

Faktische Konzerne

Übersicht Konzernformen

- Gesetz unterscheidet drei Konzernformen:
 - Eingliederung, §§ 320 ff.: Vollständige Aufhebung der wirtschaftlichen Eingeständigkeit („Betriebsabteilung“)
 - Vertragskonzern, §§ 291 ff.: Weitgehende Weisungsrechte, weitgehende Aufhebung der Kapitalerhaltung
 - Faktischer Konzern, § 311 ff. als schwächste Form

Beherrschung im faktischen AG-Konzern

- Herrschaft wird allein durch Mehrheit vermittelt.
- Mehrheit allein nützt in der AG nicht viel
 - Mediatisierung des Aktionärsinflusses durch den AR
 - Unabhängigkeit des Vorstands
 - Kann (formal) nur aus wichtigem Grund abberufen werden
- Lösung:
 - Mehrheitsgesellschafter besetzt Anteilseignerbank
 - Doppelmandat im AR: Vorstand der Mutter als AR-Vorsitzender
 - „Kamingespräche“ mit Vorstand und AR- Mitgliedern
 - Variable Vergütung des Tochtervorstands
 - Bonifizierung durch Mehrheitsgesellschafter
 - Optionen auf Aktien der Mutter
- Mittelbare Einflüsse an HV und AR vorbei.
 - Herstellung einheitlicher Leitung trotz Fehlens formaler Weisungsrechte möglich

Beherrschung in der GmbH

- Ganz andere Lage:
 - GF ist weisungsabhängig, § 37 GmbHG
 - Kann jederzeit abberufen werden, § 38 GmbHG
 - Kein Recht auf weisungsfreien Bereich
 - AR nur optional vorhanden bzw bei Mitbestimmung
 - Auch dann verbleibt Weisungsrecht bei der Gter-Versammlung!
- In der 100%-Tochter „Durchregieren“ möglich
 - Auch zum Nachteil des Tochterunternehmens
 - Grenzen: §§ 30, 64 GmbHG, ggf. § 826 BGB (Existenzvernichtung)
- In der Tochter mit Minderheit:
 - Minderheitenschutz ist Selbstschutz
 - Anfechtungsklage gegen Beschlüsse
 - Holz Müller-Klage (BGHZ 83, 122) gegen schlichtes Handeln des GF
- Sicher ist: § 311 ff. AktG wegen abweichender Lage nicht analog anwendbar!
 - Nachfolgende Ausführungen gelten nur für die AG!

Legalität des faktischen AG-Konzerns

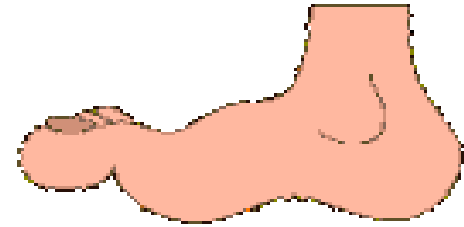
- Einheitliche Leitung an HV und AR vorbei widerspricht an sich Regeln des AktG
- Legitimationsproblem
- Gesetzgeber wollte ursprünglich verbieten oder mit Ausfallhaftung verbinden
 - hat sich nicht durchgesetzt
 - Arg.: Ökonomische Nützlichkeit des faktischen Konzerns, Synergie-Argument
- Beeinflusst bis heute die Diskussion in Einzelfragen:
 - ZB Drittvergütung des Vorstands
 - Kann man kritisch sehen: Wo bleibt die Orientierung am Unternehmenswohl? Annahme von Vorteilen (zB von Lieferanten) sonst verboten
 - hM aber: Faktischer Konzern legal, Gesetzgeber hat mit § 311 eine Lösung gefunden, AR muss es nur wissen und genehmigen, nachteilige Handlung ist ggf. an §§ 311, 317 zu messen.

Faktischer AG-Konzern

- Bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages (oder einer Eingliederung)
- Kein Verbot, aber § 311 ff.:
 - Grds. Verbot nachteiliger Weisungen
 - aber Ausnahme, wenn Nachteile später ausgeglichen werden
 - Mit Flankierung durch (geprüften) Abhängigkeitsbericht
 - Und Organhaftung bei Verstößen (§§ 317, 318)
- Kontrollüberlegung: Was würde ohne § 311 gelten?

Gruppeninteresse

- Besorgnis um die Position des Tochtervorstands
- Druck der Mutter
- Zwischen den Stühlen:
 - Interesse der von ihm geleiteten Gesellschaft
 - Gruppeninteresse
- Auswege?



Wirkung des § 311

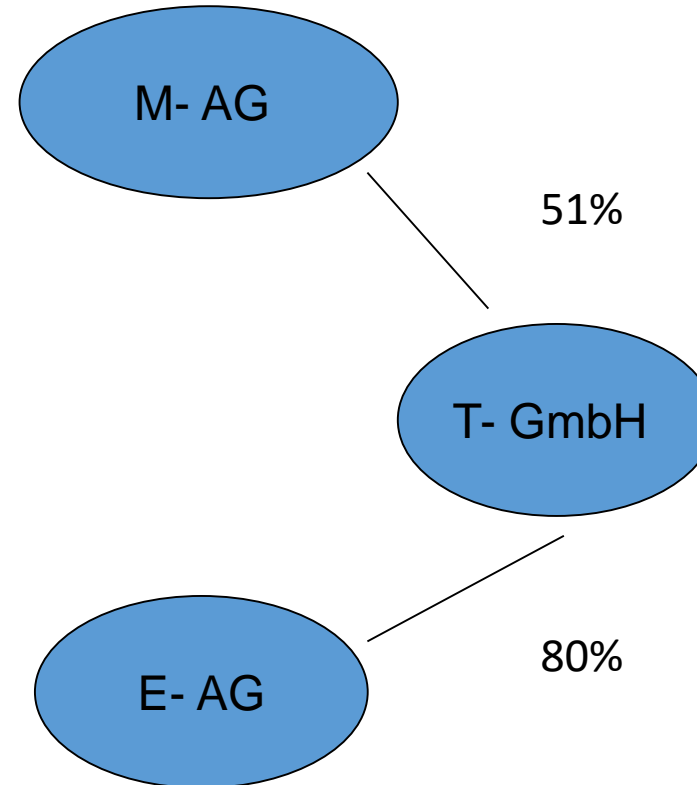
- Privileg
- Anerkennung der ökonomischen Nützlichkeit der einheitlichen Leitung
- Ohne § 311 Verstoß gegen § 57 häufig
 - Insbesondere alle finanziellen Zuwendungen außerhalb der Gewinnverwendung
 - Mit Haftungsgefahr für den Vorstand (§ 93 III)
 - Im nicht monetären Bereich (zB Organisationsfragen) Verstoß gegen § 76
- Nach § 311 darf (nicht muss) der Vorstand dem herrschenden Unternehmen ein Stück weit entgegenkommen
- Ohne Gefahr eigener Haftung
- Einfluss soll aber begrenzt bleiben
- Kontrolle liegt primär bei AR und WP
 - Klagerecht auch für jeden Aktionär und für jeden Gläubiger, §§ 309 IV, 317 IV
 - Die ansonsten abgelehnte Aktionärsklage existiert also in Konzern
 - Wird aber praktisch nicht erhoben
 - Gründe?

Anwendungsbereich § 311 ff.

- Herrschendes Unternehmen
 - Beliebige Rechtsform
 - Auch Privatgesellschafter mit multiplem Beteiligungsbesitz
 - Auch öffentliche Hand
- Abhängige AG oder KGaA
 - Abhängigkeit iSd. §§ 16, 17
 - Einheitliche Leitung nicht Tatbestandsmerkmal
 - Einfluss muss nur möglich, nicht vorhanden, sein
- Kein Beherrschungsvertrag (oder Eingliederung)
 - Andere Unternehmensverträge (insbes. § 292) genügen nicht
 - Bei (isoliertem) Gewinnabführungsvertrag entfällt der Bericht, § 316. §§ 311 ff. im übrigen gelten.

Ausschluss § 311 durch mittelbaren Beherrschungsvertrag

- Beherrschungsvertrag in verschiedenen Beziehungen möglich:
- M- T, M-E, T-E, M-T-E.
- Ausschluss §§ 311 ff.?
- Bei durchgehender Kette (+)
- Direkter BV M-E (+)
 - Anspruch gegen die Muttergesellschaft genügt
- BV M-T ohne Auswirkung
 - Kein Schutz der E, § 311 gilt.
- BV E - T str.:
 - Reicht der Anspruch gegen T aus?
 - Kann sich M durch Zwischenschieben einer 25T€- GmbH § 311 ff. entziehen?



Einflussgrenzen

- § 311 knüpft an den Nachteil an
- Rechtsgeschäft oder Maßnahmen, die nicht nachteilig sind, sind zulässig
 - Maßstab: Drittvergleich, § 317 II
 - Leiter eines unabhängigen Unternehmens
- Unter Anerkennung des unternehmerischen Ermessens (Bund/Telekom, BGHZ 175, 365)
 - Beurteilungszeitpunkt: Vornahme
 - Risiken, die ein unabhängiges Unternehmen auch eingegangen wäre, sind nicht unzulässig
- Erhebliche Einschränkung der Wirkung des § 311 ff.
 - Ausnutzung der Ermessensspielräume zugunsten der Mutter

Beispiele für nachteilige Maßnahmen bzw. Rechtsgeschäfte

- Auszahlung ohne angemessene Gegenleistung (BGHZ 65, 15 ITT)
- Darlehen ohne Zinsen (BGH II ZR 102/07, MPS)
- Veräußerung von Anlagevermögen unter Wert (BGH AG 2012, 680).
- Abzug von Geschäftschancen (hier: Grundstückserwerb, BGH BB 1977, 465)
- Umsatzsteuervorauszahlung ohne Beteiligung an Erstattungsansprüchen (BGHZ 141, 79 Buderus)
- Überlassung von Personal bei Weiterzahlung des Gehalts (OLG Stuttgart AG 1979, 200)
- Übernahme der Prospekthaftung ohne Ausgleich bei Veräußerung von Aktien des Aktionärs (BGHZ 190, 7 – Telekom III)

Einflusssgrenzen, Problem 1

- Verhältnis zu § 57 n.F.
- H.M.: § 57 tritt ggü. § 311 zurück
- Privilegierungswirkung der § 311 ff.
- Seit 2009 liberalisierter § 57!
- Bilanzielle Betrachtungsweise widerspricht §§ 311, 317
 - Bei Austauschgeschäften: Werkbank aus Gold in Anwaltskanzlei
 - § 57 (+), vollwertig
 - § 311 (-), unabhängiger Geschäftsführer würde es nicht machen.
 - Bei Darlehen: Eigener Finanzierungsbedarf der Gesellschaft
 - § 57 (+), vollwertig,
 - § 311 (-), unabhängiger Geschäftsführer würde es nicht machen.
 - Lösung: Ergebnisse aus § 57 sind in § 311 ff. hineinzulesen
 - Weil auch der unabhängige Vorstand (§ 317 II) diese Möglichkeiten hätte
 - Handlungsspielraum darf im Konzern nicht kleiner sein als im „normalen“ Aktienrecht
- Bilanziell neutrale Geschäfte idR nicht nachteilig (BGHZ 179, 71 MPS)

Einflussgrenzen, weitere Probleme

- Besonders häufige Eingriffe
 - Unübersichtlichkeit, Zuordnung des Ausgleichs zur konkreten Maßnahme
- Eingriffe, für die die Vergleichsgrundlage fehlt
 - nur im Konzern möglich
 - Beispiel: Konzernumlage
 - Beispiel: Steuerwahlrechte, die an Organschaft anknüpfen (BGHZ 141, 79 ff – Buderus)
- Eingriffe mit unklaren Auswirkungen
 - Ausgleich nicht bestimmbar
 - Beispiel: Aufgabe einer Produktlinie (Audi 50)
 - Teilung von Wissen mit dem herrschenden Unternehmen

Einflussgrenzen:

- Generelle Aussage: Eingriffe dürfen Ausgleichssystem nicht überfordern
 - Häufige und breitflächige Eingriffe sind unzulässig
 - Generelles Verbot schwer bewertbarer Maßnahmen würde zu Veränderungssperre führen
 - Erscheint nicht gerechtfertigt: Auch unabhängige Unternehmen gliedern aus oder wechseln die Branche
 - Keine Unzulässigkeit allein wegen schwieriger oder fehlender Bewertbarkeit
 - Ausdrücklich BGHZ 180, 105: Vorstands-Doppelmandat
 - Keine Aussage in § 317 II, dass nur Geschäfte zulässig sind, die auch in unabhängigen Unternehmen möglich wären
 - Ausdrücklich BGHZ 179, 71 –MPS: Darlehen bei Müllentsorgungs-Unternehmen
- Unzulässig und durch § 311 nicht legitimierbar sind:
 - Dichte und nachteilige Leitung
 - Aufhebung der Lebensfähigkeit außerhalb des Konzerns
 - Leistungen an fremde Dritte (arg. § 308: Kein Konzerninteresse)
 - Satzungswidrige Geschäfte (Unternehmensgegenstand)
- Rechtsfolgen: Siehe unten

Weitere Voraussetzung:

- Nachteil muss veranlasst sein
 - Mehr als eine Anregung, weniger als eine Weisung
 - Fehlt, wenn Tochter-Vorstand das Geschäft/die Maßnahme von sich aus erdacht hat
- Wird vermutet bei Doppelmandat im Vorstand
 - Nicht im AR
- Ansonsten Beweislast grds. beim Anspruchsteller
 - Für Gesellschaft selbst (§ 317) kein Problem
 - Für Individualkläger (§ 317 IV, 309 IV) kaum machbar
 - Vermutung bei tatsächlicher Übernahme der einheitlichen Leitung (§ 18)?
- Rechtsfolge der Veranlassung:
 - Aufnahme in Abhängigkeitsbericht, siehe § 312
 - Unabhängig vom Nachteil
 - Bei Eingreifen der Vermutung: Auflistung aller Rechtsgeschäfte/Maßnahmen
 - Bei Veranlassung plus Nachteiligkeit -> Ausgleichspflicht nach § 317

Sicherung durch Abhängigkeitsbericht

- Fragen der Nachteiligkeit und Veranlassung sind komplex
 - Sicherstellung durch Dokumentations- und Prüfungspflichten
 - Einbeziehung externer Instanzen neben dem Vorstand
- Abhängigkeitsbericht über Maßnahmen und Rechtsgeschäfte
 - Nicht nur der nachteiligen!
- Die auf Veranlassung oder im Interesse des herrschenden Unternehmens erfolgt sind
 - Nicht: Die der Vorstand von sich aus ergriffen hat
- Leistung und Gegenleistung
- Art des Ausgleichs, soweit nachteilig
- Prüfung durch WP, § 313
- Und durch AR, §314
 - Mit Bericht über das Prüfungsergebnis an die HV, § 171 II.
 - Mitteilung der Schlusserklärung im Lagebericht, § 312 III
- Aber: Keine Veröffentlichung des Berichts!
- „Prüfeifer“ des AR zweifelhaft

Rechtsfolgen bei Nachteiligkeit

- Ausgleich zum Jahresende, § 311 II
- Verschuldensunabhängiger Anspruch sui generis
- Kein SE, arg. § 317
 - Regelmäßig: Geldzahlung, zB bei fehlender/unangemessener Gegenleistung , BGHZ 65, 15 - ITT
 - Ausgleich in Natur nur im Einvernehmen mit abhängiger Gesellschaft
 - Bei ungewisser, bis Jahresende nicht klärbarer Belastung: Freistellungsanspruch BGHZ 190, 7 – Telekom III
 - Bei Nachteil durch Beschluss der HV (§ 119 II/Gelatine) muss Ausgleich direkt festgelegt werden, BGH ZIP 2012, 1753.
 - Von Frage der Anfechtung wegen Sondervorteils unabhängig
 - Nur Zahlung kann auf Jahresende verschoben werden
- Nachteil ist aus den Zeitpunkt der Vornahme heraus zu bewerten
 - Berufung auf späteren Wegfall ist unzulässig
 - Risiko soll die Mutter tragen
- Vergrößerung des Nachteils bis Jahresende kommt hingegen der Tochter zugute
 - Arg: Unabhängiger Geschäftsleiter würde das einpreisen

Schadenersatz nach § 317

- Gilt erst ab kompensationsloser Nachteilszufügung (heute ganz hM)
 - Str.: Statt oder neben § 311 II?
 - Lösung: Nachteil als (normativer) Mindestschaden
- Grund für Ausbleiben des Ausgleichs ist egal
 - Erfasst insbesondere auch nicht quantifizierbare Nachteile
 - Schadensschätzung nach § 287 ZPO
 - Ansonsten vor allem Schäden infolge des nicht erfolgen Ausgleichs
 - Zinsverlust, entgangene Geschäftschancen
- Daneben: Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch
 - Agl. str:
 - Direkt aus § 317 I
 - Treupflicht
 - § 311 als Schutzgesetz, dann §§ 823 I, 1004 BGB
 - Hierfür muss nur bei quantifizierbaren Nachteilen das Jahresende abgewartet werden
 - Ansonsten sofort möglich

Haftungsadressat

- § 311 II richtet sich gegen das herrschende Unternehmen
- § 317 I auch, aber:
- SE auch gegen Organe der Mutter, die die Maßnahme/das Geschäft veranlasst haben, Abs. 3
- „Verlängerte Organhaftung“
 - Nur für an konkreter Maßnahme beteiligter Vorstände
 - AR ist kein „Vertreter“
- Kein Verschulden erforderlich (hM)
- Vermutung für Veranlassung gilt auch hier
 - Doppelmandatsträger daher immer mit im Boot
- Probleme:
 - Mittelbare Verursachung durch Angestellte, Zurechnung?
 - Begehbarkeit durch pflichtwidriges Unterlassen/Organisationspflichtverletzung

Haftungsadressat

- Haftung für Organe der Tochter anders ausgestaltet, § 318
 - Haftung nur für Berichtsfehler
 - Abhängigkeitsbericht fehlt oder ist fehlerhaft
 - Ausgleich muss unterbleiben sein
 - Verschuldenshaftung, Verweis auf § 93
 - AR mit in der Verantwortung
 - Folge der Prüfungspflicht nach §§ 312 ff.
- Haftung fürs „Mitmachen“ hier nicht geregelt
 - Insofern greifen aber weiterhin §§ 93, 116
 - Agl für das Befolgen unzulässiger „Weisungen“ beim Vorstand
 - Und fürs Nicht-Bemerken beim AR
 - Durchsetzung nach §§ 317 IV, 309 IV auch hier möglich (VW???)

Überschreitung der Grenzen des § 311?

- Herrschendes Unternehmen
 - Greift dauernd und breitflächig ein
 - Veranlasst Maßnahmen, die die Lebensfähigkeit der Tochter außerhalb des Konzerns aufheben
- Organhaftung (§§ 317, 318) sicher (+), aber ausreichend?
- Idee des „qualifizierten faktischen Konzerns“
 - Wer herrscht wie im Vertragskonzern, wird auch so behandelt!
- Also:
 - Unterlassungsanspruch (wegen Verletzung §§ 291 ff.)
 - Austrittsrecht der Minderheit, §§ 304 f.
 - Haftung ggü. den Gläubigern, §§ 302, 303 ff.

Qualifak

- Überzeugt das?
 - Im theoretischen Konzept (+)
 - Problem:
 - Voraussetzungen und Erkennbarkeit der Grenzen
 - Genügt Dichte der Leitung?
 - Dann Problem: Doppelmandat und Eigengeschäftsführung (GmbH)
 - Oder muss Schädigung dazukommen?
 - Dann Problem: Warum nur im Konzern?
 - Schädigung des Gesellschaft ist jeden Gesellschafter verboten

Qualifak

- Rspr.- Reihe zum GmbH- Recht seit BGHZ 95, 330 –Autokran
 - Kein gutes Beispiel: Leistungsstruktur ist anders
 - Vor allem Eigen-GF durch Gter häufig und zulässig
- Daher Aufgabe der Rechtsprechung (BGHZ 151, 181 –KBV.)
- Ersatz durch Existenzvernichtungshaftung (BGHZ 173, 246 –Trihotel)
 - Erst Durchgriff, dann § 826
 - Problem: Schützt nur die Gläubiger!
 - Und nur, wenn es zur Insolvenz gekommen ist.
- Was wird aus der Minderheit?
 - Muss diese entweder jede Einzelmaßnahme angreifen oder den fehlenden Ausgleich ersatzlos dulden?

In der GmbH

- Kein § 311 ff.
- Mit der Leitungsstruktur „von oben nach unten“ unvereinbar
- uU kein AR und WP zur Prüfung des Abhängigkeitsberichts
- Statt dessen gilt:
 - Alle nachteiligen (§ 317 II AktG) Maßnahmen sind treuwidrig ggü. der Gter- Minderheit
 - Nicht ggü. der Gesellschaft (kein Eigeninteresse der GmbH an sich selbst)
 - Vermögensbindung (§ 30) ist strikt zu beachten
 - Abwehrrechte stehen der Minderheit zu
 - Treupflicht kombiniert mit actio pro socio
 - Tatsachenermittlung durch Auskunftsanspruch (§ 51a GmbHG)

In der GmbH

- Konsequenz:
- Minderheit recht gut geschützt
 - Gegen aktive Minderheit keine einheitliche Leitung möglich
- Gläubigerschutz bleibt rudimentär:
 - In der 100%-GmbH nur §§ 30, 64, 15a InsO
 - Ebenso, wenn Minderheit passiv bleibt oder mit Mehrheitsgesellschafter einig ist.
- Daher Ergänzung durch § 826 BGB
 - Zu ergänzen durch Beweiserleichterung bei Doppelmandat
 - Und Direktklagerecht analog § 309
 - Vor allem bei masseloser Insolvenz

In der AG

- Andere Ausgangslage:
 - Kein striktes Schädigungsverbot, sondern § 311
 - Kein individuelles Auskunftsrecht
 - Individualklage zwar zulässig im Konzern , aber für Aktionär kaum durchsetzbar
- Daher trotz BGHZ 151, 181 in der AG Fortgeltung der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern
 - Ergänzung des Minderheitenschutzes
 - Grundsätze BGHZ 122, 123
 - Leitung dicht und nachteilig
 - RF: Austrittsrecht der Minderheit (§ 305 analog), Pflicht des H.U. zum Verlustausgleich (§ 302 analog)
 - In der Insolvenz: Durchgriffsanspruch des Gläubigers analog § 303 (Arg: Insolvenz = Vertragsende)

De lege ferenda

- Das Problem ist international
 - Beispiel: Parmalat (Italien)
- Begriff des „Tunneling“ -> Verdecktes Herausschleusen von Vermögen aus der Gesellschaft
- Ansatz breiter: Nicht nur Herrschende Unternehmen, sondern **Related Parties**
 - Personen, die dem Unternehmen nahestehen
 - Einflussreiche Gesellschafter (ohne Rücksicht auf Unternehmenseigenschaft)
 - Organe (Vorstand/AR/Verwaltungsrat im monistischen System)
 - Familienangehörige der eigentlichen Related Parties
 - Gesellschaften, die unter der Kontrolle von Related Parties stehen
 - Im internationalen Bilanzrecht schon lange anerkannt, siehe IAS 24.9, <http://www.iasplus.com/standard/ias24.htm>
- Ansatz Breiter: Keine Veranlassung erforderlich
- Kontrolle dichter: Nicht Gesamtbericht, sondern Kontrolle jedes einzelnen Geschäfts
 - Zuständig: Aufsichtsrat/Hauptversammlung/Verwaltungsrat
- Enger: Nur Rechtsgeschäfte, keine Maßnahmen

Regelung in Reform der Aktionärsrechte-RL

- ÄnderungsRL in Kraft <http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2017/828/oj>
- Dort Art 9c:
 - Regelung gilt für „wesentliche“ RPTs (vom Mitgliedstaat festzulegen)
 - Nur für die börsennotierte AG
- RPTs sind öffentlich anzukündigen (vorher)
- Pflicht zur Fairnessprüfung durch Externen Dritten (WP?)
- AR/Verwaltungsrat/HV muss positiv zustimmen
 - Konkrete Zuständigkeit bestimmt Mitgliedstaat
- Einfluss der Related Party auf die Entscheidung muss ausgeschlossen sein
 - Im AR -> Stimmverbot für wen?
- Umsetzung bis 4/19 erforderlich
 - Regelung neben oder anstatt § 311 ff?