umgangen, so trifft den Einleger die Differenzhaftung.⁸⁸

Diese Schwierigkeiten fallen in Variante 2 und Variante 3 weg, weil hier die Kapitalaufbringungsvorschriften nicht anwendbar sind,⁸⁹ sodass eine Bewertung der Forderung zum Nominale möglich ist. Auf Ebene der Gesellschaft wird der Forderungsverzicht gegen eine ungebundene Kapitalrücklage (§ 229 Abs 2 Z 5 UGB) gebucht.⁹⁰

⁸² Vgl etwa *Taufner/Herzer*, ÖBA 2012, 587.

⁸³ *Eckert*, Kapitalmaßnahmen in Sanierungsszenarien, in Konecny, Insolvenz-Forum 2011, 149 (162).

⁸⁴ *Wieneke/Hoffmann*, Der Erhalt der Börsennotierung beim echten und unechten Debt Equity Swap in der Insolvenz der börsennotierten AG, ZIP 2013, 697.

⁸⁵ *Wieneke/Hoffmann*, ZIP 2013, 697.

⁸⁶ Nachweise bei *Eckert* in Konecny 149 (155). Zur früher abweichenden österreichischen Praxis vgl *H. Torggler/Ch. Herbst* in FS Helbich 181 (185).

⁸⁷ *Winner* in Bertl et al 129 (142); kritisch *Schummer*, Umwandlung einer Forderung in Nennkapital zum Nennwert? in FS Jud (2012) 657; *F. Schuhmacher*, Forderungseinbringung gegen Eigenkapital bei der GmbH, in FS Aicher (2012) 729; *Eckert*, Kapitalerhöhung gegen Verrechnung von Gesellschafterforderungen, GesRZ 2011, 218.

⁸⁸ *Taufner*, Verdeckte Sacheinlagen: Fallstricke für die Beratungspraxis, ÖJZ 2011, 389; *H. Torggler/Ch. Herbst* in FS Helbich 181 (194 f).

⁸⁹ Zu Variante 2 *Wieneke/Hoffmann*, ZIP 2013, 697 (706); zu Variante 3 *Eckert* in Konecny 149 (162).

⁹⁰ *Hirschler/Reinold*, Die Bilanzierung von Sanierungsinstrumenten im UGB, ZUS 2012, 136 (141).

2. Debt-Equity-Swap und Treuepflicht

Zu den Einwirkungen der Treuepflicht beim *debt-equity-swap* kann im Wesentlichen auf die Überlegungen zum „Kapitalschnitt“ unter IV.A.2. verwiesen werden, die sinngemäß auch auf den *debt-equity-swap* anwendbar sind.

Freilich wird die vorhergehende Kapitalherabsetzung nicht bei jedem *debt-equity-swap* erforderlich sein. Immerhin müssen die Altgesellschafter aber jedenfalls eine Verwässerung in Kauf nehmen.

Nach der OGH-E 6 Ob 155/12f⁹¹ müssen sich die Altgesellschafter uU sogar gefallen lassen, dass bei der Kapitalerhöhung der Ausgabepreis ohne angemessenes Agio (Aufgeld) festgelegt wird.⁹² Allerdings wird ein *debt-equity-swap* im Wege der Kapitalerhöhung häufig mit einem Bezugsrechtsausschluss einhergehen, in welchem Fall auch nach Ansicht des OGH ein angemessener Ausgabepreis notwendig ist.

C. Scrip Dividend

1. Allgemeines

Der Begriff *scrip dividend* kann wohl am ehesten mit „Aktiendividende“ übersetzt werden. Wenn eine Kapitalgesellschaft eine *scrip dividend* ausschüttet, bedeutet das, dass die Anteilsinhaber an Stelle einer Bardividende zusätzliche Anteile („Gratisaktien“) erhalten, oder dass das auf die Anteile entfallende Nominale erhöht wird. Die *scrip dividend* ist also die „kleine Schwester“ des *debt-equity-swap*: eine Forderung, nämlich die Dividendenforderung des Anteilsinhabers – eigentlich eine Forderung auf Barabgeltung der Gewinnbeteiligung –, wird durch die Verteilung zusätzlichen Nennkapitals abgegolten.

Für die Kapitalgesellschaft ist die *scrip dividend* eine liquiditätsschonende Form der Ausschüttung; der an der *scrip dividend* teilnehmende Anteilsinhaber wird mit einer (entweder nur nominell oder sogar beteiligungsquotenmäßig) erhöhten Beteiligung an einer liquiditätsmäßig entlasteten Gesellschaft belohnt.

Es kann zwischen *mandatory scrip dividend* und *optional scrip dividend* unterschieden werden. Die *mandatory scrip dividend* betrifft unterschiedslos alle Anteilsinhaber und kann im österreichischen Recht durch eine Kapitalberichtigung nach dem KapBG („Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln“) bewerkstelligt werden. Bei der *optional scrip dividend* wird den Anteilsinhabern

⁹¹ Siehe oben III.B.b).

⁹² AA Wenger, RWZ 2013, 77; Reich-Rohrwig, GesRZ 2001, 69 (71 f); kritisch auch Ch. Nowotny, Anm zu OGH 6 Ob 155/12f, GesRZ 2013, 161.

die freie Wahlmöglichkeit zwischen Behebung der Dividende in bar und Teilnahme am *scrip dividend scheme* angeboten

2. Scrip Dividend im Wege der Kapitalberichtigung

Bei der Kapitalberichtigung werden offene Rücklagen und/oder der Gewinnvortrag in Nennkapital umgewandelt – es handelt sich also um eine Umschichtung innerhalb des Eigenkapitals. Da Nennkapital im Unterschied zu (ungebundenen) Rücklagen nicht gewinnerhöhend aufgelöst werden kann, wird das Ausschüttungspotential durch die Kapitalberichtigung reduziert.⁹³ Neu im Rahmen einer Kapitalberichtigung geschaffene Anteile stehen den Anteilsinhabern im Verhältnis ihrer bisherigen Anteile am Nennkapital zu; mit dem Eintritt der Kapitalerhöhung wachsen die Anteilsrechte den Anteilseignern automatisch im Verhältnis ihrer Beteiligungsquote zu. Es entstehen daher keine Ansprüche auf Zuteilung neuer Anteile im Sinne eines Bezugsrechts.

Die „Aktividende“ im Wege der Kapitalberichtigung hat zwei wesentliche Vorteile:

1. In die bestehenden Beteiligungsquoten wird nicht eingegriffen. Die Beteiligungen der Anteilsinhaber werden einheitlich im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung nominell angehoben. Dies erfolgt entweder durch gleichmäßige Ausgabe von „Gratisaktien“ oder – bei der AG mit Stückaktien und bei der GmbH – automatisch und ohne Ausgabe zusätzlicher Anteile, weil durch die Erhöhung des Nennkapitals aus Gesellschaftsmitteln der jeweilige Anteil ohne weiteres Zutun ein höheres anteiliges Nominale verkörpert.
2. Die Kapitalberichtigung reduziert den Bilanzgewinn, sodass es im Umfang dieser Reduktion gar nicht erst zu einer Dividendenausschüttung kommt. Der Erwerb von Anteilsrechten aufgrund einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ist von der Einkommensteuer befreit (§ 3 Abs 1 Z 29 EStG 1988) und damit im Ergebnis ertragssteuerneutral.⁹⁴

3. Kapitalberichtigung und Treuepflicht

Durch die Kapitalberichtigung werden die ausschüttbaren Mittel verringert; damit kann mittelbar in die Liquidität der Anteilsinhaber eingegriffen werden.

Nach hL kann aber aus der Treuepflicht eine Pflicht zur positiven Stimmabgabe bei der Beschlussfassung über eine Kapitalberichtigung folgen. Dies sei

⁹³ Eine Kapitalberichtigung durch Umwandlung gebundener Rücklagen – soweit für diese Zwecke verwendbar – in Nennkapital könnte eingesetzt werden, um in weiterer Folge das Nennkapital herabzusetzen. Eine direkte Auflösung gebundener Rücklagen ist ja unzulässig.

⁹⁴ M. Gruber, Unterbilanzhaftung bei der Kapitalberichtigung? GesRZ 2011, 290 (292).

beispielsweise dann denkbar, wenn Kreditgeber zur Gewährung und/oder Erhöhung dringend benötigter Kredite nur unter der Bedingung bereit sind, dass ein erhöhtes Vermögen dem Zugriff der Gesellschafter entzogen wird, indem umwandlungsfähige Rücklagen in Nennkapital umgewandelt werden.⁹⁵

4. Optional Scrip Dividend

a) Allgemeines

Eine freiwillige „Aktiendividende“ könnte grundsätzlich aus zwei Pools gespeist werden:

1. Entweder aus dem Bestand eigener Anteile, den die Gesellschaft hält. Die *optional scrip dividend* wäre dann gesellschaftsrechtlich als Sachdividende mit Ausschüttung eigener Anteile zu qualifizieren.⁹⁶
2. Oder aus einer Kapitalerhöhung. Die *optional scrip dividend* wäre dann gesellschaftsrechtlich als Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren zur Umsetzung einer Erhöhung des Grundkapitals zu betrachten.⁹⁷

Die beiden Varianten können grundsätzlich auch kombiniert werden. Nachstehend liegt der Fokus auf der Schütt-aus-hol-zurück-Variante.

b) Kapitalerhöhung im „Schütt-aus-hol-zurück“-Verfahren

Bei einer Schütt-aus-hol-zurück-Kapitalerhöhung wird zunächst eine Gewinnausschüttung aus dem Bilanzgewinn an die Anteilsinhaber beschlossen.

Zugleich mit der Gewinnausschüttung wird den Aktionären angeboten, ihre Dividenden(ansprüche) im Rahmen einer Kapitalerhöhung als Einlage in die Gesellschaft einzubringen. Die Dividende könnte zuerst ausgezahlt und dann wieder eingelegt werden; um dieses Hin-und-Her-Zahlen zu vermeiden, bietet sich aber eine Verrechnung von Dividendenanspruch und Einzahlungsanspruch an.

Die Dividende unterliegt grundsätzlich der KESt, sofern sie nicht als steuerliche Einlagenrückzahlung durchgeführt wird. Die KESt-Befreiung für Kapitalgesellschaften führt beim Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren zu einem Verwässerungsrisiko für natürliche Personen; dies bedeutet aber uE *per se* keine Aktionärsungleichbehandlung, weil subjektive Verhältnisse der einzelnen An-

⁹⁵ Etmayer/Lahnsteiner in Straube, GmbHG § 2 KapBG Rz 4; Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 2 KapBG Rz 6.

⁹⁶ Vgl E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 104 Rz 47.

⁹⁷ Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG II³ § 149 Rz 2; Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 150 Rz 26 und § 1 KapBG Rz 12; Schopper in Straube, GmbHG § 63 Rz 186; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 63 Rz 18c.

teilsinhaber wie etwa deren Besteuerung beim Gleichbehandlungsgebot nicht zu berücksichtigen sind.⁹⁸

Der Dividendenanspruch lautet grundsätzlich auf Zahlung in Geld. Sachdividenden sind grundsätzlich zulässig, dürfen aber dem einzelnen Aktionär – zumindest, wenn die Satzung keine entsprechende Ermächtigung vorsieht – nicht durch Mehrheitsbeschluss aufgedrängt werden, sondern sind nur mit Zustimmung des individuellen Anteilseigners zulässig,⁹⁹ wobei auch das Angebot zur Gewährung einer Sachdividende an Zahlungs Statt an jeden Aktionär zulässig ist.¹⁰⁰ Es wird auch vertreten, dass ein Anteilsinhaber eine Sachdividende jedenfalls in dem Umfang akzeptieren muss, in dem die Einstellung des Bilanzgewinns in eine Rücklage oder in den Gewinnvortrag legitim wäre (*argumentum a maiore ad minus*).¹⁰¹

Diese Prinzipien sind uE *mutatis mutandis* auf die Schütt-aus-hol-zurück-Kapitalerhöhung anzuwenden, sodass grundsätzlich dem einzelnen Aktionär ein Wahlrecht einzuräumen ist, ob er mit seiner Dividendenforderung an der Kapitalerhöhung teilnimmt oder nicht.

Nach der Rechtsprechung des BGH, die auch in der österreichischen Literatur rezipiert wurde,¹⁰² ist die Schütt-aus-hol-zurück-Kapitalerhöhung zwar grundsätzlich als Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage zu qualifizieren (weil kein neues Bargeld, sondern eine Forderung eingelegt wird¹⁰³); es können jedoch die privilegierenden Regelungen zur Kapitalberichtigung nach dem KapBG („Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln“) analog zur Anwendung gebracht werden. Nach dieser zustimmungswürdigen Ansicht bedarf es – anders als bei der klassischen Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage – keiner Sacheinlageprüfung, weil eine solche im KapBG nicht vorgesehen ist, und eine solche Prüfung bei analoger Anwendung des KapBG durch die Berichts-, Prüf- und Bestätigungspflichten gemäß diesem Gesetz substituiert werden kann.

⁹⁸ Vgl allgemein Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 2 GesAusG Rz 19 mwN; P. Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 47a Rz 10.

⁹⁹ Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 53 Rz 7; E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 104 Rz 47, 53; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/707; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 4/395; vgl auch K. Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 209 Rz 19 ff.

¹⁰⁰ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 132.

¹⁰¹ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 132; Bayer in MünchKomm AktG³ § 58 Rz 106 f.

¹⁰² Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 150 Rz 26; Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 150 Rz 32.

¹⁰³ Vgl auch Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 60 Rz 24: „Soweit die zukünftige Aufrechnung bereits im Zeitpunkt der Begründung der Leistungspflicht [der Aktionäre] (zB bei der Kapitalerhöhung) vereinbart wird, liegt eine [...] Sacheinlage vor. [...] Besteht die Forderung bereits vor der Kapitalerhöhung, so liegt jedenfalls eine Sacheinlage vor.“

Im Fall der Schütt-aus-hol-zurück-Kapitalerhöhung kommen die Mittel wirtschaftlich von der Gesellschaft selbst. Gesellschaftsrechtlich verstößt dies aber uE nicht gegen das Verbot der Zeichnung eigener Aktien (§ 51 AktG), weil die Mittel aus rechtlicher Sicht durch Aufrechnung mit den Dividendenforderungen der Aktionäre zur Verfügung gestellt werden, die sich bereits mit dem Dividendenbeschluss der Hauptversammlung rechtlich vom Vermögen der Gesellschaft ablösen. Praktischerweise wird ein Sperrvermerk über die für die Nominalzeichnung erforderlichen Gelder auf einem Konto der Gesellschaft errichtet und eine Bankbestätigung über den in der freien Verfügung des Vorstands der Gesellschaft stehenden Betrag ausfertigt.

5. Optional Scrip Dividend und Treuepflicht

Auch außerhalb der Krise der Kapitalgesellschaft ist die *optional scrip dividend* – die auch mit einer Bardividende kombiniert werden kann – ein sehr geeignetes Instrument, die Liquidität der Gesellschaft zu schonen und die Bindung der Anteilseigner an die Gesellschaft zu stärken.

Abhängig von der jeweiligen Anteilsinhaberstruktur kann die Konstruktion freilich einen gewissen wirtschaftlichen Druck erzeugt, für den Anteil und gegen die Bardividende zu optieren, weil die Entscheidung für die Bardividende mit dem Risiko der Verwässerung verbunden ist. Auch hier sind aber – jedenfalls bei der Gesellschaft in der Krise – die Erwägungen zur Treuepflicht anwendbar: Ein Anteilsinhaber, der keinen Beitrag zur Sanierung durch Liquiditätsschonung leistet, muss unter Umständen seine Verwässerung in Kauf nehmen. Dies muss umso eher gelten, wenn sogar die Einstellung des Bilanzgewinns in eine Rücklage oder in den Gewinnvortrag legitim wäre.

Entsprechend den Überlegungen zu den Auswirkungen der Treuepflicht auf den Dividendenanspruch (siehe oben II.C.2.a)) sollte es uE – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – bei der *optional scrip dividend* auch zulässig sein, im *scrip dividend scheme* vorzusehen, dass jene Dividenden, die gemäß dem Wahlrecht der Anteilsinhaber in bar auszuschütten sind, vorläufig gestundet werden und daher bis auf weiteres nicht behoben werden dürfen. Demgegenüber könnten die „Aktividenden“ trotzdem sofort verteilt werden, weil diese ja die Liquidität der Gesellschaft nicht beanspruchen.

V. Zusammenfassung

Zur Beurteilung der Einwirkung der Treuepflicht auf das Verhalten von Anteilseignern bei Maßnahmen zur Sanierung der Kapitalgesellschaft sind die Grundsätze der BGH-Entscheidung „Sanieren oder ausscheiden“ gut ins österreichische Kapitalgesellschaftsrecht übertragbar. Auch die jüngste OGH-Judikatur lässt sich mit diesen Grundsätzen vereinbaren.

