

Konzern- und Umwandlungsrecht

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Einheit 5: Faktische Konzerne (Teil 1/2)



Einheit 5: Faktische Konzerne (1/2)

Übersicht zur heutigen Veranstaltung

I. Einführung

Bei dem sog. **regulären faktischen Konzern** behandeln wir:

II. Konzernleitung

III. Nachteil und Ausgleich

In der nächsten Einheit werden wir uns schwerpunktmäßig mit der **Sonderform** befassen:

IV. Qualifizierter faktischer Konzern

I. Einführung

1. Die §§ 311 ff. AktG im Normgefüge

- Die durch den Mehrheitsbesitz vermittelte **Möglichkeit**, beherrschenden Einfluss auszuüben (§ 17 I AktG), wird **sehr unterschiedlich gehandhabt**.
- Die Bandbreite reicht von einer **lockeren Koordination** der zur Unternehmensgruppe gehörenden Unternehmen bis hin zu einer **streng hierarchischen Struktur** und Zentralisierung aller Entscheidungsbefugnisse und finanziellen Dispositionen bei der Gruppenspitze.
- Das Aktiengesetz will diesen unterschiedlichen Strukturen durch das Angebot von **drei Gestaltungsformen** Rechnung tragen, nämlich die Eingliederung (§§ 319 ff. AktG), den Vertragskonzern (§§ 291 ff. AktG) und den faktischen Konzern (§§ 311-318 AktG).

I. Einführung

1. Die §§ 311 ff. AktG im Normgefüge

Die **Eingliederung** und der **Vertragskonzern** weisen **drei strukturelle Gemeinsamkeiten** auf:

- Soweit das herrschende Unternehmen die Leitungsmacht über das abhängige Unternehmen ausübt, verdrängen die **§§ 308, 323 I 1, 2 AktG** die Regelungen, die grds. die Eigenverantwortlichkeit sicherstellen (§§ 76 I, 111 IV AktG).
- Die Vermögensbindung bei dem abhängigen Unternehmen (§§ 57 ff. AktG) ist zugunsten des herrschenden Unternehmens aufgehoben, **§§ 291 III, 323 II AktG**.
- In der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft darf das herrschende Unternehmen – entgegen den §§ 117, 243 II AktG – sog. **Konzerninteressen** auch dann verfolgen, wenn diese den Interessen des abhängigen Unternehmens widersprechen und ggf. einen Schaden verursachen (**§ 117 VII AktG**).

I. Einführung

1. Die §§ 311 ff. AktG im Normgefüge

Der **Vergleich mit den §§ 311 ff. AktG** offenbart eine im Grundsatz **abweichende Konzeption** des faktischen Konzerns:

- Die §§ 311 ff. AktG knüpfen an die **bloße Abhängigkeit** (§ 17 I AktG) an, erfordern also nicht, dass der beherrschende Einfluss tatsächlich ausgeübt wird.
- Nach **§ 311 I AktG** darf die Konzernleitung grds. nicht zum Nachteil des abhängigen Unternehmens ausgeübt werden.
- Die unternehmerische Eigenständigkeit dokumentiert der **Abhängigkeitsbericht** (§ 312 AktG), in dem jährlich alle konzern-internen Rechtsgeschäfte und Maßnahmen und Nennung der Vor- und Nachteile anzugeben sind.
- Dies lässt erkennen, dass die §§ 311 ff. AktG – im Gegensatz zu den §§ 291 ff., 319 ff. AktG – die **unternehmerische Eigenständigkeit** des abhängigen Unternehmens unberührt lassen.

I. Einführung

2. Verwässerung der Systematik

- Das grds. Verbot von Weisungen und sonstigen Maßnahmen, die für das abhängige Unternehmen nachteilig sind, wird **in § 311 I a. E. AktG erheblich gelockert**.
- Der Ausgleich kann nach **§ 311 II AktG** vertraglich gestaltet und ggf. zeitlich gestreckt werden.
- Die mit dieser Regelung einhergehenden Gestaltungsspielräume haben **in der Praxis** dazu geführt, dass die §§ 311 ff. AktG – ähnlich einem Beherrschungsvertrag – die §§ **57 ff. AktG verdrängen** und die allgemeinen Haftungsregelungen der §§ **93, 116, 117 AktG modifizieren**.

I. Einführung

3. GmbH als abhängiges Unternehmen

- Die GmbH eignet sich in besonderem Maße als Rechtsträger des abhängigen Unternehmens. Ursächlich hierfür ist das Recht der **Gesellschaftsversammlung** dem Geschäftsführer der GmbH – wie in **§ 37 GmbHG** vorausgesetzt – **Weisungen zu erteilen**.
- Gleichwohl enthält das GmbHG **keine den §§ 311 ff. AktG ver-gleichbaren Regelungen**. Grund hierfür ist nicht zuletzt die konzeptionelle Unstimmigkeit der §§ 311 ff. AktG (s. o.).
- Einer analogen Anwendung der §§ 311 ff. AktG steht entgegen, dass es sich um eine „**bewusste**“ **Regelungslücke** handelt.
- Zum Schutz der (Minderheits-)Gesellschafter und GmbH-Gläubiger ist daher auf **allgemeine gesellschaftsrechtliche Prinzipien** zurückzugreifen, nämlich die Treuepflicht, das Gleichbehandlungsgebot sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

I. Einführung

4. Qualifizierte faktische Konzerne

- Der Ausgleich von Nachteilen (§ 311 I a. E., II AktG) setzt voraus, dass die auf der Weisung beruhenden Nachteile **isoliert** und **vermögensmäßig ex ante quantifiziert** werden können.
- Konzernleitende Maßnahmen (z. B. Weisung ein bestimmtes Produkt herzustellen und zu vertreiben) sind **nicht selten zunächst neutral**, die Entwicklung ungewiss und von später eintretenden Umständen abhängig.
- **Isolierbar** sind die Nachteile nur, wenn sich die Initiative des herrschenden Unternehmens auf wenige **abgrenzbare Fälle** beschränkt, deren Auswirkungen sich verfolgen lassen. Voraussetzung hierfür ist die fortbestehende **wirtschaftliche Selbstständigkeit des abhängigen Unternehmens**.

Einheit 5: Faktische Konzerne (1/2)

I. Einführung

4. Qualifizierte faktische Konzerne

- Der Ausgleich von Nachteilen (§ 311 I a. E., II AktG) setzt voraus, dass die auf der Weisung beruhenden Nachteile **isoliert** und **vermeidbar** sein können.
- Konzernleitende Unternehmen dürfen kein Produkt herzustellen, das dem Konzernmitglied **zunächst neu** eintretenden Nachteilen ausgesetzt sein kann.
- **Isolierbar** sind die von dem herrschenden Unternehmen beschrankt, deren Aufgaben sich verfolgen lassen. Voraussetzung hierfür ist die fortbestehende **wirtschaftliche Selbstständigkeit** des abhängigen Unternehmens.

Diese Voraussetzungen in Bezug auf den Nachteilsausgleich lassen erkennen, dass die §§ 311 ff. AktG nur für **dezentral und locker geführte abhängige Unternehmen** passen.

I. Einführung

4. Qualifizierte faktische Konzerne

- Nicht selten wird der beherrschende Einfluss (§ 17 I AktG) zu einer **laufenden Steuerung** und **inneren Umgestaltung des abhängigen Unternehmen** genutzt.
- Dieser äußert sich insbesondere in:
 - der Veränderung der Bezugsquellen und Vertriebswege,
 - der Teilnahme an einem konzerninternen cash pool
 - der Einbindung in eine zentrale Datenspeicherung und Datenverarbeitung sowie
 - der Vereinheitlichung der Finanz- und Personalplanung.
- Diese Verbände werden als **qualifizierte faktische Konzerne** bezeichnet.
- Deren rechtliche Eigenart besteht darin, dass die **§ § 311 ff. AktG aus tatsächlichen Gründen ins Leere laufen**. Die Schließung diese „Lücke“ ist umstritten (dazu Einheit 6).

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

1. Herrschendes Unternehmen

- Die Beteiligung wird durch den Vorstand des herrschenden Unternehmens verwaltet. Als **vertretungsberechtigtes Organ** (§ 78 AktG) übt er die Stimmrechte in dem abhängigen Unternehmen aus.
- Nach h. M. ist der Vorstand nicht nur berechtigt, sondern nach **§ 76 I AktG** auch **verpflichtet**, die Leitungsmacht in dem abhängigen Unternehmen auszuüben (sog. **konzernbezogene Führungsverantwortung**).
- Die Leitungsmacht besteht nur in den **Grenzen des § 311 AktG**. Innerhalb dieser Grenzen kann sich der Vorstand auf die *business judgement rule* (§ 93 I 2 AktG) berufen.

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

1. Herrschendes Unternehmen

Mit der konzernbezogenen Führungsverantwortung gehen für den **Vorstand** des herrschenden Unternehmens **erhöhte Haftungsrisiken** einher:

- Fügt er dem abhängigen Unternehmen nicht ausgleichsfähige Nachteile zu, löst er nach **§ 317 I, III AktG** die Haftung des herrschenden Unternehmens und des Vorstands selbst gegenüber **dem abhängigen Unternehmen** aus.
- Erleidet auch das herrschende Unternehmen einen Schaden (z. B. den Haftungsschaden, § 317 I AktG), haftet der Vorstand auch **dem herrschenden Unternehmen** nach **§ 93 II 1 AktG**.

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

1. Herrschendes Unternehmen

Mit der konzernbezogenen Führungsverantwortung gehen für den **Vorstand** des herrschenden Unternehmens **erhöhte Haftungsrisiken** einher:

- Fügt er dem abhängigen Unternehmen nicht ausgleichsfähige Nachteile zu, löst er nach **§ 317 I, III AktG** die Haftung des Vorstands des herrschenden Unternehmens und des Vorstands des abhängigen Unternehmens aus.
- Erleidet auch ein abhängiges Unternehmen Schaden (z.B. Vermögensminderung), haftet der **Vorstand**, sondern auch der **Aufsichtsrat, § 116 Satz 1 AktG**.
Unternehmen nach **§ 93 II 1 AktG**.

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

2. Abhängiges Unternehmen

- Der durch die Beteiligung vermittelte Einfluss wird in **§ 311 AktG** durch das **grds. Verbot der Nachteilzufügung** beschränkt (dazu sogleich a).
- Im Übrigen befinden sich die Organmitglieder des abhängigen Unternehmens in einem Interessenkonflikt, nämlich zwischen dem vom herrschenden Unternehmen geprägten sog. **Konzerninteresse** und dem nicht selten abweichenden **Interesse des abhängigen Unternehmens**.
- Dieser Konflikt hat **Modifikationen** der dem Vorstand und dem Aufsichtsrat obliegenden **Pflichten** zur Folge:
 - b) Verantwortlichkeit des Vorstands
 - c) Überwachung durch den Aufsichtsrat

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

2. Abhängiges Unternehmen

a) Verbot der Nachteilszufügung

- Im faktischen (Aktien-)Konzern steht dem herrschenden Unternehmen – im Gegensatz zum Vertragskonzern und zur Eingliederung (§ § 308 I, 323 I 1 AktG) – **kein Weisungsrecht** zu.
- Die Einflussnahme ist auf **informelle Durchsetzungsmöglichkeiten** beschränkt, insbesondere die Personalhoheit der Hauptversammlung über die Besetzung des Aufsichtsrats.
- Allgemein gilt, dass dem abhängigen Unternehmen durch den Einfluss des herrschenden Unternehmens nach **§ 311 I AktG grds. kein Nachteil** entstehen darf.
- M.a.W.: Das Interesse des abhängigen Unternehmen ist grds. dem Konzerninteresse übergeordnet.

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

2. Abhängiges Unternehmen

a) Verbot der Nachteilszufügung

Das grds. Verbot der Nachteilszufügung (§ 311 I AktG) impliziert **zwei Grenzen**:

(1) Isolierbarkeit

- Nach § 311 I AktG muss für jede Maßnahme des Einflusses festgestellt werden, **ob** sie für die abhängige Gesellschaft **nachteilig** ist oder nicht.
- Dies setzt voraus, dass sich ihre **Wirkungen isolieren** lassen.
- Daraus folgt, dass der Einfluss nur auf **abgrenzbare Maßnahmen** zielen darf, z. B. die Herstellung eines bestimmten Produkts, den Abschluss eines bestimmten Liefervertrags.

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

2. Abhängiges Unternehmen

a) Verbot der Nachteilszufügung

Das grds. Verbot der Nachteilszufügung (§ 311 I AktG) impliziert **zwei Grenzen**:

(2) Quantifizierbarkeit

- Die Nachteilszufügung ist – ausweislich § 311 I a. E., II AktG – **ausnahmsweise zulässig**, wenn ...
 - der Nachteil (abstrakt) ausgleichbar ist, also quantifiziert werden kann, und
 - das (konkrete) herrschende Unternehmen diesen ausgleichen kann und will.
- Für **nicht ausgleichsfähige Nachteile** ist das herrschende Unternehmen dem abhängigen Unternehmen nach **§ 317 I AktG** zum Schadensersatz verpflichtet.

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

2. Abhängiges Unternehmen

b) Verantwortlichkeit des Vorstands

- Im Gegensatz zum Vertragskonzern und zur Eingliederung unterliegt der Vorstand des abhängigen Unternehmens im (bloß) faktischen Konzern **keinen Weisungen**. Er hat dieses **eigenständig zu leiten** (§ 76 I AktG).
- Maßgeblich (§ 93 I 1 AktG) ist daher grds. nur das **Interesse des abhängigen Unternehmens**.
- Wird der **beherrschende Einfluss ausgeübt**, muss der Vorstand prüfen, ob damit **Nachteile** verbunden sind. Nur wenn dies zu verneinen ist oder die Nachteile rechtzeitig **ausgeglichen** werden, darf (und hat) er diesen nachzugeben.

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

2. Abhängiges Unternehmen

c) Überwachung durch den Aufsichtsrat

- Maßstab für die Kernaufgabe des Aufsichtsrats (**§ 111 I AktG**) bleibt das Interesse des abhängigen Unternehmens (**§ 116 Satz 1 i.V.m. § 93 I 1 AktG**).
- Lediglich der **Prüfungsumfang** wird durch den Eintritt in den faktischen Konzern geringfügig **erweitert**.
Im Einzelnen:
 - Wird der beherrschende Einfluss ausgeübt, hat der Aufsichtsrat auch evtl. **Nachteile** und deren **recht-zeitige Ausgleich** zu prüfen (s. o.).
 - Außerdem hat der Aufsichtsrat den **Abhängigkeitsbericht** (**§ 314 AktG**) zu prüfen. Für Versäumnisse haftet er nach **§ 318 II AktG**.

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

2. Abhängiges Unternehmen

Exkurs: Personelle Verflechtung

- Der Interessenkonflikt, in dem sich die Organwalter des abhängigen Unternehmens befinden, verstärkt sich, wenn sie zugleich Organmitglieder bei dem herrschenden Unternehmen sind. Dieser sog. **Doppelmandats-Verbund** hat sich in der Praxis bewährt.
- Die h. M. differenziert **zwei Sphären**:
 - Bei Tätigkeiten in der **Sphäre des abhängigen Unternehmens** ist das Organmitglied ausschließlich dem Interesse des abhängigen Unternehmens verpflichtet.
 - Bei Tätigkeiten in der **Sphäre des herrschenden Unternehmens** ist das Organmitglied hingegen ausschließlich dem Konzerninteresse verpflichtet.
 - Besteht in einem TOP ein **nicht auflösbarer Konflikt**, unterliegt das Organmitglied einem (ungeschriebenen) **Stimmverbot**. Ist der Konflikt von Dauer, muss das (Zweit-)Mandat **niedergelegt** werden.

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

2. Abhängiges Unternehmen

Exkurs: Personelle

- Der Interessenkonflikt des Organmitglieds zwischen dem Interesse des abhängigen Unternehmens bei der Erfüllung des **Doppelmandats** und dem Konzerninteresse.
 - Die h. M. differenzieren zwischen zwei Fällen:
 - Bei Tätigkeiten in der **Sphäre des abhängigen Unternehmens** ist das Organmitglied ausschließlich dem Interesse des abhängigen Unternehmens verpflichtet.
 - Bei Tätigkeiten in der **Sphäre des herrschenden Unternehmens** ist das Organmitglied hingegen ausschließlich dem Konzerninteresse verpflichtet.
 - Besteht in einem TOP ein **nicht auflösbarer Konflikt**, unterliegt das Organmitglied einem (ungeschriebenen) **Stimmverbot**. Ist der Konflikt von Dauer, muss das (Zweit-)Mandat **niedergelegt** werden.

Die Lösung des „Ernstfalls“ **konfligiert mit dem Ziel**, dieses Instrument für die Koordination der Unternehmen und die Durchsetzung der Konzernpolitik zu nutzen.

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

3. GmbH als abhängiges Unternehmen

- Die gesellschaftsrechtliche (Mehrheits-)Beteiligung (§§ 16, 17 AktG) ermöglicht es dem herrschenden Unternehmen die **Gesellschaftsversammlung** – vorbehaltlich bestehender Stimmverbote (§ 47 IV GmbHG) – **zu dominieren** und dem Geschäftsführer **Weisungen zu erteilen** (§ 37 GmbHG).
- Dieser beherrschende Einfluss findet keine Schranke in den §§ 311 ff. AktG. Die Vorschriften finden auf eine GmbH als Rechtsträger des abhängigen Unternehmens auch keine analoge Anwendung (s. o.).
- Aber: Eine wesentliche Grenze ergibt sich aus der **Treuepflicht** gegenüber den Minderheitsgesellschaftern des abhängigen Unternehmens.
- Diese verlangt eine abhängige GmbH grds. so zu führen, wie es in deren **eigenem Interesse** liegt, d. h., dass ihre **wirtschaftliche Stabilität**, ihre **Ertragskraft** und ihre **Zukunftsaussichten** nicht gemindert werden.

II. Konzernleitung im regulären f. Konzern

3. GmbH als abhängiges Unternehmen

- Eine Personengesellschaft (z. B. OHG, KG, KGaA) ist ein abhängiges Unternehmen (§§ 16, 17 AktG), wenn die **Ge-**...
der Stimm-...
m Ge-...
G).
- Eine Ausnahme gilt für die **Ein-Personen-GmbH**. Da diese über keine schutzbedürftigen Minderheitsgesellschafter verfügt, entfällt die Treuepflicht als Restriktion für den beherrschenden Einfluss. (z. B. GmbH als... keine... analoge Anwendung (s. o.).
- Aber: Eine wesentliche Grenze ergibt sich aus der **Treuepflicht** gegenüber den Minderheitsgesellschaftern des abhängigen Unternehmens.
- Diese verlangt eine abhängige GmbH grds. so zu führen, wie es in deren **eigenem Interesse** liegt, d. h., dass ihre **wirtschaftliche Stabilität**, ihre **Ertragskraft** und ihre **Zukunftsaussichten** nicht gemindert werden.

III. Nachteil und Ausgleich

1. Begriff des Nachteils

- Ein Nachteil i.S.d. § 311 I AktG liegt vor, wenn sich die **Vermögenslage** oder die **Ertragsaussichten** der abhängigen Gesellschaft **verschlechtert**.
- Die Frage nach dem „Ob“ eines Nachteils ist **ex ante** im Zeitpunkt der **Vornahme des Einflusses** zu beurteilen.
- Daher ist eine **konkrete Gefährdung** ausreichend.
- **Keine Nachteile** sind demnach (auch) Initiativen des herrschenden Unternehmens, die sich *ex ante* als günstig oder zumindest neutral für das abhängige Unternehmen darstellen und sich erst später als verlustbringend herausstellen.

Einheit 5: Faktische Konzerne (1/2)

III. Nachteile

1. Bei

- Hier zeigt sich, dass das herrschende Unternehmen im **faktischen Konzern** das **unternehmerische Risiko** des abhängigen Unternehmens nicht übernimmt. Es verbleibt bei dem abhängigen Unternehmen.
- Für den **Vertragskonzern** ergibt sich Gegenteiliges daraus, dass das herrschende Unternehmen nach **§ 302 AktG** zum Verlustausgleich verpflichtet ist. Für den faktischen Konzern existiert (konsequenterweise) eine vergleichbare Regelung.
- In der Praxis ist dies zu beurteilen.
- Daher ist eine **konkrete Gefährdung** ausreichend.
- **Keine Nachteile** sind demnach durch (strategische) Initiativen des herrschenden Unternehmens, die sich *ex ante* als günstig oder zumindest neutral für das abhängige Unternehmen darstellen und sich erst später als verlustbringend herausstellen.

III. Nachteil und Ausgleich

1. Begriff des Nachteils

Hinsichtlich des Nachteils ist – ausweislich des Wortlauts von § 311 I **AktG** – zu unterscheiden, ob der beherrschende Einfluss für die Vornahme eines **Rechtsgeschäfts** oder einer sonstigen **Maßnahme** benutzt wird.

a) Rechtsgeschäft

- Für jedes Rechtsgeschäft ist anhand eines Vergleichs zu ermitteln, ob es einen Nachteil darstellt.
- Hierfür wird auf die Grundsätze zur Beurteilung einer **verdeckten Gewinnausschüttung** zurückgegriffen, namentlich den sog. **Markt- bzw. Drittvergleich** („Würde ein unabhängiger Dritter das Geschäft zu gleichen Konditionen abschließen?“).
- Rechtsgeschäfte, die zwar einem Marktvergleich standhalten, aber die **Struktur oder Marktlage** des abhängigen Unternehmens **langfristig verschlechtern** (z. B. langfristige Bindung an einen Zulieferer), begründen **keinen quantifizierbaren und ausgleichsfähigen Nachteil**. Ihnen steht § 311 I AktG nicht entgegen.

III. Nachteil und Ausgleich

1. Begriff des Nachteils

b) Sonstige Maßnahmen

- Eine sonstige Maßnahme ist für das abhängige Unternehmen nachteilig, wenn sie mit **erheblichen Risiken** behaftet ist, ohne dass diesen **gleichwertige Ertragschancen** gegenüberstehen.
- Diese Feststellung erfordert eine **betriebswirtschaftliche Prognose**.
- Gelangt diese zu dem Ergebnis, dass die Maßnahme **erfolgversprechend** ist, so dass ein **unabhängiges Unternehmen** den gleichen Weg hätte beschreiten können (**§ 93 I 1, 2 AktG**), ist der Einfluss zulässig. Das unternehmerische Risiko der Maßnahme trägt das abhängige Unternehmen (siehe **§ 317 II AktG**).

III. Nachteil und Ausgleich

1. Begriff des Nachteils

Beispiele aus der Rechtsprechung:

- **BGHZ 65, 15 ff. (ITT)**: Auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens hatte das abhängige Unternehmen (GmbH) eine sog. Konzernumlage zu leisten, der keine angemessene Gegenleistung gegenüberstand.
- **BGHZ 190, 7 ff. (Telekom III)**: Der Bund veranlasste die von ihm abhängige Telekom AG, ihr und der KfW gehörende Aktien in den USA an Privatanleger zu veräußern (*private placement*). In dem Prospektrisiko sah der BGH einen ausgleichspflichtigen Nachteil.

III. Nachteil und Ausgleich

2. Ausgleichspflicht

Die Pflicht des herrschenden Unternehmens, einen (zulässigen, s. o.) Nachteil auszugleichen, impliziert **§ 311 I AktG**.

a) Zeitlicher Horizont

- Der Nachteil muss nach § 311 II 1 AktG **bis zum Ende des laufenden Geschäftsjahres** ausgeglichen werden.
- In der Zusammenschau von § 311 II 1 und Satz 2 AktG kann der Ausgleich entweder
 - **tatsächlich** (Alt. 1) oder
 - in der Weise erfolgen, dass der abhängigen Gesellschaft ein **Rechtsanspruch auf Ausgleich** eingeräumt wird (§ 311 II 2 AktG). In dem hierfür erforderlichen Vertrag müssen auch der Zeitpunkt sowie die Art des Nachteilsausgleichs festgelegt werden (§ 311 II 1 Alt. 2 AktG).

III. Nachteil und Ausgleich

2. Ausgleichspflicht

b) Art des Ausgleichs

Hinsichtlich der Art des Ausgleichs ist zwischen Rechtsgeschäften und sonstigen Maßnahmen zu unterscheiden:

- Bei nachteiligen **Rechtsgeschäften** ist der Nachteil i.d.R. nur quantifizierbar (s. o.), wenn dessen Wert beziffert werden kann. Der Ausgleich erfolgt dann durch die **Zahlung eines Geldbetrags** oder andere vermögenswerte Leistungen.
- Bei **sonstigen Maßnahmen** erfolgt der Nachteilsausgleich i.d.R. dadurch, dass das abhängige Unternehmen **von Risiken freigestellt** wird. Hierfür genügt es, dass das herrschende Unternehmen sich verpflichtet, die Risiken finanziell abzudecken (z. B. Bestellung von Sicherheiten).

III. Nachteil und Ausgleich

2. Ausgleichspflicht

b) Art des Ausgleichs

Hinsichtlich der Art des Ausgleichs ist zwischen Rechtsgeschäften und sonstigen Maßnahmen zu unterscheiden:

- Bei nachteiligen **Rechtsgeschäften** ist der Nachteil i.d.R. nur quantifizierbar (s. o.), wenn dessen Wert beziffert werden kann. Der Ausgleich erfolgt dann durch die **Zahlung eines Geldbetrags** oder andere vermögenswerte Leistungen.

- Bei
i.d.
Ris
her
fin

Nicht quantifizierbare Nachteile sind nicht ausgleichsfähig. Sie sind daher **nach § 311 I AktG unzulässig** und begründen – wenn sie dem abhängigen Unternehmen gleichwohl zugefügt werden – die Haftung des herrschenden Unternehmens nach **§ 317 I AktG**.

III. Nachteil und Ausgleich

2. Ausgleichspflicht

c) Umfang der Ausgleichspflicht

Der Umfang der Ausgleichspflicht ist durch **zwei Elemente** eingeschränkt:

(1) Veranlassung

- Auszugleichen sind nur Handlungen, die das **herrschende Unternehmen** – gleichgültig, ob der Vorstand, der Aufsichtsrat, ein leitender Angestellter oder die Hauptversammlung – **veranlasst** hat.
- Dies ist zu bejahen, wenn das herrschenden Unternehmen einen entsprechenden **Wunsch** geäußert oder **Richtlinie** aufgestellt hat.
- **Keine Veranlassung** besteht bei bloßen Anregungen und Ratschlägen, *wenn* dem Vorstand des abhängigen Unternehmens ein eigenständiges Ermessen (§ 76 I AktG) verbleibt.

Einheit 5: Faktische Konzerne (1/2)

III. Nachteil u

2. Ausgleichs

c) Umfang

Der Umfang ist
eingeschränkt:

(1) Veranlassung

- Auszugleichen sind nur Handlungen, die das **herrschende Unternehmen** – gleichgültig, ob der Vorstand, der Aufsichtsrat, ein leitender Angestellter oder die Hauptversammlung – **veranlasst** hat.
- Dies ist zu bejahen, wenn das herrschenden Unternehmen einen entsprechenden **Wunsch** geäußert oder **Richtlinie** aufgestellt hat.
- **Keine Veranlassung** besteht bei bloßen Anregungen und Ratschlägen, *wenn* dem Vorstand des abhängigen Unternehmens ein eigenständiges Ermessen (§ 76 I AktG) verbleibt.

Ist das Gericht von einem Nachteil überzeugt, wird dessen Veranlassung durch das herrschende Unternehmen **vermutet**. Es obliegt dem herrschenden Unternehmen, die Vermutung durch den **Beweis des Gegenteils** zu widerlegen.

III. Nachteil und Ausgleich

2. Ausgleichspflicht

c) Umfang der Ausgleichspflicht

Der Umfang der Ausgleichspflicht ist durch **zwei Elemente** eingeschränkt:

(2) Ursächlichkeit der Veranlassung

- Die Veranlassung muss für den Nachteil ursächlich sein.
- Diese Voraussetzung ergibt sich aus **§ 317 II AktG** und erschöpft sich in der Überlegung, ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft die Handlung vorgenommen bzw. unterlassen hätte.

III. Nachteil und Ausgleich

3. Abhängigkeitsbericht

- Nach **§ 312 I 1 AktG** hat der Vorstand der abhängigen Gesellschaft in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahres einen Abhängigkeitsbericht zu verfassen.
- **Zweck** dieses Berichts ist es, eine **vollständige Prüfung zu ermöglichen**,
 - ob und in welchen Fällen das herrschende Unternehmen oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen Einfluss ausgeübt hat,
 - welche Nachteile daraus resultieren und
 - ob die Nachteile vollständig ausgeglichen sind.
- Aufgrund dieser Zweckbestimmung muss der Bericht die detaillierten **Angaben nach § 312 I 2-4 AktG** enthalten.

III. Nachteil und Ausgleich

3. Abhängigkeitsbericht

- In **mittelgroßen und großen Gesellschaften** wird der Abhängigkeitsbericht – zusammen mit dem Jahresabschluss – zunächst von den **Abschlussprüfern** geprüft (§ 313 I 1 AktG i.V.m. § § 267 II, III, 316 I 1 HGB).
- Nach § 314 I 1 AktG ist der Abhängigkeitsbericht jedenfalls dem **Aufsichtsrat** vorzulegen.
- Über das Ergebnis seiner Prüfung berichtet der Aufsichtsrat im Rahmen des Prüfungsberichts zum Jahresabschluss (§ 171 II 1 AktG) an die **Hauptversammlung**. Seine Erklärung hat nach § 314 III AktG damit zu schließen, ob Einwendungen gegen den Abhängigkeitsbericht zu erheben sind.

III. Nachteil und Ausgleich

3. Abhängigkeitsbericht

- In **mittelgroßen und großen Gesellschaften** wird der Abhängigkeitsbericht – zusammen mit dem Jahresabschluss – zunächst von den **Abschlussprüfern** gemäß **§ 313 I 1 AktG** i.V.m. § § 267 II, III, 316 I 1

- Nach
- jeder
- Über
- sich
- Jah
- ver
- Ak
- den

Gegenüber den **Aktionären** und der **Öffentlichkeit** wird der Abhängigkeitsbericht **nicht offengelegt**. Die Aktionäre sind auf ihr Auskunftsrecht in der Hauptversammlung (§ 131 I 1, 2 AktG) beschränkt. Lediglich die **Schlussformel des Vorstands** ist nach § 312 III 3 AktG in den gemäß § 325 I 3 HGB offenzulegenden **Lagebericht** (§ 289 HGB) aufzunehmen.

III. Nachteil und Ausgleich

4. GmbH als abhängiges Unternehmen

a) Schranke des Einflusses

- Auf eine GmbH als abhängige Gesellschaft finden die §§ 311 ff. AktG keine Anwendung (s. o.).
- **Schranke** des beherrschenden Einflusses ist (ausschließlich) die **Treuepflicht**. Diese gebietet, der abhängigen Gesellschaft keine Nachteile zuzufügen, insbesondere
 - ihr keinen Wettbewerb zu machen, Geschäftschancen zu ihren Gunsten und nicht zum Vorteil anderer Konzernunternehmen zu nutzen (§ 112 I HGB) und
 - sie nicht gegen den Willen der Minderheitsgesellschafter in einer Weise umzugestalten, dass sich ihre wirtschaftlichen Chancen für die Zukunft verschlechtern.
- Jede Handlung, die die Konzerninteressen über die Interessen (auch nur) eines Minderheitsgesellschafters stellt, ist **treuwidrig** und **unzulässig**.

III. Nachteil und Ausgleich

4. GmbH als abhängiges Unternehmen

a) Schranke des Einflusses

- Auf eine GmbH als abhängige Gesellschaft finden die §§ 311 ff AktG keine Anwendung.
- **Schranke der Treuepflicht**
Nachteile zu Lasten der abhängigen GmbH
– ihr keine Vorteile zufließen lassen, die ihren Gewinn übersteigen und die das abhängige Unternehmen zu Lasten der herrschenden Gesellschaft zu Lasten der Minderheitsgesellschafter zu Lasten der Gläubiger der abhängigen GmbH
– sie nicht gegen die Interessen der Minderheitsgesellschafter in einer Weise umzusetzen, die sich ihre wirtschaftlichen Chancen für die Zukunft verschlechtern.
- Jede Handlung, die die Konzerninteressen über die Interessen (auch nur) eines Minderheitsgesellschafters stellt, ist **treuwidrig** und **unzulässig**.

Verstöße gegen die Treuepflicht sind endgültig, d. h. können nicht geheilt werden, insbesondere nicht dadurch, dass das herrschende Unternehmen einen **Nachteilsausgleich** durchführt oder anbietet.

III. Nachteil und Ausgleich

4. GmbH als abhängiges Unternehmen

b) Rechtsschutz der Minderheitsgesellschafter

Die Rechtsschutzmöglichkeiten der Minderheitsgesellschafter gegen treuwidrige und unzulässige Einflüsse sind **vielgestaltig**:

(1) **Gesellschafterversammlung**

- **Anfechtungsklage** gegen treuwidrige Mehrheitsbeschlüsse
- Wird der Einfluss **außerhalb der Gesellschafterversammlung** ausgeübt, können die Minderheitsgesellschafter (min. 10 % der Geschäftsanteile) nach **§ 50 I GmbHG** die Einberufung der Gesellschafterversammlung verlangen und den Gegenstand auf die Tagesordnung setzen lassen. Bei der Beschlussfassung unterliegt der Mehrheitsgesellschafter ggf. nach **§ 47 IV GmbHG** einem Stimmverbot.

III. Nachteil und Ausgleich

4. GmbH als abhängiges Unternehmen

b) Rechtsschutz der Minderheitsgesellschafter

Die Rechtsschutzmöglichkeiten der Minderheitsgesellschafter gegen treuwidrige und unzulässige Einflüsse sind **vielgestaltig**:

(2) Geschäftsführer

- Handelt der Geschäftsführer unter dem Einfluss des herrschenden Unternehmens, kann jeder (Minderheits-)Gesellschafter *ex ante* die **Unterlassung** treuwidriger Handlungen verlangen.
- *Ex post* ist der Geschäftsführer der GmbH nach § 43 II **GmbHG** zum **Schadensersatz** verpflichtet.
- Außerdem ist das treuwidrige Handeln ein **wichtiger Grund**, der die **Abberufung** des Geschäftsführers und die **Kündigung** des Anstellungsvertrags rechtfertigen kann. Hierüber hat die Gesellschafterversammlung zu entscheiden (§ 46 Nr. 5 GmbHG), wobei der Mehrheitsgesellschafter häufig einem Stimmverbot (§ 47 IV **GmbHG**) unterliegt.

III. Nachteil und Ausgleich

4. GmbH als abhängiges Unternehmen

b) Rechtsschutz der Minderheitsgesellschafter

Die Rechtsschutzmöglichkeit ist durch die treuwidrige und unzulässige

(2) Geschäftsführer

- Handelt der Geschäftsführer unter dem Einfluss des herrschenden Unternehmens, so kann jeder (Minderheits-)Gesellschafter *ex ante* die **Unternehmensleitung** treuwidriger Handlungen verlangen.
- *Ex post* ist der Geschäftsführer der GmbH nach § 43 II **GmbHG** zum **Schadensersatz** verpflichtet.
- Außerdem ist das treuwidrige Handeln ein **wichtiger Grund**, der die **Abberufung** des Geschäftsführers und die **Kündigung** des Anstellungsvertrags rechtfertigen kann. Hierüber hat die Gesellschafterversammlung zu entscheiden (§ 46 Nr. 5 GmbHG), wobei der Mehrheitsgesellschafter häufig einem Stimmverbot (§ 47 IV **GmbHG**) unterliegt.

Da die Treuepflicht nicht nur die Minderheitsgesellschafter, sondern auch die **abhängige Gesellschaft** selbst schützt, kann auch diese **Schadensersatz** i.S.d. Naturalrestitution (§ 249 I BGB) **von der herrschenden Gesellschaft** verlangen.

Einheit 5: Faktische Konzerne (1/2)

III. Nachteil und Ausgleich

4. GmbH als abhängiges Unternehmen

b) Rechtsschutz der Minderheiten

Die Rechtsschutzmöglichkeit ist durch die Möglichkeit der treuwidrigen und unzulässigen Handlungen des

(2) Geschäftsführer

- Handlungen der Geschäftsführer unter dem Einfluss des herrschenden Unternehmens, die jeder (Minderheits-)Gesellschafter *ex ante* die **Unternehmensschädigung** treuwidriger Handlungen erwarten kann.

Der Geschäftsführer der GmbH nach § 43 II BGB ist für die **Schadensersatz** verpflichtet.

Das treuwidrige Handeln ist ein **wichtiger Grund** für die **Abberufung** des Geschäftsführers und die Kündigung des Anstellungsvertrags rechtfertigen kann.

Die Gesellschafterversammlung ist nach § 46 Nr. 5 GmbHG, wobei der Geschäftsführer häufig einem Stimmverbot (§ 47 IV BGB) unterliegt.

Da die Treuepflicht nicht nur die Minderheitsgesellschafter, sondern auch die **abhängige Gesellschaft** selbst schützt, kann auch diese **Schadensersatz** i.S.d. Naturalrestitution (§ 249 I BGB) **von der herrschenden Gesellschaft** verlangen.

Den **Gläubigern** der abhängigen Gesellschaft stehen **keine eigenen Ansprüche** gegen die herrschende Gesellschaft zu. Sie profitieren insbesondere von dem Schadensersatz im Wege des wieder aufgefüllten Gesellschaftsvermögens (**Reflex**).

Einheit 5: Faktische Konzerne (1/2)

Lesehinweise zur Vertiefung:

- BGHZ 179, 71 ff. (MPS)
- BGHZ 190, 7 ff. (Telekom III)
- *Altmeyden*, Interessenkonflikte im Konzern, ZHR 171 (2007), 320 ff.
- *Decher*, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes: Bestand und Bewährung, ZHR 171 (2007), 126 ff.
- *Mülbart*, Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht, ZHR 163 (1999), 1 ff.

Konzern- und Umwandlungsrecht

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Aktuelle Hinweise finden Sie nicht nur
auf der Homepage des Lehrstuhls,
sondern auch auf **facebook**:

<http://fb.me/LehrstuhlFest> und **twitter**:
[@FestTimo](https://twitter.com/FestTimo)

sekfest@law.uni-kiel.de

