

Konzern- und Umwandlungsrecht

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

Einheit 8: Vertragskonzern (2/4)



Übersicht zur heutigen Veranstaltung

- I. Weisungsrecht**
- II. Verantwortlichkeit der Organmitglieder**
- III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft und deren Gläubiger**

Hinweis zur Terminologie:

Die Parteien des Beherrschungsvertrags bezeichnet das AktG als das „herrschende Unternehmen“ und die (andere) Gesellschaft.

I. Weisungsrecht

1. Einführung

- Im Rahmen eines **faktischen Konzern** kann das herrschende Unternehmen seinen durch die Beteiligung vermittelten Einfluss grds. nur **in der Hauptversammlung** des abhängigen Unternehmens ausüben. Begrenzt wird dieser Einfluss insbesondere durch **§ 311 I AktG**.
- Der Abschluss eines **Beherrschungsvertrags** bewirkt grundlegende strukturelle Veränderungen. Eine besteht darin, dass das herrschende Unternehmen nach **§ 308 I 1 AktG** berechtigt ist, dem Vorstand der (anderen) Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen.
- Zulässig können – ausweislich **§ 308 I 2 AktG** – auch Weisungen sein, die **für die (andere) Gesellschaft nachteilig** sind.

I. Weisungsrecht

2. Träger des Weisungsrechts und Empfänger

- **Träger** des Weisungsrechts ist nach § 308 I 1 AktG „**das herrschende Unternehmen**“. Es wird durch den Vorstand (§ 78 I 1 AktG) bzw. den Geschäftsführer (§ 35 I 1 GmbHG) ausgeübt.
- **Empfänger** des Weisungsrechts ist nach § 308 I 1 AktG der „**Vorstand der (anderen) Gesellschaft**“. Weisungen an den Aufsichtsrat (z. B. die Entscheidung bei einem Vorbehalt nach § 111 IV 2 AktG) sind unzulässig.
- In einem **mehrstufigen Konzern** kann die Tochtergesellschaft das ihr gegenüber der Enkelgesellschaft zustehende Weisungsrecht nicht an die Muttergesellschaft übertragen; insbesondere keine Anwendung der §§ 398 Satz 1, 413 BGB. Möglich ist aber ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Erteilung einer Vollmacht, wonach die Muttergesellschaft das Weisungsrecht **als Vertrete-rin** (§§ 164 ff. BGB) ausüben kann.

I. Weisungsrecht

3. Gegenstand des Weisungsrechts

- Weisungen i.S.d. **§ 308 I AktG** dürfen sich nur auf die „**Leitung der (anderen) Gesellschaft**“ beziehen.
- M.a.W.: Gegenstand des Weisungsrechts sind grds. sämtliche Handlungen, die gemäß **§ 76 I AktG** in die **Zuständigkeit des Vorstands** der (anderen) Gesellschaft fallen.
- Hierzu zählen u. a. Maßnahmen der **Geschäftsführung** (z. B. Personalpolitik), **bilanzpolitische Entscheidungen** (z. B. Ausübung von Wahlrechten) und **innerkorporative Angelegenheiten** (z. B. Einberufung der Hauptversammlung).

I. Weisungsrecht

3. Gegenstand des Weisungsrechts

- Weisungen i.S.d. **§ 308 I AktG** dürfen sich nur auf die „**Leitung der (anderen) Gesellschaft**“ beziehen.
- M.a.W.: Gegenstand des Weisungsrechts sind grds. **Sachverhalte**.

- **Unzulässig** ist z. B. die Weisungen, den **Unternehmensgegenstand** in der Satzung (§ 23 III Nr. 2 AktG) der (anderen) Gesellschaft zu ändern. Hierfür ist nach § 119 I Nr. 5 AktG ausschließlich die Hauptversammlung zuständig. Folglich kann das herrschende Unternehmen die Satzungsänderung nur durch ihre Stimmrechte ändern. Zulässig ist lediglich die Weisung an den Vorstand, zu diesem Zweck eine außerordentliche Hauptversammlung einzuberufen.

I. Weisungsrecht

4. Ausgestaltung der Weisung

- Inhaltlich können sich Weisungen i.S.d. § 308 I AktG auf eine **einzelne Handlung** beschränken oder **grundlegende Richtlinien** für künftige Entscheidungen (z. B. Unternehmensplanung) aufstellen.
- Für die Ausübung des Weisungsrechts bestimmen die §§ 308 ff. AktG **keine Form**. Daher kann die Weisung in eine (freundlich formulierte) Empfehlung verpackt werden, wenn diese verbindlich sein soll.

I. Weisungsrecht

5. Grenzen des Weisungsrechts

a) Nachteilige Weisungen

- Nach **§ 308 I 2 AktG** sind grds. auch Weisungen zulässig, die für die (andere) Gesellschaft nachteilig sind.
- Hierzu zählen z. B. die Weisungen, an andere Konzerngesellschaften Waren zu nicht marktadäquaten Verrechnungspreisen zu veräußern sowie zinslose Darlehen auszureichen.
- Diese Vorgänge sind **grds.** als verdeckte Gewinnausschüttung und anteilige Einlagenrückgewähr einzuordnen und daher grds. unzulässig (§ § 57 ff. AktG, § 30 I 1 GmbHG). Bei bestehendem Beherrschungsvertrag sind sie hingegen nach **§ 291 III AktG** zulässig.

I. Weisungsrecht

5. Grenzen des Weisungsrechts

a) Nachteilige Weisungen

- Nach **§ 308 I 2 AktG** sind nachteilige Weisungen nicht voraussetzungslos, sondern nur zulässig, wenn sie Belangen des Konzerns dienen, also einen **Vorteil für ein Konzernunternehmen** begründen.
- Diese Voraussetzung wird um den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** erweitert, d. h. der Nachteil darf nicht außer Verhältnis zu dem Vorteil stehen.
- Nach h. M. sind **existenzgefährdende Weisungen**, d. h. solche, die die (andere) Gesellschaft in die Insolvenz treiben oder so wesentlich umgestaltet, dass sie nach einer Beendigung des Beherrschungsvertrags nicht mehr (über-)lebensfähig ist, **unzulässig**.

I. Weisungsrecht

5. Grenzen des Weisungsrechts

b) Sonstige Grenzen des Weisungsrechts

- Grenzen sind nicht nur bei nachteiligen Weisungen zu beachten.
- Für sämtliche Weisungen gelten folgende Grenzen:
 - Über **§ 134 BGB** z. B. die zwingenden Vorschriften des Steuer-, Umwelt- und Wettbewerbsrechts
 - Änderung des Beherrschungsvertrags zuzustimmen, **§ 299 AktG**

I. Weisungsrecht

6. Verzicht auf das Weisungsrecht

- Zulässig ist nach ganz h. M. ein auf bestimmte unternehmerische Funktionen **begrenzter Verzicht** auf das Weisungsrecht (z. B. Personalpolitik).
- Die Zulässigkeit eines **umfassenden Verzichts** wird von der h. M. mit dem Argument, das Weisungsrecht sei ein wesentliches und daher notwendiges Element des Beherrschungsvertrags, **grds. abgelehnt**.
 - Zulässig sein soll aber der sog. **KWG-Vorbehalt**, wenn die (andere) Gesellschaft ein Kreditinstitut ist. Bei dieser Gestaltung sichert das herrschende Unternehmen zu, keine Weisungen zu erteilen, durch deren Ausführung die (andere) Gesellschaft gegen aufsichtsrechtliche Pflichten verstößt.

II. Verantwortlichkeit der Organmitglieder

1. Einführung

- Der Beherrschungsvertrag und die einhergehende Möglichkeit von Weisungen verschärft bestehende und begründet neue **Interessen- und Pflichtenkollisionen** für die Organmitglieder der Vertragsparteien.
- Im Einzelnen sind zu betrachten:
 2. Vorstand der (anderen) Gesellschaft
 3. Vorstand des herrschenden Unternehmens

II. Verantwortlichkeit der Organmitglieder

2. Vorstand der (anderen) Gesellschaft

Zu unterscheiden sind **zwei Situation**:

a) **Vorliegen einer Weisung**

- Wird eine Weisung erteilt, ist der Vorstand der (anderen) Gesellschaft nach **§ 308 II 1 AktG** grds. verpflichtet, diese zu befolgen.
- Der Vorstand der (anderen) Gesellschaft darf die Weisung aber nicht in „blindem Gehorsam“ befolgen, sondern hat nach **§ 93 I AktG** deren **Rechtmäßigkeit zu prüfen**.
- Verweigern darf er deren Befolgung aber nach **§ 308 II 2 AktG** nur, wenn die Weisung **offensichtlich nicht den Konzernbelangen dient**.

II. Verantwortlichkeit der Organmitglieder

2. Vorstand der (anderen) Gesellschaft

Zusammenfassung der Situation:

Ist die (andere) Gesellschaft eine **GmbH**, ergeben sich dieselben Pflichten für den Geschäftsführer aus **§ 43 I GmbHG**.

Ist der Vorstand der Gesellschaft nach **§ 308 II 1 AktG** gesetzl. verpflichtet, der Weisung zu befolgen.

- Der Vorstand der (anderen) Gesellschaft darf die Weisung aber nicht in „blindem Gehorsam“ befolgen, sondern hat nach **§ 93 I AktG** deren **Rechtmäßigkeit zu prüfen**.
- Verweigern darf er deren Befolgung aber nach **§ 308 II 2 AktG** nur, wenn die Weisung **offensichtlich nicht den Konzernbelangen dient**.

II. Verantwortlichkeit der Organmitglieder

2. Vorstand der (anderen) Gesellschaft

Zu unterscheiden sind **zwei Situation**:

a) **Vorliegen einer Weisung**

- Die Verpflichtung, Weisungen zu befolgen (§ 308 II 1 AktG), wird dadurch eingeschränkt, dass die Weisung bestehende **Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats** der abhängigen Gesellschaft (§ 111 IV 2 AktG) nicht aufhebt.
- **Weisungen an den Aufsichtsrat** der (anderen) Gesellschaft sind in den § § 291 ff. AktG nicht vorgesehen und daher **unzulässig**.
- Erteilt der Aufsichtsrat innerhalb angemessener Frist keine Zustimmung, hat der Vorstand der abhängigen Gesellschaft dies nach § 308 III 1 AktG der herrschenden Gesellschaft mitzuteilen.
- Dies ist sodann gemäß § 308 III 2 AktG berechtigt, die fehlende Zustimmung des Aufsichtsrats durch einen **wiederholten Ausspruch der Weisung** ggf. mit **Zustimmung des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens** zu überwinden.

II. Verantwortlichkeit der Organmitglieder

2. Vorstand der (anderen) Gesellschaft

Zu unterscheiden sind **zwei Situation**:

a) **Vorliegen einer Weisung**

- Die Verpflichtung, Weisungen zu befolgen (§ 308 II 1 AktG), wird dadurch eingeschränkt, dass die Weisung bestehende **Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats** der abhängigen Gesellschaft (§ 309 IV 2 AktG) nicht aufhebt.
- **Weisungen an den Aufsichtsrat** der (anderen) Gesellschaft sind in den §§ 308, 309 AktG geregelt.
- Erteilt der Vorstand der (anderen) Gesellschaft eine Weisung, die dem Aufsichtsrat der Gesellschaft entgegensteht, ist er der Gesellschaft nach § 310 I 1 AktG zum Schadensersatz verpflichtet.
- Dies ist die sogenannte **Missachtung des Aufsichtsrats**. Dies ist der Fall, wenn der Vorstand der Gesellschaft eine Weisung erteilt, die dem Aufsichtsrat der Gesellschaft entgegensteht. Dies ist der Fall, wenn der Vorstand der Gesellschaft eine Weisung erteilt, die dem Aufsichtsrat der Gesellschaft entgegensteht.

Missachtet der **Vorstand der (anderen) Gesellschaft** seine (erweiterten) Pflichten infolge einer Weisung – diese situative Einschränkung ergibt sich aus der Formulierung „neben dem Ersatzpflichtigen nach § 309 (AktG)“ – ist er der (anderen) Gesellschaft nach **§ 310 I 1 AktG** zum **Schadensersatz** verpflichtet.

II. Verantwortlichkeit der Organmitglieder

2. Vorstand der (anderen) Gesellschaft

Zu unterscheiden sind **zwei Situation**:

b) **Keine Weisung**

- Soweit keine Weisung ausgesprochen wird, hat der Vorstand der (anderen) Gesellschaft deren Unternehmen **grds. wie ein unabhängiges Unternehmen** unter eigener Verantwortung zu leiten, ausgerichtet an den Interessen der (anderen) Gesellschaft (§ 76 I AktG).
- Diese autonome Leitungsmacht wird durch die **vertragliche Treuepflicht** eingeschränkt. Sie verpflichtet den Vorstand, das Leitungsorgan des herrschenden Unternehmens vor der Entscheidung wesentlicher Angelegenheiten zu informieren, um ihm Weisungen zu ermöglichen.

II. Verantwortlichkeit der Organmitglieder

3. Vorstand des herrschenden Unternehmens

- Die **Legalitätspflicht** sowie die **beherrschungsvertragliche Treuepflicht** verpflichten den Vorstand des herrschenden Unternehmens dazu, die (andere) Gesellschaft nicht mit rechtswidrigen Weisungen zu konfrontieren.
- Daher hat der Vorstand des herrschenden Unternehmens *beabsichtigten* Weisungen auf deren Rechtmäßigkeit zu prüfen, **§ 309 I AktG**.
- Verletzt der Vorstand des herrschenden Unternehmens diese Pflicht, ist er der (anderen) Gesellschaft nach **§ 309 II 1 AktG** zum **Schadensersatz** verpflichtet.
- Da das Handeln des Vorstands des herrschenden Unternehmens **analog § 31 BGB** zugerechnet wird, ist auch diese bei Verletzung der vertraglichen Treuepflicht der (anderen) Gesellschaft nach **§ 280 I BGB** zum Schadensersatz verpflichtet.

II. Verantwortlichkeit der Organmitglieder

4. Besonderheiten gegenüber § 93 II 1 AktG

- Die Einzelheiten der Ansprüche nach § 309 II 1 und § 310 I 1 AktG (siehe § 309 III-V und § 310 IV AktG) sind § 93 II 2, V, VI AktG nachgebildet.
- Aber: Zum **Schutz der Minderheitsgesellschafter** der abhängigen Gesellschaft sind die Ansprüche „**verstärkt**“:
 - (1) Für den **Verzicht** wird § 93 IV 3 AktG dahingehend verschärft, dass es anstelle eines Beschlusses der Hauptversammlung eines **Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre** bedarf, § 309 III 1 AktG.
 - (2) Im Gegensatz zu § 93 AktG können die Ersatzansprüche nach § 309 II 1 und § 310 I 1 AktG auch **von jedem außenstehenden (Minderheits-)Aktionär** auf Leistung an die (andere) Gesellschaft geltend gemacht werden, § 309 IV 1, 2 ggf. i.V.m. § 310 IV AktG.

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

- Der Beherrschungsvertrag erlaubt es nicht nur die abhängige Gesellschaft durch Weisung – die auch Nachteile begründen können (§ 308 I 2 AktG) – an dem Konzerninteresse auszurichten, sondern hebt auch die Vermögensbindung auf (§ 291 III AktG, § 30 I 2 GmbHG).
- Der hiermit einhergehenden **Gefahr einer Verringerung des Vermögens der (anderen) Gesellschaft** begegnet das AktG durch **zwei Maßnahmen**:
 1. Beschleunigung der Rücklagenbildung
 2. Verlustübernahme

III. Sicherung der

- Der Beherrschungs- und Abhängigkeitsvertrag zwischen der beherrschenden und der abhängigen Gesellschaft begründet Nachteile begründet dem Konzernint. auch die Vermögensbelastung (§ 291 III AktG, § 30 I 2 GmbHG).
Bei der **Eingliederung** haftet die Hauptgesellschaft den Gläubigern der eingegliederten Gesellschaft nach **§ 322 I 1 AktG** für deren Alt-Verbindlichkeiten. Der **Beherrschungsvertrag** begründet **keine vergleichbare Außenhaftung** des herrschenden Unternehmens. Sie kommt daher **nur auf gesonderter vertraglicher Grundlage** (z. B. Garantie) in Betracht.
- Der hiermit einhergehenden **Gefahr einer Verringerung des Vermögens der (anderen) Gesellschaft** begegnet das AktG durch **zwei Maßnahmen**:
 1. Beschleunigung der Rücklagenbildung
 2. Verlustübernahme

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

1. Beschleunigung der Rücklagenbildung

- Die AG hat **zwei Rücklagen** zu bilden:
 - die **gesetzliche Rücklage** nach **§ 150 I AktG** und
 - die Kapitalrücklage nach **§ 272 II Nr. 1-3 HGB**.
- Nach **§ 150 II AktG** hat die Summe dieser Rücklage **10 % des Grundkapitals** zu betragen, es sei denn, dass die Satzung einen höheren Teil bestimmt.
- Bis dieser Betrag erreicht wird, sind in die gesetzliche Rücklage nach **§ 150 II AktG** jeweils **5 % des modifizierten Jahresüberschusses** einzustellen.
- Bei einem (isolierten) **Beherrschungsvertrag** erhöht **§ 300 Nr. 3 i.V.m. Nr. 1 AktG** den in die Rücklage einzustellenden Betrag dahingehend, dass die Zielgröße (min. 10 % des Grundkapitals) „**innerhalb der ersten fünf Geschäftsjahre**“ unter Geltung des Beherrschungsvertrags erreicht wird.

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

1. Beschleunigung

- Die AG hat
 - die **gesamte**
 - die **Kapital**
- Nach § 150 AktG ist die AG verpflichtet, ein **Grundkapital** zu bilden, das einen höheren Betrag bestimmt.
- Bis dieser Betrag erreicht wird, sind in die gesetzliche Rücklage nach § 150 II AktG jeweils **5 % des modifizierten Jahresüberschusses** einzustellen.
- Bei einem (isolierten) **Beherrschungsvertrag** erhöht § 300 Nr. 3 i.V.m. Nr. 1 AktG den in die Rücklage einzustellenden Betrag dahingehend, dass die Zielgröße (min. 10 % des Grundkapitals) „**innerhalb der ersten fünf Geschäftsjahre**“ unter Geltung des Beherrschungsvertrags erreicht wird.

Eine **Schwäche** dieser Sicherung besteht darin, dass ein Jahresüberschuss nicht garantiert ist. In diesem Fall erhöhen sich zwar die in Folgejahren zurückzustellenden Beträge. Diese Vorgabe bleibt aber fruchtlos, wenn auch mittelfristig kein oder nur ein geringer Jahresüberschuss erwirtschaftet wird.

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

1. Beschleunigung

- Die AG hat
 - die **ges**
 - die Kapi
- Nach § 150 AktG: Die AG ist verpflichtet, einen höheren Teil des Jahresüberschusses in die gesetzliche Rücklage nach § 150 II AktG jeweils **5 % des modifizierten Jahresüberschusses** einzustellen.

Eine **Schwäche** dieser Sicherung besteht darin, dass ein Jahresüberschuss nicht garantiert ist. In diesem Fall erhöhen sich zwar die in Folgejahren zurückzustellenden Beträge. Diese Vorgabe bleibt aber fruchtlos, wenn auch mittelfristig kein oder nur ein geringer Jahresüberschuss erwirtschaftet wird.

- Bei einem (isolierten) **Beherrschungsvertrag** erhöht § 300 AktG die Rücklage auf den Betrag, der dem Gläubiger zurückzustellen ist, um die Hälfte (min. 10 % des Grundkapitals) zu erhöhen. Diese Vorgabe ist für die ersten **fünf Geschäftsjahre** unter dem Vertrag erreicht wird.

Außerdem:

Dem **GmbH-Recht** ist eine § 150 AktG vergleichbare gesetzliche Rücklage fremd. Vermögensschutz wird also nur durch die **§§ 29 ff. GmbHG** gewährt.

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

2. Verlustübernahme

a) Anspruchsgrundlage, Anwendungsbereich

- In Anbetracht der Schwächen der vorgenannten Sicherungen begründet **§ 302 I AktG** die Verpflichtung des Unternehmens, jeden während der Vertragsdauer entstehenden **Jahresfehlbetrag** auszugleichen.
- Zugunsten einer (anderen) Gesellschaft in der Rechtsform der **GmbH** und deren Gläubigern gilt **§ 302 AktG** – abweichend von dem Grundsatz, dass die **§ § 291 ff. AktG** nicht analogiefähig sind – **analog**.

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

2. Verlustübernahme

b) Gesetzgeberische Motive und Ziele

Die gesetzgeberische Anordnung der Verlustübernahme durch das herrschende Unternehmen ist durch **zwei Umstände** motiviert:

- (1) Die Verlustübernahme ist das Korrelat dazu, dass das herrschende Unternehmen auch zu **nachteiligen Weisungen** berechtigt ist, ohne den Nachteil (wie bei § 311 I, II AktG) punktuell ausgleichen zu müssen.
- (2) Im Interesse der Gläubiger der (anderen) Gesellschaft kompensiert die Verlustübernahme den **Wegfall der Kapitalbindung** durch § 291 III AktG bzw. § 30 I 2 GmbHG.

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

2. Verlustübernahme

c) Voraussetzungen

- Auszugleichen ist nach **§ 302 I AktG** der modifizierte Jahresfehlbetrag.
- Ausgangspunkt bei der Bestimmung des Ausgleichsbetrags ist der **Jahresfehlbetrag** nach **§ 266 III A. V. HGB** und **§ 275 II Nr. 19 bzw. III Nr. 19 HGB**.
- Der Jahresfehlbetrag ist vorrangig innerhalb der (anderen) Gesellschaft auszugleichen, aber nur durch **Verrechnung** der Beträge in der **Gewinnrücklage** (**§ 266 III A. V. HGB**), die **während des Beherrschungsvertrags** eingestellt wurden.

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

2. Verlustübernahme

d) Relevanter Zeitraum

- Der Jahresfehlbetrag ist **ohne Rücksicht** auszugleichen, ob das herrschende Unternehmen diesen **veranlasst** hat.
- Erforderlich, aber auch ausreichend ist ein **zeitlicher Zusammenhang**. Auszugleichen ist nur der Fehlbetrag unter Geltung des Beherrschungsvertrags.
- Für den **Beginn** ist das Geschäftsjahr maßgeblich, in dem der Vertrag wirksam wird (§ 294 II AktG i.V.m. § 10 HGB). Dies gilt auch bei im laufenden Geschäftsjahr geschlossenen Verträgen. Daher ist es üblich, die Beherrschungsverträge am Anfang des Geschäftsjahres (i.d.R. am 1.1.) beginnen zu lassen.
- Endet der Beherrschungsvertrag **im laufenden Geschäftsjahr**, ist eine Zwischenbilanz zum Stichtag der Beendigung des Beherrschungsvertrags aufzustellen.

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

2. Verlustübernahme

e) Inhalt des Anspruchs

- Der Verlustausgleich ist eine **Geldschuld**, deren Höhe durch den modifizierten Jahresfehlbetrag (s. o.) bestimmt wird.
- In Anbetracht der Tatsache, dass die (andere) Gesellschaft bei Verfügungen über den Anspruch nach § 302 III AktG beschränkt ist (dazu sogleich), war str., ob die herrschende Gesellschaft gegen die Verlustausgleichspflicht aufrechnen kann (z. B. mit einem Anspruch auf Abführung des ganzen Gewinns aus einem Gewinnabführungsanspruch für ein anderes Geschäftsjahr).
- Der BGH hat die **Aufrechnungsbefugnis** im Grundsatz bejaht, sie aber zum Schutz der Gläubiger der (anderen) Gesellschaft auf **vollwertige Ansprüche** beschränkt.

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

2. Verlustübernahme

f) Modalitäten des Anspruchs

- Der Anspruch entsteht am **Stichtag der Jahresbilanz**, d. h. mit dem Ende des Geschäftsjahres oder des Beherrschungsvertrags (s. o.), nicht erst mit der Feststellung des Jahresabschlusses durch den Vorstand bzw. die Hauptversammlung (§§ 172, 173 AktG).
- Ab diesem Zeitpunkt ist der Anspruch auch **fällig**. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass die (andere) Gesellschaft auf die Erstellung der Bilanz Einfluss nimmt, um die Fälligkeit der Verbindlichkeit hinauszuzögern.
- **Schuldner** des Verlustausgleichs ist die herrschende Gesellschaft; mehrere herrschende Unternehmen sind Gesamtschuldner. **Gläubiger** des Anspruchs ist die (andere) Gesellschaft.

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

2. Verlustübernahme

f)

- **Gläubiger der (anderen) Gesellschaft** sind (nur) dadurch geschützt, dass sie den Anspruch nach Maßgabe der **§§ 829 ff. ZPO** pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen können.
- Auf diese Weise soll verhindert werden, dass die (andere) Gesellschaft auf die Erstellung der Bilanz Einfluss nimmt, um die Fälligkeit der Verbindlichkeiten auszuschieben.
- **Schuldner** des Verlustausgleichs ist die herrschende Gesellschaft; mehrere herrschende Unternehmen sind Gesamtschuldner. **Gläubiger** des Anspruchs ist die (andere) Gesellschaft.

III. Sicherung der (anderen) Gesellschaft

2. Verlustübernahme

g) Verzicht und Vergleich

- Die Befugnis der (anderen) Gesellschaft, über ihren Verlustausgleichsanspruch zu verfügen, ist zum Schutz der Gläubiger – sie sind in Bezug auf den Verlustausgleichsanspruch Dritte – durch **§ 302 III AktG** eingeschränkt.
- **Verzicht** und **Vergleich** sind bei Solvenz des herrschenden Unternehmens nur unter **zwei Voraussetzungen** zulässig:
 - (1) Ablauf von drei Jahren nach der Bekanntmachung des Endes des Beherrschungsvertrags, **§ 302 III 1 AktG**, und
 - (2) zustimmender **Sonderbeschluss** der außenstehenden Aktionäre, es sei denn, dass eine relevante Minderheit (min. 10 % des vertretenen Grundkapitals) förmlich widerspricht, **§ 302 III 3 AktG**.

Einheit 8: Vertragskonzern (2/4)

Lesehinweise zur Vertiefung:

- BGHZ 168, 285 ff. (Verlustübernahme, Aufrechnung)
- *Geßler*, Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern?, ZHR 140 (1976), 433 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

