

Konzern- und Umwandlungsrecht

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

Einheit 6: Faktische Konzerne (Teil 2/2)



Übersicht zur heutigen Veranstaltung

Zu dem sog. **regulären faktischen Konzern** habe ich einen Nachtrag:

I. Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens

Außerdem behandeln wir die **Sonderform:**

II. Qualifizierter faktischer Konzern

Einheit 6: Faktische Konzerne (2/2)

I. Verantwortlichkeit des h. Unternehmens

1. Einführung

- Im regulären Aktienkonzern wird der Einfluss des herrschenden Unternehmens durch § 311 I a. E., II AktG beschränkt (dazu Einheit 5).
- Wird diese **Schranke überschritten**, ...
 - haften die **Organwalter** des herrschenden und des abhängigen Unternehmens nach **§ 93 II 1 ggf. i.V.m. § 116 Satz 1 AktG** und nach **§ 117 II 1 AktG**.
 - Werden *außerdem* Angaben in dem **Abhängigkeitsbericht** unterlassen, tritt mit **§ 318 I 1 bzw. II Hs. 1 AktG** eine weitere Haftungsgrundlage hinzu.

Einheit 6: Faktische Konzerne (2/2)

I. Verantwortlichkeit des h. Unternehmens

1. Einführung

- Das Handeln der Organwalter des herrschenden Unternehmens – insbesondere des Vorstands – wird dem Rechtsträger **analog § 31 BGB** zugerechnet.
- Daher kommt bei einer unzulässigen Einflussnahme auch eine **Haftung des herrschenden Unternehmens** in Betracht.
- Mögliche **Anspruchsgrundlagen** sind:
 - **§ 117 I 1 AktG**: nur bei vorsätzlich schädigendem Einfluss
 - **§ 823 I BGB** i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb: Schutz nur vor gegenständlichen Eingriffen
 - **§ 823 II BGB i.V.m. § 311 AktG**: str., ob § 311 AktG überhaupt ein Schutzgesetz zugunsten der (Minderheits-)Aktionäre ist
 - **§ § 57, 58, 60, 62 AktG**: nur bei unzulässiger Rückgewähr der Einlagen (z. B. unberechtigten Gewinnausschüttungen)
- Die „Schutzlücken“ dieser Ansprüche werden durch die **Spezialregelung** des **§ 317 AktG** weitgehend geschlossen. Diese tritt in Anspruchskonkurrenz neben die anderen Anspruchsgrundlagen.

Einheit 6: Faktische Konzerne (2/2)

I. Verantwortlichkeit des h. Unternehmens

2. Struktur des Anspruchs aus § 317 AktG

- § 317 I 1, 2 AktG enthält **zwei Anspruchsgrundlagen**, die sich in puncto Aktivlegitimation (dazu 4.) und Reichweite der Ersatz-pflicht (dazu 6.) unterscheiden.
- Der Wortlaut knüpft an § 311 I AktG an, **inkorporiert** also dessen Tatbestand.
- Hieraus folgt, dass gemeinsamer **Rechtsgrund** sämtlicher Haftungsfälle die **nachteilige Einflussnahme** ist.
- Da ein Ausgleich des Nachteils aber im Einzelfall zulässig sein kann (siehe Einheit 5), ist die Entstehung des Anspruch **gehemmt**, solange der Ausgleich noch möglich ist (§ 311 II 1 AktG).
- Die Sonderheit der Ansprüche besteht darin, dass sie **kein Verschulden** voraussetzen. Das herrschende Unternehmen kann sich nur nach § 317 II AktG entlasten.

I. Verantwortlichkeit des h. Unternehmens

3. Tatbestand des § 317 AktG

Der Tatbestand von § 317 I 1 und I 2 AktG besteht jeweils aus denselben **vier Voraussetzungen**:

(1) Regulärer faktischer Konzern

Abhängigkeit (§ 17 I AktG), kein Beherrschungsvertrag, kein qualifizierter faktischer Konzern

(2) Einfluss, der die Schranke des § 311 I AktG überschreitet

Nachteiliges Rechtsgeschäft oder sonstige Maßnahme (Handlung oder Unterlassung) zum Nachteil des abhängigen Unternehmens

(2) Veranlassung und Ursächlichkeit

Bei nachteiligen Handlungen wird die Veranlassung vermutet. Die Ursächlichkeit muss das herrschende Unternehmen nach § 317 II AktG widerlegen.

(4) Entfallen der Anspruchshemmung (s. o.): kein rechtzeitiger Ausgleich des Nachteils

Einheit 6: Faktische Konzerne (2/2)

I. Veran

3. Tatbe

Der T
dens

(1) K

In der Praxis besteht die größte Schwierigkeit für die Kläger darin, den **Nachteil für das abhängige Unternehmen** darzulegen und zu beweisen. Nicht selten handelt es sich nämlich **ex ante** um **neutrale Maßnahmen**, denen hinreichende Geschäftschancen gegenüberstehen, die sich lediglich *ex post* nicht materialisieren.

Abhängigkeit (§ 17 I AktG), kein B...ungsvertrag, kein qualifizierter faktischer Konzern

(2) **Einfluss, der die Schranke des § 317 I AktG überschreitet**
Nachteiliges Rechtsgeschäft oder sonstige Maßnahme (Handlung oder Unterlassung) zum Nachteil des abhängigen Unternehmen

(2) **Veranlassung und Ursächlichkeit**

Bei nachteiligen Handlungen wird die Veranlassung vermutet. Die Ursächlichkeit muss das herrschende Unternehmen nach § 317 II AktG widerlegen.

(4) **Entfallen der Anspruchshemmung (s. o.): kein rechtzeitiger Ausgleich des Nachteils**

I. Verantwortlichkeit des h. Unternehmens

4. Aktivlegitimation

- Aktivlegitimiert ist nach § 317 I 1 AktG die abhängige Gesellschaft, nach § 317 I 2 AktG jeder Aktionär der abhängigen Gesellschaft.
- Die Gruppe der aktivlegitimierten Personen wird um **zwei Personen-gruppen** erweitert:
 - zum einen um die **(Minderheits-)Aktionäre** der abhängigen Gesellschaft, § 317 IV i.V.m. **§ 309 IV 1 AktG**. Sie können **Leistung nur an die abhängige Gesellschaft** verlangen, § 317 IV i.V.m. § 309 IV 2 AktG.
 - zum anderen die **Gläubiger** der abhängigen Gesellschaft, § 317 IV i.V.m. **§ 309 IV 3 AktG**, soweit sie von dieser keine Befriedigung (für ihre Ansprüche) erlangen können.
 - Sonderfall: In der Insolvenz der abhängigen Gesellschaft kann der Anspruch nach § 317 IV i.V.m. **§ 309 IV 5 AktG** – im Einklang mit § 80 I InsO – (ausschließlich) von dem **Insolvenzverwalter** geltend gemacht werden.

I. Verantwortlichkeit des h. Unternehmens

5. Passivlegitimation

- Schuldner der Schadensersatzansprüche aus § 317 I 1 und I 2 AktG ist das **herrschende Unternehmen** bzw. dessen Rechtsträger.
 - **Motiviert** ist diese Passivlegitimation durch die Zurechnung des Verhaltens der Organmitglieder und anderer Repräsentanten **analog § 31 BGB**.
- Neben dem herrschenden Unternehmen haften gemäß **§ 317 III AktG** (im Außenverhältnis) auch dessen **Vorstandsmitglieder** (§ 78 I AktG) als **Gesamtschuldner**, *wenn* sie die abhängige Gesellschaft zu der schädigenden Handlung veranlasst haben. Die Veranlassung ist für jedes Vorstandsmitglied gesondert zu prüfen.

I. Verantwortlichkeit des h. Unternehmens

6. Rechtsfolge des § 317 AktG

Insoweit ist zwischen Ansprüchen aus § 317 I 1 und I 2 AktG **zu unterscheiden**:

- Nach **§ 317 I 1 AktG** ist der Schaden zu ersetzen, der der abhängigen Gesellschaft durch den unzulässigen Einfluss entsteht.
- Der mit der Schadensersatzleistung nach § 317 I 1 AktG einhergehende Vermögenszufluss lässt **reflexartig** (auch) den Schaden der Gesellschafter in Gestalt der **Wertminderung des Anteils** entfallen. Daher sind nach **§ 317 I 2 AktG** nur **sonstige Schäden** ersatzfähig.

II. Qualifizierter faktischer Konzern

1. Einführung

- Ausgleichsfähig sind nur Nachteile i.S.d. § 311 I AktG, die **isolierbar** und **quantifizierbar** sind (siehe Einheit 5).
- Daher versagt das **Regelungskonzept der §§ 311-318 AktG**, wenn der beherrschende Einfluss (§ 17 I AktG) „breitflächig“ genutzt und das abhängige Unternehmen nach dem Bedürfnissen des Konzerns umgestaltet wird.
- Diese besondere Erscheinungsform bezeichnen wir als **qualifizierten faktischen Konzern**.

II. Qualifizierter faktischer Konzern

2. Systematik des Konzernrechts

- Bei qualifiziert faktischen Konzernen laufen die §§ 311 ff. AktG mangels isolierbarer und quantifizierbarer Nachteile ins Leere.
- Hieraus folgt, dass diese Art des Einflusses bei einem als **AG** organisierten abhängigen Unternehmen *per se* **unzulässig** und **rechtswidrig** ist.
- Vergleichbares ergibt sich bei einem als **GmbH** organisierten abhängigen Unternehmen. An die Stelle der nicht (analog) anwendbaren §§ 311 ff. AktG tritt die **Treuepflicht**. Sie begrenzt – mit ähnlichen Ergebnissen wie die §§ 311 ff. AktG – das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens als Gesellschaft.
- In der **Rechtswirklichkeit** existieren gleichwohl zahlreiche qualifizierte faktische Konzerne. Die zu klärende Rechtsfrage lautet: Mit welchen Mitteln wird das Fehlen besonderer Regelungen für den qualifizierten faktischen Konzern kompensiert?

II. Qualifizierter faktischer Konzern

2. Systematik des Konzernrechts

- Die Überlegungen haben bei der **Systematik des Konzernrechts** zu beginnen.
- Diese lässt erkennen, dass eine derartige Verdichtung des Einflusses **im Aktienkonzern** nur nach Abschluss eines **Beherrschungsvertrags** (§ 291 I 1 Alt. 1 AktG) zulässig ist.
- Von dessen Abschluss sehen die herrschenden Unternehmen aufgrund **nachteiliger Rechtsfolgen** – insbesondere der §§ 300-303 AktG – nicht selten ab.
- Aus diesem **rechtswidrigen Unterlassen** dürfe – so die Prämisse der Rspr. und h. L. in Bezug auf das Ergebnis – dem herrschenden Unternehmen **kein Vorteil** erwachsen.

II. Qualifizierter faktischer Konzern

3. Tatbestand

- Eine qualifizierte faktische und somit rechtswidrige Konzernierung ist anzunehmen, wenn sie – bei einer AG – die **Grenze des § 311 AktG** bzw. – bei einer GmbH – die sich **aus der Treuepflicht ergebende Grenze** überschreitet.
- Diese Grenze wird überschritten, wenn eine isolierte Betrachtung und Bewertung einzelner konzernleitender Maßnahmen **aus tatsächlichen Gründen** nicht mehr möglich ist, weil der Einfluss des herrschenden Unternehmens zu dicht ist (s. o.).
- Dies ist nach dem **BGH** anzunehmen, wenn das herrschende Unternehmen die **Geschäfte der abhängigen Gesellschaft „dauernd und umfassend geführt hat“**.
- In der **Lit.** werden unterschiedliche Formulierungen zur Konkretisierung vorgeschlagen, u. a., das abhängige Unternehmen müsse **„wie eine Betriebsabteilung geführt“** werden (so *K. Schmidt*).

II. Qualifizierter faktischer Konzern

3. Tatbestand

- Trotz der vorgenannten Formulierungen bereitet die **Subsumtion** des Tatbestands Schwierigkeiten.
- Einigkeit besteht dahingehend, dass es einer umfassenden **Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls** bedarf.
- Dabei liegt das Augenmerk u. a. auf folgenden Umständen:
 - Intensität der *konzernstrategischen* Führung
 - Zentrale Steuerung von Investitionen und Kapitalaufnahmen über die Einbindung in ein zentrales *cash management* hinaus
 - Ausgliederung von Aufgaben, die für unabhängiges Unternehmen lebensnotwendig sind
 - gesteigerte und verfestigte personelle Verflechtung

II. Qualifizierter faktischer Konzern

4. Schutz der Minderheitsgesellschafter

Sowohl die §§ 311 ff. AktG als auch die – bei einem als GmbH organisierten abhängigen Unternehmen im Vordergrund stehende – **Treuepflicht** diesen insbesondere dem Schutz der Minderheitsgesellschafter. Dieser Schutz besteht aus **vier Elementen**:

- a) Zustimmung der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung
- b) Unterlassungsanspruch und -klage
- c) Schadensersatz
- d) Austritt

II. Qualifizierter faktischer Konzern

4. Schutz der Minderheitsgesellschafter

Sowohl die §§ 311 ff. AktG als auch die – bei einem als GmbH organisierten abhängigen Unternehmen im Vordergrund stehende – **Treuepflicht** dienen dem Schutz der Minderheitsgesellschafter. Der Schutz besteht aus vier Elementen:

Leitgedanke:

- a) Wer rechtswidrig einen qualifizierten faktischen Konzern errichtet oder ausnützt, darf nicht besser stehen als wenn er sich rechtmäßig verhalten und einen Beherrschungsvertrag abgeschlossen hätte.
- b)
- c)
- d) Austritt

II. Qualifizierter faktischer Konzern

4. Schutz der Minderheitsgesellschafter

a) Zustimmung der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung

- Nach ganz h. M. sind die Gesellschafter des abhängigen Unternehmens beim Übergang vom regulären faktischen Konzern zum qualifizierten faktischen Konzern zu beteiligen.
- Bei einer **AG** als abhängigem Unternehmen bedarf es der Zustimmung der Hauptversammlung. Neben der einfachen Stimmenmehrheit (§ 133 I AktG) bedarf es **analog § 293 I 2, 3 AktG** einer **qualifizierten Kapitalmehrheit** von mindestens $\frac{3}{4}$ des vertretenen Grundkapitals.
- Bei einer **GmbH** als abhängigem Unternehmen bedarf es nach h. M. **analog § 53 III GmbHG** eines **einstimmigen Beschlusses**, da die Rechte der Gesellschafter im Kern verschlechtert werden.

II. Qualifizierter faktischer Konzern

4. Schutz der Minderheitsgesellschafter

b) Unterlassungsanspruch und -klage

- Wird eine GmbH **ohne Zustimmung aller (Minderheits-) Gesellschafter** (s. o.) Bestandteil eines qualifizierten faktischen Konzerns, liegt hierin eine **Verletzung der Treuepflicht**.
- Aufgrund dieser Pflichtverletzung kann jeder (Minderheits-) Gesellschafter **von dem herrschenden Unternehmen ...**
 - im Voraus die **Unterlassung** des qualifizierten Einflusses und
 - im Nachhinein die **Wiederherstellung des vorherigen Zustands** verlangen.
- Ihre rechtliche Grundlage finden diese Ansprüche jeweils in den **§ § 280 I, 249 I BGB**.

II. Qualifizierter faktischer Konzern

4. Schutz der Minderheitsgesellschafter

b) Unterlassungsanspruch und -klage

- Im Gegensatz zu der GmbH ist die **AG** ihrem gesetzlichen Typus nach eine **Publikumsgesellschaft**.
- Gleichwohl hat der BGH in BGHZ 103, 184 ff (Linotype) eine (wenngleich schwächer ausgeprägte) **Treuepflicht der Aktionäre untereinander** anerkannt.
- Wird diese aufgrund der Überschreitung der §§ 311 ff. AktG verletzt, können die (Minderheits-)Aktionäre einer abhängigen AG **von dem herrschenden Unternehmen** die Unterlassung des qualifizierten Einflusses sowie die Wiederherstellung des vorherigen Zustands verlangen (s. o.).
- Außerdem stehen ihnen die Ansprüche nach § 93 II 1 ggf. i.V.m. § 116 Satz 1 AktG gegen die **Organe der abhängigen AG** zu, wenn diese den qualifizierten Einfluss pflichtwidrig dulden.

II. Qualifizierter faktischer Konzern

4. Schutz der Minderheitsgesellschafter

c) Schadensersatz

Ist das abhängige Unternehmen als **AG** organisiert, können die (Minderheits-)Aktionäre bei Missachtung der Grenzen der §§ 311 ff. AktG ...

- von den **Organmitgliedern der abhängigen AG** Schadensersatz nach § 93 II 1 ggf. i.V.m. § 116 Satz 1 AktG und ggf. § 318 I 1 bzw. II Hs. 1 AktG und
- von dem **herrschenden Unternehmen** und dessen **Organmitgliedern** Schadensersatz nach § 317 I 1, III, IV i.V.m. § 309 IV 1 AktG verlangen.

II. Qualifizierter faktischer Konzern

4. Schutz der Minderheitsgesellschafter

c) Schadensersatz

Ist das abhängige Unternehmen als **GmbH** organisiert, können die (Minderheits-)Gesellschafter bei Verletzung der Treuepflicht (s. o.) ...

- von den **Geschäftsführern der abhängigen GmbH** Schadensersatz nach § 43 II GmbHG und
- von dem **herrschenden Unternehmen** – dieses ist zugleich (Mehrheits-)Gesellschafter der abhängigen GmbH – Schadensersatz nach §§ 280 I, 249 I BGB verlangen.

II. Qualifizierter faktischer Konzern

4. Schutz der Minderheitsgesellschafter

d) Austritt

- **Alternativ zum Schadensersatz** können die (Minderheits-)Gesellschafter aus dem abhängigen Unternehmen austreten.
- Dieses Recht wird bei der GmbH ***a maiore ad minus*** aus **§ 60 I Nr. 2 GmbHG** hergeleitet.
- Der hierfür erforderliche **wichtige Grund** besteht in dem qualifizierten Einfluss.
- Im Anschluss an den Austritt steht den Gesellschaftern ein **Abfindungsanspruch** zu. Dieser richtet sich zwar primär gegen die abhängige Gesellschaft, kann aber nach h. M. **analog § 305 AktG** auch gegen das herrschende Unternehmen geltend gemacht werden.

II. Qualifizierter faktischer Konzern

5. Schutz der Gläubiger des abhängigen Unter.

Auch insoweit beansprucht der **Leitgedanke** Geltung, dass derjenige, der rechtswidrig einen qualifizierten faktischen Konzern errichtet oder ausnützt, nicht besser stehen darf als wenn er sich rechtmäßig verhalten und einen Beherrschungsvertrag abgeschlossen hätte.

- a) Aktienkonzern
- b) GmbH-Konzern

II. Qualifizierter faktischer Konzern

5. Schutz der Gläubiger des abhängigen Unternehmens

a) Aktienkonzern

Ist das abhängige Unternehmen als AG organisiert, dann ...

- ist das herrschende Unternehmen analog **§ 302 AktG** zum **Verlustausgleich** verpflichtet. Die Gläubiger des abhängigen Unternehmens werden also primär **re-flexartig** durch das aufgefüllte Gesellschaftsvermögen geschützt.
- Dieser reflexartige Schutz verwandelt sich **analog § 303 AktG** in einen **(Direkt-)Anspruch gegen die herrschende Gesellschaft**, wenn die abhängige Gesellschaft vermögenslos oder die Zwangsvollstreckung sonst aussichtslos ist.

II. Qualifizierter faktischer Konzern

5. Schutz der Gläubiger des abhängigen Unternehmens

b) GmbH-Konzern

- Ist das abhängige Unternehmen als GmbH organisiert, hat der BGH in seiner **früheren Rspr.** die **§ § 302, 303 AktG** ebenfalls **analog** angewandt.
- In BGHZ 149, 10 ff. (Bremer Vulkan) hat der BGH die analoge Anwendung der **§ § 302, 303 AktG** aufgegeben und durch eine **Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung** ersetzt.
- Der Schlusspunkt der Entwicklung markiert derzeit BGHZ 173, 246 ff. (Trihotel), in der der BGH diese Haftung wegen Existenzvernichtung auf **§ 826 BGB** stützt und zu einer eigenen Fallgruppe fortentwickelt.

II. Qualifizierter faktischer Konzern

5. Schutz der Gläubiger des abhängigen Untern.

b) GmbH-Konzern

Zur Wiederholung:

Der Tatbestand der Existenzvernichtung impliziert die Sittenwidrigkeit. Er setzt im Einzelnen voraus:

- (1) Die abhängige Gesellschaft ist insolvent
- (2) Eingriff des Mehrheitsgesellschafters
- (3) Kausalität
- (4) Vorwerfbarkeit des Eingriffs, d. h. ohne angemessene Rücksichtnahme auf die Interessen des abhängigen Unternehmens

II. Qualifizierter faktischer Konzern

5. Schutz der Gläubiger des abhängigen Unternehmens

b) GmbH-Konzern

Zur Wiederholung:

- Die Rechtsfolge besteht in einer **(Innen-)Haftung** der herrschenden Gesellschaft gegenüber der abhängigen Gesellschaft.
- Einen Direktanspruch der Gläubiger – wie er der Konzeption von § 826 BGB grds. entspräche – lehnt der BGH ab. Grund hierfür ist, dass das GmbH-Recht in den **§ § 9, 9a, 31, 43, 64 GmbHG** nur eine Innenhaftung kennt.
- Der Anspruch wird i.d.R. nach § 92 InsO vom **Insolvenzverwalter** der abhängigen Gesellschaft geltend gemacht.

Einheit 6: Faktische Konzerne (2/2)

Lesehinweise zur Vertiefung:

- BGHZ 95, 330 ff. (Autokran)
- BGHZ 103, 184 ff (Linotype)
- BGHZ 123, 122 ff. (TBB)
- BGHZ 149, 10 ff. (Bremer Vulkan)
- BGHZ 173, 246 ff. (Trihotel)
- *Habersack*, Trihotel, das Ende der Debatte? – Überlegungen zur Haftung für schädigende Einflussnahme im Aktien- und GmbH-Recht, ZGR 2008, 533 ff.
- *Hüffer*, Qualifiziert faktisch konzernierte Aktiengesellschaften nach dem Übergang zur Existenzvernichtungshaftung bei der GmbH?, in: FS Goette, 2011, S. 191 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

