

Fälle zum Internationalen Gesellschaftsrecht

Mit Bezügen zum Europäischen Gesellschaftsrecht

von
Gunnar Groh, Raffael Nath

1. Auflage

Fälle zum Internationalen Gesellschaftsrecht – Groh / Nath

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Europäisches und Internationales Gesellschaftsrecht



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 60956 5

wird, geht daraus aber noch nicht hervor, vielmehr ist der Begriff zunächst nur eine Sammelbezeichnung. Angesichts der Vielfalt möglicher Bezeichnungen (Kooperation, Konsortium etc.) unterscheidet man vom Typus am besten zwischen dem sog. Contractual Joint Venture und dem sog. Equity Joint Venture. Ersteres gleicht einer nicht rechtfähigen Personenvereinigung. Die Rechtsbeziehungen der Parteien erschöpfen sich regelmäßig in einem einzelnen Vertrag. Es weist Merkmale einer stillen Gesellschaft auf, ohne dass hierdurch eine weitere, gesonderte Rechteinheit geschaffen wird.¹³⁰ Bei einem Auftreten nach außen wird man in der Regel mit einer Außen-GbR operieren.¹³¹ Bei einem Equity Joint Venture oder Gemeinschaftsunternehmen hingegen arbeiten die Partner durch eine Gesellschaft zusammen, die sie mit eigenem Kapital ausstatten, d. h. sie beteiligen sich kapitalmäßig an der zu schaffenden Rechteinheit.¹³² Die Joint Venture-Partner werden Gesellschafter dieser sog. Projektgesellschaft, ohne ihre rechtliche Selbständigkeit aufzugeben.¹³³ Ein Joint Venture-Vertrag bildet die Grundlage der Zusammenarbeit. Er ist ein alles umfassender Vertrag, der während des gesamten Bestehens der Projektgesellschaft gilt und deren Tätigkeit steuert.¹³⁴ Wichtig ist also, dass man beim Equity Joint Venture gedanklich immer den Joint Venture-Vertrag bzw. Grundlagenvertrag und die Gesellschaftssatzung trennt.¹³⁵ Ein Vorteil des Equity Joint Venture ist unter anderem die Möglichkeit für die Partner, ihre Haftung im Wesentlichen auf das Haftkapital der Projektgesellschaft zu begrenzen, allerdings geht mit der Schaffung einer Projektgesellschaft regelmäßig ein größerer (Kosten-)Aufwand einher.¹³⁶ Im Folgenden wird die Figur des Equity Joint Venture genauer dargestellt.

1. Joint Venture-Vertrag

Der Joint Venture-Vertrag ist eine formlose privatrechtliche Vereinbarung zwischen den Partnern, die ein Joint Venture-Unternehmen gründen wollen. In ihm werden alle wirtschaftlichen, technischen, kaufmännischen und rechtlichen Aspekte der künftigen Zusammenarbeit geregelt. Typische Regelungsgegenstände eines Joint Venture-Vertrags sind z. B. Bestimmungen über die Gesamtkosten des Unternehmens, die beabsichtigte Aufbringung der Mittel, eventuelle Nachschusspflichten,¹³⁷ Gewinnverwendungsvereinbarungen, die Besetzungen der Organe und vieles mehr.¹³⁸ Er kann aber auch ergänzende Regelungen enthalten, die in die Gesellschaftssatzung entweder nicht hineingehören oder dort nicht veröffentlicht werden sollen, z. B. damit sie Konkurrenten nicht bekannt werden.¹³⁹ Materiellrechtlich kann ein Joint Venture-Vertrag als ein Konsortialvertrag zwischen den Beteiligten qualifiziert werden. Dieser Vertrag erfüllt die Voraussetzungen der GbR nach §§ 705 ff. BGB.¹⁴⁰ Sofern sich der Gesellschaftszweck allein in der Gründung der Trägergesellschaft erschöpft, entspricht sie nach deutschem Gesellschaftsrecht einer Vorgründungsgesellschaft (Ende gem. § 726 BGB mit der Errichtung des Trägerunternehmens). Daneben kann der Joint Venture-Vertrag aber wie dargelegt auch Regelungen enthalten, die den nach-

¹³⁰ *Fett/Spiering*, 8. Kapitel Rn. 2 ff.; *Ebenroth*, JZ 1987, 265.

¹³¹ *Schulte/Schwandt/Kuhn*, § 1 Rn. 6.

¹³² *Schulte/Schwandt/Kuhn*, § 1 Rn. 8.

¹³³ *Fett/Spiering*, 2. Kapitel Rn. 4.

¹³⁴ *Göthel*, RIW 1999, 566.

¹³⁵ *Staudinger/Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 774.

¹³⁶ *Fett/Spiering*, 2. Kapitel Rn. 6 f., 19.

¹³⁷ Dazu eingehend *Schulte/Schwandt/Kuhn*, § 4 Rn. 19 ff.

¹³⁸ *Fett/Spiering*, 7. Kapitel Rn. 117; *Göthel*, RIW 1999, 566, 568.

¹³⁹ *Ebenroth*, JZ 1987, 265 f.

¹⁴⁰ *Fett/Spiering*, 7. Kapitel Rn. 713.

folgenden Betrieb der Trägergesellschaft betreffen. Insoweit ist der Gesellschaftszweck darauf gerichtet, die Tätigkeit der Trägergesellschaft während ihrer Existenz zu fördern. Die Rechte und Pflichten der Partner sind in diesem Fall einerseits in diesem Konsortialvertrag, andererseits auch in der Satzung der Trägergesellschaft festgelegt. Nach deren Errichtung bestehen in einem solchen Fall zwei Gesellschaften nebeneinander.¹⁴¹

2. Die Gesellschaftssatzung

In der Regel wird für die Projektgesellschaft die Rechtsform der GmbH gewählt, wenn nicht besondere Gründe für die Wahl einer kapitalistischen KG oder einer anderen Gesellschaftsform sprechen.¹⁴² Die Satzung der zu gründenden Trägergesellschaft enthält sämtliche Organisationsbedingungen der juristischen Person und regelt die internen Beziehungen der Gesellschafter untereinander.¹⁴³ Bei einem klassischen paritätischen Equity Joint Venture sind die Partner jeweils hälftig am Kapital der Projektgesellschaft beteiligt.¹⁴⁴

3. Die Koordination der einzelnen Verträge

Der Joint Venture-Vertrag und die Gesellschaftssatzung haben sich überschneidende Regelungsbereiche und müssen daher koordiniert werden. Allerdings werden sich echte Koordinationsprobleme zwischen Joint Venture-Vertrag und Satzung nur selten ergeben. Soweit beide Verträge denselben Gegenstand betreffen, ist eine Kollision unwahrscheinlich, da der Joint Venture-Vertrag die Satzung vorbereitet und die Vertragsparteien von vorneherein einen Gleichklang von Joint Venture-Vertrag und Satzung anstreben. Sollte es trotzdem zu Konflikten und Widersprüchen kommen, dann entspricht es regelmäßig dem Willen der Joint Venture-Partner, dass die Absprachen im Konsortialvertrag Vorrang vor der Satzung des Gemeinschaftsunternehmens haben.¹⁴⁵

II. Behandlung des internationalen Joint Ventures

Fraglich ist nunmehr die Behandlung eines internationalen Equity Joint Ventures. Auch kollisionsrechtlich sind zwei Anknüpfungsgegenstände auseinander zu halten: der Joint Venture-Vertrag und die Gesellschaftssatzung bzw. Trägergesellschaft selbst.

1. Kollisionsrechtliche Anknüpfung des Joint Venture-Vertrags

Der Joint Venture-Vertrag ist beim Equity Joint Venture in der Regel als BGB-Gesellschaft zu qualifizieren.¹⁴⁶ Die Bestimmung des auf den Joint Venture-Vertrags anwendbaren Rechts erfolgt demnach nach den bekannten Regeln zur Anknüpfung von Gesellschaftsverhältnissen ohne eigene Rechtspersönlichkeit:¹⁴⁷ Wenn das Gesellschaftsverhältnis nach dem Joint Venture-Vertrag über eine eigene Organisation verfügen soll, dann ergibt das Gesellschaftsstatut das maßgebliche Recht. Der Sitz des zu gründenden Gemeinschaftsunternehmens kann dabei aber in der Regel nicht als Organisationszentrum der Grundlagenvereinbarung angesehen werden;¹⁴⁸ vielmehr

¹⁴¹ Ebenroth, JZ 1987, 265 f.

¹⁴² Fett/Spierung, 7. Kapitel Rn. 194; Schulte/Schwindt/Kuhn, § 2 Rn. 25; zu den Auswahlkriterien Fett/Spierung, 7. Kapitel Rn. 222 ff.

¹⁴³ Ebenroth, JZ 1987, 265, 267.

¹⁴⁴ Fett/Spierung, 2. Kapitel Rn. 74.

¹⁴⁵ Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht/Baumanns/Wirbel, § 28 Rn. 37.

¹⁴⁶ Siehe oben bei I. 1.

¹⁴⁷ Ebenroth, JZ 1987, 265 f.

¹⁴⁸ Göthel, RIW 1999, 566, 569.

kommt hierfür eher der Ort der regelmäßigen Zusammenkünfte der Gesellschafter in Betracht.¹⁴⁹ Wenn es dagegen an einer solchen Organisation fehlt, dann wird der Joint Venture-Vertrag international-privatrechtlich wie ein Schuldvertrag behandelt.¹⁵⁰ Die Partner können in diesem Fall das auf ihre Grundlagenvereinbarung anwendbare Recht selbst bestimmen,¹⁵¹ was sich insbesondere dann sehr empfiehlt, wenn die Parteien aus verschiedenen Rechtsordnungen stammen.¹⁵² Haben die Partner das Statut nicht festgelegt, ist nach der engsten Verbindung zu fragen gem. Art. 4 IV Rom I-VO. Man wird dabei oft das Statut des künftigen Gemeinschaftsunternehmens heranziehen können,¹⁵³ um einen gewissen rechtlichen Gleichlauf zu erzielen, aber zwingend ist das nicht,¹⁵⁴ z. B. wenn die Projektgesellschaft in einem fernen Drittland liegen soll und beiden Joint Venture-Partnern das dortige Recht fremd ist.¹⁵⁵

Die gleiche Differenzierung wie für die Grundlagenvereinbarung eines Equity Joint Venture gilt auch für ein Contractual Joint Venture: Tritt die Organisation nach außen hervor, so orientiert sich das anwendbare Recht am Internationalen Gesellschaftsrecht, ansonsten bleibt es bei den Art. 3 ff. Rom I-VO.¹⁵⁶

2. Kollisionsrechtliche Anknüpfung der Projektgesellschaft eines Equity Joint Venture

Welches Recht auf die Projektgesellschaft anzuwenden ist, bestimmt sich bei einer juristischen Person nach deren Personalstatut, sie unterliegt also den bekannten Regeln des Internationalen Gesellschaftsrechts.¹⁵⁷ Für eine Personengesellschaft als Projektgesellschaft (eher selten der Fall) gelten diese Regelungen ebenfalls, wenn sie eine nach außen hervortretende Organisation haben. Die Gesellschaft wird dann kollisionsrechtlich wie eine juristische Person behandelt.¹⁵⁸

¹⁴⁹ *Ebenroth*, JZ 1987, 265 f.

¹⁵⁰ MünchKommBGB/*Martiny*, Art. 4 Rom I-VO Rn. 306 f.

¹⁵¹ MünchKommBGB/*Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 776; *Schulte/Schwindt/Kuhn*, § 3 Rn. 14.

¹⁵² *Fett/Spierung*, 9. Kapitel Rn. 153.

¹⁵³ *Conrads/Schade*, Ziff. 6.1.3.1; MünchKommBGB/*Martiny*, Art. 4 Rom I-VO Rn. 308.

¹⁵⁴ *Staudinger/Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 775.

¹⁵⁵ *Göthel*, RIW 1999, 566, 572.

¹⁵⁶ *Fett/Spierung*, 9. Kapitel Rn. 174.

¹⁵⁷ MünchKommBGB/*Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 775; MünchKommBGB/*Martiny*, Art. 4 Rom I-VO Rn. 308.

¹⁵⁸ Siehe oben unter II. 1.

Fall 9. Der unfreiwillige Sponsor¹

Normenhierarchie im SE-Recht – Kapitalerhaltung im SE-Konzern – Konfliktpunkte mit der Kapitalrichtlinie – Bedeutung von § 4a GmbHG – Wegzugsmobilität und Niederlassungsfreiheit – Cartesio-Urteil – Anwachungsmodell – Internationales Insolvenzrecht – COMI – Gesellschafterdarlehen und Auslandsgesellschaft – Niederlassungsfreiheit

Sachverhalt

Aufgabe 1

Die Bavaria-Gesellschaft, eine Europäische Aktiengesellschaft (SE) mit Sitz in München, wird als 100 %-ige Tochtergesellschaft von der Holyrood-Ltd., einer Holding mit Sitz in Edinburgh, mittels Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag geleitet. In der Satzung der SE ist festgelegt, dass die Gesellschaft dem dualistischen System mit Leitungs- und Aufsichtsorgan folgt.

Wie jedes Jahr zum 31. Dezember steht das große Hogmanay Festival in Edinburgh an, welches dieses Jahr von der Holyrood-Ltd. ausgerichtet werden soll. Da jedoch noch nicht genügend Sponsoren zur Vorfinanzierung gefunden wurden, weist die Holyrood-Ltd. ihre Tochtergesellschaft an, sämtliche flüssigen Mittel in Form eines zinslosen Darlehens an die Holyrood-Ltd. abzuführen. Das Board der Holding stellt sich dabei auf den Standpunkt, dass nach dem in Schottland geltenden Gesellschaftsrecht ein solches Vorgehen ohne weiteres möglich sei. Da sich die finanzielle Lage der Holyrood-Ltd. derzeit aber nicht besonders gut gestaltet, weigert sich die Bavaria-SE, dieser „Bitte“ zu entsprechen. Nach erneuter Aufforderung durch die Holding-Ltd. wird es Hans Xaver – seinerseits Mitglied des Leitungsorgans der Bavaria-SE – zu bunt. Immerhin habe er auch ein paar Semester Jura studiert und in einer Vorlesung zum Gesellschaftsrecht gehört, dass in Deutschland – jedenfalls bei einer Aktiengesellschaft – nur der Bilanzgewinn ausgeschüttet werden dürfe. Da sich Hans Xaver nicht mehr sicher ist, ob er das auch richtig in Erinnerung hat, sucht er Sie auf und möchte von Ihnen wissen, ob die Bavaria-SE der Weisung der Holyrood-Ltd. nicht doch Folge leisten muss. Was raten Sie ihm?

(Hinweis: Auf mögliche Ansprüche gegen andere Beteiligte als die Holyrood-Ltd. ist nicht einzugehen. § 179a AktG ist vorliegend nicht einschlägig.)

Aufgabe 2

Nach Art. 1 Ziff. 2 MoMiG lautet § 4a GmbHG in seiner neuen Fassung: „Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt.“ Der bisherige Absatz 2 des § 4a GmbHG wird aufgehoben. Was ist das Regelungsziel dieser Änderung? Ist die Änderung geeignet, dieses Regelungsziel zu erreichen? Bedarf es überhaupt einer Änderung des nationalen Rechts?

¹ Die Aufgaben 1 und 2 waren Teil der Abschlussklausur zur Vorlesung „Europäisches und Internationales Unternehmensrecht“ (Sommersemester 2007) bei Prof. Dr. Horst Eidenmüller, LL.M. (Cambr.), Ludwig-Maximilians-Universität München.

[Hinweis: § 4a GmbHG a. F. lautete – Sitz der Gesellschaft –

(1) Sitz der Gesellschaft ist der Ort, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt.

(2) Als Sitz der Gesellschaft hat der Gesellschaftsvertrag in der Regel den Ort, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, oder den Ort zu bestimmen, an dem sich die Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird.]

Zusatzaufgabe: Heidi und Victoria (vgl. Fall 8) sind neben ihren anderen geschäftlichen Aktivitäten auch noch jeweils zu 50 Prozent Gesellschafterinnen an der Schrott-GmbH (S-GmbH) mit Sitz in München, die ausgeschiedene Casting-Bewerberinnen betreut. Nach den schlechten Erfahrungen mit Einlageforderungen soll die Finanzierung – auch angesichts der schwierigen Lage der GmbH – in Form von Darlehen der beiden an ihre Gesellschaft erfolgen. Die beiden erinnern sich allerdings düster an das deutsche Kapitalersatzrecht und wollen auf eine ausländische Rechtsform ausweichen. Folgende rechtliche Konstruktion soll daher Abhilfe schaffen: H und V gründen rasch eine englische Gesellschaft namens Trash-Ltd. (T-Ltd.; Sitz in London), an der sie jeweils zu 50% beteiligt sind. In diese Ltd. bringen sie alle Anteile an der S-GmbH ein, die Ltd. fungiert nunmehr als Holding. In einem zweiten Schritt wird die S-GmbH in eine KG umgewandelt, deren Kommanditistin die T-Ltd. ist. Als Komplementärin wird eine Unternehmergesellschaft von der Stange besorgt. Um das gesamte Vermögen der T-Ltd. zukommen zu lassen, tritt schließlich die Unternehmergesellschaft aus der KG aus. Trickreich an dieser Konstruktion sei – so die Meinung von H – dass der ganze Geschäftsbetrieb des Unternehmens in Deutschland verbleiben konnte und in London die Anmietung eines Briefkastens genügte.

Auf dieser Grundlage versuchen H und V, die T-Ltd. wieder aus der Krise zu führen und gewähren ihr ein Darlehen in Höhe von € 100.000. Trotzdem verschlechtert sich die Finanzlage der Ltd. kurz darauf derart massiv, dass H und V das Darlehen fällig stellen und sich zurückzahlen lassen. Dadurch sei man – wie V bei einem Glas Champagner bemerkt – „fein raus“. Vier Monate später ist die Gesellschaft schließlich völlig am Ende: Die Steuerbehörde stellt einen Insolvenzantrag, und das Amtsgericht München (Insolvenzgericht) eröffnet Tags darauf das Insolvenzverfahren über die T-Ltd. Insolvenzverwalterin Vroni wird auf die Darlehensrückzahlung aufmerksam und möchte von Ihnen wissen, ob sie mittels einer Anfechtung die € 100.000 zurück in die Insolvenzmasse holen könne. Der „Umzug“ nach England sei ihrer Meinung nach komplett fehlgeschlagen. Daran könne auch die Niederlassungsfreiheit nichts ändern.

Kann die Insolvenzverwalterin mit Hilfe einer Insolvenzanfechtung die Rückführung der € 100.000 in die Insolvenzmasse verlangen? § 133 InsO ist nicht zu prüfen.

Lösung

Aufgabe 1

Der Ausreichung des Darlehens durch die Bavaria-Gesellschaft SE an die Holyrood-Ltd. könnte das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 57 I 1 AktG entgegenstehen.

I. Anwendbarkeit des § 57 I 1 AktG

§ 57 AktG müsste auf die SE anwendbar sein. Für die Kapitalerhaltung sind gem. Art. 5 SE-VO die für eine Aktiengesellschaft mit Sitz in dem Mitgliedstaat, in dem die SE eingetragen ist, geltenden Vorschriften anzuwenden. Damit ist § 57 I 1 AktG anwendbar.

II. Voraussetzungen des § 57 I 1 AktG

Dessen Tatbestandsvoraussetzungen müssten erfüllt sein.

1. Einlagenrückgewähr

Dies erscheint fraglich, da sich die Muttergesellschaft ein Darlehen ausbezahlen lässt und gerade keine Einlage zurückgewährt wird. § 57 I 1 AktG verbietet aber jede offene oder verdeckte Leistung (sog. verdeckte Gewinnausschüttung) aus dem Vermögen der Aktiengesellschaft, die an einen Aktionär erbracht wird, wenn sie außerhalb der ordnungsgemäßen Ausschüttung des Bilanzgewinns erfolgt und nicht ausnahmsweise auf Grund einer speziellen gesetzlichen Regelung zugelassen ist.²

Bei der Auszahlung eines Darlehens ist aber fraglich, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. Der SE steht ein Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens zu, welcher nominal dem ausbezahlten Betrag entspricht. Damit könnte es sich bei dem Geschäft um einen bloßen Aktivtausch gehandelt haben, welcher das Vermögen der Gesellschaft nicht schmälert.

Zwar hat der BGH in seiner November-Entscheidung³ festgestellt, dass bei einer Darlehensgewährung der Gesellschaft an einen Gesellschafter eine bilanzielle Betrachtung nicht erfolgt. Hinter der Entscheidung stand der Gedanke, dass der Austausch liquider Haftungsmasse gegen einen zeitlich hinausgeschobenen schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch die Vermögenslage der Gesellschaft und die Befriedigungsaussichten der Gläubiger verschlechtert.⁴ Die Gläubiger des Gesellschafters erlangen dadurch zum Nachteil der Gläubiger der Gesellschaft einen vollstreckungs- und insolvenzrechtlich vorrangigen Zugriff auf Vermögenswerte der Gesellschaft.

Diese Rechtsprechung wurde durch das MPS-Urteil⁵ aufgegeben. Schon nach altem Recht musste für die Frage, ob eine nach § 57 I AktG verbotene Leistung i. S. d. § 62 I AktG vorliegt, eine rein bilanzielle Betrachtung erfolgen. Nach Einführung des § 57 I 3 Alt. 2 AktG ist diese nunmehr gesetzlich vorgeschrieben.⁶ Entscheidend ist, ob die Darlehensauszahlung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gegen die Ltd. gedeckt ist. Der BGH hat den Begriff der „Vollwertigkeit“ definiert. Maßstab sei eine vernünftige kaufmännische Beurteilung, wie sie auch bei der Bewertung von Forderungen aus Drittgeschäften im Rahmen der Bilanzierung (§ 253 HGB) maßgeblich ist. Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Darlehensrückzahlung ist demgegenüber nicht erforderlich.⁷

Allerdings befindet sich die Holyrood-Ltd. in einer schwierigen finanziellen Lage. Der Rückgewähranspruch kann nicht als vollwertig betrachtet werden.⁸ Insoweit liegt eine wertmäßige Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens vor.

² Siehe hierzu und zu den weiteren Prüfungspunkten bei einer verdeckten Gewinnausschüttung bereits ausführlich Fall 4.

³ BGHZ 157, 72 (zu § 31 GmbHG a. F.).

⁴ BGHZ 157, 72, 76.

⁵ BGH WM 2009, 78.

⁶ Knapp, DSStR 2008, 2371, 2372.

⁷ BGH WM 2009, 78 – hier zwar zu § 311 AktG, aber mit auf das Kriterium der Vollwertigkeit bezogene Begründung.

⁸ Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 30 GmbHG Rn. 98.

Darüber hinaus müsste nach den Bilanzierungsregeln des § 253 IV HGB eine Abzinsung erfolgen, wenn die Laufzeit des Darlehens mehr als ein Jahr beträgt.⁹ Bei längerer Laufzeit müssen unverzinsten Darlehen auf den Barwert abgezinst werden.¹⁰

Damit liegt bei bilanzieller Betrachtung eine Verringerung des Gesellschaftsvermögens vor.

2. Drittvergleich und Deckungsgebot

Ob nach der Änderung des § 57 I 3 Alt. 2 AktG weiterhin erforderlich ist, dass die Leistung einem Drittvergleich nicht standhält, ist umstritten.¹¹ In § 57 I 3 Alt. 2 AktG wird ein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gefordert, der die Leistung aus dem Vermögen der Gesellschaft deckt. Fraglich ist, ob sich das Deckungsgebot auch auf den Rückgewähranspruch bezieht und daher auch im Falle einer Darlehensgewährung der Gesellschaft an ihren Gesellschafter eine marktübliche Verzinsung erforderlich ist. Gegebenenfalls wäre zu prüfen, ob die Höhe der Verzinsung einem Drittvergleich standhält. Die Gesetzesbegründung und einige Autoren wollen das Deckungsgebot allerdings nur auf den Gegenleistungsanspruch beziehen.¹² Hier soll allein eine bilanzielle Betrachtung ausreichen. Dagegen spricht aber der Wortlaut der Norm, der nicht erkennen lässt, wieso das Deckungsgebot nicht auch im Rahmen des Rückgewähranspruchs berücksichtigt werden soll.¹³

Die Problematik stellt sich insbesondere bei der Gewährung eines kurzfristigen unverzinslichen Darlehens an einen Gesellschafter, etwa im Rahmen eines sog. Cash-Pools. Diese Darlehen sind nicht gem. den Bilanzierungsregeln des § 253 IV HGB abzuzinsen. Allerdings liegt hier ein längerfristiges Darlehen vor, weshalb schon keine Vollwertigkeit vorliegt.

Folgt man der Auffassung, dass auch ein Darlehensrückgewähranspruch die dem Aktionär gewährte Leistung decken muss, so wäre auch gegen das Deckungsgebot verstoßen worden. Bei einem zinslosen Darlehen fehlt es völlig an einer Gegenleistung. Dies hat im Zweifel die Nichtigkeit des gesamten Vertrags gem. §§ 134, 139 BGB¹⁴ zur Folge.

3. Subjektives Element

Fraglich ist die Erforderlichkeit eines subjektiven Elements. Überwiegend wird dies mit der Begründung verneint, dass sonst der Vermögensschutz zu Gunsten der Gläubiger zu lückenhaft sei. Das AktG geht vielmehr von einer objektiven Vermögensbindung aus.¹⁵ Hierfür spricht auch der Umkehrschluss zu § 62 I 2 AktG, der den Aktionären nur in einem eng begrenzten Fall die Möglichkeit der Entlastung bietet.¹⁶

III. Ausschluss gem. § 57 I 3 AktG

Möglicherweise ist die Auszahlung der Darlehensvaluta aber gem. § 57 I 3 Alt. 1 AktG zulässig. Hiernach verstoßen Leistungen bei bestehendem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag gem. § 291 AktG nicht gegen § 57 I 1 AktG.

⁹ Baumbach/Hopt/Merkel, § 253 HGB Rn. 23.

¹⁰ Zur Diskussion vgl. Roth/Altmeyden/Altmeyden, § 30 GmbHG Rn. 116 ff.

¹¹ Vergleiche dazu Fall 4.

¹² RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, 41; Altmeyden, ZIP 2009, 49, 52 ff.; Drygala/Kremer, ZIP 2007, 1289, 1293.

¹³ Eusani, GmbHR 2009, 795, 799.

¹⁴ Zur Rechtsfolge bei Verstößen gegen § 57 I AktG vgl. Hüffer, § 57 AktG Rn. 23 f.

¹⁵ Hüffer, § 57 AktG Rn. 10 f.

¹⁶ MünchKommAktG/Bayer, § 57 AktG Rn. 45.

1. Anwendbarkeit der §§ 57 I 3, 291 ff. AktG

Die §§ 57 I 3, 291 ff. AktG müssten als konzernrechtliche Vorschriften auf die Bavaria-Gesellschaft SE anwendbar sein.

a) Recht der Tochter-Gesellschaft

Fraglich ist zunächst, welche Rechtsordnung für das SE-Konzernrecht maßgeblich ist. In Betracht kommt das Recht der herrschenden Mutter oder der beherrschten Tochter.

Die SE-VO enthält keine ausdrückliche Regelung hierzu. Nach den Erwägungsgründen 15 – 17 SE-VO bestimmt sich das anwendbare Recht nach den Vorschriften und allgemeinen Grundsätzen des Internationalen Privatrechts des beherrschten Unternehmens. Da es sich um eine SE mit Sitz in Deutschland handelt, sind die für deutsche Aktiengesellschaften geltenden international-privatrechtlichen Grundsätze anzuwenden. Nach deutschem Internationalen Privatrecht richtet sich das Konzernrecht nach dem Recht der Tochtergesellschaft.¹⁷

b) Anwendung deutschen Aktienkonzernrechts

Fraglich ist aber weiter, wie man zur Anwendung des deutschen Aktienkonzernrechts gelangt.¹⁸

Einmal kommt eine unmittelbare Anwendbarkeit des deutschen Aktienkonzernrechts aufgrund des (deutschen) Internationalen Privatrechts (als Teil des Rechts der Tochter-SE) in Betracht.¹⁹ Andererseits könnte man über die Verweisungsnorm des Art. 9 I lit. c. ii SE-VO direkt auf das deutsche Konzernrecht zurückgreifen.²⁰

Für erstgenannte Ansicht spricht, dass in der SE-VO, abgesehen von Fragen der Konzernrechnungslegung (Art. 61, 62 SE-VO) das Konzernrecht gerade nicht geregelt werden sollte. Da somit schon der Anwendungsbereich der SE-VO nicht eröffnet ist, kann auch Art. 9 I lit. c. ii SE-VO nicht eingreifen.²¹ Für diese Sichtweise sprechen schließlich auch die Erwägungsgründe 15 – 17 der SE-VO.²²

Andererseits legt der Wortlaut des Art. 9 I lit. c. ii SE-VO dessen Anwendbarkeit nahe, da gerade das Konzernrecht ein nicht von der SE-VO geregelter Bereich ist.²³ Zwar ist bspw. auch das Steuer- oder Insolvenzrecht von der SE-VO nicht geregelt.²⁴ In diesen Fällen ist Art. 9 SE-VO nicht anwendbar, sondern es wird hier davon ausgegangen, dass diese Bereiche schon außerhalb des Regelungsbereichs der SE-VO liegen.²⁵ Allerdings enthielten frühere Entwürfe der SE-VO durchaus konzernrechtliche Bestimmungen.²⁶ Dies spricht dafür, das Konzernrecht als nicht geregelten Bereich i. S. d. Art. 9 I lit. c. ii SE-VO anzusehen und über diese Verweisungsnorm zur Anwendung des deutschen Rechts zu kommen.²⁷

¹⁷ Dazu ausführlich Fall 4.

¹⁸ Zu diesem Problem vgl. Langenbucher/Engert, § 5 Rn. 112 ff.

¹⁹ Habersack, ZGR 2003, 724, 727 m. w. N.; siehe auch Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff/Teichmann, Art. 9 SE-VO Rn. 23.

²⁰ Hommelhoff, AG 2003, 179, 180.

²¹ Jaecks/Schönborn, RIW 2003, 254, 255 ff.; Casper, FS Ulmer, 2003, 51, 67.

²² Ebert, BB 2003, 1854, 1856.

²³ Veil, WM 2003, 2169, 2172; Hommelhoff, AG 2003, 179, 180.

²⁴ Erwägungsgrund 20.

²⁵ Ebert, BB 2003, 1854, 1856.

²⁶ Zur Entstehungsgeschichte vgl. MünchKommAktG/Altmeyen, Anh. Art. 9 SE-VO Rn. 1 ff.

²⁷ Veil, WM 2003, 2169, 2172.