

# Konzerneingangskontrolle

# Problemstellung

- Das AktG regelt den Schutz im bestehenden Konzern:
  - § 311 ff. im faktischen Konzern
  - § 302 f. (Gläubiger), § 304 f. (Minderheiten) im Vertragskonzern
  - In der GmbH: Treupflicht, Schädigungsverbot, Auskunftsanspruch, Actio pro socio
- Aktienrechtlicher Ansatz hat Nachteile:
  - Effektivität der §§ 311 ff.?
  - Abschneiden der Chancen nach § 304 f. („Rentenpapier“)
- GmbH-Rechtlicher Schutz hingegen recht gut ausgebaut, sofern Minderheit ihre Rechte aktiv durchsetzt

# Präventivschutz

- Durch Recht auf Ausscheiden?
  - Ja bei Vertragskonzern und Eingliederung (§ 305, § 320 b)
  - Regelmäßig ja bei börsennotierten AG, wenn Aktionär erstmals mehr als 30% erwirbt, §§ 29, 35 WpÜG
  - Ansonsten (-)
  - Abhängigkeit als solche gibt kein Austrittsrecht
    - Anders nur bei fortgesetzter rechtswidriger Verhaltensweise des Mehrheitsgesellschafters
    - Austritt aus wichtigem Grund
    - In der GmbH anerkannt, in der AG nicht hM.

# Abwehrrechte

- Möglichkeit, das Entstehen schon der Abhängigkeit zu verhindern?
  - „archimedischer Punkt der Unternehmensverbindung“
  - Häufig „abschüssige Bahn“: Abhängigkeit -> Unternehmensvertrag -> Delisting -> Squeeze-Out.
- Relevant vor allem in geschlossenen Gesellschaften, auch GmbH und PersG
  - Bei der Publikums-AG hingegen WpÜG ausreichend.
    - Kapitalmarkt bietet genug Alternativen
    - Recht, gerade an „meiner“ AG beteiligt zu sein, von Art 14 GG nicht geschützt
  - Problemfall: Nicht börsennotierte AG
- Vgl. BGH AG 2008, 779 – Strabag-

# Entstehung der Abhängigkeit

- Von Anfang an: Kein Problem
- Freie Entscheidung für die Rolle des außenstehenden Gesellschafters
- Ebenso: Minderheitsanteil nach M&A-Prozess
- Problem: Nachträgliche und unfreiwillige Konzernierung
  - Beteiligungsübertragung durch Mitgesellschafter
  - Aufnahme weiterer wirtschaftlicher Betätigung eines Gters
- Schutz durch Vertragsgestaltung
  - Vinkulierung, § 15 V GmbHG
  - Gesetzliches Wettbewerbsverbot des Mehrheitsgesellschafters in der GmbH
  - Kann vertraglich ergänzt/konkretisiert werden

# Abhängigkeit durch Befreiungsbeschluss

- Von der Vinkulierung und dem Wettbewerbsverbot kann befreit werden
- Bei § 15 V GmbHG idR durch „Gesellschaft“
  - Wer ist das? GF? Gter-Versammlung?
- Wettbewerbsverbot: Analog §§ 88 AktG, 112 HGB ebenfalls verzichtbar
- Beschluss der Gter erforderlich
- Stimmverbot, § 47 IV GmbHG?
  - BGH: Nein, innergesellschaftliche Entscheidung
- Satt dessen:
  - Behandlung als Strukturbeschluss (Wie Umwandlung, Auflösung ->  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit erforderlich)
  - Plus sachliche Rechtfertigung (BGHZ 80, 69)
- Unterlassungsanspruch der Minderheit?
  - BGHZ 89, 162 Heumann-Ogilvy zur GmbH

# Lage in der AG

- Wegen § 23 V nur geringer Gestaltungsspielraum
  - Vinkulierte Namensaktie (§ 68 II)
  - Höchststimmrecht (§ 134 I 2)
  - Kein Wettbewerbsverbot (BGH aaO.)
- Vinkulierte NA und Höchststimmrecht als einzige Mittel
- De lege lata kein Mittel gegen Konkurrenztaetigkeit des Mehrheitsgesellschafters
  - Außer er ist Vorstand, dann gilt § 88
- Praktische Durchsetzung schwieriger:
  - Keine Actio pro socio
  - Schwache Auskunftsberechtigung
  - Nur §§ 142 ff. stehen zur Verfügung
- Genehmigung bei § 68
  - HV entscheidet statt Vorstand
  - Inhaltskontrolle wie in der GmbH
    - Begrenzung auf nicht börsennotierte AG?

# Eingangsschutz „oben“

- Auch in der Mutter ein Thema
- Mittelbare wirtschaftliche Tätigkeit ist schwerer zu kontrollieren als unmittelbare
  - Besondere Legitimation der Konzerngründung?
  - Satzungsregel (Konzernklausel) erforderlich (heute aber idR vorhanden)



# Zuständigkeit der HV?

- Gter- Beschluss bei Ausgliederung von Geschäft in Töchter (Holzmüller/Gelatine) grds. anerkannt
  - Problem: Aufgreifschwelle
    - Holzmüller: Nicht ganz unerheblich
    - Gelatine: Den Fällen der §§ 179, 179a AktG ähnlich
- Problem: Beteiligungserwerb/  
Beteiligungsveräußerung
  - In der GmbH zust.- pflichtig
  - In der AG laut BGH nein
    - Unabhängig vom Volumen
    - Geschäftsführungsmaßnahme, HV nach § 119 II nur zuständig, wenn der Vorstand es verlangt
    - RF: Übernahme im Volumen 65 Mrd. € ohne Befragung der HV (Bayer/Monsanto)

# Bedenken gegen Rspr.

- Überzeugt das?
  - Für den AR oben Zuständigkeitsverlängerung in den Konzern gesetzlich anerkannt
  - Für die HV Zuständigkeit für Strukturmaßnahmen im formellen Sinn durch das UmwG
    - Verschmelzung mit der Tochter, Ausgliederung nach UmwG
  - Warum anders im Fall des Kaufs/Verkaufs?
  - Frage nach der Gesamtanalogie
    - Anschauungslücke des Gesetzgebers bei § 119 I steht fest (Geßler in FS Stimpel)
    - Interessenlage ist vergleichbar: Austauschbare Vorgänge
    - Analogie zum UmwG ist zu bejahen, Gelatine- Entscheidung insoweit falsch
- -> Zur Vertiefung Lutter in FS Schmidt