

# Bilanzrecht

Konzernabschluss Kommentar

von  
Klaus Hirschler

1. Auflage 2013

[Bilanzrecht – Hirschler](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Linde Verlag Wien 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](#)

ISBN 978 3 7073 1905 7



**Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen  
(Unternehmensgesetzbuch – UGB)**  
**dRGBI 1897 S 219 idF zuletzt BGBl I 2012/35**

**Drittes Buch**  
**Rechnungslegung**

[...]

**Dritter Abschnitt**  
**Konzernabschluß und Konzernlagebericht**

**Erster Titel**  
**Anwendungsbereich**

**§ 244**

**Pflicht zur Aufstellung**

**(1) Stehen Unternehmen unter der einheitlichen Leitung einer Kapitalgesellschaft (Mutterunternehmen) mit Sitz im Inland und gehört dem Mutterunternehmen eine Beteiligung gemäß § 228 an dem oder den anderen unter der einheitlichen Leitung stehenden Unternehmen (Tochterunternehmen), so haben die gesetzlichen Vertreter des Mutterunternehmens einen Konzernabschluß und einen Konzernlagebericht aufzustellen sowie dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung (Generalversammlung) des Mutterunternehmens innerhalb der für die Vorlage des Jahresabschlusses geltenden Fristen vorzulegen. Der Konzernabschluß und der Konzernlagebericht sind von sämtlichen gesetzlichen Vertretern zu unterzeichnen und der Hauptversammlung zusammen mit dem Jahresabschluß des Mutterunternehmens vorzulegen.**

**(2) Eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland ist stets zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichtes verpflichtet (Mutterunternehmen), wenn ihr bei einem Unternehmen (Tochterunternehmen)**

- 1. die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht,**
- 2. das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen, und sie gleichzeitig Gesellschafter ist oder**
- 3. das Recht zusteht, einen beherrschenden Einfluß auszuüben, oder**
- 4. auf Grund eines Vertrages mit einem oder mehreren Gesellschaftern des Tochterunternehmens das Recht zur Entscheidung zusteht, wie Stimmrechte der Gesellschafter, soweit sie mit ihren eigenen Stimmrechten zur Erreichung der Mehrheit aller Stimmen erforderlich sind, bei Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder eines Aufsichtsorgans auszuüben sind.**

## § 244

Schiebel/Schlägel

**(3) Ist bei einer unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaft kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so unterliegt die Personengesellschaft hinsichtlich der in den §§ 244 bis 267 geregelten Tatbestände den der Rechtsform ihres unbeschränkt haftenden Gesellschafters entsprechenden Rechtsvorschriften; ist dieser keine Kapitalgesellschaft, so gelten die Vorschriften für Gesellschaften mit beschränkter Haftung.**

**(4) Als Rechte, die einem Mutterunternehmen zustehen, gelten auch die einem Tochterunternehmen zustehenden Rechte und die für Rechnung des Mutterunternehmens oder der Tochterunternehmen anderer Personen zustehenden Rechte. Abzuziehen sind die Rechte, die**

- 1. mit Anteilen verbunden sind, die von dem Mutterunternehmen oder vom Tochterunternehmen für Rechnung einer anderen Person gehalten werden, oder**
- 2. mit Anteilen verbunden sind, die als Sicherheit gehalten werden, sofern diese Rechte nach Weisung des Sicherungsgebers oder in dessen Interesse auszuüben sind.**

**(5) Bei Ermittlung der Mehrheit der Stimmrechte sind von der Zahl aller Stimmrechte die Stimmrechte aus eigenen Anteilen abzuziehen, die dem Tochterunternehmen selbst, einem seiner Tochterunternehmen oder einer anderen Person für Rechnung dieser Unternehmen gehören.**

**(6) Beteiligungen im Sinn des Abs. 1 müssen bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften den fünften Teil des Nennkapitals erreichen.**

**(7) Bei Meinungsverschiedenheiten über das Vorliegen einer Verpflichtung zur Aufstellung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts entscheidet der für den Sitz des Unternehmens zuständige, zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelssachen berufene Gerichtshof erster Instanz im Verfahren außer Streitsachen. Vom Mutter- als auch vom Tochterunternehmen sind antragsberechtigt: jedes Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied, der Abschlußprüfer und eine Minderheit, deren Anteile den zwanzigsten Teil des Nennkapitals oder den anteiligen Betrag von 700 000 Euro erreichen. Diese Regelung gilt sinngemäß für unternehmerisch tätige eingetragene Personengesellschaften.**

[BGBI I 2009/71]

### Literatur

Gross, Teilkonzerabschlüsse als Mittel des Minderheitenschutzes, WPg 1976, 214; Kastner, Syndikatsverträge in der österreichischen Praxis, ÖZW 1980, 1; Kirchner, Konzernrechnungslegung in Europa, AG 1981, 325; Koppensteiner, Zum Gewinnabführungsvertrag der GmbH, RdW 1985, 170; Nowotny, Wechselseitige Beteiligungen, RdW 1986, 303; Tillmann, Umwandlung auf doppelstöckige GmbH & Co KG, DB 1986, 1319; v. Wysocki, Konzernabschluss: Aufstellungs- und Einbeziehungspflichten nach neuem Recht, WPg 1987, 277; Platzer, Der Entwurf zum Rechnungslegungsgesetz 1989, SWK 1988, DK 31; Schildbach, Überlegungen zu Grundlagen einer Konzernrechnungslegung II, WPg 1989, 199; Gassner, Organschaft und Konzernbesteuerung, SWK 1990, A I 187; Steiner, Das neue Rechnungslegungsgesetz im Überblick – 3. Teil: Die neuen Konzernrechnungslegungsvorschriften, ecolex 1990, 749; Scholtissek, Die künftige Konzernrech-



nungslegung in Österreich, RIW 1991, 228; *Zöllner*, Zu Schranken und Wirkung von Stimmrechtsbindungsverträgen, insbesondere bei der GmbH, ZHR 1991, 168; *G. Tichy*, Der Konzernabschluss als Ausschüttungs- und Besteuerungsinstrument, RWZ 1994, 34; *Weilinger*, Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses (1997); *Von Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens*, Konzernabschlüsse – Rechnungslegung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen sowie nach Vorschriften des HGB und der IAS/IFRS<sup>7</sup> (2003); *Artmann*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft (2004); *Koppensteiner*, Zurechnung von Beteiligungen im Wirtschaftsrecht, wbl 2005, 290, 296; *Ellrott et al.*, Beck'scher Bilanzkommentar<sup>6</sup> (2006); *IDW*(Hrsg), WP-Handbuch 2006, Wirtschaftsprüfung, Rechnungslegung, Beratung, Band I<sup>13</sup> (2006; zitiert WPH I 2006) *Küting/Weber*, Der Konzernabschluss – Praxis der Konzernrechnungslegung nach HGB und IFRS<sup>11</sup> (2008; zitiert: *Küting/Weber*, Der Konzernabschluss, Seite); *Ernst/Seidler*, Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts nach Verabschiedung durch den Bundestag, BB 2009, 768; *Harter*, Konzernabschlusserstellungspflicht und Abgrenzung des Konsolidierungskreises nach den deutschen Regelungen des BilMoG, RWZ 2010, 75; *Middendorf/Zündorf*, Doppelte Mutter-Tochter-Verhältnisse aufgrund Beherrschungsvermutungen des § 290 Abs 2 HGB? DB 2010, 2124; *Bertl/Fröhlich*, Der Begriff der Beherrschung in der internationalen Rechnungslegung, RWZ 2011, 280; *Beyhs/Buschhäuser/Schurbohm*, IFRS 10 und IFRS 12: Die neuen IFRS zum Konsolidierungskreis, WPg 2011, 662; *Dietrich/Krakuhn/Sierleja*, Berücksichtigung von Prinzipal-Agenten-Beziehungen im Rahmen der Abgrenzung des Konsolidierungskreises nach IFRS 10, IRZ 2011, 519; *Erchinger/Melcher*, IFRS-Konzernrechnungslegung – Neuerungen nach IFRS 10, DB 2011, 1229; *Fischer*, IFRS 10 – Consolidated Financial Statements, PIR 2011, 173; *Fröhlich*, Praxis der Konzernrechnungslegung<sup>3</sup> (2011); *Kirsch/Ewelt-Knauer*, Abgrenzung des Vollkonsolidierungskreises nach IFRS 10 und IFRS 12, BB 2011, 1641; *KPMG* (Hrsg), Insights into IFRS 2011/12<sup>8</sup> (2011; zitiert: *KPMG*); *Küting/Mojadadr*, Das neue Control-Konzept nach IFRS 10, KoR 2011, 273; *Lüdenbach* in Lüdenbach/Hoffmann, Haufe IFRS-Kommentar<sup>10</sup> (2012); *PWC* (Hrsg), Manual of accounting – IFRS 2012 (2011; zitiert: *PWC*); v. *Oertzen*, Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, in HdJ, Abt V/1 (November 2011); *Zülch/Erdmann/Popp*, Kritische Würdigung der Neuregelungen des IFRS 10 im Vergleich zu den bisherigen Vorschriften des IAS 27 sowie SIC-12, KoR 2011, 585; *Beatge/Hayn/Ströhner* in Beatge et al (Hrsg), Rechnungslegung nach IFRS<sup>2</sup> Teil B (ErgLfg März 2012); *Dam-Ratzesberger*, IFRS 10 Konzernabschlüsse – das neue Beherrschungsmodell, RWZ 2012, 48; *Dietrich/Krakuhn/Sierleja*, Analyse der Konsolidierungspflicht ausgewählter Investmentstrukturen nach IFRS 10, IRZ 2012, 23; *Ernst & Young* (Hrsg), International GAAP 2012 (2012; zitiert: *E&Y*); *Lüdenbach/Freiberg*, Der Beherrschungsbegriff des IFRS 10 – Anwendung auf normale vs strukturierte Unternehmen, PIR 2012, 41; *Rohatschek*, Reformbedarf der österreichischen Konzernrechnungslegung, RZW 2012, 145.

## Übersicht

	Rz
I. Kommentierung UGB .....	1–60
1. Einleitung .....	1–8
2. Mutterunternehmen .....	9–11
3. Tochterunternehmen .....	12, 13
4. Einheitliche Leitung (Abs 1).....	14–25
4.1. Definition einheitlicher Leitung .....	14–18
4.2. Umfang und Wahrnehmung einheitlicher Leitung .....	19–21
4.3. Teilbarkeit einheitlicher Leitung .....	22–25
5. Control-Konzept (Abs 2) .....	26–44
5.1. Mehrheit der Stimmrechte (Z 1) .....	26–28
5.2. Recht zur Organbestellung und -abberufung (Z 2) .....	29–33
5.3. Recht zur Beherrschung (Z 3) .....	34–37
5.4. Stimmrechtsbindungsvertrag (Z 4) .....	38–40
5.5. Tochterunternehmen mit mehreren Mutterunternehmen .....	41–44
6. Verdeckte Kapitalgesellschaft (Abs 3) .....	45–47
7. Rechte des Mutterunternehmens (Abs 4) .....	48–50
8. Berechnung der Mehrheit der Stimmrechte (Abs 5) .....	51–53
9. Vorliegen einer Beteiligung (Abs 6) .....	54–57
10. Meinungsverschiedenheiten (Abs 7) .....	58–60
II. Kommentierung IFRS .....	61–91
1. Einleitung .....	61–67
1.1. Grundlagen und Aufstellungspflicht .....	61–64
1.2. Jüngste Entwicklungen der IFRS-Regeln .....	65–67

**§ 244****Schiebel/Schlögel**

2. Kontrollkonzept des IAS 27 .....	68–83
2.1. Konzept der Beherrschung (control) .....	68–72
2.2. Control vs de-facto control .....	73–76
2.3. Potentielle Stimmrechte.....	77–79
2.4. „Um daraus Nutzen zu ziehen“ .....	80
2.5. Zweckgesellschaften (SIC-12) .....	81–83
3. Ausblick – Neuregelung durch IFRS 10.....	84–91
3.1. Entscheidungsmacht (power) .....	85–87
3.2. Variable Rückflüsse.....	88, 89
3.3. Verknüpfung zwischen Verfügungsgewalt und variablen Rückflüssen.....	90
3.4. Zweckgesellschaften.....	91

**I. Kommentierung UGB****1. Einleitung**

- 1** Der dritte Abschnitt des dritten Buches verpflichtet inländische (verdeckte) Kapitalgesellschaften gegebenenfalls als Mutterunternehmen zur **Aufstellung eines Konzernabschlusses und Konzernlageberichts** (s zur verdeckten Kapitalgesellschaft Rz 45). Zum Geltungsbereich dieser Aufstellungspflicht für andere Rechtsformen siehe Nowotny in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 1 mwN. Die Aufstellungspflicht folgt weitgehend auch wörtlich den §§ 290 ff dHGB idF vor dem BilMoG (zur Entsprechung Scholtissek, RIW 1991, 228; zu den Änderungen durch das BilMoG Harter, RWZ 2010, 75).
- 2** Ausgangspunkt ist die Definition des Mutter- und Tochterunternehmens in § 244. Was ein Tochterunternehmen ist, bestimmen grundsätzlich die beiden ersten Absätze. Im Zentrum stehen hier die Beherrschungstatbestände des Abs 2. Sie folgen dem anglo-amerikanischen **Control-Konzept**, das nicht auf die tatsächliche Beherrschung abstellt, sondern Konstellationen vorsieht, in denen von einer Beherrschung typischerweise auszugehen ist (*Kirchner*, AG 1981, 325, 327; *ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 29 ff). Folgerichtig scheidet ein Unternehmen als Tochterunternehmen in diesen Konstellationen nicht aus, wenn tatsächlich keine Beherrschung ausgeübt wird; vielmehr muss nachgewiesen werden, dass der Ausübung rechtliche oder tatsächliche Gründe entgegenstehen (s § 249 Rz 5 ff; Nowotny, Wirtschaftliche Betrachtung und Konsolidierungskreis, in FS Kropff [1997] 558 f). Vorteil dieses Control-Konzepts ist die Rechtssicherheit und der Anlagerschutz; nachteilig wirkt, dass es zur Aufstellungspflicht kommt, obwohl das Mutterunternehmen in den typisierenden Konstellationen nicht beherrscht (Nowotny in Straube<sup>3</sup>, Vor § 244 Rz 6).
- 3** Demgegenüber stellt Abs 1 auf die tatsächliche **einheitliche Leitung** des Tochterunternehmens durch das Mutterunternehmen (zusammen mit einer Beteiligung gem § 228 iVm § 244 Abs 6) ab. Hier decken sich der Konzerntatbestand und das Konzernkonzept regelmäßig (im Gegensatz zu Abs 2). Die praktische Bedeutung der einheitlichen Leitung ist gering, da in den meisten Fällen bereits Abs 2 greift (Nowotny in Straube<sup>3</sup>, Vor § 244 Rz 7; Fröhlich, Praxis der Konzernrechnungslegung<sup>3</sup>, 16). Konzeptionell zeigt es sich jedoch dem Control-Konzept überlegen und ist in der Handhabung flexibler (WPH I 2006, M Rz 22), bringt in der praktischen Anwendung jedoch mehr Probleme mit sich (Hoyos/Ritter-Thiele in Beck Bil-Komm<sup>6</sup>, § 290 Rz 5). Im Gegensatz zum Control-Konzept sieht die 7. EG-Richtlinie (83/349/EWG) hinsichtlich des Konzepts der einheitlichen Leitung in Art 1 Abs 2 lediglich ein Mitgliedsstaatenwahlrecht vor, welches vor allem von deutscher Seite eingefordert wurde (*ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 14). Zur Angleichung an internationale Praxis (insb IFRS) wurde es im dHGB im Zuge des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) mittlerweile jedoch

**Schiebel/Schlögel****§ 244**

aufgegeben (*Ernst/Seidler*, BB 2009, 768; *Harter*, RWZ 2010, 75). Ähnliche Vorschläge zur Reform der österreichischen Rechtslage wurden seitens des AFRAC ebenfalls bereits vorgebracht (*Rohatschek*, RZW 2012, 145), bisher aber nicht umgesetzt. Aufgrund der in der Vergangenheit parallelen Entwicklung der österreichischen und deutschen Rechtslage kann zur Auslegung auch weiterhin auf die Kommentarliteratur zum dHGB idF vor BilMoG zurückgegriffen werden. (In diesem Kontext sind auch die nachfolgend enthaltenen Verweise auf Vorausflagen deutscher Kommentare zu sehen.)

Unternehmen können einheitlich geleitet werden, obwohl es kein Mutterunternehmen gibt (so etwa der VwGH in seinem Erkenntnis vom 28.10.2009, 2008/15/0049 zu § 15 AktG). Man spricht von einem **Gleichordnungskonzern**. Eine einheitliche Leitung gründet sich etwa auf personelle Verflechtungen in den Organen und/oder parallelen Beteiligungsbesitz (*ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 85 ff). Es besteht keine Aufstellungspflicht eines Konzernabschlusses und Konzernlageberichts (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, Vor § 244 Rz 5, der auch eine Mindermeinung, die gegebenenfalls für eine solche Aufstellungspflicht eintritt, analysiert und dann ablehnt).

Während § 244 nur inländische Mutterunternehmen in die Pflicht nehmen kann, gilt für den Konsolidierungskreis das **Weltabschlussprinzip**. Somit sind im Ergebnis alle mittelbaren und unmittelbaren, inländischen und ausländischen Tochterunternehmen zu konsolidieren, wenn nicht ein Befreiungstatbestand gem § 249 vorliegt. Wenn letztlich alle Tochterunternehmen unter einen Befreiungstatbestand fallen oder die Befreiung bestimmter Tochterunternehmen dazu führt, dass letztlich eine großenabhängige Befreiung gem § 246 anwendbar wird, muss das Mutterunternehmen auch keinen Konzernabschluss und Konzernlagebericht aufstellen (*ADS*<sup>6</sup>, § 293 Rz 16 ff).

Nach dem **Tannenbaumprinzip** müssen inländische Tochterunternehmen einen Konzernabschluss und Konzernlagebericht aufstellen, auch wenn sie selbst Mutterunternehmen sind (*Kirchner*, Konzernrechnungslegung in Europa, AG 1981, 325, 325 ff). Man spricht von Teilkonzernabschlüssen, schätzt jedoch ihre Aussagekraft gering ein (*Gross*, WPg 1976, 214 ff). Vor diesem Hintergrund ist auch § 245 zu verstehen, der gegebenenfalls eine Befreiung für solche Tochterunternehmen vorsieht (zu einem kurzen Überblick des Verhältnisses von § 245 zu § 280 und somit zur Offenlegung des Konzernabschlusses *Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, Vor § 244 Rz 2). Bei Kapitalmarktorientierung greift eine solche Befreiung nicht (s § 245 Abs 5 iVm § 245a).

Ein weiteres Grundprinzip der Konzernrechnungslegung ist der **Einheitsgrundsatz**. Da wirtschaftlich gesehen ein Unternehmen vorliegen soll, müssen folgerichtig auch Bilanzansatz und Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden den gleichen unternehmensrechtlichen Grundsätzen folgen (s § 250 Abs 3; *Platzer*, SWK 1988, DK 31; *ADS*<sup>6</sup>, Vorb zu §§ 290–315 Rz 18 ff und § 297 Rz 39 ff; s zu einer möglichen Durchbrechung § 260 Abs 2). Aber auch der notwendige konzerninheitliche Abschlussstichtag ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen (s § 252 und 245 Abs 2).

Konzernabschluss und Konzernlagebericht haben nur eine **Informationsfunktion** (*Schildbach*, WPg 1989, 207 f; *Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, Vor § 244 Rz 3); die Zahlungsbemessungsfunktion (Ausschüttung und Besteuerung) wird vom unternehmensrechtlichen Jahresabschluss übernommen (zur Rechtspolitik in diesem Zusammenhang *Gassner*, SWK 1990, A I 187). Wegen der ausschließlichen Informationsfunktion muss der Konzernabschluss auch nicht von der Hauptversammlung genehmigt werden (*Weilinger*, Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses, Rz 886; *G. Tichy*, RWZ 1994, 34). Es ist in der Hauptversammlung über ihn zu berichten (§ 104 Abs 1 AktG); das Fragerecht der Aktionäre umfasst auch den Konzernabschluss und Konzernlagebericht (§ 118 AktG).

**§ 244****Schiebel/Schlögel****2. Mutterunternehmen**

- 9** Es ist die **Rechtsform** und der **Sitz** im Inland ausschlaggebend (für den Inlandsbezug ist die Firmenbucheintragung maßgeblich). Entgegen dem Gesetzeswortlaut muss ein Mutterunternehmen nicht unternehmerisch tätig sein (*ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 20 f). Das muss dann auch für die verdeckte Kapitalgesellschaft gelten, obgleich hier wiederum der Gesetzeswortlaut etwas anderes vermuten lässt (§ 244 Abs 3: „*unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaft*“; *Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 2). Holdinggesellschaften oder verdeckte Kapitalgesellschaften als Besitzgesellschaften scheiden daher nicht aufgrund fehlender Unternehmereigenschaft als Mutterunternehmen aus. Mutterunternehmen in Liquidation trifft die Aufstellungspflicht eines Konzernabschlusses und Konzernlageberichts nicht; die maßgeblichen Bestimmungen (§ 211 Abs 2 AktG; § 91 Abs 1 GmbHG) verweisen nicht auf § 244 (*Janschek* in Bertl/Mandl, B.IV./1.1., 20; dies auch wegen der geänderten Zwecksetzung des Mutterunternehmens ablehnend *Geist* in Jabornegg, § 244 Rz 3; *ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 126 ff).
- 10** Maßgeblich für die Aufstellungspflicht sind die **Verhältnisse am Konzernabschlussstichtag** (*Janschek* in Bertl/Mandl, B.IV./1.1., 19). Da dieser Stichtag nicht mit dem Jahresabschlussstichtag des Mutterunternehmens übereinstimmen muss (s § 252; ausgenommen im Anwendungsbereich des § 245a Abs 1), ergibt sich eine Gestaltungsmöglichkeit (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 4). Ist der Konzernabschlussstichtag einmal bestimmt worden, kann davon in Folgeperioden nicht ohne wichtigen Grund abgegangen werden (*Förschler/Deubert* in Beck Bil-Komm<sup>8</sup>, § 299 Rz 6).
- 11** Die **Aufstellungsfristen** des Konzernabschlusses und Konzernlageberichts stimmen mit den Aufstellungsfristen des Jahresabschlusses und Lageberichts überein. Sie beginnen jedoch nicht am Konzernabschlussstichtag zu laufen, sondern am Jahresabschlussstichtag, was sich aus Abs 1 letzter Satz ergibt (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 5): Der Konzernabschluss und Konzernlagebericht ist der Hauptversammlung (Generalversammlung) zusammen mit dem Jahresabschluss des Mutterunternehmens vorzulegen.

**3. Tochterunternehmen**

- 12** Die Rechtsform und der Sitz im Inland sind nicht ausschlaggebend; maßgeblich sind das **Control-Konzept** (Abs 2) und die **einheitliche Leitung** (Abs 1). Unmittelbar grenzt die einheitliche Leitung durch die Beteiligungsvoraussetzung den Kreis der in Frage kommenden Rechtsformen ein (s Rz 54 ff; *Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 12). So scheiden etwa Rechtsformen, bei denen zwar Einflussrechte, aber keine Beteiligungen möglich sind (wie Stiftungen oder Trusts ausländischen Rechts), als Tochterunternehmen aus (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 13).
- 13** Tochterunternehmen müssen im Gegensatz zu Mutterunternehmen **Unternehmer** sein. Wenn gleich dies idR durch die Rechtsform bereits gewährleistet sein wird, ergeben sich bei nicht die Unternehmereigenschaft begründenden Rechtsformen oftmals Zweifel und Abgrenzungsprobleme (s dazu ausführlich *Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 15 mwN).

**4. Einheitliche Leitung (Abs 1)****4.1. Definition einheitlicher Leitung**

- 14** Entstehungsgeschichtlich ist der Begriff der einheitlichen Leitung eng mit der Konzerndefinition des deutschen Aktienrechts in §18 dAktG verknüpft (*ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 14; zur mittlerweile erfolgten Änderung der deutschen Rechtslage s Rz 3). Dem Gedanken einer Vereinheitlichung gesellschaftsrechtlicher und bilanzieller Konzerndefinition folgend knüpft die

**Schiebel/Schlögel****§ 244**

Formulierung des § 290 Abs 1 dHGB aF an die bereits zuvor bestehenden Bestimmungen des deutschen Aktienrechts an (WPH I 2006, M Rz 21), ohne diesen Begriff jedoch zu definieren (*Hoyos/Ritter-Thiele* in Beck Bil-Komm<sup>6</sup>, § 290 Rz 20).

Der österreichischen Rechtsordnung ist der Gedanke eines Konzernrechts in dieser Form fremd. Die nahezu wortgleiche Übernahme des § 290 Abs 1 dHGB aF bringt daher die Einführung eines nicht definierten Rechtsbegriffes mit sich. Vermutungen unter welchen Umständen eine einheitliche Leitung anzunehmen ist, sieht das Gesetz nicht vor (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 19). Zwar findet der Begriff der einheitlichen Leitung neben dem UGB auch in § 15 AktG und § 115 GmbHG bzw in den Bestimmungen zur Einrichtung eines Aufsichtsrats in § 29 Abs 2 GmbH Verwendung, eine gesetzliche Definition enthalten aber auch diese Bestimmungen nicht. Da von einer einheitlichen Konzerndefinition auszugehen ist, können deren Kommentierungen zur Auslegung jedoch herangezogen werden (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 16; *Janschek* in Bertl/Mandl, B.IV./1.1., 22).

Aus **Sicht des Mutterunternehmens** setzt einheitliche Leitung ein aktives Handeln voraus (*Janschek* in Bertl/Mandl, B.IV./1.1., 22). Sie muss faktisch wahrgenommen werden und besteht im Gegensatz zur Beherrschung iSv Abs 2 nicht bereits aufgrund der rechtlichen Möglichkeit (von *Oerzen* in HdJ V/1, Lfg 53 November 2011 Rz 36; *Küting/Weber*, Der Konzernabschluss, 111). Entscheidend ist nicht das Können, sondern das Handeln des Mutterunternehmens (*ADS*<sup>6</sup>, § 18 AktG Rz 17; *Küting/Weber*, Der Konzernabschluss, 95), gestützt auf eine gesellschaftsrechtliche vermittelte Möglichkeit zur einheitlichen Leitung (vgl *Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 21). Eine rein wirtschaftliche Abhängigkeit begründet keinen Konzernatbestand (*E/S/B*<sup>6</sup>, 14).

Aus **Sicht des Tochterunternehmens** ist einheitliche Leitung vor allem durch die Berücksichtigung des Konzerninteresses in Abwägung zu den Interessen der Einzelgesellschaft geprägt (*Hoyos/Ritter-Thiele* in Beck Bil-Komm<sup>6</sup>, § 290 Rz 21). Ein Widerspruch zum Einzelinteresse muss nicht bestehen, sofern die gleichlautenden Konzerninteressen im Rahmen der internen Entscheidungsfindung Berücksichtigung finden (*Küting/Weber*, Der Konzernabschluss, 95).

Hinweise auf einheitliche Leitung bieten vor allem **personelle Verflechtungen**, insb Organidentität, zwischen mehreren Konzerngesellschaften (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 19). Ein **Weisungsrecht** des Mutterunternehmens wird nach hA nicht vorausgesetzt (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 17; *Fröhlich*, Praxis der Konzernrechnungslegung<sup>3</sup>, 16; *Janschek* in Bertl/Mandl, B.IV./1.1., 22), stellt im Fall der GmbH aber einen starken Indikator mit hoher praktischer Relevanz dar (*ADS*<sup>6</sup>, § 18 AktG Rz 28). Entscheidend ist die faktische Einflussnahme, unabhängig von der Rechtsgrundlage auf die diese gestützt wird (*Fröhlich*, Praxis der Konzernrechnungslegung<sup>3</sup>, 16; zur gegensätzlichen Sichtweise des Abs 2, der ein aktives Handeln nicht voraussetzt, vgl Rz 2 und Rz 26 ff). Auch eine nachhaltige **Präsenzmehrheit** in der Hauptversammlung kann daher zur einheitlichen Leitung führen (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 19). Entscheidend ist, inwiefern diese durch den Gesellschafter zur Einflussnahme genutzt wird.

#### 4.2. Umfang und Wahrnehmung einheitlicher Leitung

Wie umfangreich die Einflussnahme ausfallen muss, um einheitliche Leitung zu begründen, ist nicht klar geregelt, sie muss jedoch über eine bloße Beteiligungsverwaltung hinausgehen (vgl *ADS*<sup>6</sup>, § 18 AktG Rz 17). Nicht erforderlich ist nach hA, dass sich diese auf alle Bereiche des Tochterunternehmens erstreckt; ausreichend ist die **Führung zentraler Unternehmensbereiche** im Sinne der geschäftlichen Zielsetzungen des Mutterunternehmens (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 17). Ebenso anerkannt ist die Möglichkeit der dezentralen Konzernorga-

15

16

17

18

19

**§ 244****Schiebel/Schlögel**

nisation, zB nach Sparten (*ADS*<sup>6</sup>, § 18 AktG Rz 16). Einheitliche Leitung nur von Teilen eines Unternehmens hingegen führt nicht zu einer Konsolidierung (WPH I 2006, T Rz 157; *Küting/Weber*, Der Konzernabschluss, 31). Welche Bereiche umfasst sein müssen, ist anhand des **Gesamtbilds** im Einzelfall zu beurteilen (*Hoyos/Ritter-Thiele* in Beck Bil-Komm<sup>6</sup>, § 290 Rz 22). Ob bereits ein zentrales Finanzmanagement ausreicht, ist umstritten, kann aber auch nicht pauschal beantwortet werden (zur Abwägung *Nowotny* in *Straube*<sup>3</sup>, § 244 Rz 18 mwN). Entscheidend ist die Wahrnehmung der zentralen Führungsaufgaben des Gesamtkonzerns, die sowohl zentrale Planungsaufgaben als auch die Entscheidung über bedeutende Einzelfälle umfassen (siehe dazu ausführlich WPH I 2006, T Rz 160). Bei branchenfremden Unternehmen setzt die einheitliche Leitung zumindest die zweckbestimmte Einordnung in ein Gesamtkonzept voraus (*Hoyos/Ritter-Thiele* in Beck Bil-Komm<sup>6</sup>, § 290 Rz 22; *ADS*<sup>6</sup>, § 18 AktG Rz 43).

**20** Werden zur Umsetzung der Ziele des Konzerns **Zweckgesellschaften** eingesetzt, kann einheitliche Leitung bereits durch Festlegung des allgemeinen Geschäftsmodells dieser Gesellschaft („Autopilot“) gegeben sein (*Hoyos/Ritter-Thiele* in Beck Bil-Komm<sup>6</sup>, § 290 Rz 32). Auch ohne der Möglichkeit weitere Änderungen an diesem Geschäftsmodell vorzunehmen, wäre eine derartige Zweckgesellschaft in den Konzernabschluss einzubeziehen, sofern an dieser auch eine Beteiligung iSd § 228 besteht (vgl dazu Anmerkungen zu Abs 6).

**21** Eine **Mindestdauer** über die hinweg einheitliche Leitung ausgeübt werden muss, um eine Aufstellungspflicht nach sich zu ziehen, ist nicht zu fordern (WPH I 2006, T Rz 158; *von Oerzen* in HdJ V/1, Lfg 53 November 2011 Rz 37). Die Aufstellungspflicht tritt sofort ein, wenn Maßnahmen gesetzt werden, die der **nachhaltigen Beeinflussung** der Konzernunternehmen dienen (zu Übergangsbestimmungen für bisher nicht aufstellungspflichtige Mutterunternehmen siehe § 246 Rz 34 ff). Bei nur fallweiser Einflussnahme ist entscheidend, ob die gesetzten Maßnahmen auf die Umsetzung einer einheitlichen Konzernstrategie abzielen und zur Erreichung dieser Zielsetzung geeignet erscheinen (*ADS*<sup>6</sup>, § 18 AktG Rz 40). Der Konzernverbund muss dazu nicht auf eine unbegrenzte Dauer angelegt sein. Auch die zeitlich befristete Wahrnehmung einheitlicher Leitung kann die Anforderung der Nachhaltigkeit erfüllen und damit eine Aufstellungspflicht begründen (WPH I 2006, T Rz 167; *von Oerzen* in HdJ V/1, Lfg 53 November 2011 Rz 37). Das Zeitmoment ist immer unter Würdigung des Gesamtbilds zu beurteilen (*ADS*<sup>6</sup>, § 18 AktG Rz 40 ff). Sofern alle übrigen Voraussetzungen vorliegen, kann somit auch ein Mutterunternehmen, dessen Liquidation bereits beabsichtigt ist, zur Aufstellung verpflichtet sein (WPH I 2006, M Rz 31; zum Problem der Anwendung einheitlicher Bewertungs- und Bilanzierungsmethoden vgl *ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 126). Mit Einleitung der Liquidation entfällt jedoch die Verpflichtung zur Aufstellung eines Konzernabschlusses (Rz 9). Ebenso ist nach der Insolvenzeröffnung über das Mutter- oder Tochterunternehmens keine Möglichkeit der einheitlichen Leitung mehr gegeben (*ADS*<sup>6</sup>, § 18 AktG Rz 60).

#### **4.3. Teilbarkeit einheitlicher Leitung**

**22** Unklar ist, ob einheitliche Leitung teilbar ist, dh gleichzeitig von mehreren Mutterunternehmen ausgeübt werden kann (WPH I 2006, M Rz 37). Nach überwiegender Auffassung kann die Leitungsbefugnis jeweils nur einem Mutterunternehmen zukommen (*Nowotny* in *Straube*<sup>3</sup>, § 244 Rz 20; *ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 73; *Hoyos/Ritter-Thiele* in Beck Bil-Komm<sup>6</sup>, § 290 Rz 25). Die Bildung mehrerer Teilkonzerne innerhalb des Konzerns („**Konzern im Konzern**“), wie sie für das Control-Modell des Abs 2 typisch ist, entfällt demnach. Eine Delegerung einheitlicher Leitung ist nach diesem Konzept möglich, ohne dass diese der ausübenden Gesellschaft selbst zukommt (*ADS*<sup>6</sup>, § 18 AktG Rz 73). Inländische Tochterunternehmen

**Schiebel/Schlägel****§ 244**

grenzüberschreitender Konzerne trifft die Aufstellungspflicht des Abs 1 somit auch dann nicht, wenn diese alle Inlandsaktivitäten der Gruppe stellvertretend einheitlich leiten. Ebenso scheidet eine Aufstellungspflicht iSd Abs 1 aus, wenn die einheitliche Leitung durch eine Person oder Personengruppe wahrgenommen wird (*E/S/B*<sup>6</sup>, 14; vgl Rz 9).

Ein Unterlaufen des Stufenkonzepts der 7. EG-Richtlinie ist darin nicht zu sehen (siehe dazu ausführlicher *ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 76). Zudem kommt der Frage in der Praxis nur geringe Bedeutung zu, da meist gleichzeitig eine Aufstellungspflicht aufgrund eines Beherrschungsverhältnisses iSd Abs 2 besteht (*Janschek* in Bertl/Mandl, B.IV./1.1., 23; vgl Rz 26 ff). Ein Auseinanderfallen der beiden Anknüpfungspunkte ist allerdings möglich (WPH I 2006, M Rz 68). Typische Ursachen sind die Einbeziehung aufgrund nachhaltiger Präsenzmehrheit (*ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 76; vgl dazu auch Rz 18) oder das Fehlen einer Beteiligung iSd § 228 (vgl Rz 54 ff). Ein Normenkonflikt zwischen Abs 1 und 2 resultiert hieraus nicht, da beide Voraussetzungen jeweils getrennt zu beurteilen sind.

Konzeptionell unbefriedigend erscheinen hingegen Fälle, in denen die Modelle zur Einbeziehung in die **Konzernabschlüsse mehrerer Mutterunternehmen** führen. Auch wenn in der Praxis selten, sind solche Situationen, mangels der Vorrangstellung eines der beiden Konzepte, nicht auszuschließen (*ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 83); steht einem Konzept des „Handelns“ in Abs 1 doch ein Konzept des „Könnens“ in Abs 2 gegenüber (vgl Rz 2 f). Ob aus einer derartigen doppelten Aufstellungspflicht tatsächlich eine Einbeziehung in die Konzernabschlüsse mehrerer Mutterunternehmen resultiert, ist im Einzelfall auch von der Inanspruchnahme der Befreiungsmöglichkeit des § 249 Abs 1 abhängig (*Fröhlich*, Praxis der Konzernrechnungslegung<sup>3</sup>, 17; s § 249).

Die Fragen der Teilbarkeit einheitlicher Leitung und damit verbunden der Einbeziehung in mehrere Konzernabschlüsse stellt sich auch im Bereich des **Gleichordnungskonzerns**. Verfolgen mehrere gesellschaftsrechtlich nicht verbundene Unternehmen gemeinsame Geschäftsinteressen scheitert die Aufstellung eines gemeinsamen Konzernabschlusses zwar bereits an der Voraussetzung einer wechselseitigen Beteiligung (vgl Anmerkungen zu Abs 6), offen bleibt jedoch, wie sich dies auf gemeinsame Tochterunternehmen auswirkt. Eine Einbeziehung in den Konsolidierungskreis eines der Mutterunternehmen würde erfordern, dieses mit einer alleinigen Leitungsbefugnis auszustatten, die von diesem auch unbeeinflusst wahrgenommen werden kann (Abs 2) bzw tatsächlich wahrgenommen wird (Abs 1). Stimmen sich die Mütter in ihren Entscheidungen jedoch untereinander ab, ist von gemeinschaftlicher Führung iSd § 262 auszugehen. Betroffene Tochterunternehmen sind in einem aufzustellenden Konzernabschluss somit anteilig oder nach der Equity-Methode einzubeziehen (zur Quotenkonsolidierung siehe § 262 Rz 4). Ein die Aufstellungspflicht begründendes Mutter-Tochter-Verhältnis iSd § 244 liegt nicht vor (*Janschek* in Bertl/Mandl, B.IV./1.1., 23).

**5. Control-Konzept (Abs 2)****5.1. Mehrheit der Stimmrechte (Z 1)**

Maßgeblich sind die **Stimmrechte**, die sich aus der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des Mutterunternehmens ergeben. Stimmrechte, die von einem anderen, externen Gesellschafter abgeleitet werden (etwa auf Basis eines Stimmrechtsbindungsvertrags), sind nicht zu berücksichtigen. Solche Stimmrechte sind im Rahmen der Z 4 (zusammen mit den Stimmrechten, die sich aus der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des Mutterunternehmens ergeben) zu berücksichtigen.

Maßgeblich ist die **Mehrheit der Stimmrechte** (siehe dazu auch Rz 51) und nicht die Höhe der Kapitalbeteiligung; zu Mehrfachstimmrechten und stimmrechtslosen Gesellschafts-

**§ 244****Schiebel/Schlögel**

anteilen *ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 32 f; *Geist* in Jabornegg, § 244 Rz 11. Vor diesem Hintergrund kann auch eine Präsenzmehrheit in der Gesellschafterversammlung, selbst wenn sie nachhaltig besteht, nicht den Tatbestand der Z 1 erfüllen (*ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 34; *Geist* in Jabornegg, § 244 Rz 11). Stimmrechte, die das Mutterunternehmen als Treuhänder, Sicherungseigentümer, Bevollmächtigter oder aufgrund des Depotstimmrechts (§ 114 Abs 1 AktG) für einen Dritten wahrnimmt, sind nicht zu berücksichtigen (*Janschek* in Bertl/Mandl, B.IV./1.1., 26). Verliert die Gesellschaft die Stimmrechtsmehrheit aufgrund eines bloß schuldrechtlich wirkenden Stimmrechtsbindungsvertrag, sind die Stimmrechte immer noch dieser Gesellschaft zuzurechnen; § 249 Abs 1 Z 1 kann aber dazu führen, dass das Tochterunternehmen wegen einer erheblichen und dauernden Beeinträchtigung nicht zu konsolidieren ist (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 29 mwN). Ruhen Stimmrechte wegen verletzter Verhaltenspflichten, sind sie weiterhin bei der Ermittlung der Stimmrechtsmehrheit zu berücksichtigen (*Kozikowski/Kreher* in Beck Bil-Komm<sup>8</sup>, § 290 Rz 48). Die Mehrheit der Stimmrechte kann nur bei bestimmten Entscheidungen gesichert sein; maßgeblich soll sein, ob insb bei den Wahlen in die Gesellschaftsorgane die Mehrheit gegeben ist (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 30 mwN).

- 28** Wie bereits in Rz 2 erwähnt, soll Abs 2 ohne grundsätzliche Rücksicht auf ihre Ausübung von einer Beherrschung typisiert ausgehen (**Control-Konzept**). Auch wenn der Gesellschaftsvertrag etwa durch qualifizierte Mehrheitserfordernisse oder Zustimmungsrechte anderer Gesellschafter trotz Stimmrechtsmehrheit faktisch keine Beherrschung zulässt, liegt ein Tochterunternehmen vor dem Hintergrund des Control-Konzeptes vor (*Kozikowski/Kreher* in Beck Bil-Komm<sup>8</sup>, § 290 Rz 45 f; *ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 36 f; zweifelnd *Siebourg* in Kütting/Weber, Handbuch der Konzernrechnungslegung<sup>2</sup>, § 290 Rz 70; aA v. *Wysocki*, WPg 1987, 277 ff; *Steiner*, ecolex 1990, 749 ff; *Koppensteiner*, wbl 2005, 296 ff); anders zu beurteilen ist naturgemäß eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung, die zum Verlust der an sich bestehenden Stimmrechtsmehrheit führt (so bei einem Höchststimmrecht gem § 12 Abs 2 AktG; *Siebourg* in Kütting/Weber, Handbuch der Konzernrechnungslegung<sup>2</sup>, § 290 Rz 72; *Kozikowski/Kreher* in Beck Bil-Komm<sup>8</sup>, § 290 Rz 48). Auch wenn aufgrund von schuldrechtlichen Vereinbarungen faktisch keine Beherrschung vorliegt, greift Z 1 (dazu und zu Beispielen solcher schuldrechtlichen Vereinbarungen *Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 31 mwN; aA *Siebourg* in Kütting/Weber, Handbuch der Konzernrechnungslegung<sup>2</sup>, § 290 Rz 73 ff; *Steiner*, ecolex 1990, 749).

### 5.2. Recht zur Organbestellung und -abberufung (Z 2)

- 29** Ein Tochterunternehmen liegt weiters unabhängig von der Stimmrechtsmehrheit eines Gesellschafters vor, wenn ein **Gesellschafter** das Recht hat, die **Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans** zu bestellen oder abzuberufen. Es muss nicht sowohl das Bestellungs- als auch das Abberufungsrecht vorliegen; eine Trennung dieser Rechte ist jedoch praktisch nicht von Bedeutung (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 34). Das Recht muss auch nicht sowohl für das Leitungs- als auch Aufsichtsorgan zustehen (*Siebourg* in Kütting/Weber, Handbuch der Konzernrechnungslegung<sup>2</sup>, § 290 Rz 86). Rechte, die sich auf verschiedene Organe beziehen, sind nicht zusammenzurechnen (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 34).
- 30** Das Recht muss unmittelbar aufgrund des **Gesellschaftsvertrags** zustehen und nicht aufgrund weiterer Vereinbarungen mit anderen Gesellschaftern (*Geist* in Jabornegg, § 244 Rz 32). Die zuletzt genannten Vereinbarungen führen gegebenenfalls zur Anwendbarkeit der Z 4. Ein Vetorecht bei der Bestellung oder Abberufung von Organmitgliedern ist nicht ausreichend (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 32).





## Schiebel/Schlögel

## § 244

Das Recht gem Abs 2 Z 2 kann nur bei der inländischen **GmbH** und **Personengesellschaft** einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden; bei einer inländischen AG (und auch SE) ist dies nicht möglich (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 32; § 88 AktG und § 46 Abs 3 SE-Gesetz). Ob einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag unmittelbar das Bestellungsrecht der Geschäftsführer einer GmbH eingeräumt werden kann, ist strittig; in der Vertragspraxis verpflichten sich daher die anderen Gesellschafter, für die Geschäftsführerbestellung der vom Vorschlagsberechtigten nominierten Personen zu stimmen (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 32 mwN). Unstrittig ist ein solches Sonderrecht hingegen bei der Bestellung des Aufsichtsrates oder Beirates einer GmbH (*Kastner*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup>, 401 f). Bei der verdeckten Kapitalgesellschaft ist die Z 2 erfüllt, wenn ein Gesellschafter berechtigt ist, die Mehrheit der Geschäftsführer oder Mitglieder des Aufsichtsrats der geschäftsführenden Komplementärin zu bestellen oder abzuberufen. Ebenso ist die Z 2 erfüllt, wenn ein Gesellschafter berechtigt ist, die Mehrheit der Mitglieder des bei einer Personengesellschaft eingerichteten aufsichtsratsähnlichen Beirats zu bestellen oder abzuberufen (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 32).

Bei mitbestimmten Aufsichtsräten muss die **Mehrheit** der Mitglieder unter Berücksichtigung der Betriebsratsvertreter ermittelt werden (*ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 46; *Siebourg* in Kütting/Weber, Handbuch der Konzernrechnungslegung<sup>2</sup>, § 290 Rz 87). Liegt das Bestellungs- oder Abberufungsrecht nur für die Häfte der Mitglieder eines Organs vor, befindet sich darunter jedoch der Vorsitzende mit dem Recht zum Stichentscheid bei Stimmengleichheit, liegt das Bestellungs- oder Abberufungsrecht für die Mitgliedermehrheit nach hA vor (*ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 46; *Siebourg* in Kütting/Weber, Handbuch der Konzernrechnungslegung<sup>2</sup>, § 290 Rz 87).

31

Wegen des Weltabschlussprinzips (siehe dazu bereits Rz 5) hat der Gesetzgeber die **Organe** möglichst umfassend angesprochen. So findet man Verwaltungsorgane in der Schweiz, Frankreich oder in anglo-amerikanischen Rechtsordnungen sowie in der monistisch organisierten SE. Ob ein Organ unter die Z 2 fällt, wird mit Blick auf die typischen Kompetenzen der Geschäftsführung und des Aufsichtsrates im Rahmen des österreichischen Aktien- und GmbH-Rechtes zu entscheiden sein (*Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 35). Vor diesem Hintergrund sind etwa Prominentenbeiräte ohne Zustimmungs- und Kontrollkompetenzen auszuklammern (*Kozikowski/Kreher* in Beck Bil-Komm<sup>8</sup>, § 290 Rz 55). Eine Komplementär-Kapitalgesellschaft soll nach überwiegender Ansicht nicht zum Mutterunternehmen gem Z 2 der Personengesellschaft werden (*Janschek* in Bertl/Mandl, B.IV./1.1., 20; *Nowotny* in Straube<sup>3</sup>, § 244 Rz 36; aA für § 290 Abs 2 Z 2 dHGB etwa *Tillmann*, 1321; *ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 118 f, 123).

32

Fällt ein Gesellschafter unter **Z 1** und ein anderer Gesellschafter unter **Z 2** (zu diesem Problem der mehrfachen Zugehörigkeit *Middendorf/Zündorf*, DB 2010, 2124 ff), muss jedenfalls das zuletzt genannte Mutterunternehmen das Tochterunternehmen einbeziehen, während das zuvor genannte Mutterunternehmen gem § 249 Abs 1 Z 1 auf die Einbeziehung des Tochterunternehmens verzichten kann.

33

### 5.3. Recht zur Beherrschung (Z 3)

Maßgeblich ist das Recht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben; dann kommt es zu einem Mutter-Tochter-Verhältnis. Nach den ErlRV zur Z 3 muss hier auf die Beherrschung per Beherrschungsvertrag oder Gesellschaftsvertrag abgestellt werden (wodurch wiederum eine Parallele zu § 290 Abs 2 Z 3 dHGB hergestellt ist; *Steiner*, ecolex 1990, 749 ff; *Geist* in Jabornegg, § 244 Rz 17; zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen von Beherrschungsverträgen mit ausländischen Tochterunternehmen *ADS*<sup>6</sup>, § 290 Rz 57). Alle anderen möglichen Beherrschungsrechte (etwa auf Grundlage einer Franchisevereinbarung oder in Folge von kreditver-

34