

Zivilrechtliche Schriften

Beiträge zum Wirtschafts-, Bank- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von Arnd Arnold und Hartmut Oetker

Begründet von Peter Kreutz und Dieter Reuter

63

Sarah Nitsche

Die Rechte der
außenstehenden Aktionäre
bei qualifizierten
Nachteilszufügungen

– „Konzernrechtler verabschieden sich, Heiratsschwindlern nicht unähnlich, von ihren Ideen mitunter so schnell wieder wie jene von ihren Bräuten“ –

(Wolfgang Zöllner in einem Referat während des 59. Deutschen Juristentags)

§ 1. Einführung

A. Ausgangssituation

Thema der vorliegenden Arbeit ist der Schutz der außenstehenden Aktionäre bei qualifizierten Nachteilszuflügungen im Bereich der faktischen Beherrschung¹. Lange wurde bezweifelt, dass Fragen hinsichtlich des Schutzes außenstehender Aktionäre in faktischen Beherrschungsverhältnissen tatsächlich von praktischer Bedeutung sind. Anders als im GmbH-Recht, in welchem sich der BGH in der Vergangenheit in zahlreichen Fällen mit möglichen Lücken im Gläubigerschutz bei faktisch beherrschten GmbHs auseinanderzusetzen hatte, sind für das Aktienrecht für eine lange Zeit keine entsprechenden gerichtlichen Auseinandersetzungen dokumentiert. Dies legte aus Sicht vieler Autoren den Schluss nahe, dass sich ein ähnliches Problem bezüglich des Außenseiterschutzes im Aktienrecht in der Praxis nicht ergeben würde. Gerade die im Vergleich mit dem GmbH-Recht strengere Kapitalbindung und darüber hinaus der zwingende Charakter des Großteils der aktienrechtlichen Vorschriften würden dazu beitragen, dass die AG als Konzern Tochter – ob in einem vertraglichen oder nur faktischen Beherrschungsverhältnis – weitaus weniger attraktiv sei. Dies führte vor allem früher zu der Annahme, dass Beherrschungsverhältnisse mit AGs als Untergesellschaften nur theoretische Gedankenspiele seien.²

Diese These lässt sich indes heute nicht mehr aufrechterhalten. Zahlreiche Belege aus der Konzernrechtspraxis haben gerade in den vergangenen Jahren gezeigt, dass es offenbar gute Gründe für eine AG als Konzern Tochter gibt – ob im Rahmen eines Beherrschungsvertrags oder im Rahmen eines bloß faktischen Beherrschungsverhältnisses. Ein Indiz dafür ist die Anzahl öffentlich bekanntgemachter Beherrschungsverträge mit abhängigen AGs. Zwar können genaue Angaben über die Anzahl auf vertraglicher Grundlage beherrschter AGs bis heute nicht gemacht werden. Eine vollständige Erfassung aller Beherrschungsverträge ist nicht möglich, da auch im elektronischen Bundesanzeiger nur solche Einladungen zur Hauptversammlung mit dem Ziel des Abschlusses oder der

1 Ausführlich zum Begriff der „faktischen Beherrschung“ siehe § 4 A I.

2 Diese Ansicht herrschte vor allem in der älteren Literatur, so zum Beispiel *Altmeppen, Abschied*, S. 47; *Kropff* in *MünchKommAktG*², § 317 Anh. (Fn. 50 aE). Aus dem neueren Schrifttum *Emmerich/Habersack, Konzernrecht*, § 28 I 1.

Änderung eines Beherrschungsvertrags veröffentlicht werden können, bei denen die Einladung nicht per eingeschriebenem Brief nach § 121 IV AktG erfolgt ist. Dennoch stützen Untersuchungen die Annahme, dass es sich bei isolierten Beherrschungsverträgen mit abhängigen AGs keineswegs um Einzelfälle handelt, wenngleich die GmbH im direkten Vergleich deutlich häufiger als Untergesellschaft im Rahmen eines Beherrschungsvertrags anzutreffen ist.³

Die im Rahmen dieser Arbeit interessierenden Fälle der faktischen Beherrschung sind dagegen mangels Handelsregistereintragung naturgemäß noch schwieriger zu erfassen, da sie nur auf Stichproben und Schätzungen beruhen können. Diese sprechen jedoch eine eindeutige Sprache: So kommt eine europäische Studie aus dem Jahr 2003 zu dem Ergebnis, dass in Deutschland knapp die Hälfte aller AGs in der Hand eines Mehrheitsaktionärs stehen.⁴

Mittlerweile wird auch vor dem Hintergrund der Entwicklungen im Steuerrecht von einer „Renaissance des faktischen Konzerns in Europa“ gesprochen.⁵ Denn durch das StSenkG⁶ vom 23.10.2000 ist für die Anerkennung der körperschaftssteuerlichen Organschaft die wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung der Organgesellschaft in den Organträger und damit der Abschluss eines kombinierten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags nicht mehr erforderlich. Stattdessen genügt nun gemäß § 14 I 1 Nr. 1 S. 1 KStG eine finanzielle Eingliederung in Form der mehrheitlichen Beteiligung verbunden mit dem Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags.⁷ In neuerer Zeit haben erstmals auch instanzgerichtliche Urteile⁸ belegt, dass gerade die Sicherung des Schutzes der Minderheitsaktionäre bei vertraglich nicht geregelter Beherrschung oder

3 Vgl. dazu die Erhebung von *Veil* in Spindler/Stilz, AktG, vor § 291 Rn. 56: Nach Auswertung des elektronischen Bundesanzeigers stehen für die Jahre 2004-2009 zehn isolierte Beherrschungsverträge mit abhängigen AGs insgesamt 22 derartigen Verträge mit abhängigen GmbHs gegenüber.

4 Siehe dazu die Übersicht bei *Wymeersch* in Handbuch Corporate Governance, S. 87, 90 (unter Verweis auf *van der Elst*, Equity Markets bzw. Sale of corporations).

5 *Emmerich* in Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 6. Dazu außerdem *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2006, R 488 f.; *Heidinger*, NZG 2005, 502, 503 f.; *H.-J. Mertens*, AG 1987, 40; *Raupach/Pohl*, NZG 2005, 489, 492; *Schön*, ZHR 168 (2004), 429 ff. Zurückhaltend *Langenbucher* in Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 13.

6 Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung, BGBl. 2000 I 1433; BStBl. 2000 I 1428.

7 BMF-Schreiben vom 26.8.2003, DB 2003, 1982, 1983. Dazu *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1970, 1972. Vgl. außerdem *Erle/Heurung* in Erle/Sauter, KStG, Vor §§ 14 bis 19 Rn. 1 f.; *Müller* in Mössner/Seeger, KStG, § 14 Rn. 100 f.; *Neumann* in Gosch, KStG, § 14 Rn. 125, 222; *Olbing* in Streck, KStG, § 14 Rn. 40.

8 OLG München ZIP 2008, 1330 („HVB/UniCredito“); OLG Schleswig ZIP 2009, 124 („MobilCom/France Télécom“).

Herrschaftsbeziehungen mit ähnlichen Auswirkungen durchaus praktische Schwierigkeiten aufwirft.

B. Problemstellung

I. Der Konzernkonflikt

Unabhängig davon, ob das Beherrschungsverhältnis auf einer vertraglichen Grundlage basiert oder rein tatsächlich entstanden ist, müssen die Rechte der außenstehenden Aktionäre in einem besonderen Maße abgesichert werden. Denn diese sind aufgrund ihrer geringen Beteiligung nicht in der Lage, ihren Willen im Konzern gegen den des herrschenden Unternehmens durchzusetzen. Besteht ein Beherrschungsvertrag, trifft das abhängige Unternehmen ohnehin grundsätzlich eine Pflicht zur Befolgung von Weisungen des herrschenden Unternehmens.⁹ Aber auch wenn die Beherrschungssituation vertraglich nicht verankert ist, sondern ohne eine explizite Regelung des organisationsrechtlichen Verhältnisses zwischen den Gesellschaften entstanden ist, kann der übergeordnete Teil seine Stimmenmehrheit nutzen, um die abhängige AG für seine eigenen Interessen zu instrumentalisieren. Erschwerend kommt hinzu, dass die mit der Beteiligung verfolgten Interessen der außenstehenden Aktionäre sich von denen der herrschenden Gesellschaft gravierend unterscheiden dürften. Denn den Minderheitsaktionären ist bei geringer Beteiligung in erster Linie an einer Steigerung der Umsätze und somit einer Maximierung des Gewinns gelegen. Dagegen strebt eine als Aktionär nicht nur geringfügig beteiligte andere Gesellschaft, die auch anderweitig unternehmerisch tätig ist, in der Regel zusätzlich solche wirtschaftlichen Ziele an, welche sich aus dem Tätigkeitsfeld des eigenen Unternehmens ergeben. Zwar bedeutet dies im Umkehrschluss nicht, dass unter den Aktionären eines unverbundenen Unternehmens im Grundsatz kein Konfliktpotential besteht. Dieses ist allerdings wesentlich erhöht, wenn einzelne Aktionäre abweichende unternehmerische Belange verfolgen und darüber hinaus rechtlich auch in der Lage sind, diese gegenüber den anderen Anlegern durchzusetzen.

Zwar ist heute auch eine mitgliedschaftliche Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs gegenüber den Minderheitsaktionären anerkannt.¹⁰ Daraus folgt aber nicht, dass dem herrschenden Unternehmen die uneingeschränkte Berücksichtigung der Interessen des abhängigen Unternehmens und dessen Aktionäre aufgegeben wird. Der konzernrechtliche Schutzgedanke ist insofern von dem Zweck der

9 Siehe dazu § 3 A II 3 c aa.

10 Grundlegend dazu BGHZ 103, 184, 193 ff. („Linotype“).

mitgliedschaftlichen Treuepflicht zunächst zu trennen.¹¹ Vielmehr zeigt für den Vertragskonzern schon der Wortlaut des § 308 I 2 AktG, dass Weisungen im Rahmen eines Beherrschungsvertrags für das abhängige Unternehmen auch nachteilig sein dürfen, sofern sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder sogar ausschließlich den Interessen einer anderen mit diesem verbundenen Gesellschaft dienen. Auch die Regelungen über die faktische Beherrschung der §§ 311 ff. AktG verbieten eine nachteilige Einflussnahme zumindest nicht ausdrücklich. Der konzernrechtliche Schutz soll demnach ausschließlich die Verfolgung völlig verbundsfremder Interessen unterbinden. Der Konzernkonflikt ergibt sich somit unabhängig davon, ob die Beherrschung auf einer vertraglichen Grundlage beruht; allein seine Bewältigung differiert nach dem Grund der Beherrschung.

Diese geschilderte strukturelle Unterlegenheit kann sich in verschiedener Weise nachhaltig auf die Mitgliedschaft der außenstehenden Aktionäre auswirken. So kann die herrschende Gesellschaft Maßnahmen treffen, die wirtschaftlich für die abhängige Gesellschaft ungünstig sind und deshalb direkte und indirekte Nachteile auch für die außenstehenden Aktionäre nach sich ziehen. Beispielsweise kann das beherrschende Unternehmen Einfluss auf den Geschäftsgegenstand des abhängigen nehmen, indem es besonders gewinnträchtige Sparten aus dessen Betrieb in seinen eigenen auslagert oder dessen Produktion auf seine Bedürfnisse ausrichtet. Auch kann es maßgeblich die Finanzverfassung der untergeordneten Gesellschaft beeinflussen, so durch den Entzug liquider Mittel aufgrund eines zentralen Cash-Managements oder durch Konzernverrechnungspreise. Unmittelbare Folge solcher Maßnahmen kann aus Sicht der außenstehenden Aktionäre unter anderem eine Schmälerung des Jahresgewinns der abhängigen Gesellschaft und folglich eine Verkürzung der eigenen Dividende sein. Zugleich sind entsprechende Eingriffe aber auch dazu geeignet, die Marktposition der abhängigen Gesellschaft generell zugunsten des herrschenden Unternehmens zu schwächen.

II. Das aktienkonzernrechtliche Schutzsystem und seine Grenzen

Der Gesetzgeber war sich dieser allgemeinen Konzerngefahr bewusst¹² und hat ein auf den ersten Blick umfassendes System zum Schutz der außenstehenden Aktionäre geschaffen: Im Rahmen eines Beherrschungsvertrags nach § 291 I 1

11 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 937. Näheres zu Ansprüchen auf der Grundlage einer Treuepflichtverletzung unten, § 7 B II 1.

12 Vgl. BegrRegE bei *Kropff*, S. 373 ff.

Var. 1 AktG haben diese Anspruch auf Zahlung eines jährlichen Ausgleichs gegen das herrschende Unternehmen (§ 304 AktG) sowie einen Anspruch auf Abfindung gemäß § 305 AktG und damit verbunden ein Recht zum Austritt, sofern sie sich gegen den Verbleib in der beherrschten Gesellschaft entscheiden.

Hält dagegen ein Unternehmen an einem anderen die Mehrheit der Anteile, ohne dass das organisationsrechtliche Verhältnis zwischen den Gesellschaften eigens in einem Vertrag geregelt ist, so stellt das Gesetz eine widerlegliche Abhängigkeitsvermutung auf (§ 17 II AktG), da auch dann die Möglichkeit der beherrschenden Einflussnahme gegeben ist. In diesem Falle der bloß faktischen Beherrschung werden die außenstehenden Aktionäre durch das Regelungsgefüge der §§ 311 ff. AktG geschützt¹³: Zum einen trifft die herrschende Gesellschaft eine Pflicht zum Ausgleich der durch einzelne Veranlassungen entstandenen Nachteile gegenüber der abhängigen Gesellschaft, § 311 AktG. Kommt das herrschende Unternehmen dieser Pflicht nicht nach, hat die abhängige Gesellschaft darüber hinaus gemäß § 317 I 1 AktG einen Anspruch auf Ersatz des aus der nachteiligen Einflussnahme entstandenen Schadens, welcher auch durch die Aktionäre geltend gemacht werden kann, §§ 317 IV, 309 IV AktG.

Zudem haben die Aktionäre selbst neben ihrer Gesellschaft einen Anspruch auf Schadensersatz, § 317 I S. 1, 2 AktG, sofern sie einen eigenen Schaden erlitten haben, welcher sich nicht bloß als Reflex des Schadens ihres Unternehmens darstellt. Schließlich ordnet § 318 AktG eine gesamtschuldnerische Haftung der Mitglieder des Vorstands (Abs. 1) bzw. des Aufsichtsrates (Abs. 2) des abhängigen Unternehmens neben der Haftung des herrschenden Unternehmens nach § 317 AktG an, wenn diese ihre Pflichten in Zusammenhang mit der Erstellung des Abhängigkeitsberichts aus §§ 312, 314 AktG verletzt haben. Nach heute fast einhelliger Auffassung kommt dem Anspruch aus § 318 AktG indes keine eigenständige Bedeutung zu; der Regelungsgehalt ist ohnehin von der Haftung aus §§ 93, 116 AktG erfasst, sodass die Vorschrift im Allgemeinen als verfehlt betrachtet wird¹⁴.

Dennoch scheint dieses Schutzsystem an einigen Stellen unzureichend. Im Zentrum steht dabei die Befürchtung, dass bei faktischer Beherrschung die Regelungen über Nachteilsausgleich und Schadensersatz gemäß §§ 311, 317 AktG nicht ohne Weiteres umgesetzt werden könnten, weil die nachteilige Einflussnahme durch das herrschende Unternehmen in einer solchen Weise geschehen

13 Der Begriff des außenstehenden Aktionärs hat allerdings in den §§ 311 ff. AktG keinen Niederschlag gefunden, sondern wird ausschließlich im Rahmen der Regelungen des Vertragskonzerns (§§ 291 ff. AktG) verwendet.

14 Dazu *Altmeppen* in MünchKommAktG, § 318 Rn. 1; *Fett* in Bürgers/Körber, AktG, § 318 Rn. 1; *Koppensteiner* in KölnKommAktG, § 318 Rn. 9; *J. Vetter* in Schmidt/Lutter, AktG, § 318 Rn. 1 ff., 12 ff.

ist, dass die zugefügten Nachteile nicht mehr ohne Weiteres quantifizierbar und daher an sich auch nicht mehr im Rahmen der §§ 311 ff. AktG ausgleichsfähig wären. Dieser Fall könnte sich daraus ergeben, dass einzelne für das faktisch beherrschte Unternehmen nachteilige Veranlassungen durch die herrschende Gesellschaft nicht mehr isoliert oder nicht mehr auf ihre Nachteiligkeit beurteilt werden können oder dass der tatsächliche Schaden nicht mehr zu ermitteln ist.¹⁵ Im Schrifttum werden diese denkbaren Varianten mehrheitlich als „qualifizierte Nachteilszufügung“ zusammengefasst. Dagegen ist der stattdessen häufig verwendete Begriff des „qualifiziert faktischen Konzerns“ insofern irreführend, als die Problematik nicht in einer besonderen Einbindung der beherrschten Gesellschaft in den Konzern wurzelt, sondern die Eingriffe des herrschenden Unternehmens von besonderer Qualität sind.¹⁶

Für solche Konstellationen sind in Rechtsprechung und Literatur dennoch vor allem unter der Bezeichnung des „qualifiziert faktischen Konzerns“ zahlreiche Ansätze entwickelt worden, um diese möglichen Lücken zu schließen. Auffällig hierbei ist, dass – wie eingangs erwähnt – diese Problemstellung bislang vorrangig unter Aspekten des Gläubigerschutzes diskutiert worden ist. Dabei hat insbesondere die faktische Beherrschung unter Beteiligung von GmbHs fortlaufend den BGH beschäftigt. Der II. Zivilsenat hat in diesem Zusammenhang seit den 1980er Jahren immer neuen Haftungskonzepten den Weg bereitet.¹⁷ Die Bemerkung von *Zöllner* illustriert diesen ständigen Wandel treffend: Seitdem das Problemfeld in den Fokus gerückt ist, hat der Senat mit jedem Wechsel des Vorsitzenden einen oftmals grundlegenden Paradigmenwechsel im Hinblick auf den Schutz der Gläubiger einer GmbH, welche sich in einer vergleichbaren Situation befindet, vollzogen.

Der Schutz der Aktionäre einer faktisch untergeordneten AG dagegen ist bis zu einer Entscheidung des LG Flensburg¹⁸ im Jahr 2005 ausschließlich von der Literatur behandelt worden. Die hierzu entwickelten Lösungsvorschläge haben sich dabei vielfach an der Rechtsprechung des BGH zum „qualifiziert faktischen Konzern“ im GmbH-Recht orientiert, wenngleich diese in erster Linie die Rechtsstellung der Gläubiger thematisierte. Dennoch waren damit alle vor die-

15 *Kroppff* in MünchKommAktG², § 317 Anh Rn. 1.

16 *J. Vetter* in Schmidt/Lutter, AktG, § 317 Rn. 49. Zudem genügt in den betreffenden Fällen ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 17 AktG, sodass das Bestehen eines Konzerns überhaupt nicht maßgeblich ist, vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht⁷, § 31 I 3.

17 Siehe z. B. BGHZ 65, 15 („ITT“); BGHZ 95, 330 („Autokran“); BGHZ 122, 123 („TBB“); BGHZ 149,10 („Bremer Vulkan“); BGH DStR 2007, 1586 („TRI-Hotel“).

18 LG Flensburg Der Konzern 2006, 303 (als Vorinstanz des OLG Schleswig im Fall „MobilCom/France Télécom“).

sem Hintergrund entwickelten Lösungsansätze für den Schutz der außenstehenden Aktionäre abhängig von den dortigen konzeptionellen Umbrüchen. Erneut entfacht wurde die Debatte über die Ansprüche der außenstehenden Aktionäre außerhalb eines Beherrschungsvertrags schließlich im Jahr 2008 durch erstmals zu diesem Problemfall ergangene instanzgerichtliche Urteile, vorrangig der „MobilCom/France Télécom“-Entscheidung des OLG Schleswig¹⁹, sowie ferner der „HVB/UniCredito“-Entscheidung des OLG München²⁰.

C. Gang der Darstellung

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist daher eine Untersuchung aller möglichen Ansprüche der Aktionäre bei schwierig zu bemessenden zugefügten Nachteilen im Rahmen der faktischen Beherrschung. Die zentrale Fragestellung dabei ist, ob das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG tatsächlich in besonders gelagerten Fällen nicht mehr geeignet ist, um aus Sicht der außenstehenden Aktionäre eine wirtschaftliche Kompensation der entsprechenden Nachteile herbeizuführen.

Zunächst sollen hierfür nach einer kurzen Darstellung der historischen Entwicklung des Minderheitenschutzes sowie der Regelungszwecke des Konzernrechts die gesetzlich vorgesehenen Schutzmöglichkeiten im Rahmen eines Vertragskonzerns herausgearbeitet werden, da eine eventuelle Funktionsunfähigkeit der §§ 311 ff. AktG einen Rückgriff auf diese Ansprüche erforderlich machen könnte. Von besonderer Relevanz ist dabei mit Blick auf das Ziel der Arbeit die Untersuchung, ob gewissermaßen auch untypische vertragliche Gestaltungen als Beherrschungsvertrag klassifiziert werden können und unter welchen Voraussetzungen in diesen Fällen eine direkte Anwendung der §§ 304, 305 AktG möglich ist, sodass sich dann die Frage nach dem Schutz vor möglichen qualifizierten Nachteilszuflügungen nicht stellen kann.

Weiterhin folgt eine Darstellung der Ansprüche der Minderheitsgesellschafter bei Fehlen einer vertraglichen Konzerngrundlage, um anschließend daran anknüpfend zu untersuchen, inwieweit sich die bereits herausgearbeiteten Anspruchsgrundlagen bei vertraglicher Konzernierung auch ausnahmsweise auch dann heranziehen lassen, wenn die zugefügten Nachteile nicht ohne Weiteres quantifizierbar sind. Im Fokus steht hierbei die Frage, inwiefern eine Anwendung der §§ 304, 304 AktG auch in bestimmten Fällen außerhalb eines Beherrschungsvertrags erforderlich ist. Zudem wird schließlich geprüft, ob über die

19 OLG Schleswig ZIP 2009, 124.

20 OLG München ZIP 2008, 1330.

gefundenen Ergebnisse hinaus weitere geschriebene und ungeschriebene Ansprüche des Gesellschaftsrechts sowie des allgemeinen Zivilrechts reaktiven Schutz in den beschriebenen kritischen Fällen vermitteln können.