



H a f t u n g N E U
f ü r G e s c h ä f t s f ü h r e r , V o r s t ä n d e u n d
s o n s t i g e M a c h t h a b e r

Gliederung:

- I. Änderungen im Strafrecht
 - 1. Allgemeines
 - 2. Reform des Untreuetatbestandes (§ 153 StGB)
 - 3. Zusammenfassung der Bilanzdelikte im Strafgesetzbuch (StGB)
- II. Business Judgement Rule (BJR)
- III. Splitter aus dem Rechnungslegungsänderungsgesetz 2014 (RÄG 2014)
- IV. Exkurs: Verbot der Einlagenrückgewähr unter besonderer Berücksichtigung des Konzerns
 - 1. Allgemeines
 - 2. Umgründungen
 - 3. Cash-Pooling

I. Änderungen im Strafrecht

1. Allgemeines

Zentrale Punkte des Strafrechtsänderungsgesetzes 2015 sind die *Reform des Untreuetatbestandes des § 153 StGB* (siehe nachfolgenden Absatz 2.), die *Zusammenfassung der Bilanzdelikte im*

Strafgesetzbuch (siehe nachfolgenden Absatz 3.) sowie die Implementierung der "*Business-Judgement-Rule*" im Aktien- und GmbH-Gesetz (siehe nachfolgenden Abschnitt II.). Die geänderten Bestimmungen gelten ab 1.1.2016.

2. Reform des Untreuetatbestandes (§ 153 StGB)

Der § 153 StGB "neu" lautet nunmehr:

§ 153. (1) *Wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.*

(2) *Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.*

(3) *Wer durch die Tat einen 5.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 300.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.*

Die Tatbestandsmerkmale sind somit:

- **Wissentlicher Befugnismissbrauch:** Der Machthaber (zB Geschäftsführer, Vorstand, Prokurist, sonstiger Vollmachtnehmer) missbraucht wissentlich seine Befugnis über fremdes Vermögen (also jenes der Gesellschaft) zu verfügen. Ein solcher Missbrauch liegt vor, wenn der Machthaber "unvertretbar" handelt, wenn er also außerhalb des Bereichs des vernünftigerweise Argumentierbaren handelt. Diese Regeln können entweder sein:

- konkrete Anordnungen bzw. Weisungen (zB Weisung durch Gesellschafterbeschluss) oder (mangels solcher konkreter Regeln)
 - die Grundsätze der Business Judgement Rule (siehe nachfolgenden Punkt II).
- Weitere Voraussetzung für die Strafbarkeit ist, dass durch den wissentlichen Befugnismissbrauch ein **Vermögensschaden** des wirtschaftlich Berechtigten (das ist im Falle der Gesellschaft der dahinterstehende Gesellschafter) herbeigeführt wird.

Die Novellierung des Untreuetatbestandes ist ua eine Reaktion des Gesetzgebers auf das "*Libro-Urteil*" des OGH. Damals wurde judiziert, dass der Vorstand auch dann strafbar ist, wenn er zwar mit Zustimmung der Aktionäre, jedoch gegen die Bilanzvorschriften Vermögen der Gesellschaft an die Aktionäre ausschüttet. Begründet wurde die Strafbarkeit mit dem Umstand, dass dadurch die Gläubiger der Gesellschaft geschädigt werden.

Die Novelle stellt nunmehr einzig und allein auf den Vermögensschutz des **wirtschaftlich Berechtigten** ab. Im Falle von Gesellschaften bedeutet dies Folgendes: Von einem strafrechtlichen Missbrauch kann nur gesprochen werden, wenn die Rechts-handlung des Machthabers (Vorstand bzw. Geschäftsführer, aber auch Handlungsbevollmächtigter und Prokurist) tatsächlich dazu führt, dass ein oder mehrere Gesellschafter einen "mittelbaren" Schaden erleiden. Gläubiger des Machtgebers (Machtgeber ist die Gesellschaft) sind durch den Untreuetatbestand des § 153 StGB nicht geschützt. Wohl aber dienen die *Krida-Tatbestände* weiterhin dem Schutz der Gläubiger.¹

¹ §§ 156 ff StGB. **Betrügerische Krida:** Wer durch (rechtswidrige) Verringerung seines Vermögens im weitesten Sinn die Befriedigung seiner Gläubiger vereitelt oder schmälert, ist strafbar (§ 156 StGB). **Begünstigung eines Gläubigers:** Wer nach Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit einen Gläubiger begünstigt und dadurch andere Gläubiger benachteiligt, ist strafbar (§ 158 StGB). **Grob fahrlässige Beeinträch-**

Auswirkungen der Novelle im **Konzern**:

- Die **Libro-Entscheidung** wird sich in dieser Form **nicht** wiederholen.
- Einlagenrückgewähr (siehe nachfolgenden Punkt IV): Wenn **alle** Gesellschafter einer Ausschüttung oder sonstigen Vermögensauskehr, die eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt, zustimmen, ist der Untreuetatbestand nicht erfüllt (aber Achtung: allenfalls Kridadelikte, *siehe Fußnote 1*). Ob eine **mehrheitliche** Zustimmung durch die Gesellschafter genügt, ist ungewiss und wird von der künftigen Rechtsprechung abhängen. Der strafrechtliche Untreuetatbestand ist jedoch jedenfalls erfüllt, wenn die Vorteile aus der verbotenen Einlagenrückgewähr den Gesellschaftern nicht im Verhältnis ihrer Anteile zufließen oder überhaupt nur ein Teil der Gesellschafter von der Einlagenrückgewähr profitiert!

3. Zusammenfassung der Bilanzdelikte im Strafgesetzbuch (StGB)

Bis 31.12.2015 waren die Bilanzdelikte in Einzelgesetzen geregelt (zB § 122 GmbHG, § 255 AktG, § 18 SpaltG etc.). Mit Wirksamkeit ab 1.1.2016 sind die Bilanzdelikte nunmehr in den §§ 163a bis 163d StGB verankert. Dabei handelt es sich um folgende Tatbestände:

tigung von Gläubigerinteressen: Grob fahrlässige Herbeiführung seiner Zahlungsunfähigkeit durch kridaträchtige Handlungen. Kridaträchtig handelt, wer entgegen Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens insbesondere einen bedeutenden Bestandteil seines Vermögens verschleudert oder verschenkt, beschädigt etc., durch ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft, Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge ausgibt, mit seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand treibt, die Erstellung von Jahresabschlüssen unterlässt etc. (§ 159 StGB).

a) Unvertretbare Darstellung wesentlicher Informationen über bestimmte Verbände

Die Strafbarkeit gemäß § 163a StGB² ist gegeben, wenn die nachfolgenden drei Tatbestandsmerkmale **kumulativ** erfüllt sind:

- Ein Entscheidungsträger (insbesondere Geschäftsführer, Vorstand oder sonst als von einem Entscheidungsträger mit der Informationsdarstellung Beauftragter) stellt eine die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage der Gesellschaft betreffende oder für die Beurteilung der künftigen Entwicklung der Vermögens-, Finanz-, oder Ertragslage bedeutsame **wesentliche Information** einschließlich solcher Umstände, die die Beziehung des Verbandes (= Gesellschaft) zu mit ihm verbundenen Unternehmen betreffen, in unvertretbarer Weise

² § 163a StGB lautet:

§ 163a. (1) Wer als Entscheidungsträger (§ 2 Abs. 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz - VbVG, BGBl. I Nr. 151/2005) eines in § 163c angeführten Verbandes oder sonst als von einem Entscheidungsträger mit der Informationsdarstellung Beauftragter in

1. einem Jahres- oder Konzernabschluss, einem Lage- oder Konzernlagebericht oder einem anderen an die Öffentlichkeit, an die Gesellschafter oder die Mitglieder, an ein aufsichtsberechtigtes Organ oder dessen Vorsitzenden gerichteten Bericht,
2. einer öffentlichen Aufforderung zur Beteiligung an dem Verband,
3. einem Vortrag oder einer Auskunft in der Haupt-, General- oder Mitgliederversammlung oder sonst einer Versammlung der Gesellschafter oder Mitglieder des Verbandes,
4. Aufklärungen und Nachweisen (§ 272 Abs. 2 UGB) oder sonstigen Auskünften, die einem Prüfer (§ 163b Abs. 1) zu geben sind, oder
5. einer Anmeldung zum Firmenbuch, die die Leistung von Einlagen auf das Gesellschaftskapital betrifft,

eine die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Verbandes betreffende oder für die Beurteilung der künftigen Entwicklung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage bedeutsame wesentliche Information (§ 189a Z 10 Unternehmensgesetzbuch - UGB, dRGBL. S. 219/1897), einschließlich solcher Umstände, die die Beziehung des Verbandes zu mit ihm verbundenen Unternehmen betreffen, in unvertretbarer Weise falsch oder unvollständig darstellt, ist, wenn dies geeignet ist, einen erheblichen Schaden für den Verband, dessen Gesellschafter, Mitglieder oder Gläubiger oder für Anleger herbeizuführen, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer als Entscheidungsträger einen Sonderbericht nicht erstattet, der angesichts der drohenden Gefährdung der Liquidität des Verbandes gesetzlich geboten ist.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren ist zu bestrafen, wer die Tat nach Abs. 1 oder 2 in Bezug auf einen Verband begeht, dessen übertragbare Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Sinn des Art. 4 Abs. 1 Nr. 21 der Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. Nr. L 173 vom 12. 6. 2014 S. 349, zugelassen sind.

(4) Wegen Beteiligung (§§ 12, 14) ist nicht zu bestrafen, wer schon nach § 163b mit Strafe bedroht ist.

falsch oder unvollständig dar (zB Missachtung des Vorsichtsprinzips).

- Diese Darstellung muss in einem Medium bzw. Bericht gemäß § 163a Abs 1 Z 1 - 5 StGB erfolgen (insbesondere Jahres- oder Konzernabschluss, Lage- oder Konzernlagebericht, Auskünfte in der Haupt- oder Generalversammlung, Auskünfte gegenüber einem Prüfer, Anmeldung zum Firmenbuch bezüglich der Leistung von Einlagen auf das Gesellschaftskapital etc.).
- Diese Darstellung muss geeignet sein, einen **erheblichen Schaden** für die Gesellschaft, dessen Gesellschafter, Mitglieder oder Gläubiger oder für Anleger herbeizuführen.

Ebenso strafbar ist, wer als Entscheidungsträger einen Sonderbericht nicht erstattet, der angesichts der drohenden Gefährdung der Liquidität der Gesellschaft gesetzlich geboten ist (zB Verlust der Hälfte des Stammkapitals: § 36 Abs 2 GmbHG).

b) Unvertretbare Berichte von Prüfern bestimmter Verbände

Dieser Straftatbestand des § 163 b StGB³ richtet sich an Prüfer und pönalisiert von ihnen erstattete **unvertretbare Berichte**.

³ Der § 163b StGB lautet:

§ 163b. (1) Wer als Abschlussprüfer, Gründungsprüfer, Sonderprüfer, Verschmelzungsprüfer, Spaltungsprüfer, Revisor, Stiftungsprüfer, Mitglied der Prüfungskommission (§ 40 ORF-Gesetz, BGBl. Nr. 379/1984) oder sonst als aufgrund verbandsrechtlicher Bestimmungen bestellter Prüfer mit vergleichbaren Funktionen eines in § 163c angeführten Verbandes in

1. seinem Prüfungsbericht oder
2. einem Vortrag oder einer Auskunft in der Haupt-, General- oder Mitgliederversammlung oder sonst einer Versammlung der Gesellschafter oder Mitglieder des Verbandes

in unvertretbarer Weise wesentliche Informationen (§ 163a Abs. 1) falsch oder unvollständig darstellt oder verschweigt, dass der Jahres- oder Konzernabschluss, der Lage- oder Konzernlagebericht oder sonst der geprüfte Abschluss, Vertrag oder Bericht wesentliche Informationen (§ 163a Abs. 1) in unvertretbarer Weise falsch oder unvollständig darstellt, ist, wenn dies geeignet ist, einen erheblichen Schaden für den Verband, dessen Gesellschafter, Mitglieder oder Gläubiger oder für Anleger herbeizuführen, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer als Prüfer (Abs. 1)

c) Verbände

In § 163c StGB⁴ sind die Verbände aufgezählt. Dazu gehören insbesondere Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften, Europäische Gesellschaften, Privatstiften etc.

d) Tätige Reue

Wer von einem strafbaren Sachverhalt **rechtzeitig zurücktritt**, indem er die falschen Angaben richtigstellt oder die fehlenden Angaben nachträgt, ist straffrei ("**tätige Reue**"). Dies ist im § 163d StGB⁵ geregelt.

-
1. *in unvertretbarer Weise einen inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerk erteilt, wenn dies geeignet ist, einen erheblichen Schaden für den Verband, dessen Gesellschafter, Mitglieder oder Gläubiger oder für Anleger herbeizuführen, oder*
 2. *einen Bericht nicht erstattet, der angesichts der drohenden Bestandsgefährdung des Verbandes gesetzlich geboten ist.*
 - (3) *Nach Abs. 2 Z 1 ist nicht zu bestrafen, wer schon wegen der falschen oder unvollständigen Darstellung nach Abs. 1 mit Strafe bedroht ist. Nach Abs. 1 ist nicht zu bestrafen, wer schon wegen der Nichterstattung des Berichtes nach Abs. 2 Z 2 mit Strafe bedroht ist.*
 - (4) *Wer eine Tat nach Abs. 1 oder 2 als Prüfer eines in § 163a Abs. 3 angeführten Verbandes begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.*
 - (5) *Wegen Beteiligung (§§ 12, 14) ist nicht zu bestrafen, wer schon nach § 163a mit Strafe bedroht ist.*

⁴ § 163c StGB lautet:

§ 163c. Die §§ 163a und 163b sind auf folgende Verbände anzuwenden:

1. *Gesellschaften mit beschränkter Haftung,*
2. *Aktiengesellschaften,*
3. *Europäische Gesellschaften (SE),*
4. *Genossenschaften,*
5. *Europäische Genossenschaften (SCE),*
6. *Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit,*
7. *große Vereine im Sinne des § 22 Abs. 2 des Vereinsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 66/2002,*
8. *offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften im Sinne des § 189 Abs. 1 Z 2 lit. a UGB,*
9. *Sparkassen,*
10. *Privatstiftungen,*
11. *die Stiftung nach dem ORF-Gesetz und*
12. *den in Z 1 bis 11 genannten Verbänden vergleichbare ausländische Verbände, deren übertragbare Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt im Inland zugelassen sind oder die im Hinblick auf eine Zweigniederlassung im Inland im Firmenbuch eingetragen sind (§ 12 UGB).*

⁵ § 163d StGB lautet:

§ 163d. (1) *Nach § 163a ist nicht zu bestrafen, wer freiwillig die falschen Angaben richtig stellt oder die fehlenden Angaben nachträgt,*

II. Business Judgement Rule (BJR)

Gemeinsam mit den dargestellten strafrechtlichen Änderungen hat der Gesetzgeber in Österreich die **Business Judgement Rule (BJR)** eingeführt (§ 25 Abs 1a GmbHG, § 84 Abs 1a AktG).

§ 25 Abs 1a GmbHG lautet wie folgt:⁶

(1a) Ein Geschäftsführer handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Damit die BJR erfüllt ist, müssen also bei der Vorbereitung unternehmerischer Entscheidungen 3 Voraussetzungen **kumulativ** gegeben sein:

- Die Entscheidung erfolgt auf der Grundlage **angemessener Information** (Erarbeitung von Entscheidungsgrundlagen, gegebenenfalls auch durch Beiziehung von Fachleuten).
- Das Entscheidungsorgan darf sich **nicht** von **sachfremden Interessen** leiten lassen (also keine subjektiven Interessen und auch nicht die Interessen anderer verfolgen; maßgeblich sind nur die Interessen der Gesellschaft).

1. im Fall eines Berichts an ein aufsichtsberechtigtes Organ (Abs. 1 Z 1), bevor die Sitzung des Organs beendet ist,
2. in den Fällen des Abs. 1 Z 2, bevor sich jemand an dem Verband beteiligt hat,
3. in den Fällen des Abs. 1 Z 3, bevor die Haupt-, General- oder Mitgliederversammlung oder sonst die Versammlung der Gesellschafter oder Mitglieder des Verbandes beendet ist,
4. in den Fällen des Abs. 1 Z 4, bevor der betreffende Prüfer seinen Bericht vorgelegt hat, sowie
5. in den Fällen des Abs. 1 Z 5, bevor die Eintragung im Firmenbuch angeordnet worden ist.

(2) Nach § 163b Abs. 1 Z 2 ist nicht zu bestrafen, wer freiwillig die verschwiegenen Angaben nachträgt, bevor die Haupt-, General- oder Mitgliederversammlung oder sonst die Versammlung der Gesellschafter oder Mitglieder des Verbandes beendet ist.

⁶ § 84 Abs 1a AktG bestimmt sinngemäß dasselbe.

- Der Entscheidungsträger darf auf der vorgenannten Basis annehmen, zum **Wohle der Gesellschaft** zu handeln.

Praxistipp: Die Informationen und Grundlagen, auf Grund welchen die Entscheidung getroffen wird, sowie die Begründung, warum die Entscheidung dem Wohl der Gesellschaft entspricht, sollten dokumentiert werden. Im Moment der Entscheidung sind dem betreffenden Organ die einzelnen Umstände klar und bewusst. Wenn es hingegen - mitunter nach Jahren - darum geht zu beweisen, dass die BJR eingehalten wurde, ist es sehr vorteilhaft, wenn das Organ auf eine **klare Entscheidungsdocumentation** zurückgreifen kann. In der Zwischenzeit gehen wichtige Details in der Erinnerung verloren. Weiters ist wichtig, dass auf die Entscheidungsgrundlagen im Streitfall **sicher zurückgegriffen** werden kann (also nicht nur elektronische Speicherung in der Firma, sondern auch zu Hause und/oder auch in Papierform).

Wenn im Streitfall bewiesen werden kann, dass die BJR eingehalten wurde, ist sowohl die strafrechtliche wie auch die zivilrechtliche Haftung ausgeschlossen. Ist die BJR nicht eingehalten, heißt dies noch nicht unbedingt, dass dann eine strafrechtliche und/oder zivilrechtliche Haftung gegeben ist (siehe das Wort "jedenfalls" im § 25 Abs 1a GmbHG).

III. Splitter aus dem Rechnungslegungsänderungsgesetz 2014 (RÄG 2014)

- Personengesellschaften, die nur Kapitalgesellschaften als Gesellschafter haben ("**kapitalistische Personengesellschaft**"), sind auch ohne unternehmerische Tätigkeit rechnungslegungspflichtig (§ 189 Abs 1 Z 2 UGB).

- Es wurde die zusätzliche Kategorie der "**Kleinstkapitalgesellschaft**" eingeführt (mit den Schwellenwerten EUR 700.000,-- Umsatzerlöse, 10 Dienstnehmer, EUR 350.000,-- Bilanzsumme), welche keinen Anhang, wohl aber im Falle der Rechtsform "AG" immer einen Lagebericht aufstellen muss (Erleichterung für zahlreiche Projekt-GmbH's) (§ 221 Abs 1a iVm § 242 Abs 1 UGB).

- Nach Umgründungen sind künftig die erschwerten bzw. erleichterten Regeln auf Grund der gesunkenen oder gestiegenen Kennzahlen nach der Größenänderung sofort, also **ohne Pufferjahr**, anzuwenden (§ 221 Abs 4 Satz 2 UGB).

- **Aus Umgründungen aktivierte Firmenwerte** und **stille Reserven** sind weiterhin ausschüttungsgesperrt, jedoch nur mehr ausdrücklich mit der Maßgabe, dass sich die gesperrten Beträge um die Abschreibungen vermindern (§ 235 Abs 1 UGB).

- Die **GuV** wird teilweise anders gegliedert (§ 231 UGB).

- **Erleichterungen bei der Offenlegung** im Firmenbuch ab 20.7.2015:
 - Kleinstkapitalgesellschaften müssen bei verspäteter Bilanzoffenlegung nur mit der halben Zwangsstrafe, somit in der Regel mit EUR 350,-- (statt EUR 700,--) rechnen (§ 283 Abs 1 UGB). Weiters ist für alle Gesellschaften ein gänzlicher Nachlass bei erheblicher Härte unter der Voraussetzung eines nur geringen Verschuldens möglich (§ 283 Abs 2 UGB).
 - Der Ergebnisverwendungsvorschlag ist nunmehr im Anhang anzugeben. Es entfällt somit das Erfordernis der Einreichung beim Firmenbuchgericht (§ 277 Abs 1 UGB).

IV. Exkurs: Verbot der Einlagenrückgewähr unter besonderer Berücksichtigung des Konzerns

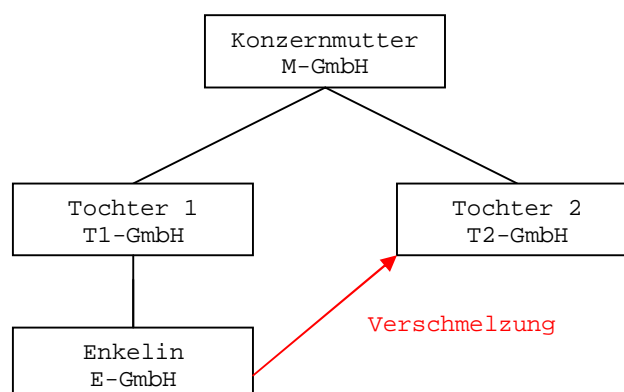
1. Allgemeines

Kapitalgesellschaften (GmbH, AG) dürfen - ohne Einhaltung der förmlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften - nur den **Bilanzgewinn** an die Gesellschafter ausschütten (§ 82 GmbHG, § 52 AktG). Die Einlagen dürfen nach den vorgenannten Gesetzesbestimmungen nicht zurückgewährt werden (**Verbot der Einlagenrückgewähr**). Im Konzern ist dies insbesondere im Zusammenhang mit **Umgründungen** (siehe nachfolgenden Absatz 2.) und mit dem **Cash-Pooling** (siehe nachfolgenden Absatz 3.) zu beachten.

2. Umgründungen

Im Falle von Umgründungen im Konzern kann es leicht zum Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr kommen.

Beispiel:



Die Konzern-Enkelin (E-GmbH) wird ohne Gewähr von neuen Anteilen mit ihrer "Konzern-Tante" (T2-GmbH) verschmolzen.

Während sich im Vermögen der Konzernmutter nichts ändert, erleidet die Mutter der übertragenden Gesellschaft (T1-GmbH) einen Vermögensabfluss in Höhe des Wertes ihrer Tochter (E-GmbH)). Dies ist **unzulässig**. Der Vorgang wird durch entsprechende *flankierende Maßnahmen* zulässig. Eine solche Maßnahme ist insbesondere eine *Sachausschüttung* der den Vermögensabfluss erleidenden Gesellschaft (T1-GmbH) in Höhe des Verkehrswertes ihrer Tochter (E-GmbH)). Eine andere Möglichkeit besteht darin, der Mutter der übertragenden Gesellschaft wertäquivalente Gesellschaftsanteile an der übernehmenden Gesellschaft zu gewähren. Schließlich kann der Vermögensabfluss auch durch einen entsprechenden Zuschuss durch die Konzernmutter an ihre Tochter (T1-GmbH) ausgeglichen werden.

3. Cash-Pooling

Unter **Cash-Pooling** versteht man eine Vereinbarung zwischen den Konzerngesellschaften, dass die Konten der beteiligten Gesellschaften täglich ausgeglichen werden. Im Ergebnis führt dies dazu, dass Konzerngesellschaften mit einem positiven Tagesaldo auf ihren Konten Geld an jene Gesellschaften leisten, deren Konten einen negativen Tagessaldo aufweisen. Im Gegenzug erhalten sie einen **vertraglichen Rückersatzanspruch (Kreditforderung)**. Liquiditätsdefizite bei einer Gesellschaft können kostengünstiger durch Liquiditätsüberschüsse bei anderen Gesellschaften ausgeglichen werden. Die Gefahren im Zusammenhang mit dem Mittelabfluss bei Gesellschaften mit positiven Kontosalen sind:

- **Zinsverlust** (wenn keine angemessene Verzinsung erfolgt, siehe unten).
- **Insolvenz** der Gesellschaft, welcher Mittel zugeführt wurden (Kreditschuldnerin); in diesem Fall ist der Rückzahlungsanspruch wertlos.

Damit eine Cash-Pooling-Vereinbarung nicht gegen das Einlagenrückgewährverbot verstößt, muss in der Vereinbarung vorgesehen sein, dass die **Zinsnachteile** und das **Ausfallsrisiko** angemessen ausgeglichen werden:

- **Verzinsung:** Die Verzinsung muss zu marktüblichen Bedingungen erfolgen. Im Hinblick auf das mit dem Cash-Pooling verbundene **Klumpenrisiko** wird der Zinssatz deutlich über jenem von Kreditinstituten liegen müssen (statt vieler: *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 17 b*).

- Das **Ausfallsrisiko** ist dadurch zu beheben, dass von der Konzernmutter oder von den Pool-Gesellschaften mit negativen Kontosalen entsprechende **Sicherheiten** geleistet werden.

Dornbirn, 8. Februar 2016