

# **Das Business Combination Agreement**

**Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades  
an der Fakultät Rechtswissenschaft  
der Universität Hamburg**

**vorgelegt von Mirja Lankheit  
Hamburg, 2022**

Angenommen von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg am: 6. Dezember 2010

Veröffentlicht mit Genehmigung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg.

Tag der mündlichen Prüfung: 26. April 2023

Erstgutachter: Prof. Dr. Heribert Hirte

Zweitgutachter: Prof. Dr. Matthias Armgardt

Prüfungsausschuss, der Vorsitzende: Prof. Dr. Peter Wetzels

## Gliederung

Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Verwendete Business Combination Agreements .....	XVII
Literaturverzeichnis .....	XVIII
Urteile .....	XL
A. Definition, Rechtsnatur und Abgrenzungen des Business Combination Agreement .....	1
I. Definition und Bedeutung des Business Combination Agreement .....	1
1. Verhinderung weiterer Übernahmeangebote .....	2
2. Transaktionssicherheit, Rechtsklarheit .....	3
3. BCA und anschließender Unternehmensvertrag als einheitliches Geschäft im Sinn des § 139 BGB .....	3
II. Rechtsnatur des Business Combination Agreement .....	4
1. Regelungszweck des Konzernrechts .....	4
2. Rechtsnatur des Unternehmensvertrags .....	6
3. Rechtsfolgen .....	9
4. Abgrenzungen des Business Combination Agreements zu schuldrechtlichen Abreden .....	11
III. Business Combination Agreement als eigenständiger Unternehmensvertrag .....	15
1. §§ 291, 292 AktG analog? .....	15
2. Extensive Auslegung der §§ 291, 292 AktG .....	16
IV. Zusammenfassung .....	18
1. Bedeutung des Business Combination Agreements .....	18
2. Rechtsnatur des Business Combination Agreements .....	18
3. Abgrenzung zu schuldrechtlichen Abreden .....	18
4. BCA als eigenständiger Unternehmensvertrag .....	19
B. Business Combination Agreement als Beherrschungsvertrag .....	20
I. Vertragsbeteiligte .....	20
1. Herrschendes Unternehmen .....	20
2. Abhängige Gesellschaft .....	21
3. Abhängigkeit bei exemplarischen BCA .....	27
II. Unterstellung unter fremde Leitung .....	31
1. Unterstellung unter fremde Leitung .....	31
2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Wirksamkeit des Vertrags .....	85
3. Sonstige diskutierte Voraussetzungen .....	86
4. Ergebnis .....	88
C. Vertragsschluss .....	90
I. Zuständigkeit des Vorstands .....	90
II. Zuständigkeit des Aufsichtsrats .....	90
III. Zustimmung des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens .....	91
IV. Schriftform .....	93

V. Abschlusswirkung des Business Combination Agreement .....	93
VI. Verantwortlichkeit des Vorstands .....	94
VII. Zustimmung der Hauptversammlung, § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG .....	95
1. Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft gem. § 293 Abs. 1 AktG .....	95
2. Zustimmung der Hauptversammlung des anderen Vertragsteils .....	97
3. Ergebnis .....	98
VIII. Sachliche Rechtfertigung, Inhaltskontrolle .....	98
1. Sachliche Rechtfertigung bei Unternehmensverträgen gem. § 291 AktG .....	98
2. Keine Sachliche Rechtfertigung bei Unternehmensverträgen gem. § 291 AktG .....	99
3. Stellungnahme .....	99
IX. Zustimmung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft .....	100
1. Zustimmung des Aufsichtsrats? .....	101
2. Aufhebung einer ablehnenden Entscheidung des Aufsichtsrats durch die Hauptversammlung .....	102
3. Ergebnis .....	103
X. Bericht über den Unternehmensvertrag .....	103
XI. Prüfungsbericht .....	104
XII. Anmeldung und Eintragung des Beherrschungsvertrags ins Handelsregister .....	105
XIII. Ergebnis .....	106
D.Rechtsfolgen .....	107
I. Konkludent abgeschlossener Beherrschungsvertrag .....	107
II. Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft .....	108
1. Definition und Auswirkungen auf den Beherrschungsvertrag .....	108
2. Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf verdeckte Beherrschungsverträge .....	108
3. Ergebnis .....	114
III. Spruchverfahrensgesetz analog als Rechtsfolge bei der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft .....	115
IV. Faktischer Konzern .....	115
1. Rechtliche Zulässigkeit des einfachen faktischen Konzerns .....	116
2. Regelungsgehalt der §§ 311 ff. AktG .....	117
3. Anwendbarkeit der §§ 311 ff. AktG auf exemplarische BCA .....	119
4. Konzerneingangsschutz .....	124
5. Information der Hauptversammlung im Falle eines Hauptversammlungsbeschlusses .....	144
6. Zustimmungsbeschluss .....	148
7. Abschließende Bewertung des faktischen Konzerns .....	151
IV. Qualifiziert faktischer Konzern .....	151
1. Definition und Rechtsfolgen .....	151
2. Rechtsprechungsentwicklung im GmbH-Recht .....	152
3. Übertragung der GmbH-Rechtsprechung auf das Aktienrecht .....	152
VI. Existenzvernichtender Eingriff, § 826 BGB .....	154

1. Rechtsprechung zur GmbH.....	154
2. Übertragbarkeit auf die Aktiengesellschaft .....	154
3. Voraussetzungen des existenzvernichtenden Eingriffs .....	155
4. Ergebnis .....	156
V. Ergebnis .....	156
E. Zusammenfassung .....	158
I. Vertragsinhalt.....	158
1. Keine Unterstellung unter fremder Leitung .....	158
2. Unterstellung unter fremde Leitung.....	158
3. Empfehlung .....	159
II. Vertragsdurchführung .....	159
1. Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates.....	159
2. Zustimmungspflicht der Hauptversammlung.....	159
3. Sachliche Rechtfertigung .....	160
III. Rechtsfolgen eines fehlerhaften BCA.....	160

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Verwendete Business Combination Agreements .....	XVII
Literaturverzeichnis .....	XVIII
Urteile .....	XL
A. Definition, Rechtsnatur und Abgrenzungen des Business Combination Agreement .....	1
I. Definition und Bedeutung des Business Combination Agreement .....	1
1. Verhinderung weiterer Übernahmeangebote .....	2
2. Transaktionssicherheit, Rechtsklarheit .....	3
3. BCA und anschließender Unternehmensvertrag als einheitliches Geschäft im Sinn des § 139 BGB .....	3
II. Rechtsnatur des Business Combination Agreement .....	4
1. Regelungszweck des Konzernrechts .....	4
a) Körperschaftsteuerliche Organschaft .....	5
b) Gewerbesteuerliche Organschaft .....	5
c) Umsatzsteuerliche Organschaft .....	6
d) Europarechtliche Vorgaben .....	6
2. Rechtsnatur des Unternehmensvertrags .....	6
a) Unternehmensvertrag als schuldrechtlicher Austauschvertrag .....	7
b) Unternehmensvertrag als körperschaftsrechtlicher Organisationsvertrag .....	7
c) Stellungnahme .....	8
3. Rechtsfolgen .....	9
a) Meinungsstand .....	9
b) Stellungnahme .....	10
c) Ergebnis .....	11
4. Abgrenzungen des Business Combination Agreements zu schuldrechtlichen Abreden .....	11
a) Einbringungsvertrag .....	12
b) Absichtserklärung .....	13
c) Aktionärsvereinbarung .....	14
d) Investorenvereinbarung .....	15
III. Business Combination Agreement als eigenständiger Unternehmensvertrag .....	15
1. §§ 291, 292 AktG analog? .....	15
a) Planwidrige Regelungslücke .....	16
b) Ergebnis .....	16
2. Extensive Auslegung der §§ 291, 292 AktG .....	16
a) Besonders gefährlicher Vertrag .....	17
b) Ähnlichkeit mit einem gesetzlich geregelten Vertrag .....	17
c) Ergebnis .....	18
IV. Zusammenfassung .....	18
1. Bedeutung des Business Combination Agreements .....	18

2. Rechtsnatur des Business Combination Agreements .....	18
3. Abgrenzung zu schuldrechtlichen Abreden.....	18
4. BCA als eigenständiger Unternehmensvertrag.....	19
B. Business Combination Agreement als Beherrschungsvertrag.....	20
I. Vertragsbeteiligte.....	20
1. Herrschendes Unternehmen .....	20
2. Abhängige Gesellschaft .....	21
a) Gesellschaft.....	21
b) Abhängigkeit.....	21
aa) Kapitalmehrheit .....	22
bb) Stimmenmacht .....	22
(1) Stimmenmehrheit .....	22
(2) Minderheitsbeteiligung .....	23
(3) Unterstützung anderer Aktionäre .....	23
(4) Negative Beherrschung.....	23
(5) Ausschluss des Stimmrechts (§ 136 AktG).....	24
cc) Tatsächliche Einflussnahme .....	26
dd) Ergebnis .....	26
3. Abhängigkeit bei exemplarischen BCA.....	27
a) CFA France Telecom/Mobilcom.....	27
aa) Widerlegung der Vermutung (§ 17 Abs. 2 AktG).....	27
bb) Konzernvermutung .....	27
b) BCA Unicredit/HVB – Mehrheitsbesitz .....	28
c) BCA Amerigon Europe/W.E.T. – Stimmenmehrheit.....	29
d) BCA Linde/Praxair – Abhängigkeit von der neuen Holdco.....	29
e) Terex/Demag Cranes – keine Abhängigkeit.....	30
4. Ergebnis.....	30
II. Unterstellung unter fremde Leitung .....	31
1. Unterstellung unter fremde Leitung.....	31
a) Leitungsbegriff des § 291 Abs. 1 Fall 1 AktG.....	31
aa) Leitung im Sinn des § 76 Abs. 1 AktG.....	31
bb) Leitung im Sinn des § 77 Abs. 1 AktG.....	32
cc) Stellungnahme.....	32
b) Definition der Leitung .....	32
c) Unterstellen unter fremde Leitung .....	33
aa) Begriff und Rechtsnatur der Weisung .....	33
bb) Weisungsrecht als ausschließliches Leitungsmittel? .....	34
cc) Weisungsberechtigter .....	35
dd) Adressat einer Weisung .....	35
ee) Umfang des Weisungsrechts .....	36

ff) Grenzen des Weisungsrechts .....	36
d) BCA .....	37
aa) Koordinationsausschuss .....	37
(1) Vertragliche Regelung .....	37
(2) Rechtliche Würdigung .....	38
(a) Abgrenzung Joint Venture zur Beherrschung .....	38
(b) Koordinationsausschuss als Aktionärsvereinbarung .....	40
bb) Business Combination Agreement als Teilbeherrschungsvertrag .....	43
(1) Vertragliche Regelung .....	44
(2) Rechtliche Würdigung .....	44
(a) Vollständiger Ausschluss des Weisungsrechts .....	45
(b) Teilweiser Ausschluss des Weisungsrechts .....	46
(aa) Unterstellung einzelner Betriebe .....	46
(bb) Auswirkungen auf 6.1 BCA Unicredit/HVB .....	47
(cc) Unterstellung einzelner Leitungsfunktionen .....	47
(aaa) Unterstellung aller Leitungsfunktionen .....	47
(bbb) Unterstellung wesentlicher Leitungsfunktionen .....	48
(ccc) Unterstellen auch bei eingeschränkter Leitungsbefugnis .....	48
(c) Stellungnahme .....	49
(d) Ergebnis .....	50
cc) Vereinbarung einer monistischen Gruppenstruktur .....	50
(1) Vertragliche Regelung .....	51
(2) Rechtliche Würdigung .....	51
dd) Einrichtung eines Präsidialausschusses und Management-Ausschuss .....	52
(1) Vertragliche Regelung .....	53
(2) Rechtliche Stellungnahme .....	53
ee) Zustimmungsvorbehalt .....	54
(1) Vertragliche Regelung in den BCA Unicredit/HVB und Amerigon Europe/W.E.T. ....	54
(2) Rechtliche Würdigung .....	55
(a) Zustimmungsvorbehalt kein Weisungsrecht .....	56
(b) Zustimmungsvorbehalt ab einer gewissen Dichte als Weisungsrecht .....	56
(c) Zustimmungsvorbehalt als Weisungsrecht .....	56
(d) Zustimmungsvorbehalt als Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung .....	57
(e) Stellungnahme .....	58
(aa) Zustimmungsvorbehalt als Weisungsrecht .....	58
(bb) Zustimmungsvorbehalt als Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung .....	59

(cc) Verzicht anstelle eines Zustimmungsvorbehalts .....	59
ff) Zusicherungen.....	60
(1) Vertragliche Regelung.....	60
(2) Rechtliche Würdigung .....	61
gg) Ausübung einer Verkaufsoption des Hauptaktionärs .....	62
(1) Vertragliche Regelung.....	62
(2) Rechtliche Würdigung .....	62
(a) Einflussnahme über die Hauptversammlung als mittelbares Weisungsrecht .....	62
(b) Einflussnahme über die Hauptversammlung Haftung nach § 117 AktG; § 826 BGB .....	63
(c) Stellungnahme .....	63
hh) Entsendung von Kandidaten in Vorstand und Aufsichtsrat .....	64
(1) Vertragliche Regelung.....	64
(2) Rechtliche Würdigung .....	65
(a) Besetzung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft mit Kandidaten des herrschenden Unternehmens .....	66
(b) Besetzung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft mit Kandidaten des herrschenden Unternehmens .....	68
(3) Hinweise für die Praxis.....	70
(a) Verzicht auf das Doppelmandat .....	71
(b) Genaue Spezifizierung des Zustimmungskatalogs auf besonders bedeutsame Geschäfte .....	71
(c) Stimmverbot .....	71
(aa) Gesetzliches Stimmverbot – Related Party Transactions.....	71
(bb) Vertragliches Stimmverbot im BCA bei einer nicht börsennotierten abhängigen Aktiengesellschaft .....	72
(aaa) Stimmverbot im Falle eines Verstoßes gegen §§ 311 ff. AktG bei fehlendem Beherrschungsvertrag.....	73
(bbb) Stimmverbote bei Interessenkonflikten .....	73
(d) Weitere Klauseln zur Sicherung der Unabhängigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat in der abhängigen Gesellschaft .....	73
(e) Offenlegung von Interessenkonflikten .....	74
(f) Genaue Dokumentation von Aufsichtsrats- und Vorstandssitzungen .....	75
ii) Verantwortlichkeiten und Berichtspflichten der Bereichsleiter .....	75
(1) Vertragliche Regelung.....	75
(2) Rechtliche Würdigung .....	75
jj) Änderung der Gruppenstruktur .....	76
(1) Vertragliche Regelung.....	76
(2) Rechtliche Würdigung .....	77

kk) Fortbestand der Zielgesellschaft.....	77
(1) Vertragliche Regelung.....	77
(2) Rechtliche Würdigung.....	78
ll) Einseitiges Kündigungsrecht beim herrschenden Unternehmen.....	79
(1) Vertragliche Regelung.....	79
(2) Rechtliche Würdigung.....	79
mm) Künftige Integration bzw. Zusammenarbeit mit der Zielgesellschaft.....	80
(1) Vertragliche Regelung.....	80
(2) Rechtliche Würdigung.....	81
nn) Regelung des Gerichtsstands.....	83
(1) Vertragliche Regelung.....	83
(2) Rechtliche Würdigung.....	83
oo) Fazit.....	84
2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Wirksamkeit des Vertrags.....	85
3. Sonstige diskutierte Voraussetzungen.....	86
a) Ausgleichs- und Abfindungsregeln, §§ 304, 305 AktG und Verlustausgleichspflicht § 302 AktG.....	87
b) Bezeichnung als Beherrschungsvertrag.....	87
c) Anwendbarkeit deutschen Rechts.....	88
d) Ergebnis.....	88
4. Ergebnis.....	88
C. Vertragsschluss.....	90
I. Zuständigkeit des Vorstands.....	90
II. Zuständigkeit des Aufsichtsrats.....	90
III. Zustimmung des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens.....	91
IV. Schriftform.....	93
V. Abschlusswirkung des Business Combination Agreement.....	93
VI. Verantwortlichkeit des Vorstands.....	94
VII. Zustimmung der Hauptversammlung, § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG.....	95
1. Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft gem. § 293 Abs. 1 AktG.....	95
a) Zustimmung.....	95
b) Gegenstand der Zustimmung.....	95
aa) Teilnichtigkeit des BCA bei unvollständiger Vorlage.....	96
bb) Unwirksamkeit bei unvollständiger Vorlage des BCA.....	96
cc) Stellungnahme.....	96
2. Zustimmung der Hauptversammlung des anderen Vertragsteils.....	97
3. Ergebnis.....	98
VIII. Sachliche Rechtfertigung, Inhaltskontrolle.....	98
1. Sachliche Rechtfertigung bei Unternehmensverträgen gem. § 291 AktG.....	98
2. Keine Sachliche Rechtfertigung bei Unternehmensverträgen gem. § 291 AktG.....	99

3. Stellungnahme .....	99
IX. Zustimmung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft .....	100
1. Zustimmung des Aufsichtsrats? .....	101
a) Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats .....	101
b) Keine Zustimmung des Aufsichtsrats .....	101
c) Stellungnahme.....	101
2. Aufhebung einer ablehnenden Entscheidung des Aufsichtsrats durch die Hauptversammlung .....	102
3. Ergebnis .....	103
X. Bericht über den Unternehmensvertrag .....	103
XI. Prüfungsbericht .....	104
XII. Anmeldung und Eintragung des Beherrschungsvertrags ins Handelsregister .....	105
XIII. Ergebnis .....	106
D.           Rechtsfolgen .....	107
I. Konkludent abgeschlossener Beherrschungsvertrag .....	107
II. Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.....	108
1. Definition und Auswirkungen auf den Beherrschungsvertrag .....	108
2. Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf verdeckte Beherrschungsverträge.....	108
a) Eintragung ins Handelsregister .....	109
aa) Rechtsprechung des BGH zur GmbH .....	109
bb) Literatur und Rechtsprechung zur Aktiengesellschaft .....	109
cc) Stellungnahme .....	110
b) Zustimmung der Hauptversammlung .....	111
aa) Meinungsstand .....	111
bb) Stellungnahme .....	112
c) Ausgleichsregelung § 304 Abs. 1, 2 AktG .....	112
aa) Meinungsstand .....	112
bb) Stellungnahme .....	113
3. Ergebnis .....	114
III. Spruchverfahrensgesetz analog als Rechtsfolge bei der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft .....	115
IV. Faktischer Konzern .....	115
1. Rechtliche Zulässigkeit des einfachen faktischen Konzerns.....	116
2. Regelungsgehalt der §§ 311 ff. AktG .....	117
a) Gesetzliches Leitbild: Vertragskonzern .....	117
b) Prinzip des Einzelausgleichs.....	118
c) Besonderer Schutzmechanismus.....	118
3. Anwendbarkeit der §§ 311 ff. AktG auf exemplarische BCA.....	119
a) Veranlassung .....	119
aa) Veranlassungsbewusstsein .....	119

(1) Veranlassungsbewusstsein erforderlich.....	119
(2) kein Veranlassungsbewusstsein erforderlich .....	120
(3) Stellungnahme .....	120
bb) Mittel der Veranlassung bei BCA .....	120
(1) Besetzung der Organe .....	120
(2) Stimmbindungs- und Konsortialverträge .....	121
cc) Veranlassungswirkung.....	121
dd) Beweiserleichterung .....	121
(1) Veranlassungsvermutung .....	122
(2) Beweis des ersten Anscheins .....	122
(3) Stellungnahme .....	122
b) Nachteil .....	123
c) Ergebnis .....	124
4. Konzerneingangsschutz.....	124
a) Konzerneingangsschutz der abhängigen Gesellschaft .....	125
aa) Konzernierungserklärung .....	125
bb) Zustimmung der Hauptversammlung .....	126
(1) Zustimmung .....	126
(a) Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft aufgrund Klauseln im BCA.....	126
(b) Zustimmung der Hauptversammlung wegen Änderung des Gesellschaftszwecks .....	126
(aa) Gesellschaftszweck .....	127
(bb) Gesellschaftszweck in Satzung festgelegt.....	127
(cc) Gesellschaftszweck nicht in der Satzung festgesetzt .....	128
(aaa) Faktische Konzernierung als Änderung des Gesellschaftszwecks .....	128
(bbb) Änderung des Gesellschaftszwecks wegen Einschränkung der Gewinnerzielungsabsicht.....	129
(ccc) Änderung des Gesellschaftszwecks wegen Aufhebung des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung .....	130
(ddd) Änderung des Gesellschaftszwecks wegen Steigerung der Leitungsintensität.....	130
(eee) Ergebnis .....	131
(dd) Ergebnis.....	131
(c) Zustimmung der Hauptversammlung wegen eines Grundlagenvertrags mit strukturänderndem Charakter .....	131
(aa) Öffentliches Übernahmeangebot, §§ 29 ff. WpÜG .....	132
(bb) Verschmelzung, §§ 13, 69 ff. UmwG .....	133

(cc) Kapitalerhöhung .....	133
(dd) Ergebnis.....	133
(d) Zustimmungspflicht zum BCA kraft Sachzusammenhangs .....	134
(2) Ergebnis .....	136
cc) Zustimmung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft.....	136
dd) Mitteilungspflichten .....	136
ee) Ad-hoc-Publizität .....	137
ff) Informations- und Ankündigungspflicht des herrschenden Unternehmens aufgrund Treuepflicht .....	137
gg) Satzung .....	138
(1) Höchststimmrecht .....	138
(2) Vinkulierung von Namensaktien.....	139
(a) Satzungsmäßiges Verbot der Vinkulierung .....	139
(b) Satzungsmäßige Beschränkung der Vinkulierung .....	139
(3) Ergebnis .....	140
hh) Ergebnis .....	140
b) Konzerneingangsschutz des herrschenden Unternehmens.....	140
aa) Ermächtigung in der Satzung, Konzernklausel .....	141
bb) Zustimmung der Hauptversammlung .....	141
(1) Zustimmung der Hauptversammlung wegen Änderung des Gesellschaftszwecks, § 179 Abs. 1 AktG .....	141
(2) Zustimmung der Hauptversammlung wegen faktischer Konzernierung.....	142
cc) Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates .....	143
dd) Ergebnis .....	144
5. Information der Hauptversammlung im Falle eines Hauptversammlungsbeschlusses.....	144
a) Einberufung der Hauptversammlung.....	144
aa) Vertragliche Verweigerung der Auskunft.....	145
bb) Gesetzliches Auskunftsverweigerungsrecht.....	145
cc) Verschwiegenheitspflicht des Vorstands, § 93 Abs. 1 Satz 3 Var. 2 AktG .....	146
dd) Verschwiegenheitspflicht gem. § 21 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, Art. 14 lit. a MMVO, § 14 Abs. 1 Nr. 2, 13 Abs. 1 Nr. 1 WpHG aF.....	147
b) Ergebnis .....	148
6. Zustimmungsbeschluss.....	148
a) Zustimmungsbeschluss bei Hauptversammlungskompetenz .....	148
aa) Zustimmungspflicht des herrschenden Unternehmens wegen Treuepflicht.....	149
bb) Stimmrechtsverbot des herrschenden Unternehmens wegen § 136 Abs. 1 AktG .....	149
b) Ergebnis .....	150
7. Abschließende Bewertung des faktischen Konzerns .....	151
IV. Qualifiziert faktischer Konzern.....	151
1. Definition und Rechtsfolgen .....	151

2. Rechtsprechungsentwicklung im GmbH-Recht.....	152
3. Übertragung der GmbH-Rechtsprechung auf das Aktienrecht .....	152
a) Planwidrige Regelungslücke .....	152
aa) Börsennotierte Gesellschaften .....	152
bb) Nicht börsennotierte Gesellschaften .....	153
cc) Zwischenergebnis.....	153
b) Vergleichbare Interessenlage.....	153
c) Ergebnis .....	154
VI. Existenzvernichtender Eingriff, § 826 BGB .....	154
1. Rechtsprechung zur GmbH.....	154
2. Übertragbarkeit auf die Aktiengesellschaft.....	154
3. Voraussetzungen des existenzvernichtenden Eingriffs.....	155
4. Ergebnis .....	156
V. Ergebnis .....	156
E. Zusammenfassung .....	158
I. Vertragsinhalt.....	158
1. Keine Unterstellung unter fremder Leitung .....	158
2. Unterstellung unter fremde Leitung.....	158
3. Empfehlung .....	159
II. Vertragsdurchführung .....	159
1. Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates.....	159
2. Zustimmungspflicht der Hauptversammlung.....	159
3. Sachliche Rechtfertigung .....	160
III. Rechtsfolgen eines fehlerhaften BCA.....	160

## Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Die Aktiengesellschaft Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Allianz	Allianz SE
Amerigon Inc.	Amerigon Inc. (heute: Gentherm Inc.)
Amerigon Europe	Amerigon Europe GmbH
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Bank Austria	Bank Austria Creditanstalt AG
BB	Betriebs-Berater
BCA	Business Combination Agreement
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bspw.	beispielsweise
CEE	Central and Eastern Europe
CFA	Corporation Framework Agreement
Chrysler	Chrysler Corp.
Commerzbank	Commerzbank AG
Continental	Continental AG
Corp.	Corporation
Daimler-Benz	Daimler-Benz AG (heute: Daimler AG)
DB	Der Betrieb
Demag Cranes	Demag Cranes AG
Deutsche Börse	Deutsche Börse AG
Der Konzern	Der Konzern
Derby Cycle	Derby Cycle Holding GmbH
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ECFR	European Council on Foreign Relations
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EwIR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
France Telecom	France Telecom S.A. (heute: Orange S.A.)
FS	Festschrift
FT	France Telecom S.A.
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz die Gesellschaften mit beschränkter Haftung betreffend
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
HVB	Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG
IBG	Industrie-Beteiligungs-Gesellschaft mbH
ICWET	ICWET LP
Inc.	Incorporated
Indigo Capital	Indigo Capital IV LP
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KOM	Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LG	Landgericht
liSp	linke Spalte

MitBestG	Mitbestimmungsgesetz
MittDPatAnw	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
MMVO	Marktmissbrauchsverordnung, Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission
Mobilcom	Mobilcom AG (heute: freenet AG)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NYSE Euronext	NYSE Euronext Inc.
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PGAM	Pioneer Global Asset Management S.p.A.
Pon Holdings	Pon Holdings B.V.
RabelsZ	Rabels Zeitschr. für ausländ. und internat. Privatrecht
Rn.	Randnummer
Schaeffler	Schaeffler AG
Terex	Terex Industrial Holding AG
UmwG	Umwandlungsgesetz
Unicredit	UniCredit Bank AG oder UniCredit S.p.A.
Var.	Variante
W.E.T.	W.E.T. Automotive Systems AG
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

## Verwendete Business Combination Agreements

CFA France Telecom/Mobilcom

(Auszüge im Urteil des OLG Schleswig: <https://www.rws-verlag.de/aktuell/wirtschaftsrecht-aktuell/olg-schleswig-keine-anwendung-der-grundsätze-der-fehlerhaften-gesellschaft-auf-einen-verdeckten-beherrschungsvertrag-mobilcom-15369>)

BCA Unicredit/HVB

(Wesentliche Abschnitte im Urteil des LG München I: <https://betriebs-berater.ruw.de/wirtschaftsrecht/urteile/Hauptversammlungsbeschluesse-der-Hypovereinsbank-nichtig--Business-Combination-Agreement-als-Beherrschungsvertrag-zustimmungspflichtig-15659>)

BCA Amerigon Europe/W.E.T.

(Volltext zum Download: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/903129/000119312511048858/dex102.htm>)

BCA Terex/Demag Cranes

(Volltext zum Download: [https://www.konecranes.com/sites/default/files/investor/business\\_combination\\_agreement\\_and\\_plan\\_of\\_merger.pdf](https://www.konecranes.com/sites/default/files/investor/business_combination_agreement_and_plan_of_merger.pdf))

BCA Linde/Praxair

(Volltext zum Download: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/884905/000119312517191218/d506854dex21.htm>)

## Literaturverzeichnis

- Adler, Hans/Düring, Walther/Schmaltz, Kurt*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Onlineausgabe, Stuttgart (zit.: *Bearbeiter*, in: ADS).
- Aha, Christof*, Vorbereitung des Zusammenschlusses im Wege der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage durch ein „Business Combination Agreement“, BB 2001, 2225 ff.
- Ahrens, Hans-Jürgen*, Die Problematik des Mehrmütterkonzerns in aktien- und mitbestimmungsrechtlicher Sicht, AG 1975, 151 ff.
- Aktiengesetz*, Textausgabe und Begründung des Regierungsentwurfs, Hrsg. Kropff, Bruno, Düsseldorf, 1965.
- Aktiengesetz*, Hrsg., *Grigoleit, Hans Christoph/Ehmann, Erik/Herrler, Sebastian* (zit.: *Bearbeiter*, in: Grigoleit, AktG), 2. Aufl., München 2018.
- Aktiengesetz*, Hrsg., *Wachter, Thomas*, 3. Aufl., München 2018.
- Altmeyden, Holger*, Anmerkung zur Stellungnahme der Bundesregierung vom 26.10.1992 zur Verfassungsbeschwerde gegen das „Video“-Urteil, ZIP 1992, 1668 ff.
- ders.*, Neutralitätspflicht und Pflichtangebot nach dem neuen Übernahmerecht, ZIP 2001, 1073 ff.
- ders.*, Qualifizierter faktischer Konzern, keine Mißbrauchsvermutung/„TBB“, EWiR 1993, 327 ff.
- ders.*, Die Haftung des Managers im Konzern, München 1998.
- Angerer, Lutz/Geibel, Stephan/Süßmann, Rainer*, Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 3. Aufl. München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Angerer/Geibel/Süßmann, WpÜG).
- Arens, Tobias*, Vertragliche Einflussrechte auf die Geschäftsführung des Vorstandes durch ein Business Combination Agreement, Siegen 2014.
- Aschenbeck, Tanja*, Personenidentität bei Vorständen in Konzerngesellschaften (Doppelmandat im Vorstand), NZG 2000, 1015 ff.
- Assmann, Uwe*, Rechtsanwendungsprobleme des Insiderrechts, AG 1997, 50 ff.
- Assmann, Uwe/Schneider, Heinz-Dieter*: Wertpapierhandelsgesetz, WpHG Kommentar, 6. Aufl., Köln 2012. (zit.: *Bearbeiter*, in: Assmann/Schneider, WpHG).
- Bachmann, Gregor/Veil, Rüdiger*, Grenzen atypischer stiller Beteiligungen an einer Aktiengesellschaft, ZIP 1999, 348 ff.
- Bachmayr, Karl*, Der reine Verlustübernahmevertrag, ein Unternehmensvertrag im Sinne des Aktiengesetzes 1965, BB 1965, S. 135 ff.
- Ballerstedt, Kurt*, Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft (Teil I), DB 1956, 813 ff.
- ders.*, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949.
- ders.*, Schranken der Weisungsbefugnis eines Beherrschungsvertrages, ZHR 137 (1973), 388 ff.
- Balthasar, Stephan*, Zum Austrittsrecht nach § 305 AktG bei „faktischer Beherrschung“, NZG 2008, 858 ff.
- Baltzer, Johannes*, Zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen bei Antragsablehnung, GmbHR 1972, 57 ff.
- Bälz, Ulrich*, Verbundene Unternehmen, AG 1992, 277 ff.

*ders.*, Einheit und Vielheit im Konzern, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, 287 ff.

*Banerjea*, Nirmal Robert, Der Schutz von Übernahme- und Fusionspläne – Überlegungen zur Zulässigkeit und Gestaltung sog. Deal-Protection-Abreden, DB 2003, 1489 ff.

*Baumann*, Horst/*Reiß*, Wilhelm, Satzungsändernde Vereinbarungen – Nebenverträge im Gesellschaftsrecht, ZGR 1989, 157 ff.

*Baumbach*, Adolf/*Hopt*, Klaus J., Kurzkommentar zum Handelsgesetz, 40. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hopt, HGB).

*Baumbach*, Adolf/*Hueck*, Alfred, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, 13. Aufl., München 1968 (zit.: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, AktG).

*dies.*, Beck'scher Kurzkommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 22. Aufl., München 2019, (zit.: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG).

*Baums*, Theodor, Verschmelzung mit Hilfe von Tochtergesellschaften, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner, Köln 1998, 73 ff.

*Bayer*, Walter, Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag. Ein Beitrag zur Dogmatik des deutschen internationalen Konzernrechts, Heidelberg 1988.

*ders.*, Vorsorge- und präventive Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen, ZGR 2002, 588 ff.

*Bayreuther*, Frank, Wirtschaftlich-existenziell abhängige Unternehmen im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht, Berlin 2001.

*Beck'sches Handbuch der AG*, 3. Aufl., München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckHdb AG).

*Beisel*, Wilhelm/*Klump*, Hans-Hermann, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl., München 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Beisel/Klump, Unternehmenskauf).

*Bernhardt*, Wolfgang, Unternehmensführung und Hauptversammlung – Holzmüller und die Folgen, DB 2000, 1873 ff.

*Binnewies*, Burkhard, Die Konzerneingangskontrolle in der abhängigen Gesellschaft, Köln, Berlin, Bonn, München 1996.

*Blaurock*, Uwe, Der Letter of Intent, ZHR 147 (1983), 334 ff.

*Brachvogel*, Geritt, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern, München 1967.

*Brauksiepe*, Jochen, Zum Unternehmensbegriff des neuen Aktienrechts, BB 1966, 869 ff.

*Brevern*, Olaf v., Allgemeine Grundsätze für den Unternehmensvertrag, Köln 1971.

*Brüggemeier*, Gert, Die Einflußnahme auf die Verwaltung einer Aktiengesellschaft, AG 1988, 93 ff.

*BR-Drs. 872/97 (1997)*, Drucksache der Deutschen Bundesregierung 872/97 vom 6. November 1997: Gesetzentwurf der BReg. zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG).

*BR-Drs. 156/19 (2019)*, Drucksache der Deutschen Bundesregierung 156/19 vom 5. April 2019: Gesetzentwurf der BReg. zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrichtlinie (ARUG II).

*BT-Drs. 14/8769 (2002)*, Drucksache des Deutschen Bundestags vom 11. April 2002: Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz).

*BT-Drs. 14/7515 (2001)*, Drucksache des Deutschen Bundestags 14/7515 vom 14. August 2001: Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“: Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts.

- BT-Drs. 14/7034 (2001)*, Drucksache des Deutschen Bundestages 14/7034 vom 5. Oktober 2001: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen.
- BT-Drs. 12/6699 (1995)*: Drucksache des Deutschen Bundestages 12/6699 vom 1. Februar 1994: Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwBerG).
- BT-Drs. 15/3174 (2004)*: Drucksache des Deutschen Bundestages 15/3174 vom 24. Mai 2004: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG).
- BT-Drs. 19/9739 (2019)*: Drucksache des Deutschen Bundestages 19/9739 vom 29. April 2019: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrichtlinie (ARUG II).
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, Emittentenleitfaden 2009 (zit.: *BaFin Emittentenleitfaden*).
- Bundesministerium der Justiz*, Bericht der Unternehmensrechtskommission 1980.
- Bungert*, Hartwig, Unternehmensvertragsbericht und Unternehmensvertragsprüfung gemäß §§ 293a ff. AktG (Teil I), DB 1995, 1384.
- Bungert*, Hartwig/*Wansleben*, Till, Vertragliche Verpflichtung einer Aktiengesellschaft zur Nichtdurchführung von Kapitalerhöhungen, ZIP 2013, 1841 ff.
- Burgard*, Ulrich, Das Wettbewerbsverbot des herrschenden Aktionärs, in: Festschrift für Marcus Lutter, 2000, S. 1033 ff.
- Bürgers*, Tobias/*Körper*, Torsten (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl., Heidelberg 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Bürgers/Körper*, AktG).
- Burwitz*, Gero, Handelsrechtsausschuss des DAV, Gesetzgebungsvorschlag zum Spruchverfahren bei Umwandlung und Sachkapitalerhöhung und zur Erfüllung des Ausgleichsanspruchs durch Aktien, NZG 2007, 497 ff.
- Busch*, Manuel, Joint Ventures in der notariellen Praxis, RNotZ 2020, S. 249 ff.
- Cahn*, Andreas, Verlustübernahme und Einzelausgleich im qualifizierten faktischen Konzern, ZIP 2001, 2159 ff.
- ders.*, Business Combination Agreements – rechtliche Fragestellungen, Unternehmensübernahmen und -zusammenschlüsse, Vortrag vom 5. Dezember 2013 des Instituts für Law and Finance Frankfurt ([www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/\\_migrated/content\\_uploads/5\\_Cahn\\_Business\\_Combination\\_Agreements\\_-\\_rechtliche\\_Fragestellungen.pdf](http://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/5_Cahn_Business_Combination_Agreements_-_rechtliche_Fragestellungen.pdf)).
- Clemm*, Hermann, Die Grenzen der Weisungsfolgepflicht des Vorstands der beherrschten AG bei bestehendem Beherrschungsvertrag, ZHR 141 (1977), 197 ff.
- Decher*, Christian E., Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Merger of Equals, in: Festschrift für Marcus Lutter, 2000, 1209 ff.
- ders.*, Das Business Combination Agreement – ein verdeckter Beherrschungsvertrag oder sonstiger strukturändernder Vertrag?, in: Festschrift für Uwe Hüffer, 2010, S. 145 ff.
- ders.*, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes: Bestand und Bewährung, ZHR 171 (2007), 126 ff.

- ders.*, Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern: Loyalitätskonflikt und qualifizierter faktischer Konzern, Frankfurt 1990.
- Detle*, Christoph Felix, Verdeckte und atypische Beherrschungsverträge im Aktienrecht, Baden-Baden 2012.
- Detting*, Heinz-Uwe, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965, Tübingen 1997.
- Diemke*, Heise, Neutralitätspflicht, Übernahmegesetz und Richtlinienvorschlag 2000, NZG 2001, 241 ff.
- Dierdorf*, Josef, Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage, Köln, Berlin, Bonn, München 1978.
- Dierlamm*, Alfred, Das neue Insiderstrafrecht, NSTZ 1996, 519 ff.
- Drinhausen*, Florian/*Eckstein*, Hans Martin, Beck'sches Handbuch der AG, 3. Aufl., München 2018.
- Drygala*, Tim, Deal Protection in Verschmelzungs- und Unternehmenskaufverträgen – eine amerikanische Vertragsgestaltung auf dem Weg ins deutsche Recht, Teil I, WM 2004, 1413 ff.
- ders.*, Deal Protection in Verschmelzungs- und Unternehmenskaufverträgen – eine amerikanische Vertragsgestaltung auf dem Weg ins deutsche Recht, Teil II, WM 2004, 1457 ff.
- Duden*, Konrad, Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz, ZHR 141 (1977), 145 ff.
- ders.*, Die Diskussion über das Konzernrecht, BB 1957, 1230 ff.
- Eckert*, Thomas, Konzerneingangsschutz im Aktienkonzernrecht auf der Ebene der Untergesellschaft, Frankfurt 1998.
- Ederle*, Anton, Verdeckte Beherrschungsverträge, Tübingen 2010.
- ders.*, Der verdeckte Beherrschungsvertrag als konzernrechtliches Haftungsinstrument. AG 2010, 273 ff.
- Ehrenberg*, Victor, Handbuch des gesamten Handelsrechts: mit Einschluss des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschiffrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts, III. Band, Teilband 1, Leipzig 1913 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ehrenberg).
- Emmerich*, Volker, Über atypische und verdeckte Beherrschungsverträge, in: Festschrift für Uwe Hüffer, 2010, 179 ff.
- ders.*, Konzernbildungskontrolle, AG 1991, 303 ff.
- ders.*, Das GmbH Konzernrecht, AG 1975, 285 ff.
- Emmerich*, Volker/*Habersack*, Mathias, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar, 9. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar).
- dies.*, Juristische Kurz-Lehrbücher: Konzernrecht, Lehrbuch, 11. Aufl., München 2020 (zit.: *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch).
- Erle*, Bernd/*Sauter*, Thomas, Körperschaftsteuergesetz: Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft und ihrer Anteilseigner, 3. Aufl., München 2006, (zit: *Bearbeiter*, in: Erle/Sauer: KStG).
- Eschenbruch*, Klaus, Konzernhaftung: Haftung der Unternehmen und der Manager, Neuwied 1995.
- Exner*, Werner, Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit, Bern 1984.
- ders.*, Vollmacht und Beherrschungsvertrag, AG 1981, 175 ff.

*Fabian*, Susanne, Inhalt und Auswirkungen des Beherrschungsvertrags. Frankfurt, Berlin, Bern 1997.

*Falkenhausen*, Kurt H. Frhr. v., Konzernabschlüsse – ungeklärte Rechtsfragen, NJW 1973, 487 ff.

*Fischer*, Curt Eduard, Die Reform des Aktiengesetzes – Grundsätzliche Gesichtspunkte und einige Vorschläge für die Neufassung, AcP 154 (1955), 182 ff.

*ders.*, Neues Aktienrecht für Familienunternehmen. Wird eine „Flucht in die GmbH“ provoziert?, AG 1959, 123 ff.

*Fischer*, Frank, Entlastung von Vorständen bei Personenidentität in Konzerngesellschaften - Auswirkungen des Urteils des LG Köln vom 17. 12. 1997, NZG 1999, 192 ff.

*Fleischer*, Holger, Die Siemens AG: Rechtliche Wegmarken von der Familien- zur Publikumsgesellschaft, AG 64 (2019), 481.

*ders.*, Der Zusammenschluss von Unternehmen im Aktienrecht, ZHR 172 (2008), 538 ff.

*ders.*, Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, 1 ff.

*ders.*, Schnittmengen des WpÜG mit benachbarten Rechtsmaterien - eine Problemskizze, NZG 2002, 545 ff.

*ders.*, Zur Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht, in: Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, in: Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, München 2009, 137 ff.

*Fleischer*, Holger/*Ekkenga*, Jens: Handbuch des Vorstandsrechts, 2. Aufl., München 2019, (zit.: *Fleischer/Ekkenga*, Hdb. Vorstandsrecht).

*Fleischer*, Holger/*Mock*, Sebastian, Große Gesellschaftsverträge aus Geschichte und Gegenwart, Oldenburg 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Fleischer/Mock*).

*dies.*, Die Vermessung der Gesellschaftsverträge und Satzungen, NZG 2019, 173.

*Florstedt*, Tim, Der Aktionärsschutz bei Geschäften mit nahestehenden Personen gem. § 107 AktG und §§ 111a–c AktG, ZHR 184 (2020), 10 ff.

*Flume*, Werner, Das Video-Urteil als eine Entscheidung des II. Senats des BGH aus dessen Selbstverständnis der Innehabung gesetzgeberischer Gewalt, ZIP 1992, 817 ff.

*ders.*, Zur Rechtsnatur der Unternehmensverträge, DB 1955, 485 ff.

*ders.*, Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, DB 1956, 455 ff.

*ders.*, Nochmals zur Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, DB 1956, 672 ff.

*ders.*, Stellungnahme zum Gutachten des BFH zur Besteuerung der Dividendengarantie bei Organisationsverhältnissen, DB 1957, 439 ff.

*ders.*, Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktienrechtsreform, DB 1959, 190 ff.

*ders.*, Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Treupflicht des GmbH-Gesellschafters und des Aktionärs, ZIP 1996 161 ff.

*ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil Die juristische Person, Berlin, Heidelberg 1983.

*Forum Europaeum Konzernrecht*, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672 ff.

*Friedl*, Markus J., Abhängigkeitsbericht und Nachteilsausgleich zwischen erfolgreicher Übernahme und Abschluss eines Beherrschungsvertrags, NZG 2005, 875 ff.

*Fuchs*, Andreas, Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl., München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Fuchs*, WpHG).

- Geßler*, Ernst, Atypische Beherrschungsverträge, in: Festschrift für Günther Beitzke, Berlin 1979, S. 923 ff.
- ders.*, Faktische Konzerne?, in: Festgabe für Otto Kunze, Berlin 1969, S. 159 ff.
- ders.*, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, in: Festschrift für Hans Westermann, Karlsruhe 1974, S. 145 ff.
- ders.*, Der Schutz der abhängigen Gesellschaft, in: Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959, S. 247 ff.
- ders.*, Einberufung und ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten, in: Festschrift für Walter Stimpel, Berlin 1985, S. 825 ff.
- ders.*, Besprechung der Entscheidung BGHZ 62, 193, ZGR 1974, 476 ff.
- ders.*, Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern?, ZHR 140 (1976), 433 ff.
- ders.*, Probleme des neuen Konzernrechts (Teil I), DB 1965, 1691 ff.
- ders.*, Probleme des neuen Konzernrechts (Teil II), DB 1965, 1729 ff.
- ders.*, Besprechung von Peter Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, ZIP 1982, 1378 f.
- ders.*, Abgrenzungs- und Umgehungsprobleme bei Unternehmensverträgen, in: Festschrift für Kurt Balderstedt, Berlin 1975, S. 235 ff.
- Giesen*, Hans-Michael, Organhandeln und Interessenkonflikt: Vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Aktienrecht, Berlin 1984.
- Glaser*, Erhard, Grenzen des Weisungsrechts im Vertragskonzern, München 1982.
- Gloger*, Christian/*Goette*, Constantin/*Japing*, Janna, Existenzvernichtungshaftung und Unterkapitalisierung ZInSO 2008, 1051 ff.
- Godin*, Reinhard v./*Wilhelmi*, Hans, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 4. Aufl., Berlin 1971.
- Goette*, Wulf, BGH, 16.7.2007 - II ZR 3/04, GmbH: Existenzvernichtungshaftung – Voraussetzungen und Rechtsfolgen – TRIHOTEL, DStR 2007, 1586 ff.
- Goslar*, Sebastian, Verdeckte Beherrschungsverträge – Zugleich Besprechung von LG München I, Urteil vom 31.1.2008, DB 2008, 800 ff.
- Götz*, Heinrich, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats nach dem Transparenz- und Publizitätsgesetz, NZG 2002, 599 ff.
- Grigoleit*, Hans Christoph, Aktiengesetz Kommentar, 2. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Grigoleit, AktG).
- Großkommentar zum Aktiengesetz*, Hrsg.: Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert, (zit.: *Bearbeiter*, in: GroßKomm-AktG)
- Band 1: Einleitung, §§ 1 – 53, 4. Aufl., Berlin 2009,
- Band 3: §§ 76 – 94, 4. Aufl., Berlin 2009,
- Band 4: §§ 95 – 117, 4. Aufl., Berlin 2006,
- Band 5: §§ 118 – 149, 4. Aufl., Berlin 2008,
- Band 6: §§ 150 – 220, 4. Aufl., Berlin 2006,
36. Lieferung §§ 291 – 293, 294 – 299, 4. Aufl., Berlin 2012,
23. Lieferung §§ 300 – 310, 4. Aufl., Berlin 2005,
41. Lieferung §§ 311, 4. Aufl., Berlin 2017.

- Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Hrsg.: Canaris, Claus Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten, (zit.: *Bearbeiter*, in: *GroßKomm-HGB*)  
Band 3: §§ 105 – 160, 5. Aufl., Berlin 2009.
- Großmann*, Adolf, Unternehmensziele im Aktienrecht: eine Untersuchung über Handlungsmaßstäbe für Vorstand und Aufsichtsrat, Köln 1980.
- Habersack*, Mathias: Die Einbeziehung des Tochtervorstands in das Aktienoptionsprogramm der Muttergesellschaft – ein Problem der §§ 311 ff. AktG?, in: *Festschrift für Thomas Raiser*, Berlin 2005, S. 111 ff.
- ders.*, Mitwirkungsrechte der Aktionäre nach Macrotron und Gelatine, AG 2005, 137 ff.
- ders.*, Die UMTS-Auktion – ein Lehrstück des Aktienkonzernrechts, ZIP 2006, 1327 ff.
- ders.*, Gemeinwohlbindung und Unternehmensrecht, AcP 220 (2020), 594 ff.
- ders.*, Der Aufsichtsrat zwischen Geschäftsführungsverbot und Überwachungsaufgabe, NZG 2020, 881 ff.
- Hamburger*, Georg, Die Organgesellschaft, in: *Festschrift für Emil Seckel*, Berlin 1927, 261 ff.
- Happ*, Wilhelm, Zum Regierungsentwurf eines Wertpapierhandelsgesetzes, JZ 1994, 240 ff.
- Harbarth*, Stephan, Ad-hoc-Publizität beim Unternehmenskauf, ZIP 2005, 1898 ff.
- Havermann*, Hans, Die verbundenen Unternehmen und ihre Pflichten nach dem Aktiengesetz, WPg 1966, 30 ff.;
- Heidel*, Thomas (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Heidel*).
- Henn*, Günter/*Frodermann*, Jürgen/*Jannott*, Dirk, Handbuch des Aktienrechts, 9. Aufl., Heidelberg 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Hdb.AktR*).
- Henssler*, Martin/*Strohn*, Lutz, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Henssler/Strohn, GesR*).
- Henze*, Hartwig, Holzmüller vollendet da 21. Lebensjahr, in: *Festschrift für Peter Ulmer*, Berlin 2003, S. 211 ff.
- ders.*, Treupflichten der Gesellschafter im Kapitalgesellschaftsrecht, ZHR 162 (1998), 186 ff.
- ders.*, Reichweite und Grenzen des aktienrechtlichen Grundsatzes der Vermögensbindung – Ergänzung durch die Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff?, AG 2004, 405 ff.
- Henze*, Marc/*Lübke*, Julia, "Virtuelle Reorganisation" im mehrstufigen GmbH-Vertragskonzern, *Der Konzern* 2009, 159 ff.
- Heptner*, Marcel, Einschränkungen der Leitungsmacht des Vorstands der Aktiengesellschaft durch Vertrag: Grenzen und Rechtsfolgen ihres Überschreitens, Frankfurt, Berlin, Bern 2013.
- Hess*, Dominik, Investorenvereinbarungen, Eine Untersuchung der aktien- und übernahmerechtlichen Zulässigkeit und Schranken von Vereinbarungen zwischen Investor und Aktiengesellschaft, München 2013.
- Heurung*, Rainer/*Engel*, Benjamin/*Bresgen*, Ariane, Berücksichtigung „finaler Verluste“ aus anderen EU-/EWR-Mitgliedstaaten, *GmbHR* 2013, 638 ff.
- Hippeli*, Michael, Kein ungeschriebenes Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu einem Merger of Equals, NZG 2019, 535 ff.

*ders./Diesing*, Marco, Business Combination Agreements bei M&A Transaktionen, AG 2015, 185 ff.

*Hirte*, Heribert, Die Entwicklung des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts im Jahr 2018, NJW 2019, 1187 ff.

*ders.*, Der qualifizierte faktische Konzern, RWS Dokumentation, Köln 1992.

*ders.*, Die Zwölfte EG-Richtlinie als Baustein eines Europäischen Konzernrechts, ZIP 1992, 1122 ff.

*ders.*, Bezugsrechtsausschluss und Konzernbildung: Minderheitenschutz bei Eingriffen in die Beteiligungsstruktur der Aktiengesellschaft. Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1986.

*ders.*, Kapitalgesellschaftsrecht, 8. Aufl., München 2016.

*Hirte*, Heribert/*Schall*, Alexander, Zum faktischen Beherrschungsvertrag, Der Konzern 2006, 234 ff.

*Hoffmann-Becking*, Michael, Der Einbringungsvertrag zur Sacheinlage eines Unternehmens oder Unternehmensteils in die Kapitalgesellschaft, in: Festschrift für Marcus Lutter, 2000, S. 453 ff.

*ders.*, Vorstands-Doppelmandate im Konzern, ZHR 150 (1986), 570 ff.

*ders.*, „Holzmüller“, „Gelatine“ und die These von der Mediatisierung der Aktionärsrechte, ZHR 172 (2008), 231 ff.

*Hogh*, Thomas, Die Nachteilsermittlung im Rahmen des § 311 Abs. 1 AktG, Frankfurt, Berlin, Bern 2004.

*Hohner*, Georg, Beherrschungsvertrag und Verschmelzung, DB 1973, 1487 ff.

*Hölters*, Wolfgang, Aktiengesetz, 4. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hölters, AktG).

*ders.*, Handbuch Unternehmenskauf, 9. neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Köln 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hölters, Hdb Unternehmenskauf).

*Holzapfel*, Hans-Joachim/*Pöllath*, Reinhard, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, Rechtliche und steuerliche Aspekte, Köln 1984.

*Hommelhoff*, Peter, Die Konzernleitungspflicht, Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 1982.

*ders.*, Der Unternehmenskauf als Gegenstand der Rechtsgestaltung, ZHR 150 (1986), 254 ff.

*ders.*, Zum vorläufigen Bestand fehlerhafter Strukturänderungen in Kapitalgesellschaften, ZHR 158 (1994), 11 ff.

*ders.*, Die Konzernleitungspflicht, AG 1983, 230 ff.

*ders.*, Empfiehlt es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen – auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten – neu zu regeln?, Gutachten G zum 59. Deutschen Juristentag, München 1992.

*Hopt*, Klaus J., Aktionärskreis und Vorstandsneutralität, ZGR 1993, 534 ff.

*ders.*, Verhaltenspflichten des Vorstands der Zielgesellschaft bei feindlichen Übernahmen – zur aktien- und übernahmerechtlichen Rechtslage in Deutschland und Europa, in: Festschrift für Marcus Lutter, 2000, S. 1361 ff.

*ders.*, Übernahmen, Geheimhaltung und Interessenkonflikte: Probleme für Vorstände, Aufsichtsräte und Banken, ZGR 2002, 333 ff.

*ders.*, Insiderwissen und Interessenkonflikte im europäischen und deutschen Bankrecht, in: Festschrift für Theodor Heinsius, Berlin 1991, S. 289 ff.

*ders.*, Die Verantwortlichkeit der Banken bei Emissionen: Recht und Praxis in der EG, in Deutschland und in der Schweiz, München 1991.

*Huber, Ulrich*, Betriebsführungsverträge zwischen konzernverbundenen Unternehmen, ZHR 152 (1988), 123 ff.

*Hüffer, Uwe/Koch, Jens*, Beck'scher Kurzkommentar zum Aktiengesetz, 15. Aufl., München 2021.

*Immenga, Ulrich*, Unternehmensfusion und Aktionärsrechte, BB 1970, 629 ff.

*ders.*, Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern?, ZHR 140 (1976), 301 ff.

*ders.*, Abhängige Unternehmen und Konzerne im europäischen Gemeinschaftsrecht, RabelsZ 48 (1984), 48 ff.

*ders.*, Grenzen einer nachträglichen Einführung von Stimmrechtsbeschränkungen, BB 1975, 1042 ff.

*Jäger, Axel*, Der Entherrschungsvertrag, DStR 1995, 1113 ff.

*Jannott, Dirk/Frodermann, Jürgen*, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Köln 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Jannott/Frodermann, Hdb.AktR).

*Joost, Detlev*, Holzmüller 2000“ vor dem Hintergrund des Umwandlungsgesetzes, ZHR 163 (1999), 164 ff.

*Kalss, Susanne/Fleischer, Holger/Vogt, Hans-Ueli*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013, Tübingen 2014.

*Kalss, Susanne/Schauer, Martin*, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, Verhandlungen des 16. österreichischen Juristentages, Wien 2006.

*Kämmerer, Jörn Axel, Veil, Rüdiger*, Übernahme- und Kapitalmarktrecht in der Reformdiskussion, Tübingen 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kämmerer/Veil, Kapitalmarktrecht).

*Kantzas, Ioannis*, Das Weisungsrecht im Vertragskonzern, Frankfurt am Main 1988.

*Kellmann, Christof*, Schadensersatz und Ausgleich im Faktischen Konzern, BB 1969, 1509 ff.

*ders.*, Zum „faktischen Konzern“ – Auslegungsfragen und Reformüberlegungen, ZGR 1974, 220 ff.

*Kiefner, Alexander*, Investorenvereinbarungen zwischen Aktien- und Vertragsrecht, ZHR 178 (2014), 547 ff.

*Kiem, Roger*, Investorenvereinbarungen im Lichte des Aktien- und Übernahmerechts, AG 2009, 301 ff.

*Kienzle, Philipp*, Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht, Baden-Baden 2010.

*Kiesgen, Alexander*, Business Combination Agreement, Berlin 2021.

*Kiethel, Kurt*, Ansprüche der Aktiengesellschaft bei Schädigung durch herrschende Unternehmen und Leitungsorgane, WM 2000, 1182 ff.

*Kindler, Peter*, Hauptfragen des Konzernrechts in der internationalen Diskussion, ZGR 1997, 449 ff.

*Kinzl, Ulrich-Peter*, Gesellschaftervereinbarungen, München 2021.

*Kleindiek, Detlef*, Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht, ZIP 1988, 613 ff.

*ders.*, Funktion und Geltungsanspruch des Pflichtangebots nach dem WpÜG. Kapitalmarktrecht - Konzernrecht - Umwandlungsrecht, ZGR 2002, 546 ff.

*ders.*, Strukturkonzepte für den qualifizierten faktischen GmbH-Konzern, ZIP 1991, 1330 ff.

*Klein-Blenkers, Friedrich*, Schwerpunkte und aktuelle zivilrechtliche Fragen des Unternehmenskaufs, DStR 1998, 978 ff.

- Kleinert, Ursula/Mayer, Volker, Related-Party-Transactions nach dem Referentenentwurf zum ARUG II, EuZW 2019, 103 ff.*
- Kober, Dieter, Vertragsfreiheit bei Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag (Organvertrag) nach alten und neuen Aktienrecht, Würzburg 1967.*
- Köhler, Helmut, Rückabwicklung fehlerhafter Unternehmenszusammenschlüsse, ZGR 1985, 307 ff.*
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Hrsg., Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich, (zit.: *Bearbeiter*, in: Köln-Komm-AktG)*  
 Band 1: §§ 1 – 75 AktG, 4. Aufl., Köln 2021,  
 Band 2/1: §§ 76 – 94 AktG, 4. Aufl., Köln 2021,  
 Band 2/2: §§ 95 – 117 AktG, 4. Aufl., Köln 2021,  
 Band 3/1: §§ 133 – 134, 136 – 137, 3. Aufl., Köln 2016,  
 Band 6: §§ 15 – 22 AktG, §§ 291 – 328 AktG und Meldepflichten nach §§ 21 ff. WpHG, SpruchG, 3. Aufl., Köln, Berlin, München 2004.
- Kölner Kommentar zum WpÜG mit AngebVO und §§ 327a-327f AktG, Hrsg., Hirte, Heribert/v. Bülow, Christoph, 2. Aufl., Köln 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: KölnKomm-WpÜG).*
- KOM (2012) 740/2, Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen.*
- König, Ute, Business Combination Agreements in der Rechtsprechung im Fall W.E.T., NZG 2013, 452 ff.*
- Koppensteiner, Hans-Georg, Über wirtschaftliche Abhängigkeit, in: Festschrift für Walter Stimpel, Berlin 1985, 811 ff.*
- ders., Organisationsautonomie und Legitimationswirkungen im Recht der Unternehmensverträge, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Band II, München 2007, S. 209 ff.*
- ders., Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, Frankfurt am Main 1971.*
- Kort, Michael, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, München 1998.*
- ders., Rechtsfortbildung im GmbH-Konzernrecht, ZIP 1989, 1309 ff.*
- ders., Handelsregistereintragung bei Unternehmensverträgen im GmbH-Konzernrecht - de lege lata und de lege ferenda, AG 1988, 369 ff.*
- ders., Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf einen „verdeckten“ Beherrschungsvertrag?, NZG 2009, 364 ff.*
- Krause, Hartmut, Business Combination Agreements im Spiegel der Rechtsprechung, CFL 2013, 192 ff.*
- ders., Prophylaxe gegen feindliche Übernahmeangebote, AG 2002, 133 ff.*
- ders., Das obligatorische Übernahmeangebot, Baden-Baden 1996.*
- Krauss, Henning, Bestätigung der Bestellung von Koerfer zum Aufsichtsratsmitglied der Continental AG, GWR 2009, 297 f.*
- Krieger, Gerd, Fehlerhafte Satzungsänderungen: Fallgruppen und Bestandskraft, ZHR 158 (1994), 35 ff.*
- ders., Kann die Praxis mit TBB leben?, ZGR 1994, 375 ff.*

*ders.*: Vorwirkende Abhängigkeit, in: Festschrift für Johannes Semler, Berlin 1993, S. 503 ff.

*Kronstein*, Hans-Günther, Die abgängige juristische Person, München 1931.

*Kropff/Bruno*, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, BB 1965, 1281 ff.

*ders.*, Zur Konzernleitungspflicht, ZGR 1984, 112 ff.

*Kulka*, Michael, Der „Freiberufler-Konzern“, DZWir 1995, 45 ff.

*Kurz*, Peter, Der „Letter of Intent“ in der Praxis, MittDPatAnw 88 (1997), 201 ff.

*Lauber-Nöll*, Achim, Die Rechtsfolgen fehlerhafter Unternehmensverträge, Berlin 1993.

*Leo*, Hans-Christoph, Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht, AG 1965, 352 ff.

*Leuring*, Dieter, Verdeckte Beherrschungsverträge, NJW-Spezial 2010, S. 143 ff.

*Lieb*, Manfred, Abfindungsansprüche im (qualifizierten?) faktischen Konzern, in: Festschrift für Marcus Lutter, Köln 2000, S. 1151 ff.

*Liebscher*, Thomas, Konzernbildungskontrolle; Rechtsformspezifische und rechtsformunabhängige Aspekte der Problematik eines konzernrechtlichen Präventivschutzes im Rahmen des Konzernierungsprozesses, Berlin 1995.

*ders.*, GmbH-Konzernrecht, München 2006.

*ders.*, Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Lichte von Holzmüller, Macrotron und Gelatine, ZGR 2005, 1 ff.

*Lindermann*, Edgar, Doppelmandat gleich Haftungsdurchgriff?, AG 1987, 225 ff.

*Linnerz*, Markus, Wirksamkeit eines Verschmelzungsberichts auch ohne Unterschrift der Vorstandsmitglieder („Vattenfall/Bewag“), KG, Urteil vom 25.10.2004, EWiR 2005, 135 ff.

*Lohr*, Martin, Der Stimmrechtsausschluss des GmbH – Gesellschafters, NZG 2002, 551 ff.

*Lübbert*, Hartmut, Abstimmungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Großbritanniens, Baden-Baden 1971.

*Luchterhand*, Hans Friedrich, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, ZHR 133 (1970), 1 ff.

*ders.*, Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen, Stuttgart 1971.

*Lutter*, Marcus, Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts, AcP 180 (1980), 84 ff.

*ders.*: Der Letter of Intent: Überlegungen zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen, Köln, Berlin, Bonn, München 1982.

*ders.*, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme, ZHR 162 (1998), 164 ff.

*ders.*, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, ZGR 1987, 324 ff.

*ders.*, Vermögensveräußerungen einer abhängigen Aktiengesellschaft, in: Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin 1990, S. 125 ff.

*ders.*, Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses - Besprechung der Entscheidung BGHZ 71, 40 (Kali und Salz), ZGR 1979, 401 ff.

*ders.*, Organzuständigkeit im Konzern, in: Festschrift für Walter Stimpel, Berlin 1985, S. 825 ff.

*ders.*: Zur Binnenstruktur des Konzerns, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, S. 347 ff.

*ders.*, Zur inhaltlichen Begründung von Mehrheitsentscheidungen, ZGR 1981, 171 ff.

- ders.*, Fragerecht und Informationsanspruch des Aktionärs und GmbH-Gesellschafters im Konzern, AG 1985, 117 ff.
- ders.*, Der qualifizierte faktische Konzern, AG 1990, 179
- ders.*, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme, ZHR 162 (1998), 164 ff.
- ders.*, Rechte und Pflichten des deutschen Aufsichtsrats. Eine rechtliche Betrachtung im Blick auf den Schweizer Verwaltungsrat, in: Festschrift für Rolf Bär, Zürich 1993, S. 35 ff.
- Lutter, Marcus*, UmwG, Kommentar, Hrsg., Bayer, Walter/Vetter, Jochen, 5. Aufl., Köln 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Lutter UmwG).
- Lutter, Marcus/Bayer, Walter*, Holding Handbuch, 6. Aufl., Köln 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Lutter/Bayer Holding Hdb).
- Lutter, Marcus/Grunewald, Barbara*, Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH, AG 1989, 109 ff.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*, GmbHG, 19. Aufl., Köln 2016.
- Lutter, Marcus/Timm, Wolfgang*, Konzernrechtlicher Präventivschutz im GmbH-Recht, NJW 1982, 409 ff.
- Lutter, Marcus/Bayer, Walter/Schmidt, Jessica*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., Berlin 2017.
- Maiterth, Ralf*, Das EuGH-Urteil „Marks & Spencer“ und die grenzüberschreitende Verlustverrechnung aus ökonomischer Sicht, DStR 2006, 915 ff.
- Marchand, Gerhart*, Abhängigkeit und Konzernzugehörigkeit von Gemeinschaftsunternehmen, Berlin 1985.
- Martens, Klaus-Peter*, Die Entscheidungsautonomie des Vorstands und die „Basisdemokratie“ in der Aktiengesellschaft, ZHR 147 (1983), 377 ff.
- ders.*, Die GmbH und der Minderheitsschutz, GmbHR 1984, 265 ff.
- ders.*, Der Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 159 (1995), 567 ff.
- ders.*, Der Ausschluß des Bezugsrechts: BGHZ 33, S. 175, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979, 437 ff.
- ders.*, Die Organisation des Konzernvorstands, in: Festschrift für Theodor Heinsius, Berlin 1991, S. 523 ff.
- Maser, Harald*, Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge in Konzernen, Bergisch-Gladbach 1985.
- Mayer, Dietrich*, Grenzen der Aktionärsvereinbarungen, MittBayNot 2006, 281.
- Meilicke, Heinz*, Übergang vom Handelsgesetzbuch zum Aktiengesetz, zugleich Besprechung des Buches von Dietrich „Die Satzung der Aktiengesellschaft“, JW 1937, 2430 f.
- Merkt, Hanno*, Die monistische Unternehmensverfassung für die Europäische Aktiengesellschaft, ZGR 2003, S. 650 ff.
- Mertens, Hans-Joachim*, Politisches Programm in der Satzung der Aktiengesellschaft, NJW 1970, 1718 ff.
- ders.*, Die Geltendmachung von Mängeln eines Unternehmensvertrages durch Aktionäre, BB 1995, 1417 ff.

- Messer, Herbert, Der Widerruf der Stimmabgabe, in Festschrift für Hans-Joachim Fleck, Berlin 1988, S. 221 ff.
- Michalski, Lutz, Ungeklärte Fragen bei der Einlagenrückgewähr im Aktienrecht, AG 1980, 261 ff.
- Möhring, Philipp: Vertraglicher Ausschluss von Abhängigkeit und Konzernvermutung, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, S. 427 ff.
- ders., Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktienrecht, NJW 1967, 1 ff.
- Möhring, Philipp/Tank, Gerhard, Handbuch der Aktiengesellschaft (zit.: Möhring/Tank, Band)  
Band 1: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, 5. Lieferung, München 1967.
- Mühl, Thomas/Wagenseil, Andreas, Der Gewinnabführungsvertrag - gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte, NZG 2009, 1253 ff.
- Mühle, Sabine, Das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz im Schnittpunkt zwischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht unter besonderer Berücksichtigung des ökonomischen Rahmenbezugs, Baden-Baden 2002.
- Mülbert, Peter, O., Unternehmensbegriff um Konzernorganisationsrecht, Bemerkungen zum BGH, Urteil vom 17.3.1997 (VW/Niedersachsen), ZHR 163 (1999), 1 ff.
- ders., Übernahmerecht zwischen Kapitalmarktrecht und Aktien(konzern)recht – die konzeptionelle Schwachstelle des RegE WpÜG, ZIP 2001, 1221 ff.
- ders., Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt – Die Aktionärsrechte bei Bildung und Umbildung einer Unternehmensgruppe zwischen Verbands- und Anlegerschutzrecht, 2. Aufl., München 1996.
- Mülbert, Peter O./Schneider, Uwe, Der außervertragliche Abfindungsanspruch im Recht der Pflichtangebote, WM 2003, 2301 ff.
- Müller, Okko, Die Rechtsnatur von Beherrschungsvertrag und Gewinnabführungsvertrag im Regierungsentwurf zu einem Aktiengesetz, AG 1965, 133 ff.
- Müller, Klaus, Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht, ZGR 1977, 1 ff.
- Müller, Welf, Ist nach dem TBB-Urteil des Bundesgerichtshofs eine Verlustübernahmeverpflichtung im qualifizierten faktischen Konzern noch begründbar?, in: Festschrift für Heinz Rowedder, München 1994, S. 277 ff.
- Müller-Erbach, Rudolf, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Köln, Weimar 1948.
- Münchener Vertragshandbuch, Hrsg., Rieder, Markus/Schütze, Rolf, 8. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MünchVertragsHdb, Band).
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, (zit.: *Bearbeiter*, in: MünchHdb.GesR Band)  
Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, Hrsg., Gummert, Hans/Weipert, Lutz, 5. Aufl., München 2018,  
Band 4: Aktiengesellschaft, Hrsg., Hoffmann-Becking, Michael, 5. Aufl., München 2020,  
Band 6: Internationales Gesellschaftsrecht, Grenzüberschreitende Umwandlungen, Hrsg., Leible, Stefan/Reichert, Jochem, 4. Aufl., München 2013,  
Band 7: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (Corporate Litigation), Hrsg., Born, Manfred/Ghassemi-Tabar, Nima, 6. Aufl., München 2020.

- Band 8: Umwandlungsrecht, Hrsg. Lieder, Jan, Wilk, Cornelius, 5. Aufl. 2018.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Hrsg., Goette, Wulf/Habersack, Mathias, (zit.: *Bearbeiter*, in: MünchKomm-AktG)
- Band 1: §§ 1 – 75, 5. Aufl., München 2018,
- Band 2: §§ 76 – 117, MitbG, DrittelbG, 5. Aufl., München 2019,
- Band 3: §§ 118 – 178, 4. Aufl., München 2018,
- Band 4: §§ 179 – 277, 5. Aufl., München 2021,
- Band 5: §§ 278 – 328, SpruchG, ÖGesAusG, Österreichisches Konzernrecht, 5. Aufl., München 2020,
- Band 6: §§ 329 – 410, WpÜG, Österreichisches Übernahmerecht, 5. Aufl., München 2021,
- Band 7: Europäisches Aktienrecht, SE-VO, SEBG, Europäische Niederlassungsfreiheit, 5. Aufl., München 2021.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Hrsg., Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropff, Bruno, (zit. *Bearbeiter*, in: Geßler/Hefermehl AktG)
- Band 1: §§ 1 – 53, 2. Aufl., München 2000,
- Band 3: §§ 76 – 117, MitbestG, BetrVG 1952, 2. Aufl., München 2003,
- Band 4: §§ 118 – 147, 2. Aufl., München 2003,
- Band 6: §§ 179 – 221, 2. Aufl., München 2005,
- Band 8: §§ 278 – 328, 2. Aufl., München 2000.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg., Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland, (zit.: *Bearbeiter*, in: MünchKomm-BGB)
- Band 1: Allgemeiner Teil: §§ 1 – 240, Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Allg. PersR), AGG, 8. Aufl., München 2018,
- Band 3: Schuldrecht, Allgemeiner Teil II: §§ 311 – 432, 8. Aufl. München 2019,
- Band 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III: §§ 705 – 853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 9. Aufl., München 2021.
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Hrsg., Schmidt, Karsten/Grunewald, Barbara/Mülberthm Peter, (zit.: *Bearbeiter*, in: MünchKomm-HGB)
- Band 3: §§ 161 – 237, Konzernrecht der Personengesellschaften, 4. Aufl., München 2019.
- Nagel*, Bernhard/*Riess*, Birgit/*Theis*, Gisela, Der faktische Just-in-Time-Konzern – Unternehmensübergreifende Rationalisierungskonzepte und Konzernrecht am Beispiel der Automobilindustrie, DB 1989, 1505 ff.
- Nasall*, Wendt, Kapitalersatz bei der GmbH - Abschied für immer oder Wiederkehr in anderer Gestalt?, NJW 2010, 2305 ff.
- Neuhaus*, Jürgen, Die Grenzen der Konzernleitungsgewalt im faktischen Konzern und der Nachteilsbegriff des § 311 AktG 65, DB 1970, 1913 ff.
- Neumayer*, Karl, Betrachtungen zum internationalen Konzernrecht, ZvglRWiss 1984, 129 ff.
- Noack*, Ulrich, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1994.
- Nordhues*, Patrick, LG München I: Unwirksamkeit eines Business Combination Agreements wegen Verstoßes gegen aktienrechtliche Kompetenzordnung, GWR 2012, 274 f.

*Notthoff, Martin*, Wirksamkeit atypisch stiller Beteiligungen an einer Aktiengesellschaft als Kapitalanlage  
- Anm. zu OLG Celle, Urteil vom 15.5.1996, WiB 1996, 1052 ff.

*Oechsler, Jürgen*, Zur Anwendung des Konzernrechts auf Austauschverträge mit organisationsrechtlichem Bezug, ZGR 1997, 464 ff.

*Offerhaus, Klaus/Söhn, Hartmut/Lange, Hans-Friedrich*, Umsatzsteuerkommentar (Loseblattwerk), Heidelberg (zit.: *Bearbeiter*, in: Offerhaus/Söhn/Lange, UStG).

*Paehler, Otto H.*, Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns: Nachteilfeststellung gemäss § 311 AktG, Bielefeld 1972.

*Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Palandt, BGB).

*Paschke, Marian*, Treupflichten im Recht der juristischen Personen, in: Festschrift für Rolf Serick, Bonn, Heidelberg 1992, S. 313 ff.

*Paschos, Nikolaos*, Die Zulässigkeit von Vereinbarungen über künftige Leitungsmaßnahmen des Vorstandes, NZG 2012, 1142 ff.

*Passarge, Malte*, Vorstands-Doppelmanate – ein nach wie vor aktuelles Thema!, NZG 2007, 441.

*Peitsmeyer, Ingo/Theusinger, Philip*, LG München, Urteil vom 14.12.2011, 7 AktG 3/11 (Anfechtbarkeit der Zustimmung zum Beherrschungsvertrag wegen Gewährung von Sondervorteilen in eng verknüpftem Business Combination Agreement, EWIR 2012, 333 f.

*Peters, Klaus/Werner, Horst*, Banken als herrschende Unternehmen? Überlegungen zu den Herrschaftsmöglichkeiten von Kreditinstituten in faktischen Unternehmensverbindungen im Nichtbankensektor, AG 1978, 297 ff.

*Petersen, Sven/Schulze De la Cruz, Julian*, Das Stimmverbot nach § 136 Abs. 1 AktG bei der Entlastung von Vorstandsmitgliedern, NZG 2012, 453 ff.

*Prael, Christoph*, Eingliederung und Beherrschungsvertrag als körperschaftliche Rechtsgeschäfte, Berlin 1978.

Praxishandbuch Unternehmenskauf, Hrsg. Van Kann, Jürgen, 2. Aufl., Stuttgart 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: van Kann, Praxishdb. Unternehmenskauf).

*Priester, Hans-Joachim*, Squeeze-out per GmbH-Satzung, ZIP 2019, 646.

*Prinz, Ulrich/Kahle, Holger*, Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 5. Aufl. München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Prinz/Kahle, Beck'sches Hdb Personengesellschaften).

*Prüfer, Christopher*, Rechtliche Besonderheiten bei Unternehmenskäufen im deutsch-französischen Kontext (Teil I), NZG 1998, 49 ff.

*Püttner, Günter*, Das Depotstimmrecht der Banken, Berlin 1963.

*Quack, Karlheinz*, Der Unternehmenskauf und seine Probleme, ZGR 1982, 350 ff.

*Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., München 2015 (zit.: *Raiser/Veil*, KapGesR).

*Rasch, Harold*, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl., Hamburg 1955.

*Redding*, Gunter, Aufsichtsrat und Interessenkollision, NJW 1956, 48 ff.

*Rehbinder*, Eckhard, Besprechung von Peter Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, ZHR 147 (1983), 464 ff.

*ders.*, Gesellschaftsrechtliche Probleme mehrstufiger Unternehmensverbindungen, ZGR 1977, 581 ff.

*ders.*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1969.

*Reichert*, Jochem, Mitwirkungsrechte und Rechtsschutz der Aktionäre nach Macrotron und Gelatine, AG 2005, 150 ff.

*ders.*, Business Combination Agreements, Fallgruppen und Problemkreise, ZGR 2015, S. 1 ff.

*ders./Ott*, Nicolas, Investorenvereinbarung mit der Zielgesellschaft – Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme auf Gesellschaftsorgane, Featschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, S. 397 ff.

*Renner*, Wolfgang, Holzmüller-Kompetenz der Hauptversammlung beim Erwerb einer Unternehmensbeteiligung?, NZG 2002, 1091 ff.

*Reul*, Adolf, Das Konzernrecht der Genossenschaften, Baden-Baden 1997.

*Reuter*, Dieter, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht (Rezensionsabhandlung zur gleichnamigen Schrift von K. Schmidt), ZHR 151 (1987), 237 ff.

*Rittner*, Fritz, Konzernorganisation und Privatautonomie, ACP 183 (1983), 295 ff.

*Rodemann*, Carsten, Stimmbindungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Deutschlands, Englands, Frankreichs und Belgiens: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Köln 1998.

*Rubner*, Daniel/*Leuering*, Dieter, Verdeckte Beherrschungsverträge, NJW-Spezial 2010, 143 ff.

*Sapper*, Helmut, Die rechtssystematische Stellung der Unternehmensverträge: zugleich ein Beitrag zum Recht der Konzernorganisation, Tübingen 1963.

*Schäfer*, Carsten, Die Lehre vom fehlerhaften Verband: Grundlagen, Verhältnis zum allgemeinen Vertragsrecht und Anwendung auf Strukturänderungen, Tübingen 2002.

*Schaefer*, Franz/*Eichner*, Christian, Abwehrmöglichkeiten des Vorstands von börsennotierten Aktiengesellschaften bei feindlichen Übernahmeversuchen – ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und den USA, NZG 2003, 150 ff.

*Scheffler*, Eberhard, Der qualifizierte faktische Konzern, AG 1990, 173.

*Schilling*, Wolfgang, Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts, in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl, München 1976, S. 383 ff.

Schmidbauer, Dirk/*Kürten*, Carola, Die Willensbildung in der Aktiengesellschaft außerhalb der Hauptversammlung, NZG 2021, S 1150 ff.

*Schmidt*, Jessica, Die Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie 2017: der Referentenentwurf für das ARUG II, NZG 2018, 1201.

*Schmidt*, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2002.

*ders.*, Konzernunternehmen, Unternehmensgruppe und Konzern-Rechtsverhältnis – Gedanken zum Recht der verbundenen Unternehmen nach §§ 15 ff., 291 ff. AktG, in: Festschrift für Marcus Lutter, 2000, 1167 ff.

*ders.*, Konzernhaftung von freiberuflichen Mehrfachgesellschaftern?, ZIP 1994, 1741 ff.

*ders.*, Zum Stand des Konzernhaftungsrechts bei der GmbH, ZIP 1991, 1325 ff.

*ders.*, Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht, AcP 186 (1986), 421 ff.

*ders.*, Die konzernrechtliche Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauerschuldverhältnis, ZGR 1983, 513 ff.

*ders.*, Konzernhaftung von freiberuflichen Mehrfachgesellschaftern, ZIP 1994, 1741.

*ders.*, Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht II, 4. Aufl., Köln 2002.

*Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus* (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, (zit.: *Bearbeiter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG)  
 Band 1: (§§ 1 – 149), 4. Aufl., Köln 2020,  
 Band 2: (§§ 150 – 410, SpruchG) 4. Aufl., Köln 2020.

*Schmitt, Elke*, Schutz der außenstehenden Gesellschafter einer abhängigen Personengesellschaft im mehrstufigen Unternehmensverbund, Berlin 2002.

*Schneider, Manfred*, Die Gebietskörperschaft als Konzernspitze: Möglichkeiten und Grenzen einer rechtlich formalisierten Steuerung öffentlicher Unternehmen im Konzernverbund, Frankfurt am Main, Berlin, New York 1985.

*Schneider, Uwe/Burgard, Ulrich*, Übernahmeangebote und Konzerngründung – zum Verhältnis von Übernahmerecht, Gesellschaftsrecht und Konzernrecht, DB 2001, 963 ff.

*Schneider, Uwe*, Konzernleitung als Rechtsproblem: Überlegungen zu einem Konzernverfassungsrecht, BB 1981, 249 ff.

*ders.*, Stimmverbote im GmbH-Konzern, ZHR 150 (1986), 609 ff.

*ders.*, Der Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens im Konzern, in: Festschrift für Thomas Raiser, Berlin 2005, S. 341 ff.

*ders.*, Die Zielgesellschaft nach Abgabe eines Übernahme- oder Pflichtangebots, AG 2002, 125 ff.

*ders.*, Gesetzliches Verbot für Stimmrechtsbeschränkungen bei der Aktiengesellschaft?, AG 1990, 56 ff.

*Schneider, Uwe H./Burgard, Ulrich*, Treupflichten im mehrstufigen Unterordnungskonzern, in: Festschrift für Peter Ulmer, Berlin 2003, S. 579 ff.

*Scholz, Franz* (Hrsg.), Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, (zit.: *Bearbeiter*, in: Scholz GmbHG)  
 Band 1: (§§ 1 – 34, Anh. 13 Konzernrecht, Anh. 34 Austritt und Ausschließung), 12. Aufl., Köln 2017.

*Schön, Wolfgang*, Organisationsfreiheit und Gruppeninteresse im Europäischen Konzernrecht in ZGR 2019, 343 ff.

*ders.*, Das Bild des Gesellschafters im Europäischen Gesellschaftsrecht, RabelsZ 2000, 1 ff.

*Schüppen, Matthias/Schaub, Bernhard*, Handbuch Aktienrecht, 3. Aufl., München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schüppen/Schaub, AktR).

*Schürmbrand, Jan*, „Verdeckte“ und „atypische“ Beherrschungsverträge im Aktien- und GmbH-Recht, ZHR 169 (2005), 35 ff.

*ders.*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, Tübingen 2007.

*Schwark, Eberhard*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, Tübingen 2007.

*ders.*, Ad hoc-Publizität und Insiderrecht bei mehrstufigen Unternehmensentscheidungen, in: Festschrift für Gerold Bezenberger, Berlin 2000, 771 ff.

*ders.*, Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, ZGR 1976, 271 ff.

- ders.*, Rezension von Assmann/Schneider, Wertpapierhandelsgesetz, ZBB 1996, 261 ff.
- Schwark, Eberhard/Zimmer, Daniel*, Kapitalmarktrechts-Kommentar, Börsengesetz mit Börsenzulassungsverordnung, Verkaufsprospektgesetz mit Verkaufsprospektverordnung, Wertpapierhandelsgesetz, Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, 5. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schwark/Zimmer, KMRK).
- Seibt, Christoph H./Wunsch, Oliver*, Investorenvereinbarungen der öffentlichen Übernahmen, Der Konzern 2009, 195 ff.
- ders./Kulenkamp, Sabrina*, Handlungsoptionen der Geschäftsleitung einer Zielgesellschaft nach Kontrollerwerb und vor Wirksamwerden eines Beherrschungsvertrags, AG 2018, S. 549 ff.
- Selzner, Harald/Sustmann, Marco*, Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, Der Konzern 2003, 85 ff.
- Semler, Johannes/Peltzer, Martin/Kubis, Dietmar*, Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder, 3. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Semler/Peltzer/Kubis, Arb.Hdb. Vorstand).
- Semler, Johannes/Leonard, Nina* (Hrsg.), Umwandlungsgesetz mit Spruchverfahrensgesetz, 5. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Semler/Leonard, UmwG).
- Semler, Johannes/Volhard, Rüdiger*, Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, Band 2: Das neue Übernahmerecht, München 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: Semler/Volhard, Arb.Hdb. Unternehmensübernahmen, Bd. 2).
- Semler, Johannes*, Doppelmandats-Verbund im Konzern - Sachgerechte Organisationsform oder rechtlich unzulässige Verflechtung?, in: Festschrift für Ernst C. Stiefel, München 1987, S. 719 ff.
- ders.*, Einschränkung der Verwaltungsbefugnisse in der Aktiengesellschaft, BB 1983, 1566 ff.
- Seydel, Eberhard*, Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft, Baden-Baden 1995.
- Simon, Stefan*, Von „Holzmüller“ zu „Gelatine“ – ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Lichte der BGH-Rechtsprechung (Teil II), DStR 2004, 1528 ff.
- Sina, Peter*, Grenzen des Konzern-Weisungsrechts nach § 308 AktG, AG 1991, 1 ff.
- Sonnenberg, Thomas*, Die Änderung des Gesellschaftszwecks, Frankfurt 1990.
- Sonnenschein, Jürgen*, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, Baden-Baden 1976.
- ders.*, Der aktienrechtliche Vertragskonzern im Unternehmensrecht, ZGR 1981, 429 ff.
- ders.*, Die Eingliederung im mehrstufigen Konzern, BB 1975, 1088 ff.
- Soudry, Rouven*, Entscheidungsbesprechung: OLG Schleswig: Kein Schadensersatz nach § 317 Abs. 1 AktG, GWR 2011, 34.
- ders./Löb, Moritz*, Der Begriff des abhängigen Unternehmens im Sinne des § 17 AktG – Zur Einbeziehung rein wirtschaftlich vermittelter Abhängigkeiten in den Anwendungsbereich des Konzernrechts, GWR 2011, 127.
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard* (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., München 2015, (zit.: *Bearbeiter*, in: Spindler/Stilz, AktG)  
 Band 1: (§§ 1 -149),  
 Band 2: (§§ 150 – 410, SpruchG, SE-VO).
- Spitze, Peter A./Diekmann, Hans*, Verbundene Unternehmen als Gegenstand des Interesses von Aktionären, ZHR 158 (1994), 447 ff.

- Staudinger, Julius v./Großfeld, Bernhard, J. v.* Staudingers Kommentar zum BGB - Internationales Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl., Berlin 1998 (zit.: Bearbeiter, in: Staudinger/Großfeld, IntGesR).
- Stehle, Heinz*, Abhängigkeitsbericht oder Beherrschungsvertrag?, AG 1966, 235 ff.
- Steinert, Tilman L. P.*, Sicherung der Interessen der Zielgesellschaft mittels einer Investorenvereinbarung, Berlin 2013.
- Stephan, Klaus-Dieter*, Zum Stand des Vertragskonzernrecht, Der Konzern 2014, 1 ff.
- Stimpel, Walter*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Innenhaftung des herrschenden Unternehmens im GmbH-Konzern, AG 1986, 117 ff.
- Straßberger, Claus Peter*, Der Beherrschungsvertrag in der Aktienrechtsreform, Würzburg 1965.
- Streyll, Annedore*, Zur konzernrechtlichen Problematik von Vorstands-Doppelmandaten, Heidelberg 1992.
- Strohn, Lutz*, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, Köln 1977.
- ders.*, Zur Zuständigkeit der Hauptversammlung vor Zusammenschlüssen unter Gleichen, ZHR 182 (2018), 114 ff.
- Teichmann, Christoph*, Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law, AG 2013, 184 ff.
- Thiessen, Jan*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats zwischen Pflicht und Kür, AG 2013, 573 ff.
- Timm, Wolfram*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, Die Zuständigkeitsordnung bei der Konzernbildung und Konzernumbildung, Köln, Berlin, Bonn, München 1980.
- ders.*, Die Mitwirkung des Aufsichtsrats bei unternehmensstrukturellen Entscheidungen, DB 1980, 1201 ff.
- ders.*, Verschmelzung einer nicht durch Ausgliederung wesentlicher Betriebsteile entstandenen Tochtergesellschaft mit anderem Unternehmen ("Winterthur/Nordstern"). Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 24.11.1992, ZIP 1993, 110 ff.
- ders.*, Der Abschluß des Ergebnisübernahmevertrages im GmbH-Recht, BB 1981, 1491 ff.
- ders.* Zur Sachkontrolle von Mehrheitsentscheidungen im Kapitalgesellschaftsrecht - dargestellt am Beispiel "strukturverändernder Entscheidungen", ZGR 1987, 403 ff.
- ders.*, Grundfragen des „qualifizierten“ faktischen Konzerns im Aktienrecht, NJW 1987, 977 ff.
- Tollkühn, Oliver*, Die Ad-hoc-Publizität nach dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz, ZIP 2004, 2215 ff.
- Tröger, Tobias*, Treupflicht im Konzernrecht, Köln, Berlin 2000.
- Turiaux, André/Knigge, Dagmar*, Vorstandshaftung ohne Grenzen? – Rechtssichere Vorstandsun-  
ternehmensorganisation als Instrument der Risikominimierung, DB 2004, 2199 ff.
- Ulmer, Peter*, Gesellschafterbeschlüsse in Personengesellschaften – Zur Bindung der Gesellschafter an ihre Stimmabgabe, in: Festschrift für Hubert Niederländer, Heidelberg 1991, S. 415 ff.
- ders.*, Aufsichtsratsmandate und Interessenkollision, NJW 1980, 1603 ff.
- ders.*, Stimmrechtsschranken für Aufsichtsratsmitglieder bei eigener Kandidatur zum Vorstand, NJW 1982, 2288 ff.

*Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbbe, Marc, GmbHG Großkommentar, (zit.: Bearbeiter, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG)*

III. Band: §§ 53 – 88 GmbHG (sowie EGGmbHG), 3. Aufl., Tübingen 2019.

*Veil, Rüdiger, Unternehmensverträge, Tübingen 2003.*

*Veith, Alexander, Die Befreiung von der Ad-hoc-Publizitätspflicht nach § 15 Abs. 3 WpHG, NZG 2005, 254 ff.*

*Vetter, Eberhard, Eintragung des Unternehmensvertrages im Handelsregister des herrschenden Unternehmens?, AG 1994, 110 ff.*

*Vetter, Jochen, Ausweitung des Spruchverfahrens – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, ZHR 168 (2004), 8 ff.*

*Vogelmann, Axel, Die Rechtsfolgen fehlerhafter Strukturänderungen im Aktienrecht: Verschmelzung – Unternehmensvertrag – Kapitalerhöhung, Hamburg 2005.*

*Voigt, Hans-Christoph, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG), München 2004.*

*Volk, Stephan R./Leicher, Lewis H./Koloski, Ramond, Negotiating Business Combination Agreements – The “Seller’s” Point of View, San Diego Law Review VOL 33, 1996, S. 1077 ff.*

*Vollmer, Lothar, Die Mitwirkungsrechte der Aktionäre beim Abschluss fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen, BB 1977, Beil. 4, 1 ff.*

*Vossius, Oliver, Unternehmensvertrag und Umwandlung, in: Festschrift für Siegfried Widmann, Berlin 2000, S. 133 ff.*

*Wackerbarth, Ulrich: Von golden shares und poison pills: Waffengleichheit bei internationalen Übernahmeangeboten Freibrief für pflichtangebotsfreie Unternehmensübernahmen?, WM 2001, 1741 ff.*

*Wahlers, Henning, Die Satzung der kleinen Aktiengesellschaft, 3. Aufl. München 2003.*

*Weber, Martin, Der Optionsvertrag, JuS 1990, 249 ff.*

*ders., Vormitgliedschaftliche Abhängigkeitsbegründung, Zugleich eine Besprechung des Urteils des OLG Düsseldorf vom 22.7.1993, ZIP 1993, 1791, ZIP 1994, 678 ff.*

*Weisner, Arnd, Verteidigungsmaßnahmen gegen unfreundliche Übernahmeveruche in den USA, Deutschland und nach europäischem Recht, Münster 2000.*

*Weißhaupt, Frank, Kompensationsbezogene Informationsmängel in der Aktiengesellschaft, Bern 2003.*

*Weller, Marc-Philippe, Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis, ZIP 2007, 1681 ff.*

*Wellkamp, Ludger, Die Haftung von Geschäftsleitern im Konzern, WM 1993, 2155 ff.*

*Werner, Horst, Der aktienrechtliche Abhängigkeitstatbestand, Göttingen 1979.*

*ders., Konzernrechtliche Abhängigkeit und einheitliche Leitung in mitbestimmten Konzernen, ZGR 1976, 447 ff.*

*Werner, Winfried, Probleme des neuen Konzernrechts, NB 4/1967, 16 ff.*

*ders., Aufsichtsratsstätigkeit von Bankvertretern, ZHR 145 (1981), 252 ff.*

*ders., Zuständigkeitsverlagerungen in der Aktiengesellschaft durch Richterrecht?, ZHR 147 (1983), 429 ff.*

ders., Einführung des Höchststimmrechts durch nachträgliche Satzungsänderung, AG 1975, 176 ff.

Werner, Horst/Peters, Klaus, Zwei Probleme konzernrechtlicher Abhängigkeit am Beispiel der Deutschen Bank und Daimler-Benz, BB 1976, 393 ff.

Werth, Hans-Jürgen, Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft, 1960.

Westermann, Harm Peter, Organzuständigkeit bei Bildung, Erweiterung und Umorganisation des Konzerns, ZGR 1984, 352 ff.

ders., Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht, in: Festschrift für Ludwig Schnorr v. Carolsfeld, Köln 1972, S. 517 ff.

ders., Die Folgen von Verschmelzung und Umwandlung nach § 15 UmwG von Aktiengesellschaften für Beherrschungsverträge, in: Festschrift für Wolfgang Schilling, Berlin 1973, 271 ff.

Wiedemann, Herbert, Gesellschaftsrecht (zit.: *Wiedemann*, GesR Band)  
 Band 1: Grundlagen, München 1980.  
 Band 2: Recht der Personengesellschaften, München 2004.

ders., Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, Tübingen 1988.

ders., Das Abfindungsrecht – ein gesellschaftsrechtlicher Interessenausgleich, ZGR 1978, 477 ff.

ders., Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 1980, 147 ff.

ders., Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 22.9.1969, JZ 1970, 291 ff.

ders., Grundfragen zur Unternehmensverfassung, ZGR 1975, 385 ff.

ders., Spätlesung zu Autokran – Besprechung der Entscheidung BGHZ 95, 350 ff., ZGR 1986, 656 ff.

ders., Der Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht, BB 1975, 1591 ff.

ders., Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, Düsseldorf 1989.

Wiegand, Christoph, Investorenvereinbarungen und Business Combination Agreements bei Aktiengesellschaften, Tübingen 2017.

Wiesner, Georg, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, Frankfurt am Main 1980.

Wimmer-Leonhardt, Susanne, Konzernhaftungsrecht, Tübingen 2004.

Wind, Martina/Klie Marcus, Beziehungen zum Mehrheitsaktionär als unabhängigkeitgefährdender Interessenkonflikt von Aufsichtsratsmitgliedern?, NZG 2010, 1413 ff.

Windbichler, Christine, Die Rechte der Hauptversammlung bei Unternehmenszusammenschlüssen durch Vermögensübertragung, Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 9.6.1980, AG 1981, 169 ff.

dies., Unternehmensverträge und Zusammenschlusskontrolle: aktienrechtliche Probleme der Auflösung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlusskontrolle, Köln 1977.

Winkler, Karl, Nichtgewerbliche, ideale, insbes. politische Zielsetzungen als Inhalt von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, NJW 1970, 449 ff.

Winter, Martin, Die Reform des Beschlussanfechtungsrechts - Eine Zwischenbilanz, in: Festschrift für Wilhelm Happ, Köln, Berlin, München 2006, S. 363 ff.

Wollburg, Ralph/Gehling, Christian, Umgestaltung des Konzerns - Wer entscheidet über die Veräußerung von Beteiligungen einer Aktiengesellschaft?, in: Festschrift für Otfried Lieberknecht, München 1997, S. 133 ff.

Würdinger, Hans, Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes, DB 1958, 1447 ff.

*ders.*, Aktien- und Konzernrecht, eine Systematische Darstellung, Karlsruhe 1966.

*Zimmer, Daniel*, Die Selbstbefreiung – Achillesferse der Ad-hoc-Publizität?, in: Festschrift für Eberhard Schwark, München 2009, S. 669 ff.

*Zimmermann, Klaus/Pentz, Andreas*, „Holzmüller“ – Ansatzpunkt, Klagefristen, Klageantrag, in: Festschrift für Welf Müller, München 2001, S. 151 ff.

*Zöllner, Wolfgang*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München 1963.

*ders.*, Treuepflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht, ZHR 162 (1998), 235 ff.

*ders.*, Die sogenannten Gesellschafterklagen im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 1988, 392 ff.

*ders.*, Beschluß, Beschlußergebnis und Beschlußergebnisfeststellung – Ein Beitrag zu Theorie und Dogmatik des Beschlußrechts, in: Festschrift für Marcus Lutter, 2000, S. 821 ff.

*ders.*, Schutz der Aktionärsminorität bei einfacher Konzernierung, in: Festschrift für Bruno Kropff, Düsseldorf 1997, S. 333 ff.

## Urteile

AG Erfurt, 02.10.1996 - HRB 8340, AG 1997, 275 ff.  
AG Köln, 20.03.2000 - 583 Ds 369/99, EWIR 2000, 885 ff.  
BayObLG, 15.12.1975 - BReg. 2 Z 53/75, NJW 1976, 1694 ff.  
BayObLG, 23.05.1990 - BReg. 3 Z 41/90.  
BayObLG, 20.3.1996 - 3Z BR 324/95, AG 1996, 322 ff.  
BayObLG, 27.02.2002 - 3Z BR 35/02, NZG 2002, 583 ff.  
BayObLG, 06.03.2002 - 3Z BR 343/00, AG 2002, 511 ff.  
BFH, 17.12.1980 - I R 220/78, DB 1981, 1264 ff.  
BFH, 16.02.1979 - III R 67/76, AG 1980, 309.  
BGH, 24.10.1951 - II ZR 18/51, BGHZ 3, 285 ff.  
BGH, 01.04.1953 - II ZR 235/52, BGHZ 9, 157 ff.  
BGH, 18.05.1953 - III ZR 364/52, BGHZ 10, 41.  
BGH, 22.06.1956 - I ZR 198/54, BGHZ 21, 102 ff.  
BGH, 06.02.1958 - II ZR 210/56, BGHZ 26, 330 ff.  
BGH, 29.01.1962 - II ZR 1/61, BGHZ 36, 296 ff. (Autokran)  
BGH, 08.11.1965 - II ZR 267/64, BGHZ 44, 235 ff.  
BGH, 29.05.1967 - II ZR 105/66, BGHZ 48, 163 ff.  
BGH, 29.06.1970 - II ZR 158/69, BGHZ 55, 5 ff.  
BGH, 17.05.1971 - VII ZR 146/69, NJW 1971, 1404 ff.  
BGH, 04.03.1974 - II ZR 89/72, BGHZ 62, 193 ff. (Seitz)  
BGH, 05.06.1975 - II ZR 156/73, BGHZ 64, 325 ff.  
BGH, 18.09.1975 - II ZB 6/74, BGHZ 65, 93 ff.  
BGH, 30.04.1976 - V ZR 143774, NJW, 1931 ff.  
BGH, 13.10.1977 - II ZR 123/76, BGHZ 69, 334 ff.  
BGH, 19.12.1977 - II ZR 136/76, BGHZ 70, 117 ff.  
BGH, 13.03.1978 - II ZR 142/76, BGHZ 71, 40. (Kali+Salz)  
BGH, 12.07.1979 - III ZR 154/77, BGHZ 75, 120 ff.  
BGH, 21.12.1979 - II ZR 244/78, NJW 1980, 1629 ff. (Schaffgotsch)  
BGH, 28.01.1980 - II ZR 124/78, BGHZ 76, 352.  
BGH, 13.03.1980 - II ZR 54/78, BGHZ 76, 191 ff.  
BGH, 19.05.1981 - VI ZR 273/79, BGHZ 80, 381 ff.  
BGH, 05.10.1981 - II ZR 203/80, ZIP 1982, 578 ff.  
BGH, 16.11.1981 - II ZR 150/80, BGHZ 82, 188 ff.  
BGH, 25.02.1982 - II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 ff. (Holzmüller)  
BGH, 19.04.1982 - II ZR 55/81, BGHZ 83, 319.  
BGH, 20.01.1983 - II ZR 243/81, NJW 1983, 1910 ff.  
BGH, 05.12.1983 - II ZR 242/82, BGHZ 89, 162 ff.  
BGH, 26.03.1984 - II ZR 171/83, BGHZ 90, 381 ff. (Beton- und Monierbau/WestLB)  
BGH, 17.05.1984 - II ZR 280/83, NJW 1984, 1897 ff.  
BGH, 08.07.1985 - II ZR 198/84, WM 1985, 1263 ff.  
BGH, 16.09.1985 - II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 ff. (Autokran)  
BGH, 11.11.1985 - II ZB 5/85, BGHZ 96, 245 ff.  
BGH, 20.01.1986 - II ZR 73/85, BGHZ 97, 28 ff.  
BGH, 27.10.1986 - II ZR 240/85, NJW 1987, 1890 ff.  
BGH, 10.11.1986 - II ZR 140/85, NJW 1987, 1077 ff.  
BGH, 01.12.1986 - II ZR 287/85, DB 1987, 679 ff.  
BGH, 01.02.1988 - II ZR 75/87, BGHZ 103, 184.  
BGH, 19.09.1988 - II ZR 255/87, BGHZ 105, 168 ff.  
BGH, 24.10.1988 - II ZB 7/88, BGHZ 105, 324 ff. (Supermarkt)  
BGH, 14.12.1987 - II ZR 170/87, BGHZ 103, 1 ff. (Familienheim)  
BGH, 20.02.1989 - II ZR 167/88, BGHZ 107, 7 ff. (Tiefbau)  
BGH, 22.05.1989 - II ZR 206/88, BGHZ 107, 296 ff.  
BGH, 18.12.1989 - II ZR 254/88, AG 1990, 259 ff.  
BGH, 21.12.1989 - III ZR 49/88, BGHZ 110, 1 ff.  
BGH, 29.10.1990 - II ZR 146/89, AG 1991, 102 ff.  
BGH, 25.03.1991 - II ZR 188/89, BGHZ 114, 127 ff.  
BGH, 23.09.1991 - II ZR 135/90, BGHZ 115, 187 ff. (Video)  
BGH, 11.11.1991 - II ZR 287/90, BGHZ 116, 37 ff. (Stromlieferung)  
BGH, 30.01.1992 - II ZB 15/91, NJW 1992, 1452 ff.

BGH, 15.06.1992 - II ZR 18/91, BGHZ 119, 1, ff.  
 BGH, 22.06.1992 - II ZR 178/90, NJW 1992, 3167  
 BGH, 19.01.1993 - KVR 32/91, BGHZ 121, 137 ff.  
 BGH, 29.03.1993 - II ZR 265/91, BGHZ 122, 123 ff. (TBB)  
 BGH, 05.04.1993 - II ZR 238/91, BGHZ 122, 211 ff.  
 BGH, 19.09.1994 - II ZR 237/93, ZIP 1994, 1690 ff.  
 BGH, 20.03.1995 - II ZR 205/94, BGHZ 129, 136 ff.  
 BGH, 27.03.1995 - II ZR 136/94, ZIP 1995, 733 ff.  
 BGH, 18.12.1995 - II ZR 294/93, NJW 1996, 659  
 BGH, 17.03.1997 - II ZB 3/96, BGHZ 135, 107 ff. (VW)  
 BGH, 21.04.1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244.  
 BGH, 19.02.1998 - III ZR 169/97, BGHZ 138, 91  
 BGH, 04.03.1998 - II ZB 5/97, BGHZ 138, 136 ff.  
 BGH, 01.03.1999 - II ZR 312/97, BGHZ 141, 79 ff.  
 BGH, 31.01.2000 - II ZR 189/99, ZIP 2000, 493 ff.  
 BGH, 17.09.2001 - II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 ff. (Bremer Vulkan)  
 BGH, 05.11.2001 - II ZR 119/00, WM 2002, 77 ff.  
 BGH, 05.03.2002 - VI ZR 398/00, NJW 2002, 823 ff.  
 BGH, 24.06.2002 - II ZR 300/00, BGHZ 151, 181 ff. (KBV)  
 BGH, 25.11.2002 - II ZR 133/01, BGHZ 153, 47.  
 BGH, 26.04.2004 - II ZR 155/02, BGHZ 159, 30 ff. (Gelatine)  
 BGH, 29.11.2004 - II ZR 6/03, NZG 2005, 261 ff. (Göttinger Gruppe)  
 BGH, 13.12.2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, 117  
 BGH, 21.03.2005 - II ZR 140/03, NZG 2005, 472  
 BGH, 20.11.2006 - II ZR 226/05, ZIP 2007, 24.  
 BGH, 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 ff. (Trihotel)  
 BGH, 25.10.2007 - IX ZR 157/06, BB 2008, 523.  
 BGH, 25.06.2008 - II ZB 39/07, NZG 2008, 658.  
 BGH, 25.06.2008 - II ZR 133/07, NZG 2008, 831.  
 BGH, 03.03.2008 - II ZR 124/06, BGHZ 175, 365 ff.  
 BGH, 24.11.2008 - II ZR 116/08, WM 2009, 231 ff.  
 BGH, 01.12.2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 ff.  
 BGH, 09.03.2009 - II ZR 170/07, BGHZ 180, 105 ff.  
 BGH, 31.05.2011 - II ZR 141/09, BGHZ 190, 7 ff.  
 BGH, 09.10.2012 - II ZR 298/11, BGHZ 195, 42  
 BGH, 30.06.2015 - II ZR 142/14, BGHZ 206, 143  
 BGH, 06.11.2018 - II ZR 199/17, NZG 2019, 187  
 BSG, 18.09.1973 - 12 RK 5/73, NJW 1974, 208 ff.  
 EuGH, 13.12.2005 - C-446/03, Slg. 2005, I-10837 ff. (Marks & Spencer)  
 EuGH, 15.05.2008 - C-414/06, Slg. 2008, I-3601 ff. (Lidl Belgium)  
 KG, 30.06.2000 - 14 U 8337/98, NZG 2000, 1132 ff. (Allianz)  
 KG, 03.12.2002 - 1 W 363/02, ZIP 2003, 1042 ff.  
 KG, 25.10.2004 - 23 U 234/03, WM 2005, 41 ff.  
 LG Berlin, 13.11.1995 - 99 O 126/95, AG 1996, 230, 232 f.  
 LG Bielefeld, 12.11.1999 - 13 O 37/99, AG 2000, 232 ff.  
 LG Bochum, 01.07.1986 - 12 O 67/86, AG 1987, 323.  
 LG Bonn, 27.04.2005 - 16 O 13/04, AG 2005, 542 ff.  
 LG Düsseldorf, 22.12.1978 - 40 O 138/7, AG 1979, 290 ff.  
 LG Flensburg, 12.05.2005 - 6O 139/03, Der Konzern 2006, 303 ff.  
 LG Frankenthal, 04.08.1988 - 2 (HK) O 178/87, AG 1989, 253.  
 LG Frankfurt/Main, 10.03.1993 - 3/14 O 25/92 ZIP 1993, 830, 832 ff. (Hornblower-Fischer AG).  
 LG Frankfurt/Main, 29.07.1997 - 3/5 O 162/95, ZIP 1997, 1698.  
 LG Frankfurt/Main, 21.02.2006 - 3-5 O 71/05, AG 2007, 48 ff.  
 LG Hamburg, 29.01.1991 - 402 O 121/90, AG 1991, 365 ff.  
 LG Hannover, 30.05.2000 - 26 O 79/98, DB 2000, 1607.  
 LG Heidelberg, 01.12.1998 - KfH IO 95/98, AG 1999, 135.  
 LG Ingolstadt, 12.06.1990 - HKO 763/89, AG 1991, 24 ff.  
 LG Kiel, 20.03.2009 - 14 O 90/05, BeckRS 2009, 10256  
 LG Köln, 03.02.1992 - 91 O 203/91, AG 1992, 238, 240.  
 LG Köln, 23.11.2007 - 82 O 214/06, AG 1991, 24 ff.  
 LG Mannheim, 23.10.1989 - 24 O 84/88, AG 1991, 19 ff.  
 LG Mannheim, 017.1.1990 - 21 O 9/89, WM 1990, 760, 764.

LG München I, 02.05.2000 - 5 HK O 21647/99, DB 2000, 1217.  
LG München I, 19.10.2007 - 5 HK O 13298/07, WM 2008, 30 ff.  
LG München I, 31.01.2008 - 5 HK O 19782/06, BeckRS 2008, 2740 ff. (HVB/Unicredit)  
LG München I, 04.06.2009 - 5 HK O 591/09, AG 2009, 918 ff.  
LG München I, 05.04.2012 - 5 HK O 20488/11, NZG 2012, 1152 ff. (W.E.T.)  
LG München I, 20.12.2018 - 5 HK O 15236/17, NZG 2019, 384, 387.  
LG Nürnberg-Fürth, 18.12.2008 - 1 HK O 4286/08, 1 HK O 4286/08 (n/v).  
LG Oldenburg, 14.03.1991 - 15 O 478/88, ZIP 1992, 1632 ff.  
LG Stuttgart, 08.11.1991 - 2 KfH O 135/91, AG 1992, 236 ff.  
OLG Celle, 21.01.2008 - 4 W 226/07, ZIP 2008, 433  
OLG Celle, 07.03.2001 - 9 U 137/00, ZIP 2001, 613, 615.  
OLG Düsseldorf, 07.06.1990 - 19 W 13/86, AG 1990, 490 ff.  
OLG Düsseldorf, 22.07.1993 - 6 U 84/92, AG 1994, 36 ff.  
OLG Düsseldorf, 24.02.2000 - 6 U 77/99, GmbHR 2000, 1053.  
OLG Düsseldorf, 08.07.2003 - 19 W 6/00, AG 2003, 688 ff.  
OLG Düsseldorf, 30.12.2004 - 19 W 3/04, NZG 2005, 317  
OLG Düsseldorf, 07.05.2008 - VI-Kart 1/07 (V), AG 2008, 859 ff.  
OLG Frankfurt/Main, 18.01.1989 - 13 U 279/87, GmbHR 1990, 79 ff.  
OLG Frankfurt/Main, 22.12.2003 - 19 U 78/03, AG 2004, 567 ff.  
OLG Frankfurt/Main, 01.10.2013 - 5 U 214/12, NZG 2014, 1017, 1019.  
OLG Hamburg, 18.09.1967 - 2 W 125/67, BB 1968, 267.  
OLG Hamburg, 06.10.1989 - 11 W 91/89, ZIP 1989, 1326 ff.  
OLG Hamburg, 13.07.1990 - 11 U 30/90, ZIP 1990, 1071 ff.  
OLG Hamburg, 01.11.2004 - 11 W 5/04, AG 2005, 299 ff.  
OLG Hamm, 09.06.1980 - 8 U 70/77, BB 1980, 1653 ff.  
OLG Hamm, 03.11.1986 - 8 U 59/86 NJW 1987, 1030.  
OLG Hamm, 20.02.1995 - 8 U 178/94, OLGR 1995, 245 ff.  
OLG Jena, 25.04.2007 - 6 U 947/05, AG 2007, 785 ff.  
OLG Karlsruhe, 07.12.1990 - 15 U 256/89, AG 1991, 144 ff.  
OLG Karlsruhe, 12.10.1993 - 11 Wx 48/93, AG 1994, 283 ff.  
OLG Karlsruhe, 30.12.1998 - 14 U 31/98, OLGR 1999, 358.  
OLG Karlsruhe, 12.03.2002 - 8 U 295/00, DB 2002, 1094.  
OLG Karlsruhe, 11.12.2003 - 12 W 11/02, AG 2004, 147 ff.  
OLG Koblenz, 30.11.1990 - 2 U 317/89, WM 1991, 227 ff.  
OLG Köln, 24.11.1992 - 22 U 7/92, ZIP 1993, 110. (Winterthur/Nordstern)  
OLG Köln, 27.04.2006 - 18 U 90/05, AG 2006, 586 ff.  
OLG Köln, 15.01.2009 - 18 U 205/07, AG 2009, 416 ff.  
OLG München, 14.06.1991 - 23 U 4638/90, AG 1991, 358 ff.  
OLG München, 10.11.1995 - 24 U 1036/93, AG 1995, 232, 233.  
OLG München, 17.07.2007 - 31 Wx 60/06, AG 2007, 37 ff.  
OLG München, 24.06.2008 - 31 Wx 83/07, AG 2008, 672 ff. (HVB/Unicredit)  
OLG München, 14.12.2011 - 7 AktG 3/11, NZG 2012, 261  
OLG München, 14.11.2012 - 7 AktG 2/12, ZIP 2012, 2439 ff.  
OLG Oldenburg, 16.03.2006 - 1 U 12/05, AG 2006, 724  
OLG Schleswig, 08.12.2005 - 5 U 57/04, Der Konzern 2006, 294 ff.  
OLG Schleswig, 27.08.2008 - 2 W 160/05, NZG 2008, 868 ff. (MobilCom)  
OLG Schleswig, 28.10.2010 - 5 U 55/09, BeckRS 2010, 29118.  
OLG Stuttgart, 04.02.2000 - 4 W 15/98, NZG 2000, 744 ff.  
OLG Stuttgart, 30.05.2007 - 20 U 12/06, AG 2007, 633 ff.  
OLG Stuttgart, 02.12.2014 - 20 AktG 1/14, AG 2015, 163, 168.  
OLG Zweibrücken, 02.03.2004 - 3 W 167/03, AG 2005, 256 ff.  
OLG Zweibrücken, 25.04.2005 - 3 W 255/04, NZG 2005, 935 ff.

US Supreme Court, 14.06.1995 - No. 94-167 (Gutierrez de Martinez/Lamagon)

Court of Appeal, 26.07.2018 - EWCA CIV 1730, 26 (PM Law Ltd Solicitors/Motorplus Ltd.).

## A. Definition, Rechtsnatur und Abgrenzungen des Business Combination Agreement

Das Business Combination Agreement (im Folgenden „BCA“) entstammt aus der US-amerikanischen Vertragspraxis<sup>1</sup>. In den USA verfolgt es vor allem die folgenden Ziele:

- Festlegung der ökonomischen Bedingungen einer Transaktion,
- Festlegung des Transaktionsmechanismus,
- Festlegung der Pflichten der Vertragspartner und
- Risikoverteilung zwischen den Vertragspartnern, nachvertragliche Ereignisse sowie Änderungen<sup>2</sup>.

Dem deutschen Gesetzgeber ist dieser amerikanische Vertragstyp fremd. Im Folgenden wird das BCA anhand seines Sinns und Zwecks definiert. Diese sind die Verhinderung weiterer Übernahmeangebote, die Schaffung von Transaktionssicherheit und Rechtsklarheit.

### I. Definition und Bedeutung des Business Combination Agreement

Hauptsächlich dient das BCA dazu, zwischen den Parteien die Grundlagen eines Unternehmenszusammenschlusses zu regeln. Das Hauptaugenmerk liegt darauf, die Zusammenführung zweier Unternehmen verbindlich zu strukturieren und festzuschreiben<sup>3</sup>. Das BCA umfasst insbesondere die folgenden Bereiche:

- Transaktionsstruktur,
- Transaktionsablauf,
- Beteiligungsaufbau (Deal Protection),
- Absicherung des Status Quos,
- künftige Corporate Governance (vor allem Organbesetzung) und
- die künftige unternehmerische Ausrichtung<sup>4</sup>.

In Deutschland erlangte das BCA vor allem Prominenz bei dem grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschluss mit anschließender nationaler Verschmelzung der Gesellschaften Chrysler Corporation und der Daimler-Benz AG<sup>5</sup>. Die Chrysler Corporation und die Daimler-Benz AG haben auf diese Art und Weise ihre Unternehmen, Aktionärsgruppen, Geschäftsleitungen und andere Interessensgruppen in eine neue Gesellschaft unter deutschem Recht zusammengeführt<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Hoyer, in: MünchHdb.GesR Bd. 8, § 8 Rn. 32.

<sup>2</sup> Volk/Leicher/Koloski, San Diego Law Review Vol. 33, 1996, 1077, 1078.

<sup>3</sup> Cahn, Business Combination Agreements; Seibt/Wunsch, Der Konzern 2009, 195, 196.

<sup>4</sup> Kiefner, ZHR 178 (2014), 547, 549; Kiesgen, BCA, S. 47 ff.; Oppenhoff, in: BeckHdb AG, § 23 Rn. 104; Steinert, Investorenvereinbarung, S. 61 f.

<sup>5</sup> BCA Daimler-Benz/Chrysler vom 07. Mai 1998; siehe auch Decher, FS Hüffer, S. 145, 146.

<sup>6</sup> Commission of the European Communities, Case No IV/M. 1204 – Daimler-Benz / Chrysler, 22.07.1998,

BCA erhalten oftmals nicht unerhebliche Verpflichtungen der Zielgesellschaft gegenüber dem Bieter. Hierbei besteht die Gefahr, dass Vorstand und Aufsichtsrat ihre Kompetenzen überschreiten. Nachfolgend werden die maßgeblichen Ziele, die mit einem BCA verfolgt werden, näher beleuchtet:

- Verhinderung der Abgabe weiterer Angebote (1.) und
- Transaktionssicherheit und Rechtsklarheit (2.).

#### 1. Verhinderung weiterer Übernahmeangebote

Mit dem BCA möchte der Bieter verhindern, dass ein Dritter für die Zielgesellschaft ein höheres Gebot abgibt als der Bieter. Denn durch das Gebot des Dritten gerät der Vorstand der Zielgesellschaft in Entscheidungszwang, entweder das ursprüngliche Angebot des Bieters weiter zu verfolgen oder mit dem Dritten in Verhandlungen einzutreten<sup>7</sup>. Es wächst also die Gefahr, dass die Zielgesellschaft das Angebot des Bieters ausschlägt. Der Bieter hat daher ein Interesse, den Übernahmevertrag über den Unternehmenszusammenschluss mit Regelungen abzustützen, die einem Scheitern des Geschäfts vorbeugen und eine Risikoverteilung für den Fall enthalten, dass der Vertragsschluss nicht gelingt (sog. *No Shop-Clause*)<sup>8</sup>. Diesem Zweck trägt § 33 Abs. 1 Satz 1 WpÜG Rechnung. Die Norm verbietet dem Vorstand, nach Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe eines Angebots bis zur Veröffentlichung des Ergebnisses nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG, Handlungen vorzunehmen, durch die der Erfolg des Angebots verhindert werden könnte. § 33 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 WpÜG macht von dem in § 33 Abs. 1 Satz 1 WpÜG aufgestellten Grundsatz im Falle eines konkurrierenden Angebots eine Ausnahme. Es stellt sich somit die Frage, ob eine Regelung, die es der Zielgesellschaft verbietet, in Verhandlungen mit weiteren Bietern einzutreten, mit § 33 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 WpÜG vereinbar ist. Der Anwendungsbereich des § 33 WpÜG erstreckt sich auf den Zeitraum nach der Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe eines Übernahmeangebots bis zur Veröffentlichung des Ergebnisses nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG. Der Bieter muss also bereits ein Übernahmeangebot nach § 29 Abs. 1 WpÜG abgegeben haben. Im Zeitpunkt des Abschlusses eines BCA liegt jedoch noch kein verbindliches Übernahmeangebot des Bieters im Sinn des § 29 Abs. 1 WpÜG vor. Die Parteien befinden sich außerhalb einer Übernahmesituation<sup>9</sup>. Im Vorfeld einer Übernahme gelten hingegen noch nicht die strengen Grundsätze des Neutralitätsgebots<sup>10</sup>. Folglich findet das WpÜG auf BCA, die im Vorfeld, außerhalb eines Übernahmeangebots abgeschlossen werden, keine Anwendung<sup>11</sup>. Es kann somit auch nicht gegen § 33 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 WpÜG verstoßen<sup>12</sup>. Zudem handelt es sich bei einer *No Shop-Clause* um eine zulässige Ermessensentscheidung (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) des Vorstands der Zielgesellschaft. Dies jedenfalls dann, wenn ein angemessenes Angebot vorliegt und sich Vorstand und Aufsichtsrat vorab ein Bild über die Alternativen gemacht haben<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> Drygala, WM 2004, 1413 f.; Kiesgen, BCA, S. 62 f.

<sup>8</sup> Aha, BB 2001, 2225; Oppenhoff, in: BeckHdb AG, § 23 Rn. 105; Schaefer/Eichner, NZG 2003, 150, 152.

<sup>9</sup> Die Übernahmesituation beginnt mit Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe eines Angebots gem. § 33 Abs. 1 WpÜG

<sup>10</sup> Diemke, NZG 2001, 241, 259; Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, § 76 Rn. 42; Hopt, FS Lutter, S. 1361, 1399; Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 40; Schlitt, in: MünchKomm-WpÜG, § 33 Rn. 52.

<sup>11</sup> So auch: Drygala, WM 2004, 1457, 1458.

<sup>12</sup> Banerjee, DB 2003, 1489, 1496; Hirte, in: KölnKomm-AktG, § 33 Rn. 32 ff.; Hopt, ZGR 1993, 534, 558 ff.; ders., FS Lutter, S. 1361, 1399 f.

<sup>13</sup> Oppenhoff, in: BeckHdb AG, § 23 Rn. 105.

Ein weiteres Mittel, um konkurrierende Übernahmeangebote zu verhindern ist eine Vereinbarung mit der Zielgesellschaft, die es ihr untersagt, mit anderen Parteien über konkurrierende Angebote zu sprechen (*No Talk-Clause*)<sup>14</sup>. Eine *No Talk-Clause* ist für den Vorstand der Zielgesellschaft im Rahmen seiner Sorgfalt und Treuepflichten problematisch. Denn anders als bei der *No Shop-Clause* wird dem Vorstand der Zielgesellschaft nicht nur untersagt aktiv nach anderen, konkurrierenden Bietern zu suchen, sondern auch untersagt, dass ein konkurrierender Bieter auf die Zielgesellschaft zukommt und in die Erwerbsverhandlungen eintritt<sup>15</sup>. Es ist daher zu empfehlen eine *No Talk-Clause* nur für einen überschaubaren Zeitraum oder alternativ unter einem Vorbehalt zu vereinbaren. Der Vorbehalt wäre, dass der Vorstand der Zielgesellschaft in Kenntnis der relevanten Umstände eine umfassende Prüfung des Angebots vor Abschluss des BCA vornimmt und sich gegenüber dem Bieter verpflichtet, die Empfehlung nur dann abzugeben oder zurückzunehmen, wenn sich Umstände geändert haben oder neu hinzuge treten sind und die Änderung beziehungsweise die Rücknahme durch ihre organischen Pflichten indiziert ist (sog. *Fiduciary Out*)<sup>16</sup>. Das bedeutet, dass der Vorstand der Zielgesellschaft im Rahmen seiner organischen Pflichten aus § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG dann Abstand von dem Angebot nimmt, wenn ein Dritter ein besseres Angebot vorlegt oder nachträglich Umstände eintreten, die den Wert der Zielgesellschaft positiv beeinflussen (*Gold in the Backyard*).

## 2. Transaktionssicherheit, Rechtsklarheit

Mit Hilfe eines BCA soll Transaktionssicherheit geschaffen werden<sup>17</sup>. Das BCA enthält typischerweise Klauseln über Umtauschangebote der zukünftig abhängigen Gesellschaft, den anschließenden Zusammenschluss, die zukünftige Corporate Governance, die Integration sowie Garantien und Vertragsstrafen bei Misslingen der Übernahme. Ebenso kann eine Klausel vereinbart werden, wonach das Angebot des Bieters durch Vorstand und Aufsichtsrat der Zielgesellschaft empfohlen werden soll (sog. *Board Recommendation Clause*). Durch diese Vereinbarungen wissen die Vertragspartner vorab, welche Folgen der Hauptvertrag hat. Eine Vertragsstrafeklausel erhöht zudem die Hemmschwelle, nach Abschluss des BCA, Abstand von dem geplanten Unternehmenszusammenschluss zu nehmen. Speziell bei grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen kommt als weiterer Sinn und Zweck hinzu, dass das BCA einem ausländischen Partner, der mit einer anderen Rechtsordnung vertraut ist, den Ablauf des Zusammenschlusses nach der ihm fremden Rechtsordnung vorzeichnet<sup>18</sup>. Das BCA dient diesem somit zusätzlich der Rechtsklarheit.

## 3. BCA und anschließender Unternehmensvertrag als einheitliches Geschäft im Sinn des § 139 BGB

In der Praxis wird regelmäßig zunächst ein BCA abgeschlossen und anschließend, meist innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten, ein Beherrschungs- bzw. Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag. Beide Verträge bilden eine rechtliche Einheit im Sinn des § 139 BGB<sup>19</sup>. Ein einheitliches

---

<sup>14</sup> Oppenhoff, in: BeckHdb AG, § 23 Rn. 105.

<sup>15</sup> Schaefer/Eichner, NZG 2003, 150, 155, Rn. 23.

<sup>16</sup> Fleischer, ZHR 172 (2008), 538, 558 f.; Kiem, AG 2009, 301, 311 f.; Oppenhoff, in: BeckHdb AG, § 23 Rn. 105; Seibt/Wunsch, Der Konzern 2009, 195, 206.

<sup>17</sup> Decher, FS Hüffer, S. 145, 149.

<sup>18</sup> Decher, FS Hüffer, S. 145, 148.

<sup>19</sup> LG München I, NZG 2012, 1153, 1154; OLG München, ZIP 2012, 2439, 2242; a.A. Decher, FS Lutter, S. 1209, 1222.

Rechtsgeschäft erfordert den Willen der Parteien ein einheitliches Rechtsgeschäft abzuschließen<sup>20</sup>. Die Parteien schließen ein BCA regelmäßig mit dem Willen ab, innerhalb eines kurzen Zeitabstandes einen Beherrschungsvertrag abzuschließen. Dabei kann dem Rechtsbindungswillen der Vertragspartner nicht entgegengehalten werden, dass es sich dabei nur um einen „Fahrplan der Transaktion“<sup>21</sup> handelt, der sich mit der Vollziehung der Transaktion erledigt. Vielmehr liegt der Wille der Parteien vor, ein einheitliches Rechtsgeschäft abzuschließen, wobei das eine mit dem anderen stehen und fallen soll. Denn das BCA regelt neben dem Ablauf der Transaktion ebenso die zukünftige Unternehmensstruktur ausführlich<sup>22</sup>. Dabei ist unerheblich, dass an den Verträgen zum Teil unterschiedliche Personen beteiligt sind<sup>23</sup>.

## II. Rechtsnatur des Business Combination Agreement

In der deutschen Rechtspraxis werden BCA vor allem im Vorfeld von Unternehmenszusammenschlüssen abgeschlossen bzw. in der Phase bis zum Abschluss eines Verschmelzungsvertrags<sup>24</sup>. Je nach Ausgestaltung werden mit ihm gesellschaftsrechtliche Maßnahmen rechtsverbindlich strukturiert und somit die Bindungswirkung des Vertragsentwurfs erhöht<sup>25</sup>. In diesem Fall entspricht das BCA funktional dem ihm nachfolgenden Unternehmensvertrag, verfügt aber über keinerlei rechtlichen Regelungsrahmen<sup>26</sup>. Daher besteht in der Praxis Rechtsunsicherheit über die Reichweite und die Rechtsnatur einer solchen Vereinbarung.

Das BCA kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande und stellt somit zumindest eine schuldrechtliche Vereinbarung dar. Ob es darüber hinaus auch als Unternehmensvertrag qualifiziert werden kann, richtet sich nach der Rechtsnatur des konkreten Vertrages. Im Folgenden wird zunächst die Rechtsnatur des Unternehmensvertrags im Allgemeinen untersucht. Denn sollten auch schuldrechtliche Vereinbarungen unter den Begriff Unternehmensverträge fallen und nicht an der Satzungsstrenge des Aktienrechts scheitern, so könnte auch das BCA als Unternehmensvertrag gewertet werden.

### 1. Regelungszweck des Konzernrechts

Der Begriff „Konzernrecht“ umfasst die allgemeinen Definitionen in §§ 15-19 AktG, die Mitteilungspflichten in §§ 20-22 AktG und die materiell rechtlichen Vorschriften einer Konzernverfassung in §§ 291 ff. AktG. Das Konzernrecht beinhaltet zum einen ein Schutzrecht der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger sowie ein Organisationsrecht, welches das Gebilde „Konzern“ rechtlich regelt<sup>27</sup>.

---

<sup>20</sup> BGH, NJW 1976, 1931, 1932; 1987, 2004, 2007, 1990, 442, 443; 2016, 3525; OLG Schleswig, NJW-RR 1995, 554; *Busche*, in: MünchKomm-BGB Bd. 1, § 139 Rn. 15; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 139 Rn. 5; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, § 139 Rn. 37.

<sup>21</sup> *Decher*, FS Lutter, S. 1209, 1223; *Hippell/Diesing*, AG 2015, 185, 187; *Kiesgen*, BCA, S. 36.

<sup>22</sup> Vgl. BCA UniCredit/HVB; NYSE Euronext/Deutsche Börse; Amerigon Europe/W.E.T.; Terex/Demag Cranes.

<sup>23</sup> OLG München, ZIP 2012, 2439, 2443.

<sup>24</sup> *Hippell/Diesing*, AG 2015, 185, 187; *Hoger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 8, § 8 Rn. 32; *Rebmann*, in: Heidel, § 187 Rn. 15; *Schall*, in: Kämmerer/Veil, Kapitalmarktrecht, S. 75 ff.; *Servantus*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 187 Rn. 19.

<sup>25</sup> *Aha*, BB 2001, 2225; *Hoger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 8, § 8 Rn. 32.

<sup>26</sup> *Hoger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 8, § 8 Rn. 32.

<sup>27</sup> *Langenbucher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 5 ff.

In der Praxis überwiegt der in §§ 311 ff. AktG geregelte „faktische Konzern“, also die Unternehmensbeteiligung aufgrund des vorausgehenden Erwerbs einer Mehrheitsbeteiligung und weniger der Vertragskonzern aufgrund eines Vertragsschlusses<sup>28</sup>. Um die Attraktivität für den Abschluss eines Beherrschungsvertrags zu steigern, wurde dieser Voraussetzung für die Anerkennung der steuerlichen Organschaft. Hiervon nahm der Gesetzgeber jedoch mit der Unternehmenssteuerreform 2001 wieder Abstand. Während früher nur ein Ergebnisabführungsvertrag mit einer Beherrschungsklausel die steuerliche Organschaft begründete, genügt heute bereits der Abschluss eines isolierten Ergebnisabführungsvertrags ohne Beherrschungsklausel, vgl. §§ 14 Abs. 1 Satz 1, 17 KStG<sup>29</sup>. Aus steuerlicher Sicht wurde somit auf die Notwendigkeit des Abschlusses eines Beherrschungsvertrags verzichtet<sup>30</sup>.

Die steuerliche Organschaft unterteilt sich in die körperschaftsteuerliche, die gewerbsteuerliche und die umsatzsteuerliche Organschaft.

#### a) Körperschaftsteuerliche Organschaft

Gem. § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG bewirkt die körperschaftsteuerliche Organschaft, dass das Einkommen der Organgesellschaft (hier: abhängige Gesellschaft), vorbehaltlich der in § 16 KStG getroffenen Regelungen, dem Träger des Unternehmens zugerechnet wird. Die Besteuerung auf Ebene des Organträgers (hier: herrschendes Unternehmen) kann somit eine Senkung der effektiv zu tragenden Steuerlast zu Folge haben<sup>31</sup>.

§ 14 Abs. 1 Satz 2 KStG sieht vor, dass die Organschaft erst für das Kalenderjahr möglich ist, in dem das Wirtschaftsjahr der Organgesellschaft endet, in welchem der Ergebnisabführungsvertrag wirksam wird. Gem. § 294 Abs. 2 AktG erfolgt dies mit der Eintragung ins Handelsregister. Die körperschaftsteuerliche Organschaft ist ausschließlich mit einem Ergebnisabführungsvertrag möglich, die anderen Unternehmensverträge in §§ 291 ff. AktG sind hierfür ungeeignet. Weitere Voraussetzungen für die Anerkennung einer steuerlichen Organschaft sind, dass sich der Ergebnisabführungsvertrag

- auf das gesamte Ergebnis erstreckt,
- für mindestens fünf Jahre abgeschlossen ist und
- während der gesamten Geltungsdauer durchgeführt wird.

Zudem ist eine finanzielle Eingliederung erforderlich, das heißt dem Organträger (hier: herrschende Gesellschaft) muss die Mehrheit der Stimmrechte an der Organgesellschaft zustehen<sup>32</sup>.

#### b) Gewerbsteuerliche Organschaft

Jeder im Inland betriebene Gewerbebetrieb unterliegt der Gewerbesteuer. Im Falle einer Organschaft (hier: abhängige Gesellschaft) ist das die Kapitalgesellschaft als Betriebsstätte des Organträgers,

---

<sup>28</sup> *Kalss/Schauer*, Reform, S. 668 f.; *Langenbucher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 2; *Lutter/Timm*, NJW 1982, 409, 411, 413; *Wiedemann*, ZGR 1978, 477, 487.

<sup>29</sup> Steuersenkungsgesetz vom 14.7.2000 (StSenkG BGBl I 2000, S. 1433); Unternehmenssteuerfortführungsgesetz vom 20.12.2001 (UmStFG BGBl I 2001, S. 3858); Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 16.5.2003 (StVergAbG 2003, BGBl I 2003, S. 550); *Langenbucher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 13; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 291 Rn. 15 ff.

<sup>30</sup> *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 11; *Selzner/Sustmann*, Der Konzern 2003, 85, 93 f.; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 19.

<sup>31</sup> *Erle*, in: Erle/Sauer, KStG, § 14 Rn. 117 ff.; *Schaumburg/Jesse*, in: Lutter/Bayer, Holding Hdb, § 13 Rn. 269; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 291 Rn. 16.

<sup>32</sup> *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 291 Rn. 17.

(hier: herrschendes Unternehmen) § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG. Da die Organgesellschaft ihre Steuersubjektfähigkeit verliert, kommt allein der Organträger für die Steuerschulden auf<sup>33</sup>.

### c) Umsatzsteuerliche Organschaft

Die umsatzsteuerliche Organschaft führt dazu, dass die Organgesellschaft ihre Unternehmensqualität verliert, weshalb sich die Umsatzsteuerpflicht auf den Organträger beschränkt<sup>34</sup>. Demnach sind entgeltliche Lieferungen und Leistungen zwischen dem Organträger und der Organgesellschaft umsatzsteuerrechtlich unbeachtlich<sup>35</sup>.

### d) Europarechtliche Vorgaben

Die Vorgaben des § 14 KStG bezüglich einer körperschaftrechtlichen Organschaft verstoßen nicht gegen europäisches Recht. Zwar beschränkt die körperschaftrechtliche Organschaft die Niederlassungsfreiheit, Art. 49, 54 AEUV, diese Beschränkung kann aber durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit legitimiert werden<sup>36</sup>.

Für das Jahr 2014 war eine Kommission für die verbesserte Information über Gruppen und die bessere Anerkennung des Begriffs „Gruppeninteresse“ angekündigt<sup>37</sup>. Diskutiert wurde insbesondere die einheitliche Leitung auf der Grundlage des französischen Rozenblum-Konzepts<sup>38</sup> sowie die Konzeption eines europäischen Konzernrechts, eines „enabling law“<sup>39</sup>. Allerdings hat sich der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss gegen die Anerkennung des Begriffs „Gruppeninteresse“ ausgesprochen, da dieser den Grundsatz der Unabhängigkeit juristischer Personen unterminiert hätte<sup>40</sup>.

## 2. Rechtsnatur des Unternehmensvertrags

Hinsichtlich der Rechtsnatur von Unternehmensverträgen haben sich im Wesentlichen zwei Meinungsrichtungen herausgebildet. Die eine<sup>41</sup> qualifiziert den Unternehmensvertrag weitestgehend als rein schuldrechtlichen Vertrag, die andere<sup>42</sup> spricht ihm eine ausschließlich organisationsrechtliche Natur zu. Die wesentlichen Unterschiede zwischen den beiden Klassifikationen liegen darin, dass der schuldrechtliche Austauschvertrag der Vertragsfreiheit unterliegt sowie Rechte und Pflichten

---

<sup>33</sup> Jesse, in: Lutter/Bayer, Holding Hdb, § 14 Rn. 588; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 291 Rn. 20.

<sup>34</sup> Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 291 Rn. 21.

<sup>35</sup> Meyer, in: Offerhaus/Söhn/Lange, UStG, § 2 Rn. 85; Schaumburg/Jesse, in: Lutter/Bayer, Holding Hdb, § 13 Rn. 291; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 291 Rn. 21.

<sup>36</sup> EuGH, Slg. 2005, I-10837 ff.; EuGH, Slg. 2008, I-3601 ff.; Heurung/Engell/Bresgen, GmbHR 2013, 638; Langenbucher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 14; Maitherth, DSIR 2006, 915; Mühl/Wagenseil, NZG 2009, 1253, 1258 f.

<sup>37</sup> Aktionsplan Europäisches Gesellschaftsrecht, KOM (2012) 740/2, Ziff. 4.6, S. 17.

<sup>38</sup> einschränkend Geßler, FS Beitzke, S. 923, 931; Begr. RegE. zu § 291 AktG, in: Kropff, AktG, S. 376; Koppenteiner, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 157 f.; Würdinger, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 13; ders., Konzernrecht, S. 324.

<sup>39</sup> Langenbucher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 16; Mülbart, in: MünchKomm-HGB, Rn. 148; Schön, ZGR 2019, 343; Teichmann, AG 2013, 184, 189 ff.

<sup>40</sup> Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen COM (2012) 740 final.

<sup>41</sup> Ursprüngliche Ansicht Ballerstedt, Kapital, S. 161; a.A. Flume, DB 1956, 455 ff.; Hamburger, FS Seckel, S. 261, 273; Kronstein, Person, S. 46 ff.

<sup>42</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868 f.; Bälz, AG 1992, 277, 287; a.A. BGH, BB 2008, 523; Baumbach, in: Baumbach/Hueck, AktG, § 291 Rn. 3; Emmerich/Habersack, Lehrbuch, § 9, S. 117; Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 24; einschränkend Geßler, FS Beitzke, S. 923, 931; Begr. RegE. zu § 291 AktG, in: Kropff, AktG, S. 376; Koppenteiner, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 157 f.; Würdinger, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 13; ders., Konzernrecht, S. 324.

begründet<sup>43</sup>, während der Organisationsvertrag dem zwingenden Recht unterliegt und statt zu Leistungen zu verpflichten, Zuständigkeiten festlegt<sup>44</sup>. Für das BCA hat dies zur Folge, dass es nur dann als eigenständiger Unternehmensvertrag sui generis anzusehen wäre, wenn der Unternehmensvertrag – wie das BCA – ein schuldrechtlicher Vertrag ist. Andernfalls wäre, wegen der abschließenden Aufzählung der möglichen Vertragstypen in den §§ 291, 292 AktG (numerus clausus der Unternehmensverträge) zu prüfen, ob das BCA unter einen der dort abschließend aufgeführten Vertragstypen zu subsumieren ist.

#### a) Unternehmensvertrag als schuldrechtlicher Austauschvertrag

Die Vertreter, die Unternehmensverträge als schuldrechtlichen Austauschvertrag qualifizieren, gliedern sich in zwei Untergruppen: Die einen<sup>45</sup> sehen den Unternehmensvertrag als reinen schuldrechtlichen Austauschvertrag an, während ein anderer<sup>46</sup> die Ansicht vertritt, es handele sich um einen strukturänderungsgestaltenden einseitigen Schuldvertrag.

Bei einem schuldrechtlichen Austauschvertrag wäre der Unternehmensvertrag eine entgeltliche Geschäftsbesorgung gem. § 675 BGB in Form eines Dienstvertrags<sup>47</sup>. Demnach käme der Unternehmensvertrag im Falle eines strukturänderungsgestaltenden einseitigen Schuldvertrags durch ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft zwischen der abhängigen Gesellschaft und einem anderen Unternehmen (hier: beherrschendes Unternehmen) zustande<sup>48</sup>. Im Falle eines gestaltenden, strukturändernden, einseitigen Schuldvertrags käme der Abschluss eines Unternehmensvertrags durch einen Schuldvertrag mit drei Regelungsebenen zustande, (i) einer Leistungspflicht der sich vertragstypisch verpflichtenden Gesellschaft, (ii) deren Modifikation und den durch die Strukturänderung entstehenden (iii) Ausgleichs- und Abfindungsansprüchen<sup>49</sup>.

#### b) Unternehmensvertrag als körperschaftsrechtlicher Organisationsvertrag

Das Konstrukt eines körperschaftsrechtlichen Organisationsvertrags wurden maßgeblich von Würdinger<sup>50</sup> und Flume<sup>51</sup> geprägt<sup>52</sup>. Demnach stünde die Übertragung von Leitungsmacht nicht zur vertraglichen Disposition, sondern sei „ausschließlich ein innergesellschaftlicher Vorgang, ein körperschaftlicher, also satzungsrechtlicher Akt“. Leitungsmacht könne weder vertraglich noch mittels entsprechender Satzungsänderung übertragen werden. Vielmehr bedürfe es einer ausdrücklichen rechtlichen

---

<sup>43</sup> Fabian, Inhalt und Auswirkungen, S. 65.

<sup>44</sup> Emmerich/Habersack, Lehrbuch, § 9, S. 117; Geßler, FS Beitzke, S. 923, 931; Würdinger, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 13; ders., Konzernrecht, S. 324.

<sup>45</sup> Ballerstedt, Kapital, S. 162; Hamburger, FS Seckel, S. 273; Kronstein, Person, S. 46.

<sup>46</sup> Mülbart, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 21.

<sup>47</sup> Ballerstedt, Kapital, S. 162; Hamburger, FS Seckel, S. 273.

<sup>48</sup> Mülbart, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 21.

<sup>49</sup> Mülbart, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 21.

<sup>50</sup> Würdinger, DB 1958, 1447, 1451 f.

<sup>51</sup> Flume, DB 1955, 485; ders., DB 1956, 672; ders., DB 1957, 439; ders., DB 1959, 190, 195 f.

<sup>52</sup> So auch: BFH, DB 1981, 1264; Bälz, FS Raiser, S. 287, 323 ff.; Ballerstedt, DB 1956, 813, 815; Emmerich/Habersack, Lehrbuch, § 9, S. 116 f.; Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 24; Godin/Wilhelmi, AktG, Vorb. §§ 291-328 Rn. 7; Hohner, DB 1973, 1487, 1488; Koppsteiner, Intern. U., S. 153 f.; Kropff, BB 1965, 1281, 1287 [bei Brauksiepe, BB 1966, 869 ff.]; ders., BB 1965, 1282; Luchterhandt, Dtsch. KonzR, S. 61; Mülbart, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 11 ff., 39; ders., Unternehmensgruppe, S. 323 f.; Müller, AG 1965, 133; Prael, Eingliederung, S. 69 ff.; Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 77; Sapper, Unternehmensverträge, S. 121; Sonnenschein, Organshaft, S. 321; Stehle, AG 1966, 235; Straßberger, Beherrschungsvertrag, S. 29 ff.

Vorschrift, dass die Leitungsmacht auch gegenüber Dritten eingeschränkt werden kann<sup>53</sup>. Dem kam der Gesetzgeber nach, indem er am 1. Januar 1966 den Beherrschungsvertrag in § 291 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 AktG gesetzlich wie folgt normierte: „Unternehmensverträge sind Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) (...)“. Ferner erhielt das herrschende Unternehmen mit Inkrafttreten des Konzernrechts bei Abschluss eines Beherrschungsvertrags ein gesetzliches Weisungsrecht, vgl. § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG.

### c) Stellungnahme

Der Unternehmensvertrag ist als körperschaftlicher Organisationsvertrag anzusehen. Hierfür spricht der Wille des Gesetzgebers. Der Organisationsvertrag verändert die Struktur der abhängigen Gesellschaft in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht<sup>54</sup>. So hat der Gesetzgeber strukturändernd geregelt, dass der weisungsunabhängige Vorstand (§ 76 AktG) durch einen Beherrschungsvertrag weisungsabhängig (§ 308 AktG) wird. Für den Aufsichtsrat gilt, dass seine Zustimmungspflicht (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG) teilweise entbehrlich sein kann (§ 308 Abs. 3 AktG). Außenstehenden Aktionären stehen unter bestimmten Voraussetzungen Abfindungsansprüche (§§ 404 f. AktG) zu.

Aus der Systematik des Gesetzes geht hervor, dass zumindest der in § 291 AktG normierte Beherrschungsvertrag ein körperschaftsrechtlicher Organisationsvertrag sein soll. Das Aktiengesetz unterscheidet zwischen zwei Arten von Unternehmensverträgen: § 291 AktG regelt den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, § 292 AktG andere Unternehmensverträge. Hätte der Gesetzgeber in dem Beherrschungsvertrag einen (schuldrechtlichen) Austauschvertrag gesehen, dann hätte er ihn konsequenterweise in § 292 AktG hineinschreiben müssen. Zwar ist es durchaus umstritten, ob die in § 292 AktG geregelten Vertragstypen schuldrechtlicher Natur sind<sup>55</sup>, ihnen ist jedoch gemein, dass sie als Austauschverträge konzipiert sind<sup>56</sup>. Der Beherrschungsvertrag beruht hingegen nicht auf einem Austausch. Vielmehr hat er einseitig zum Gegenstand, dass das herrschende Unternehmen der abhängigen Gesellschaft Weisungen erteilen darf und die abhängige Gesellschaft diese grundsätzlich zu befolgen hat (§§ 291 Abs 1 Fall 1, 308 Abs. 1 Satz 1 AktG). Aus diesem Grund sieht §§ 309 f. AktG für die abhängige Gesellschaft, die unter der Leitungsmacht eines herrschenden Unternehmens steht, einen Schadensersatzanspruch vor (§ 309 Abs. 2 Satz 1 AktG), nicht hingegen für die Unternehmensverträge gem. § 292 AktG.

Auch der Sinn und Zweck des Beherrschungsvertrags spricht für einen körperschaftsrechtlichen Organisationsvertrag. Zwar ist der Beherrschungsvertrag ein Vertrag, seine Wirksamkeit erlangt er jedoch erst durch die Zustimmung der Haupt- oder Gesellschafterversammlung (§ 293 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 AktG) bzw. durch seine Eintragung in das Handelsregister der abhängigen Gesellschaft (§ 294 AktG). Maßgebend für die rechtliche Qualifikation des Beherrschungsvertrags ist somit nicht der

---

<sup>53</sup> Würdinger, DB 1958, 1447, 1452.

<sup>54</sup> Altmeyen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 27.

<sup>55</sup> Begr. RegE. zu § 291 AktG, in: Kropff, AktG, S. 378 „Schuldrechtliche Verträge mit Austausch von Leistung und Gegenleistung“.

<sup>56</sup> Altmeyen, in: MünchKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 4, 7; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 158; Langenbacher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 19; Mühlert, in: GroßKomm-AktG, § 292 Rn. 7, 11 ff.; Paschos, in: Henssler/Strohn, GesR, § 292 Rn. 2; a.A. Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 291 Rn. 25.

Vertragsschluss als solches, sondern der Rechtscharakter des für seine Wirksamkeit maßgeblichen Beschlusses. Der Beschluss ist ein Rechtsgeschäft eigener Art<sup>57</sup>, das sich aus empfangsbedürftigen Willenserklärungen zusammensetzt<sup>58</sup> und letztendlich durch rechtswirksame Feststellung des Mehrheitswillens zustande kommt, § 130 Abs. 2 AktG. Des Weiteren hat der Vertragsschluss weitestgehend gesetzliche Konsequenzen, wie das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens (§ 308 AktG), die Sicherung der Gesellschafter und Gläubiger (§ 302 AktG) sowie der außenstehenden Aktionäre (§§ 304 f. AktG) und die gesetzlich normierten Schadensersatzansprüche der abhängigen Gesellschaft (§§ 309 f. AktG). Die gesetzlichen Vorschriften sollen somit keine schuldrechtliche Beziehung regeln, sondern ein Organisationsrecht<sup>59</sup> schaffen. Es sollen Regelungen geschaffen werden, die die Rechtsbeziehung zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft im Falle eines Beherrschungsvertrages regeln. Dies zeigen auch die Regelungen bei dem Fehlen eines Beherrschungsvertrages (§§ 311 ff. AktG). Eine faktische Beherrschung geschieht nicht aufgrund der Grundlage eines Vertrags, sondern durch tatsächliches Handeln. In Umkehrschluss heißt das, dass die Regelungen über den faktischen Konzern eine organische Konzernverfassung enthalten<sup>60</sup>. Wenn jedoch der, auf die Regelungen für den Beherrschungsvertrag verweisende „faktische Konzern“ (z.B. § 317 Abs. 4 AktG) eine organische Konzernverfassung darstellt, dann erst recht der deutlich stärker geregelte Beherrschungsvertrag.

### 3. Rechtsfolgen

Die Rechtsnatur des Unternehmensvertrags ist – wie herausgearbeitet – körperschaftsrechtlich. Unklar ist, welche Rechtsfolgen daraus resultieren. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob der Unternehmensvertrag der Vertragsfreiheit unterliegt, d.h. ob die Vorschriften in den §§ 291 ff. AktG auf vertraglicher Grundlage modifiziert werden können und wie weitreichend die Satzungsstrenge reicht.

#### a) Meinungsstand

Einige<sup>61</sup> ziehen aus der Rechtsnatur des Unternehmensvertrags als körperschaftsrechtlicher Organisationsvertrag den Schluss, die Gestaltung des Vertrages sei nur innerhalb der ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften zulässig (siehe hierzu § 296 Abs. 1 Satz 1, §§ 301, 304 Abs. 1, 2, § 305 Abs. 1 AktG). Anders als beim Schuldverhältnis (§ 241 BGB,) ergeben sich beim Beherrschungsvertrag subjektive Rechte und Pflichten erst durch die Erfüllung der Tatbestände jener Normen, welche durch den Vertrag in Kraft gesetzt worden sind<sup>62</sup>. Dies zeigen die §§ 309, 310 AktG, welche die Haftung des herrschenden Unternehmens regeln. Diese Haftung basiert nicht auf schuldrechtlicher Grundlage, sondern

---

<sup>57</sup> *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch, § 9, S. 117; *Exner*, Beherrschungsvertrag, S. 52 ff.; *ders.*, AG 1981, 175 f.; *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 291 Rn. 24; *Kober*, Vertragsfreiheit, S. 119; *Prael*, Eingliederung, S. 93; *Veil*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, Vor § 291 Rn. 27 ff.; *Würdinger*, in: *GroßKomm-AktG*, § 291 Rn. 3, 5, 6, 13; *ders.*, Konzernrecht, S. 324.

<sup>58</sup> BGHZ 65, 93, 97 f.; *Arnold*, in: *MünchKomm-AktG*, § 133 Rn. 5; *Ulmer*, FS Niederländer, S. 413, 418; *Zöllner*, FS Lutter, S. 821.

<sup>59</sup> *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 311 Rn. 2; so auch: *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 233 f.

<sup>60</sup> Im Ergebnis auch *Altmeyden*, in: *MünchKomm-AktG*, § 311 Rn. 20 f.; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 311 Rn. 3.

<sup>61</sup> *Bälz*, AG 1992, 277, 287; *Bayer*, Beherrschungsvertrag, S. 17 f.; *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch, § 9, S. 117; *Exner*, Beherrschungsvertrag, S. 52 ff.; *ders.*, AG 1981, 175 f.; *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 291 Rn. 24; *Kober*, Vertragsfreiheit, S. 119; *Prael*, Eingliederung, S. 93; *Veil*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, Vor § 291 Rn. 27 ff.; *Würdinger*, in: *GroßKomm-AktG*, § 291 Rn. 3, 5, 6, 13; *ders.*, Konzernrecht, S. 324.

<sup>62</sup> *Würdinger*, in: *GroßKomm-AktG*, § 291 Rn. 13.

ist als Organhaftung von Gesetzes wegen ausgestaltet<sup>63</sup>. Des Weiteren kann aus dem Beherrschungsvertrag nicht abstrakt auf Erfüllung geklagt werden. Vielmehr verleiht er dem herrschenden Unternehmen die körperschaftsrechtliche Zuständigkeit und die Befugnis zu der Ausübung von Leitungsmacht<sup>64</sup>. Hinzu kommt, dass das Zuerkennen von Vertragsfreiheit der aktienrechtlichen Satzungsstränge (§ 23 Abs. 5 Satz 1 AktG) widersprüche.

Andere<sup>65</sup> lassen neben dem organisationsrechtlichen Charakter des Unternehmensvertrags auch schuldrechtliche Rechte und Pflichten zu. Demnach werden mit dem Vertragsschluss auch unmittelbare, einklagbare Ansprüche begründet, wobei die Anwendbarkeit des § 320 BGB wiederum umstritten ist<sup>66</sup>. Die §§ 291 ff. AktG regeln die gesetzlichen Mindestanforderungen, über diese Mindestanforderungen hinaus soll es den Parteien freistehen, weitere vertragliche Regelungen zu treffen<sup>67</sup>.

## b) Stellungnahme

Der körperschaftsrechtliche Organisationsvertrag lässt auch schuldrechtliche Vereinbarungen zu, er ist also der Vertragsfreiheit zugänglich.

Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Systematik. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass zusätzlich zu den §§ 291 ff. AktG keine vertraglichen Regelungen getroffen werden dürfen, dann hätte er nicht, wie beispielsweise in § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG, den Vertragsparteien die Möglichkeit eröffnet, im Beherrschungsvertrag etwas anderes zu bestimmen. Vielmehr ist es der Willen des Gesetzgebers, das Konzernrecht offen, also nicht abschließend zu regeln<sup>68</sup>. Eine abschließende Regelung des Beherrschungsvertrags in den §§ 291 ff. AktG widersprüche dem Sinn und Zweck der Regelungen. Das Konzernrecht hat zwei Regelungszwecke: einen Schutzzweck und einen Organisationszweck<sup>69</sup>. Während der Schutzzweck bei den einzelnen Rechtsträgern ansetzt und Gefahren abwehren soll, die sich aus der drohenden Instrumentalisierung der abhängigen Gesellschaft für die Zwecke des herrschenden Unternehmens ergeben<sup>70</sup>, handelt der Organisationszweck von der Herausarbeitung der Besonderheiten der Konzerngesellschaft (hier: herrschenden Gesellschaft) gegenüber der abhängigen Gesellschaft<sup>71</sup>. Solange der Beherrschungsvertrag diesen beiden Zwecken entspricht, kann er mit zusätzlichen schuldrechtlichen Regelungen versehen werden und unterliegt insoweit der Vertragsfreiheit. Maßgeblich ist, ob die zugunsten der abhängigen Gesellschaft, der außenstehenden Aktionäre und der Gläubiger vorgesehenen Sicherungen in ausreichender Weise den mit der Verfassungsänderung verbundenen Gefahren Rechnung

---

<sup>63</sup> Bälz, AG 1992, 277, 287.

<sup>64</sup> Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 24; Würdinger, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 13; a.A. Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 34 (es scheidet schon am Antrag, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

<sup>65</sup> BGHZ 122, 211, 217 f.; Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 31; Ballerstedt, DB 1956, 813, 815; Baumbach, in: Baumbach/Hueck, AktG, § 291 Rn. 3 (einschränkend, Einordnung nur theoretischer Natur); Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 25, 27; Exner, Beherrschungsvertrag, S. 49 ff.; Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 25; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 158; Langenbucher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 18; Rasch, Konzernrecht, S. 86; Sapper, Unternehmensverträge, S. 128 ff.; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 291 Rn. 36; ders., Unternehmensverträge, S. 191.

<sup>66</sup> Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 25.

<sup>67</sup> BGHZ 122, 211, 217 f.; Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 33.

<sup>68</sup> Bälz, AG 1992, 277, 284; Geßler, FS Schmidt, S. 247, 250; K. Schmidt, FS Lutter, S. 1167, 1170 ff.

<sup>69</sup> Langenbucher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 7 ff.; Lutter, FS Westermann, S. 434; Mülbart, ZHR 163 (1999), 1, 24 ff.; K. Schmidt, FS Lutter, S. 1169 ff.; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 291 Rn. 4.

<sup>70</sup> BGHZ 69, 334, 337; Dettling, Entstehungsgeschichte, S. 187 ff.; Langenbucher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 7; K. Schmidt, FS Lutter, S. 1167, 1170.

<sup>71</sup> Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 227 ff.; Langenbucher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 10; Lutter, ZGR 1987, 324, 336 f.; ders., FS Stimpel, S. 824, 833; ders., FS Westermann, S. 347 f.; Schneider, BB 1981, 249.

trägt<sup>72</sup>. Somit steht es nicht im Widerspruch zu den §§ 302 ff. AktG, wenn sich die abhängige Gesellschaft bei Nichterfüllung der Ansprüche entsprechend §§ 302 ff. AktG auf ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 278 Abs. 1 BGB beruft und die Befolgung von Weisungen bzw. der Abführung des Gewinns verweigert<sup>73</sup>. In diesem Fall bedeutet die Einbeziehung von schuldrechtlichen Vorschriften nicht ein weniger, sondern ein mehr an Schutz für die abhängige Gesellschaft. Dem herrschenden Unternehmen steht hingegen kein Leistungsverweigerungsrecht zu<sup>74</sup>. Dies würde den gesetzlichen Regelungen § 302 AktG (Verlustübernahme) und §§ 304 f. AktG (Ausgleichsanspruch) widersprechen. Folglich ist die Bestimmung, welche gesetzlichen Vorschriften zwingender Natur sind im Einzelfall auf Grund einer Analyse der entsprechenden Normen und der von ihnen geordneten Interessenlagen zu bestimmen<sup>75</sup>. Andernfalls würden die §§ 291 ff. AktG auf ihre bloße Begrifflichkeit reduziert werden.

Der Unternehmensvertrag hat somit eine Doppelnatur aus organisatorischen und schuldrechtlichen Elementen, der die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen herrschendem Unternehmen sowie abhängiger Gesellschaft und außenstehenden Gesellschaftern regelt.

#### c) Ergebnis

Der Unternehmensvertrag ist ein körperschaftsrechtlicher Organisationsvertrag mit schuldrechtlichen Elementen. Seine Auslegung erfolgt objektiv bezüglich seiner korporativen Bestimmungen, jedoch mit der Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung.

Für das BCA hat dies zur Folge, dass seine Klauseln im Einzelfall auf organisationsrechtliche und schuldrechtliche Vereinbarungen hin überprüft und bewertet werden müssen.

#### 4. Abgrenzungen des Business Combination Agreements zu schuldrechtlichen Abreden

Das BCA stellt eine schuldrechtliche Vereinbarung zwischen zwei Unternehmen im Vorfeld eines Zusammenschlusses dar, um die wesentlichen (gesellschafts-)rechtlichen Schritte dieses Zusammenschlusses verbindlich zu regeln<sup>76</sup>. Im Folgenden wird dieses von dem a) Einbringungsvertrag und den rein schuldrechtlichen Verträgen b) Absichtserklärung, c) Aktionärsvereinbarung und d) Investorenvereinbarung abgegrenzt und die Unterschiede sowie Vor- und Nachteile dargestellt.

---

<sup>72</sup> Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 25; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 291 Rn. 37.

<sup>73</sup> Altmeyen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 38; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 27; Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 18; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 157; Langenbacher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 18; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 291 Rn. 31; a.A. Prael, Eingliederung, S. 74.

<sup>74</sup> Altmeyen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 39.

<sup>75</sup> Exner, Beherrschungsvertrag, S. 49 ff.; ders., AG 1981, 175 f.; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 68a;

<sup>76</sup> Arens, Einflussrechte, S. 1, 14; Decher, FS Hüffer, S. 145; Dette, Beherrschungsverträge, S. 46; Heß, Investorenvereinbarungen, S. 5; Hippelil/Diesing, AG 2015, 185, 189; 146; Kiesgen, BCA, S. 90; Krause, CFL 2013, 192; Seibt/Wunsch, Der Konzern 2009, 195, 196; Spindler, in: MünchKomm-AktG, § 76 Rn. 29.

## a) Einbringungsvertrag

Unter einem Einbringungsvertrag ist ein Vertrag zwischen dem Sachkapitaleinleger und der Gesellschaft zu verstehen. Gegenstand des Vertrags ist eine Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung<sup>77</sup>. Die Rechtsnatur des Einbringungsvertrags ist umstritten. Während ihn einige<sup>78</sup> als schuldrechtlichen Vertrag qualifizieren, nehmen andere<sup>79</sup> ein körperschaftliches Rechtsverhältnis eigener Art an. Für die Annahme eines körperschaftlichen Rechtsverhältnisses spricht, dass das Registergericht bei der Werthaltigkeitskontrolle den Einbringungsvertrag mit einbezieht und dieser somit Bestandteil der Registerakten wird<sup>80</sup>. Auf der anderen Seite führt eine bloße Einbeziehung in die Werthaltigkeitskontrolle nicht schon dazu, dass individualvertragliche Regelungen durch das Ziel der Kapitalaufbringung überlagert werden können<sup>81</sup>.

Dem Einbringungsvertrag ist mit dem BCA gemein, dass der Vertragsschluss im Vorfeld eines Unternehmenszusammenschlusses erfolgt. Seine Wirksamkeit erlangt er mit der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung. Neben dieser Gemeinsamkeit bestehen zwischen dem BCA und dem Einbringungsvertrag Unterschiede. So kommt dem BCA nur eine schuldrechtliche Wirkung zu, während der Einbringungsvertrag eine dingliche Wirkung entfaltet. Der Einbringungsvertrag ist deshalb auch im Handelsregister einzutragen<sup>82</sup>. Die damit einhergehende Publizität steht zudem im Widerspruch mit der gängigen Vertragspraxis, Vertraulichkeits-, beziehungsweise Geheimhaltungsvereinbarungen zu treffen. Diese Vereinbarungen haben den Inhalt, über die geführten Verhandlungen Stillschweigen zu bewahren<sup>83</sup>. Aber auch wenn die Parteien keine Vertraulichkeitsvereinbarung träfen, bestünde im Rahmen des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses die Pflicht, Dritte von dem Umstand, dass Vertragsverhandlungen geführt wurden, nicht in Kenntnis zu setzen, vorausgesetzt, die Weitergabe dieser Information würde zu einer Schädigung des anderen Vertragspartners führen<sup>84</sup>.

Ein weiterer Nachteil des Einbringungsvertrags liegt darin, dass es der aufnehmenden Gesellschaft verwehrt ist, bei Abschluss eines Einbringungsvertrags die Verpflichtung einzugehen, dass ein erforderlicher Kapitalerhöhungsbeschluss auch tatsächlich gefasst wird<sup>85</sup>. Zwar ist eine Zusicherung vor dem Beschluss der Hauptversammlung über die Erhöhung des Grundkapitals nach § 187 Abs. 2 AktG zulässig. Es wird jedoch keine Pflicht der aufnehmenden Gesellschaft begründet diesen Beschluss tatsächlich zu fassen<sup>86</sup>.

---

<sup>77</sup> Schlitt, in: Semler/Leonard, UmwG, Anh. § 173 Rn. 12.

<sup>78</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 183 Rn. 6a.

<sup>79</sup> Hoffmann-Becking, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 4 Rn. 10; Schürbrand/Verse, in: MünchKomm-AktG, § 183 Rn. 30.

<sup>80</sup> Hoffmann-Becking, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 4 Rn. 10; Schürbrand/Verse, in: MünchKomm-AktG, § 183 Rn. 30.

<sup>81</sup> Ekkenga, in: KölnKomm-AktG, § 185 Rn. 41; Hoffmann-Becking, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 4 Rn. 10; Hüffer/Koch, AktG, § 183 Rn. 6a.

<sup>82</sup> Hoffmann-Becking, FS Lutter, S. 453, 464.

<sup>83</sup> Schlitt, in: Semler/Volhard, Arb.Hdb. Unternehmensübernahmen, Bd. 2, § 6 Rn. 3.

<sup>84</sup> Hommelhoff, ZHR 150 (1986), 254, 257; Klein-Blenkers, DStR 1998, 978; Schlitt, in: Semler/Volhard, Arb.Hdb. Unternehmensübernahmen, Bd. 2, § 6 Rn. 9.

<sup>85</sup> Aha, BB 2001, 2225; Hüffer/Koch, AktG, § 187 Rn. 6.

<sup>86</sup> Wiedemann, in: Großkomm-AktG, § 183 Rn. 61.

Anders hingegen ist die Sachlage beim BCA. In ihm werden regelmäßig auch die Modalitäten zur Kapitalerhöhung geregelt<sup>87</sup>. So wird in einem BCA der Vorstand der abhängigen Gesellschaft verpflichtet, eine Hauptversammlung einzuberufen, bei der ein Kapitalerhöhungsbeschluss auf der Tagesordnung steht<sup>88</sup>. Damit für den Tagesordnungspunkt „Kapitalerhöhung“ die erforderliche Mehrheit erreicht wird, ist an dieser Stelle zu empfehlen, diejenigen Aktionäre, die dem BCA zustimmen wollen, vorab zu verpflichten, für den Kapitalerhöhungsbeschluss zu stimmen. Im Rahmen dieser Verpflichtung ist § 136 Abs. 2 AktG zu beachten. Die Norm besagt in Satz 1, dass ein Vertrag, durch den sich ein Aktionär verpflichtet, nach Weisung der Gesellschaft, des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder nach Weisung einer abhängigen Gesellschaft das Stimmrecht auszuüben, nichtig ist. Um etwaige Unsicherheiten hinsichtlich dieser Norm zu umgehen, sollte eine derartige Verpflichtung nicht gegenüber dem übernehmenden Unternehmen, sondern nur gegenüber den Sacheinlegern vereinbart werden. Ferner empfiehlt es sich, die abhängige Gesellschaft zu verpflichten, alle für die Eintragung der Kapitalerhöhung erforderlichen Handlungen vorzunehmen<sup>89</sup>.

Gegen einen Einbringungsvertrag und für den Abschluss eines BCA spricht auch die vertragliche Strukturierung einer komplexen Transaktion. Während der sachenrechtliche Einbringungsvertrag dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz unterliegt, besteht beim schuldrechtlichen BCA eine größere Flexibilität.

Falls die Parteien bereits einen Einbringungsvertrag abgeschlossen haben sollten, ist ihnen zu empfehlen, zusätzlich mit den maßgeblichen Aktionären ein BCA abzuschließen. Denn obwohl der Einbringungsvertrag die Verpflichtung zum Abschluss eines Kapitalerhöhungsbeschlusses verbietet, schließen sich Einbringungsvertrag und BCA nicht kategorisch aus<sup>90</sup>. Denn nur mit dem zusätzlichen Abschluss eines BCA unter Mitwirkung der maßgeblichen Aktionäre lässt sich der Erfolg des Kapitalerhöhungsbeschlusses vorab umfassend absichern.

## b) Absichtserklärung

Die Absichtserklärung (*Letter of Intent*) dient der Vorbereitung komplexer Transaktionen. Sie wird als Erklärung oder Vereinbarung definiert, die die ernsthafte Absicht dokumentiert, auf Grundlage bereits erzielter Verhandlungsergebnisse eine Unternehmensübernahme, gegebenenfalls unter im einzelnen festgelegten Vorbehalten, abzuschließen und durchzuführen<sup>91</sup>.

Dem *Letter of Intent* kommt grundsätzlich keine rechtliche, sondern nur eine faktische Bindungswirkung zu<sup>92</sup>. Der *Letter of Intent* kann jedoch ausnahmsweise, etwa dann, wenn er das Recht und die Pflicht auf den Abschluss eines Hauptvertrags enthält, eine rechtliche Bindungswirkung entfalten. Er ist

---

<sup>87</sup> Aha, BB 2001, 2225; *Bungert/Wansleben*, ZIP 2013, 1841; *Kiesgen*, BCA, S. 56 f.; *Schall*, in: *Kämmerer/Veil*, Kapitalmarktrecht, S. 102; *Seibt*, in: *Kämmerer/Veil*, Kapitalmarktrecht, S. 130.

<sup>88</sup> Aha, BB 2001, 2225; *Hüffer/Koch*, AktG, § 121 Rn. 6.

<sup>89</sup> Aha, BB 2001, 2225.

<sup>90</sup> Aha, BB 2001, 2225 f.

<sup>91</sup> *Schlitt*, in: *Semler/Volhard*, Arb.Hdb. Unternehmensübernahmen, Bd. 2, § 6 Rn. 24.

<sup>92</sup> BGHZ 21, 102, 107; BGH, NJW 1971, 1404; *Blaurock*, ZHR 147 (1983), 334, 338 f.; *Hommelhoff*, ZHR 150 (1986), 254, 258; *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf Rn. 7; *Kurz*, MittDPatAnw 1997, 201, 202; *Lutter*, Letter of Intent, S. 18 ff.; *Prüfer*, NZG 1998, 50; *Quack*, ZGR 1982, 350, 357; *Thümmel*, in: *MünchVertragsHdb*. Bd. 3 I. 1. Anm. 11; *Weber*, JuS 1990, 249, 252.

in diesem Fall als Vorvertrag zu qualifizieren<sup>93</sup>. Sollte der *Letter of Intent* als bindendes Angebot zum Abschluss eines Übernahmevertrags ausgestaltet sein, begründet er ein Optionsrecht<sup>94</sup>, wobei die Ausgestaltung mit rechtlicher Bindungswirkung die Ausnahme darstellt. Demnach empfiehlt sich ein *Letter of Intent* in den Situationen, in denen die Parteien ihre unverbindliche Absicht bekunden möchten, auf der Grundlage bereits erzielter Verhandlungsergebnisse, aber unter dem Vorbehalt weiterer Ergebnisse, einen Vertrag abschließen zu wollen<sup>95</sup>.

Anders als beim *Letter of Intent* kommt dem BCA grundsätzlich rechtliche Bindungswirkung zu<sup>96</sup>. Schließlich soll es vornehmlich Transaktionssicherheit bieten und Rechtsklarheit schaffen. Dieses Ziel wäre mit unverbindlichen Vereinbarungen ohne Bindungsmöglichkeit nicht möglich und mithin von den Parteien regelmäßig nicht gewollt.

### c) Aktionärsvereinbarung

In einer Aktionärsvereinbarung wird das Verhältnis zwischen Aktionären oder einer Gruppe von Aktionären zueinander schuldrechtlich geregelt. Ihre Bindungswirkung erstreckt sich nur *inter partes*<sup>97</sup>. Gegenstand einer solchen Vereinbarung ist regelmäßig, dass die teilnehmenden Aktionäre ihre Stimmrechte in der Hauptversammlung nur gemäß der getroffenen Aktionärsvereinbarung ausüben<sup>98</sup>. Die Folge einer solchen Stimmbindung ist, dass die teilnehmenden Aktionäre ihre Einflussnahme in der Hauptversammlung erhöhen.

Die Aktionärsvereinbarung betrifft nur das Abstimmungsverhalten in der Hauptversammlung. Thematisch gesehen hat sie lediglich die in § 119 AktG geregelten Rechte der Aktionäre, beispielsweise die Bestellung der Mitglieder in den Aufsichtsrat, die Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats und Satzungsänderungen zum Gegenstand. Gegenüber einer Aktionärsvereinbarung ist das BCA weitergehend. Es befasst sich, anders als eine Aktionärsvereinbarung, häufig mit der zukünftigen Gruppenstruktur und mitunter mit der zukünftigen Ausrichtung des Unternehmens, also mit Geschäftsführungsmaßnahmen. Auf der anderen Seite ist es aber auch weniger weitgehend, indem es sich in zeitlicher Hinsicht auf den bloßen Ablauf der Transaktion konzentriert.

Anders als das BCA, das als Unternehmensvertrag ins Handelsregister einzutragen ist und mit der Gesellschaft abgeschlossen wird, unterliegt eine Aktionärsvereinbarung keiner Publizität des Handelsregisters. Anderes gilt, wenn die Aktionärsvereinbarung mit einem eintragungspflichtigen Beteiligungsvertrag verbunden wird<sup>99</sup>. Allerdings lässt sich die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister durch eine Abtrennung des Beteiligungsvertrags von der Aktionärsvereinbarung umgehen<sup>100</sup>.

---

<sup>93</sup> Lutter, *Letter of Intent*, S. 27 ff.

<sup>94</sup> Lutter, *Letter of Intent*, S. 35 f.

<sup>95</sup> Beisel, in: Beisel/Klumpp, *Unternehmenskauf*, S. 23 f.; Hippeli/Diesing, *AG 2015*, 185, 188; Semler, in: Hölters, *Hdb. Unternehmenskauf*, S. 718; van Kann, in: van Kann, *Praxishdb. Unternehmenskauf*, S. 22.

<sup>96</sup> So auch: Kiesgen, *BCA*, S. 98.

<sup>97</sup> Mayer, *MittBayNot* 2006, 281, 282; Röhricht, in: *Großkomm-AktG*, § 23 Rn. 238; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, *AktG*, § 23 Rn. 66; Wiegand, *Investorenvereinbarungen*, S. 55.

<sup>98</sup> Sickinger, in: Schüppen/Schaub, *AktR*, § 11 Rn. 1.

<sup>99</sup> BayObLG, *NZG* 2002, 583.

<sup>100</sup> Sickinger, in: Schüppen/Schaub, *AktR*, § 11 Rn. 3.

#### d) Investorenvereinbarung

Investorenvereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen gegenwärtigen und/oder zukünftigen Investoren und dem Vorstand der Gesellschaft. Der Vorstand der Gesellschaft geht dabei Verpflichtungen im Hinblick auf die Leitung der Gesellschaft in der Gestalt ein, die geplante Übernahme der Gesellschaft durch die Investoren zu erleichtern<sup>101</sup>.

Dem BCA und der Investorenvereinbarung (Investment Agreement) sind gemein, dass sie beide aus dem US-amerikanischen Recht stammen und sich nur schwer in das deutsche Aktien- und Konzernrecht eingliedern lassen<sup>102</sup>. Anders als bei der Aktionärsvereinbarung wird die Vereinbarung nicht zwischen den Aktionären untereinander geschlossen. Vertragspartner bei einem BCA und einer Investorenvereinbarung ist immer auch die Gesellschaft<sup>103</sup>.

Anders als das BCA bezieht sich die Investorenvereinbarung nicht auf den Zusammenschluss zweier rechtlich selbständiger Unternehmen mit eigenständigem Marktauftritt<sup>104</sup>. Vielmehr haben Investorenvereinbarungen oftmals strategische und/oder finanzielle Gründe, die sich auf den Erwerb einer Beteiligung beziehen, an der sich die Investoren beteiligen<sup>105</sup>. Demnach kann ein BCA zugleich auch eine Aktionärsvereinbarung sein, Aktionärsvereinbarungen aber kein BCA, womit die Investorenvereinbarung dogmatisch als Oberbegriff für sämtliche strategische Erwerbsvereinbarungen mit Investoren angesehen werden kann<sup>106</sup>.

### III. Business Combination Agreement als eigenständiger Unternehmensvertrag

Nachfolgend wird untersucht, ob das BCA als Unternehmensvertrag im Sinn des § 292 AktG einzuordnen ist. Rechtsprechung und Literatur kommen bei der Qualifikation des BCA als Unternehmensvertrag zu unterschiedlichen Ergebnissen. Praktische Auswirkungen hat dies vor allem im Hinblick auf die Zustimmung der Hauptversammlungen von herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft.

Zunächst stellt sich die Frage, ob die in §§ 291, 292 AktG aufgeführten Typen von Unternehmensverträgen überhaupt einer Analogie zugänglich sind.

#### 1. §§ 291, 292 AktG analog?

Neben der Qualifikation des BCA als Beherrschungsvertrag kommt auch eine Qualifikation unter einen der Vertragstypen des § 292 AktG in Betracht. Im Folgenden wird daher der Frage nachgegangen, ob das BCA als eigenständiger, schuldrechtlicher Unternehmensvertrag (§ 292 AktG) angesehen

---

<sup>101</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 24d.

<sup>102</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 24d; Seibt/Kulenkamp, AG 2018, 549; Strohn, ZHR 182 (2018), 114; Wiegand, Investorenvereinbarungen, S. 19, 201 ff.

<sup>103</sup> Arnold, in: KölnKomm-AktG, § 23 Rn. 178; Mayer, MittBayNot 2006, 281, 282; Pentz, in: MünchKomm-AktG, § 23 Rn. 191; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 23 Rn. 66; Sickinger, in: Schüppen/Schaub, AktR, § 11, Rn. 41; Wiegand, Investorenvereinbarungen, S. 58.

<sup>104</sup> Decher, FS Hüffer, S. 145, 146; Drygala, WM 2004, 1413, 1414; Hippeli/Diesing, AG 2015, 185, 189; Seibt/Wunsch, Der Konzern 2009, 195, 196; Steinert, Investorenvereinbarung, S. 61 f.

<sup>105</sup> Hippeli/Diesing, AG 2015, 185, 189; Kiem, AG 2009, 301; Reichert/Ott, in: FS Goette, 2011, S. 397 f.; Schall, in: Kämmerer/Veil, Kapitalmarktrecht, S. 75, 77.

<sup>106</sup> So auch: Arens, Einflussrechte, S. 15; Hippeli/Diesing, AG 2015, 185, 189; Reichert, ZGR 2015, 1, 3; Steinert, Investorenvereinbarung, S. 61 a.A. Kiesgen, BCA, S. 93.

werden kann. Anders als der Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag in § 291 AktG sehen die Vertragstypen in § 292 AktG keine Sicherung zugunsten der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger nach §§ 300 ff. AktG vor. Vielmehr finden die allgemeinen Schutzvorschriften des Aktienrechts wie die Vorschriften über die Kapitalerhaltung (§§ 57 ff. AktG) Anwendung.

Eine analoge Anwendung des § 292 AktG erfordert eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage.

#### a) Planwidrige Regelungslücke

Die in §§ 291, 292 AktG aufgeführten Vertragstypen sind abschließend<sup>107</sup>. Eine planwidrige Regelungslücke besteht nicht, §§ 291, 292 AktG ist nicht analog anwendbar.

Andere Unternehmensverträge im Sinn des § 292 AktG sind rein schuldrechtliche Austauschverträge, die zwischen unabhängigen Vertragspartnern abgeschlossen werden<sup>108</sup>. Hintergrund dieser Regelung ist der Schutz der Aktionäre durch das Regime der §§ 293-299 AktG<sup>109</sup>.

Für eine enge Auslegung des § 292 AktG spricht die Systematik der Norm. Die detaillierte Aufzählung in §§ 291, 292 AktG wäre überflüssig, wenn neben den in §§ 291, 292 AktG genannten auch weitere, ungeschriebene Vertragstypen zulässig wären<sup>110</sup>. Des Weiteren sprechen auch der Sinn und Zweck der §§ 291, 292 AktG für eine abschließende Regelung. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es nicht vereinbar, die §§ 291, 292 AktG analog auf Nicht-Unternehmensverträge anzuwenden<sup>111</sup>. Dies wird schon durch die Zustimmungserfordernisse in § 293 Abs. 1 AktG und durch das strenge Rechtsfolgenregime in §§ 302 ff. AktG deutlich.

Für die Praxis bedeutet dies, dass der wahre Charakter des BCA zu ermitteln ist. Häufig wird es organisatorische Elemente mit beherrschendem Charakter enthalten. Gerade auf diese Art von Vertrag findet § 292 AktG keine Anwendung, sondern die Regelungen über den verdeckten Beherrschungsvertrag.

#### b) Ergebnis

§§ 291, 292 AktG sind mangels planwidriger Regelung nicht analog auf ein BCA anwendbar.

## 2. Extensive Auslegung der §§ 291, 292 AktG

§ 292 AktG ergänzt § 291 AktG um „andere Unternehmensverträge“. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG regelt den Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag, wobei § 292 Abs. 1 Nr. 3 Var. 2 AktG die

---

<sup>107</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 42; *Baumbach*, in: Baumbach/Hueck, AktG, § 291 Rn. 1; *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 15; *Godin/Wilhelmi*, AktG, Vorb. §§ 291-328 Rn. 14; *Havermann*, WPG. 1966, 30 ff.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 162; *Maser*, Betriebspacht, S. 15 f.; *Vossius*, FS Widmann, S. 133, 134; *Würdinger*, in: GroßKomm-AktG, § 292 Einl. d); *a.A. Bachmayr*, BB 1965, 137.

<sup>108</sup> BGH, ZIP 1982, 578; *Huber*, ZHR 152 (1988), 123, 141; *Kiefner*, in: MünchHdb.GesR Bd. 3, § 70 Rn. 50; Begr. RegE. zu § 292 AktG, in: Kropff, AktG, S. 378.

<sup>109</sup> *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch. § 13 Rn. 1.

<sup>110</sup> *Brevern*, Unternehmensvertrag, S. 4 f.

<sup>111</sup> *Mülbert*, in: GroßKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 7.

Formulierung „sonst überlässt“ enthält. Neben dem ausdrücklich in Klammern erwähnten Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag wird auch der ungeschriebene Betriebsführungsvertrag erfasst<sup>112</sup>. Fraglich ist, ob das BCA wie der Betriebsführungsvertrag ebenfalls als ungeschriebener atypischer Unternehmensvertrag unter § 292 Abs. 1 Nr. 3 Var. 2 AktG subsumiert werden kann. Ein atypischer Vertrag ist bei besonders gefährlichen Verträgen anzunehmen, deren Inhalt nicht den gesetzlichen Erfordernissen entspricht<sup>113</sup> oder wenn der Vertrag in seiner Wirkung den gesetzlichen Vertragsarten ähnelt<sup>114</sup>.

#### a) Besonders gefährlicher Vertrag

Im BCA einigen sich der Bieter und das Zielunternehmen vorab über den Zusammenschluss beider Unternehmen. Es besteht die Gefahr, dass die Vertragspartner den im BCA festgelegten Vertragsinhalt in dem Zeitraum zwischen Abschluss und Eintragung ins Handelsregister wegen der im BCA getroffenen Einigung bereits leben, d.h. den Inhalt des Unternehmensertrags ohne die Zustimmung der Hauptversammlungen vorab umsetzen. Die Gefährlichkeit des BCA ergibt sich auch aus der Umgehung des § 294 Abs. 1 1. HS AktG, der den Vorstand des herrschenden Unternehmens verpflichtet, das Bestehen und die Art des Unternehmensvertrags sowie den Namen des anderen Vertragsteils zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Der Sinn und Zweck der Norm liegt zum einen darin, die Öffentlichkeit davor zu schützen, dass ein anderer Vertrag als der eingetragene von den Unternehmen praktiziert wird, zum anderen in der Rechtssicherheit<sup>115</sup>.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das BCA aufgrund der Gefahr, dass der eigentliche Unternehmensvertrag im Vorweg aufgrund des BCA bereits gelebt wird und somit die Hauptversammlungen übergangen werden, als atypischer Vertrag anzusehen ist.

#### b) Ähnlichkeit mit einem gesetzlich geregelten Vertrag

Das BCA wäre auch dann als atypischer Vertrag anzusehen, wenn es einem gesetzlich geregelten Vertrag ähneln würde. Es müsste also hinsichtlich seiner wirtschaftlichen oder organisatorischen Auswirkungen einem ausdrücklich gesetzlich geregelten Vertragstyp entsprechen.

Das BCA ist ein schuldrechtlicher Vertrag, der als Vorvertrag zum Unternehmenskauf anzusehen ist<sup>116</sup>. Es ähnelt bereits dem Vertrag, der im Anschluss daran abgeschlossen werden soll. Zweck des BCA ist, dass die Regelungen des Hauptvertrags vorab verbindlich für beide Parteien geregelt werden. Folglich ähnelt es z.B. einem Verschmelzungsvertrag, wenn der Hauptvertrag ebenfalls ein Verschmelzungsvertrag sein soll (Bspw.: Transaction Agreement Allianz/Commerzbank [31. August 2008]) und einem Beherrschungsvertrag, wenn dieser im Anschluss an das BCA abgeschlossen werden soll (Bspw.: Unicredit/HVB). Das BCA ist somit auch wegen seiner Ähnlichkeit zu einem gesetzlich

---

<sup>112</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 292 Rn. 141 ff.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 292 Rn. 20 ff.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 292 Rn. 81; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 73 Rn. 49; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG § 292 Rn. 35; *Möhring*, NJW 1967, 1,4; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 292 Rn. 54; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 292.

<sup>113</sup> *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, Vor § 291 Rn. 16; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 27; *Werner*, NB 4/1967, 16 ff.

<sup>114</sup> *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 16; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 27.

<sup>115</sup> *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 294 Rn. 27.

<sup>116</sup> siehe A.II.4.

geregelt Vertrag als atypischer Vertrag einzuordnen. Allerdings ähneln die bislang in der Praxis abgeschlossenen BCA nicht dem Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag gem. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG, sondern dem Beherrschungsvertrag gem. § 291 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 AktG. Folglich kann es, wenn als atypischer Beherrschungsvertrag, nicht aber als atypischer Vertrag unter § 292 Abs. 1 Nr. 3 Var. 3 AktG subsumiert werden.

#### c) Ergebnis

Die §§ 291, 292 AktG können extensiv ausgelegt werden. Dies führt dazu, dass die atypischen Vertragsarten wie ein Unternehmensvertrag im Sinne des AktG behandelt werden.

Die bislang in der Praxis abgeschlossenen BCA dienen größtenteils als Vorverträge für den Abschluss von Beherrschungsverträgen. Im Folgenden wird daher untersucht, ob typische Klauseln eines BCA einen Beherrschungsvertrag darstellen und mithin unter § 291 Abs. 1 Var. 2 AktG subsumiert werden können.

### **IV. Zusammenfassung**

#### 1. Bedeutung des Business Combination Agreements

Das BCA soll die Zusammenführung zweier Unternehmen verbindlich regeln und festschreiben bevor der eigentliche Beherrschungsvertrag abgeschlossen wird. Es sorgt für Transaktionssicherheit, da es die Rahmenbedingungen des eigentlichen Unternehmensvertrags bereits vorab regelt. Dabei stellen BCA und der anschließende Unternehmensvertrag im Einzelfall ein einheitliches Geschäft im Sinn des § 139 BGB dar.

#### 2. Rechtsnatur des Business Combination Agreements

Das BCA stellt eine schuldrechtliche Vereinbarung im Vorfeld eines Unternehmenszusammenschlusses dar. Demnach wären die Vorschriften über den Unternehmensvertrag anwendbar, wenn dieser ebenfalls schuldrechtlicher Natur wäre. Bei der Rechtsnatur eines Unternehmensvertrags werden hauptsächlich zwei Meinungen vertreten: der Unternehmensvertrag als schuldrechtlicher Vertrag und der Unternehmensvertrag als körperschaftsrechtlicher Organisationsvertrag. Richtigerweise ist der Unternehmensvertrag als körperschaftsrechtlicher Organisationsvertrag mit schuldrechtlichen Elementen anzusehen. Dies wiederum hat zur Konsequenz, dass das BCA als organisationsrechtlicher Vertrag mit schuldrechtlichen Elementen den unternehmensrechtlichen Regelungen unterliegen kann.

#### 3. Abgrenzung zu schuldrechtlichen Abreden

Das BCA ist vom Einbringungsvertrag, der Absichtserklärung, der Aktionärsvereinbarung und der Investorenvereinbarung abzugrenzen. Anders als der Einbringungsvertrag hat das BCA keine dingliche Wirkung, sondern nur schuldrechtliche. Von der Absichtserklärung unterscheidet sich das BCA dahingehend, dass es auch rechtliche Wirkung entfalten soll und nicht nur eine faktische Bindungswirkung hat. Während die Aktionärsvereinbarung nur *inter partes* zwischen den Aktionären wirkt, wird das BCA

zwischen zwei Unternehmen, regelmäßig dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft abgeschlossen. Ähnliches gilt für die Investorenvereinbarung, die zwischen den Investoren/Aktionären und dem Vorstand der Gesellschaft abgeschlossen wird.

#### 4. BCA als eigenständiger Unternehmensvertrag

Das BCA kann im Einzelfall als Unternehmensvertrag bewertet werden. Dies ist aufgrund einer extensiven Auslegung des § 291 AktG möglich. Mangels planwidriger Regelungslücke ist eine analoge Anwendung der §§ 291, 292 AktG abzulehnen.

## B. Business Combination Agreement als Beherrschungsvertrag

Die untersuchten BCA erfüllen nicht die Anforderungen eines Beherrschungsvertrags. Vielmehr fehlt es entweder an der Zustimmung der Hauptversammlung oder an der Eintragung ins Handelsregister. Erfüllt ein Vertrag nicht seine formellen Voraussetzungen so ist der Vertrag fehlerhaft. In einem solchen Fall ist das Recht des verdeckten wirklichen Vertragstyp maßgeblich<sup>117</sup>. Bei einem verdeckten Beherrschungsvertrag fehlt es äußerlich an einem Vertrag mit der abhängigen Gesellschaft. Gleichwohl begründet die formal gewählte Vertragsgestaltung ein Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft<sup>118</sup>.

Ein Vertragswerk mit dem Inhalt eines BCA trägt in der Regel nicht die Überschrift „Beherrschungsvertrag“ sondern „Business Combination Agreement“, „Corporation Framework Agreement“, oder „Grundvertrag“. Diese Bezeichnungen sind für die Qualifikation als Beherrschungsvertrag unschädlich, da eine ausdrückliche Bezeichnung als Beherrschungsvertrag nicht erforderlich ist<sup>119</sup>. Maßgebend ist die Gesamtschau des Vertrages. Demnach müsste das BCA in einer Gesamtschau mit dem wesentlichen Inhalt der in § 291 AktG ihrer Art nach bezeichneten und vom Gesetz als Unternehmensverträge anerkannten und zugelassenen Vertragsarten vergleichbar sein<sup>120</sup>. Das BCA müsste also, um als Beherrschungsvertrag qualifiziert zu werden, auch seiner Art nach einem Beherrschungsvertrag entsprechen.

Ausgangspunkt für die Auslegung des BCA ist dessen Wortlaut (§§ 133, 157 BGB). Im Folgenden werden ausgewählte Klauseln ausgewählter BCA untersucht und unter die gesetzlichen Regelungen des Beherrschungsvertrags subsumiert. Im Rahmen der Auslegung werden mittels einer Gesamtschau die Interessenlagen der Vertragsparteien, der mit dem Vertrag verfolgte Zweck, die Begleitumstände und die Entstehungsgeschichte berücksichtigt<sup>121</sup>.

### I. Vertragsbeteiligte

#### 1. Herrschendes Unternehmen

Das herrschende Unternehmen ist gem. § 291 Abs. 1 Var. 1 AktG das „andere Unternehmen“, welchem die abhängige Gesellschaft die Leitung unterstellt. Voraussetzung für das herrschende Unternehmen ist, dass es Unternehmensqualität im Sinn der §§ 15 ff. AktG aufweist. Die §§ 15 ff. AktG formulieren den Unternehmensbegriff rechtsformneutral. Daraus folgt, dass eine Differenzierung zwischen den einzelnen Rechtsformen entbehrlich ist<sup>122</sup>. Es können daher auch natürliche Personen<sup>123</sup>, Freiberufler<sup>124</sup> und der Staat herrschendes Unternehmen sein<sup>125</sup>.

---

<sup>117</sup> Emmerich, in: MünchKomm-BGB, § 311 Rn. 27; Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 24 ff.; Leuering, NJW-Spezial 2010, 143 ff.

<sup>118</sup> Emmerich, FS Hüffer, S. 179; ders., in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 19.

<sup>119</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740; Decher, FS Hüffer, S. 145, 149; Kiesgen, BCA, S. 135.

<sup>120</sup> Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 29.

<sup>121</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 870.

<sup>122</sup> Begr. RegE. zu § 15, in: Kropff, AktG, S. 27; Hüffer/Koch, AktG, § 15 Rn. 6, 8.

<sup>123</sup> BGHZ 115, 187, 189 (Video); BGHZ 122, 123, 127 (TBB).

<sup>124</sup> BGH, ZIP 1994, 1690; BGH, ZIP 1995, 733; Kulka, DZWIR 1995, 45 ff.; K. Schmidt, ZIP 1994, 1741.

<sup>125</sup> BGHZ 69, 334, 338 ff. (VEBA/Gelsenberg); Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht Rn. 8.39 ff.

Die Definition des Unternehmens leitet sich aus dem Regelungszweck ab. Der Regelungszweck der konzernrechtlichen Vorschriften ist der Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger<sup>126</sup>. Folglich kann jede rechtlich besonders organisierte Vermögenseinheit ohne Rücksicht auf die Rechtsform oder den Geschäftsbetrieb „anderes Unternehmen“ sein<sup>127</sup>.

## 2. Abhängige Gesellschaft

Die abhängige Gesellschaft zeichnet sich bei einem Beherrschungsvertrag dadurch aus, dass sie gemäß § 17 AktG eine Gesellschaft ist, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem herrschenden Unternehmen steht.

### a) Gesellschaft

Gem. § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG kann jede Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien eine abhängige Gesellschaft sein, vorausgesetzt, es unterstellt seine Leitung einem anderen Unternehmen.

### b) Abhängigkeit

§ 17 Abs. 1 AktG definiert abhängige Gesellschaften als rechtlich selbstständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Entsprechend dem Wortlaut der Norm genügt die Möglichkeit der beherrschenden Einflussnahme, auf deren tatsächliche Ausübung kommt es nicht an. Entscheidend ist, dass das herrschende Unternehmen Personalentscheidungsgewalt hat. Dies bedeutet, dass es in der Lage sein muss, ein Übergewicht der Mitglieder im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan zu bestellen oder abzuberufen<sup>128</sup>.

Beherrschungsverträge vermitteln gesellschaftsrechtlichen Einfluss, sodass bei deren Vorliegen Abhängigkeit anzunehmen ist<sup>129</sup>. Abhängigkeit ist jedoch zu verneinen, wenn die Möglichkeit beherrschender Einflussnahme unsicher ist<sup>130</sup>. Im Falle eines unwirksamen Beherrschungsvertrags besteht für das herrschende Unternehmen kein Weisungsrecht. Die abhängige Gesellschaft ist nicht verpflichtet, den Weisungen des herrschenden Unternehmens Folge zu leisten. Zudem ist der beherrschende Einfluss mangels wirksamen Vertrags nicht gesellschaftsrechtlich vermittelt. Ein unwirksamer/nichtiger Beherrschungsvertrag ist somit nicht in der Lage Abhängigkeit zu begründen.

Im Folgenden werden die Mittel der Einflussnahme dargestellt.

Der Gesetzgeber vermutet in § 17 Abs. 2 AktG, dass ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen von dem an ihm beteiligten Unternehmen abhängig ist. Demnach reicht eine Mehrheitsbeteiligung

---

<sup>126</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 3; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 291 Rn. 10.

<sup>127</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 15 Rn. 14.

<sup>128</sup> Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 31 ff.; Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 6; Windbichler, in: GroßKomm-AktG, § 17 Rn. 20.

<sup>129</sup> Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 17 Rn. 14 f., § 18 Rn. 39; Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 3942.

<sup>130</sup> Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 17 Rn. 18.

grundsätzlich zur Begründung einer Abhängigkeit aus. Die Mehrheitsbeteiligung kann sich aus einer Kapital- oder Stimmenmehrheit ergeben, wobei oftmals beide Arten der Mehrheit zusammenfallen.

#### aa) Kapitalmehrheit

Der Gesetzgeber definiert in § 16 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 AktG ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen dahingehend, dass die Mehrheit der Anteile eines rechtlich selbständigen Unternehmens einem anderen Unternehmen gehören. Dabei berechnet sich die Mehrheit der Anteile aus dem Gesamtnennbetrag der dem anderen Unternehmen gehörenden Anteile im Verhältnis zum gesamten Nennbetrag des Kapitals<sup>131</sup>. Gem. § 6 AktG entspricht das Nennkapital dem Grundkapital der Aktiengesellschaft, mithin mindestens EUR 50.000, vgl. § 7 AktG.

Eine bloße Kapitalmehrheit vermittelt in der Regel noch keinen beherrschenden Einfluss. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen damit die Vermutung der Abhängigkeit nicht widerlegt werden kann. Dies kann zum Beispiel eine entsprechende Stimmenmehrheit sein<sup>132</sup>.

Grundsätzlich entspricht die Kapitalmehrheit auch der Stimmenmehrheit (§ 134 Abs. 1 Satz 1 AktG). Abweichungen kann es jedoch in den Fällen geben, in denen die Kapitalmehrheit (teilweise) auf stimmrechtslosen Vorzugsaktien beruht (§ 139 AktG), die Leistung der Einlage gem. § 134 Abs. 2 AktG unvollständig erbracht wurde oder die Satzung Mehr- oder Höchststimmrechte vorsieht<sup>133</sup>.

Eine Ausnahme ist eine Kapitalmehrheit aufgrund von Mehrstimmrechten. Mehrstimmrechte sind gem. § 12 Abs. 2 AktG seit der Aktienrechtsreform 1998 unzulässig, es sei denn die Hauptversammlung hat mit qualifizierter Mehrheit unter Ausschluss des Mehrstimmrechtsaktionärs deren Fortgeltung beschlossen, § 5 Abs. 2 EG-AktG 1998. Satzungsmäßige Stimmrechtsbeschränkungen sind nach § 134 Abs. 1 Satz 2 AktG nur noch in nicht börsennotierten Aktiengesellschaften zulässig, Höchststimmrechte in börsennotierten Aktiengesellschaften gelten spätestens seit dem 1. Juni 2000 nicht mehr<sup>134</sup>.

#### bb) Stimmenmacht

##### (1) Stimmenmehrheit

In § 16 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 AktG definiert der Gesetzgeber ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen dahingehend, dass einem anderen Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte zustehen. Gem. § 12 Abs. 1 Satz 1 AktG gewährt jede Aktie ein Stimmrecht. Für die Mehrheit der Stimmrechte sind die aus den Anteilen resultierenden Stimmrechte, die bei der Willensbildung der Gesellschaft ausgeübt werden können, maßgeblich (§§ 16 Abs. 3 Satz 1, 135 f. AktG). Ab welchem Quorum eine Stimmenmehrheit erreicht ist, richtet sich nach § 133 AktG. Demnach bedarf es grundsätzlich der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit nicht eine größere Mehrheit kraft Gesetzes oder Satzung vorgesehen ist. So bedarf es für die Zustimmung zu einem Unternehmensvertrag mindestens einer Mehrheit

---

<sup>131</sup> Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 16 Rn. 7.

<sup>132</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 17 Rn. 17; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 69 Rn. 45, 60

<sup>133</sup> Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 89.

<sup>134</sup> § 5 Abs. 7 EG-AktG (in der Fassung von Art. 11 Ziff. 1 des KontraG vom 27.4.1998, BGBl. I S. 786, 787); BR-Drs. 872/97 (1997), S. 24, 50 f.

von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (§ 293 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AktG).

## (2) Minderheitsbeteiligung

Abhängigkeit ist auch dann anzunehmen, wenn sowohl ein tatsächliches als auch ein gesellschaftsrechtlich vermitteltes Einflusspotential vorliegt. Ein derartiges Einflusspotential liegt vor, wenn eine Minderheitsbeteiligung besteht und zusätzlich tatsächliche Umstände hinzukommen. Um den Abhängigkeitstatbestand des § 17 Abs. 1 AktG zu erfüllen, muss die Minderheitsbeteiligung eine spürbare Einflussmöglichkeit eröffnen. Ab welcher prozentualen Schwelle eine spürbare Einflussmöglichkeit erreicht ist, lässt sich nicht pauschal beantworten. Eine ausschlaggebende Rolle spielt die durchschnittliche Hauptversammlungspräsenz. So können für eine spürbare Einflussmöglichkeit schon 43,75 % der Stimmrechte ausreichen, wenn die durchschnittliche Hauptversammlungspräsenz bei 80 % liegt<sup>135</sup>. Nicht ausreichend ist hingegen, wenn ein im Aufsichtsrat verteilter Großgläubiger eine unter 25 % liegende Beteiligung besitzt<sup>136</sup>. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass ein Aufsichtsratsmitglied mit einer Sperrminorität eine spürbare Einflussmöglichkeit hat und mithin als herrschendes Unternehmen anzusehen ist.

Problematisch ist der Interessenkonflikt, in welchem sich das Aufsichtsratsmitglied befindet, wenn es die Tätigkeit des gegenüber dem herrschenden Unternehmen weisungsgebundenen Vorstands der abhängigen Gesellschaft überwachen soll.

## (3) Unterstützung anderer Aktionäre

Abhängigkeit im Sinn des § 17 Abs. 1 AktG ist auch dann anzunehmen, wenn ein Aktionär aufgrund gesicherter rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit der Unterstützung anderer Aktionäre rechnen kann, sodass er auf absehbare Zeit im Zweifel über eine Mehrheit in der Hauptversammlung verfügt<sup>137</sup>. Als abhängigkeitsbegründende Umstände kommen neben Stimmbindungsverträgen und -konsortien Stimmrechtvollmachten, Treuhandverhältnisse und beständige familiäre Beziehungen in Betracht. Die Position des Minderheitsaktionärs kann wegen der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) nicht allzu sehr erweitert werden. Möglich wären allenfalls Entsenderechte in den Aufsichtsrat (§ 101 Abs. 2 AktG) und, soweit zulässig, Mehrstimmrechte (§ 12 Abs. 2 Satz 2 aF AktG i.V.m. § 5 EGAktG).

## (4) Negative Beherrschung

Ein Abhängigkeitsverhältnis kann auch durch eine negative Beherrschung begründet werden. Diese ist dann anzunehmen, wenn die mit einer bloßen Sperrminorität verbundene Rechtsmacht ausreicht, Grundlagenentscheidungen zu verhindern (§ 179 Abs. 2 Satz 1 AktG)<sup>138</sup>. Allerdings begründet eine bloße Sperrminorität allein kein Abhängigkeitsverhältnis. Vielmehr fehlt es an der Einflussnahme auf die

---

<sup>135</sup> BGHZ 69, 334, 347.

<sup>136</sup> BGHZ 90, 381, 397.

<sup>137</sup> *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch, § 3 Rn. 19.

<sup>138</sup> *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch, § 3 Rn. 26.

Zusammensetzung der Organe der abhängigen Gesellschaft. Kommen jedoch zu einer Sperrminorität andere rechtliche oder tatsächliche Umstände hinzu, die dem betreffenden Aktionär eine beständige Einflussnahme auf die Gesellschaft erlauben, ist eine Abhängigkeit anzunehmen<sup>139</sup>. Dies kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn aufgrund besonderer Satzungsbestimmungen (§ 133 AktG) eine Besetzung der Organe gegen den Willen des mit der Sperrminorität beteiligten Aktionärs nicht möglich ist<sup>140</sup> oder diesem in Bezug auf strategische Unternehmensentscheidungen besondere Vetorechte eingeräumt werden<sup>141</sup>.

#### (5) Ausschluss des Stimmrechts (§ 136 AktG)

Die Willensbildung in der Gesellschaft findet grundsätzlich auf demokratischem Wege statt. Diesen Grundsatz spiegelt § 133 Abs. 1 AktG wider, der vorsieht, dass für die Beschlussfassung in der Hauptversammlung grundsätzlich eine einfache Stimmenmehrheit ausreicht. Zudem ist das Stimmrecht ein unverzichtbares, nicht entziehbares Recht eines jeden Aktionärs (§ 134 AktG), das durch die Satzung weder eingeschränkt noch modifiziert werden kann<sup>142</sup>.

Das Stimmrecht kann gem. § 136 Abs. 1 AktG in bestimmten Fällen ausgeschlossen werden. Dies ist stets dann der Fall, wenn der Verbandswille vor Sonderinteressen der Aktionäre geschützt werden soll<sup>143</sup>. Denn niemand soll Richter in eigener Sache sein<sup>144</sup>. Allerdings kann das Mittel eines Stimmrechtsausschlusses nur als Ultima Ratio in Betracht kommen, da es einen elementaren Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht des Mehrheitsaktionärs darstellt. Demnach ist ein Stimmrechtsausschluss nur dann gerechtfertigt, wenn in der Abstimmung Sonderinteressen typischerweise zu erwarten sind, bei denen ein offenkundiges Verfälschungsrisiko besteht<sup>145</sup>. Er soll verhindern, dass die persönlichen Interessen des betroffenen Aktionärs dem Interesse am Wohl der Gesellschaft überwiegen<sup>146</sup>. Der Gesetzgeber sieht in den folgenden drei Fällen einen Widerstreit der Interessen (§ 136 Abs. 1 Satz 1 AktG):

- Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrates (§ 120 AktG),
- Befreiung von einer Verbindlichkeit,
- Geltendmachung von Ansprüchen.

Wird ein Aktionär von der Stimmabgabe ausgeschlossen, wird die Mehrheit der abgegebenen Stimmen verfälscht. Denn der Wille des vom Stimmrecht ausgeschlossenen Aktionärs bleibt in der Beschlussfassung unberücksichtigt (§ 136 Abs. 1 Satz 2 AktG). Der Stimmrechtsausschluss gilt für alle Aktionäre gleichermaßen, sodass auch ein Mehrheitsaktionär unter den Voraussetzungen des § 136

---

<sup>139</sup> OLG Düsseldorf, AG 2003, 688, 689 f.; OLG Frankfurt/Main, AG 2004, 567, 568; Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 43 ff.; Emmerich/Habersack, Lehrbuch, § 3 Rn. 19; Hüffer/Koch, AktG, § 17 Rn. 10; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 69 Rn. 39; Schall, in: Spindler/Stilz, AktG, § 17 Rn. 27; Windbichler, in: GroßKomm-AktG, § 17 Rn. 20; a.A. Peters/Werner, AG 1978, 297; Werner, Abhängigkeitstatbestand, S. 43, 107 ff.; Werner/Peters, BB 1976, 393.

<sup>140</sup> Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 44; Emmerich/Habersack, Lehrbuch, § 3 Rn. 30.

<sup>141</sup> OLG Düsseldorf, AG 2008, 859, 860.

<sup>142</sup> Grundmann, in: Großkomm-AktG, § 134 Rn. 30; Hüffer/Koch, AktG, § 134 Rn. 1; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, § 134 Rn. 3

<sup>143</sup> RGZ 60, 172, 173; OLG Frankfurt/Main, GmbHR 1990, 79, 81; Hüffer/Koch, AktG, § 136 Rn. 1.

<sup>144</sup> BGHZ 9, 157, 178; BGHZ 97, 28, 33; OLG Düsseldorf, GmbHR 2000, 1053; Fischer, NZG 1999, 192; Lohr, NZG 2002, 561; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 47 Rn. 28; Petersen/Schulze De la Cruz, NZG 2012, 453 f.; K. Schmidt, GesR, § 21 Abs 2 2a; Schneider, ZHR 150 (1986), 609, 612; Arnold, in: MünchKomm-AktG, § 136 Rn. 1.

<sup>145</sup> Semler, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 38 Rn. 31; Schneider, ZHR 150 (1986), 609, 615; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 136 Rn. 1.

<sup>146</sup> Arnold, in: MünchKomm-AktG, § 136 Rn. 5.

Abs. 1 AktG nicht an einer Abstimmung teilnehmen darf, obwohl er den größten Stimmenanteil auf sich vereint und mithin regelmäßig auch das größte Interesse an dem Ausgang der Abstimmung hätte. Bei einer Beschlussfassung über die Zustimmung zum Abschluss eines BCA wäre ein Stimmrechtsausschluss für einen Mehrheitsaktionär besonders schmerzlich. Denn dieser wäre von der mit einem BCA einhergehenden organisatorischen Veränderung besonders stark betroffen. Es wäre daher unangemessen, gerade ihn von der Abstimmung auszuschließen<sup>147</sup>. Zudem entspricht es gerade dem demokratischen Gedanken, dass die Mehrheit einen größeren Einfluss hat als die Minderheit. Für den Fall, dass die Minderheit besonders schutzbedürftig ist, hat der Gesetzgeber Vorkehrungen getroffen (z.B. § 122 AktG Einberufung der Hauptversammlung auf Verlangen einer Minderheit, § 142 AktG Bestellung eines Sonderprüfers, § 179a AktG volle Entschädigung der Minderheit, Spruchverfahren beim Squeeze-out). Explizite Schutzvorschriften zugunsten der Minderheit bei der Willensbildung über den Abschluss eines BCA wurden vom Gesetzgeber nicht getroffen, sodass es als eine bewusste Entscheidung anzusehen ist, auch Mehrheitsaktionäre über das BCA abstimmen zu lassen. Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass ein Mehrheitsaktionär nicht von der Abstimmung über das BCA ausgeschlossen werden kann.

Als weiteres Argument gegen einen Stimmrechtsausschluss eines Mehrheitsaktionärs ist auf konzernrechtlicher Ebene anzuführen. Im Rahmen einer Unternehmensübernahme käme ein Stimmrechtsausschluss des Mehrheitsaktionärs die Wirkung eines Konzerneingangsschutzes für die abhängige Gesellschaft zu. Dies widerspräche der Wertung des Gesetzgebers. Der Minderheitsaktionär wird durch das Aktiengesetz hinreichend vor einer Konzernierung geschützt<sup>148</sup>. Es steht im berechtigten Interesse eines strategischen Investors, die abhängige Gesellschaft durch eine Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss faktisch einzugliedern. Um die Aktionäre vor einem Bezugsrechtsausschluss zu schützen, bedarf es gem. § 186 Abs. 3 Satz 2 AktG einer qualifizierten Kapitalmehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Als zusätzlichen Schutz der Aktionäre vor dem Verlust ihres elementaren Mitgliedsrechts unterwirft die Rechtsprechung den Bezugsrechtsausschluss unter eine zusätzliche Inhaltskontrolle als ungeschriebene materielle Voraussetzung<sup>149</sup>, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegt.

Ferner muss der Vorstand den Aktionären einen schriftlichen Bericht über den Grund für den Ausschluss des Bezugsrechts zugänglich machen und diesen gegenüber den vorgeschlagenen Ausgabebetrag begründen (§ 186 Abs. 4 Satz 2 AktG). Sollte der Ausgabe- oder Mindestbetrag im Falle eines Bezugsrechtsausschlusses unangemessen niedrig sein, berechtigt dies zur Anfechtung der Kapitalerhöhung gegen Einlagen nach § 255 Abs. 2 Satz 1 AktG. Um missbräuchlichen Anfechtungsklagen entgegenzuwirken kann die kapitalerhöhende Gesellschaft gem. §§ 255 Abs. 3, 246a AktG bei dem Oberlandesgericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, ein Freigabeverfahren beantragen und im Erfolgsfall den Hauptversammlungsbeschluss trotz Anfechtungsklage ins Handelsregister eintragen lassen.

---

<sup>147</sup> Immenga, BB 1970, 629, 632; a.A. Duden, BB 1957, 1230, 1234 f.

<sup>148</sup> BGHZ 119, 1, 7; so jüngst auch LG München I, NZG 2019, 384, 388; Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 33; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 1; Kiefner, ZHR 178 (2014), 547, 590.

<sup>149</sup> BGHZ 71, 40, 43 ff.; BGHZ 71, 40; BGHZ 76, 352; BGHZ 83, 319; BGHZ 103, 184; BGHZ 153, 47; Emmerich, AG 1991, 303, 307; Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, § 243 Rn. 14; Habersack, in: MünchKomm-AktG, § 221 Rn. 177; Hirte, Bezugsrechtsausschluss, S. 184 f.; Martens, FS Fischer, S. 437, 446; Wiedemann, ZGR 1980, 147, 156 f.

Es bleibt somit festzuhalten, dass bei der Abstimmung über ein BCA von einem Stimmrechtsausschluss des Mehrheitsaktionärs abzusehen ist.

#### cc) Tatsächliche Einflussnahme

Zu der nicht gesellschaftsrechtlich vermittelten Abhängigkeit gehören überwiegend Fälle tatsächlicher Abhängigkeit. Dies sind insbesondere Just-in-time-Liefervereinbarungen, umfangreiche Kredit- und enge Franchisebeziehungen<sup>150</sup>. Mangels gesellschaftsrechtlicher Vermittlung und aufgrund fehlender gemeinsamer Sachinteressen begründen sie keinen beherrschenden Einfluss im Sinne des § 17 AktG<sup>151</sup>. Die konzernrechtlichen Vorschriften finden auf diese Verträge keine Anwendung.

#### dd) Ergebnis

Ein Abhängigkeitsverhältnis kann mittels Kapitalmehrheit und Stimmenmehrheit entstehen, wobei bei einer bloßen Kapitalmehrheit weitere Umstände hinzukommen müssen, damit die Vermutung der Abhängigkeit nicht widerlegt werden kann. Entscheidend ist, dass die Abhängigkeit gesellschaftsrechtlich vermittelt wird. So kann es an einer Abhängigkeit fehlen, wenn die Gesellschaft nur wirtschaftlich von dem anderen Unternehmen abhängig ist. Im Falle eines Mehrheitsbesitzes wird Abhängigkeit widerleglich vermutet. Sie kann kraft Satzung durch die Festschreibung von Stimmrechtslosigkeit der Aktien oder durch Höchststimmrechte widerlegt werden. Bei einer Stimmrechtsmehrheit kommen als Mittel für die Entkräftung der Vermutung einer Abhängigkeit der Abschluss eines Entherrschungsvertrags, der vertragliche Verzicht auf die Ausübung des Stimmrechts oder Stimmverbote in Betracht.

Zur Vermeidung einer Abhängigkeit ist der Praxis zu empfehlen, neben einem BCA einen Entherrschungsvertrag<sup>152</sup> mit dem herrschenden Unternehmen als Mehrheitsgesellschafter abzuschließen. Sofern es sich bei dem herrschenden Unternehmen um eine Aktiengesellschaft handelt, ist eine Regelung in der Satzung erforderlich, die sie ermächtigt, einen Entherrschungsvertrag mit der abhängigen Gesellschaft abzuschließen<sup>153</sup>. Inhaltlich muss der Entherrschungsvertrag eine Regelung enthalten, in der das herrschende Unternehmen bei der Wahl und Abwahl von Aufsichtsratsmitgliedern auf sein Stimmrecht verzichtet (Minus-Eins-Regelung)<sup>154</sup>. Formal genügt für den Entherrschungsvertrag Schriftform, eine Eintragung ins Handelsregister ist nicht erforderlich. Die Laufzeit des Vertrages darf fünf Jahre nicht unterschreiten<sup>155</sup>.

---

<sup>150</sup> *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch, § 3 Rn. 21; *Hüffer/Koch*, AktG, § 292 Rn. 22; *Kiefner*, in: MünchHdb.GesR Bd. 3, § 67 Rn. 31, 35; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 292 Rn. 86; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 292 Rn. 43; **a.A.** *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 292 Rn. 59 ff.

<sup>151</sup> BGHZ 135, 107, 114; BGHZ 121, 137, 145; BGHZ 90, 381, 395 ff.; OLG Karlsruhe, AG 2004, 147, 148; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 30; *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch, § 3 Rn. 21; *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht Rn. 8.31; *Kiefner*, in: MünchHdb.GesR Bd. 3, § 67 Rn. 35; *Koppensteiner*, FS Stimpel, S. 811 ff.; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 292 Rn. 43; *Windbichler*, in: GroßKomm-AktG, § 17 Rn. 40 f.; **a.A.** *Hirte*, qualifizierte faktische Konzern, S. 1/19; *Nagel/Riess/Theis*, DB 1989, 1505; *Oechsler*, ZGR 1997, 464, 492; *Soudry/Löb*, GWR 2011, 127.

<sup>152</sup> *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 67

<sup>153</sup> *Bayreuther*, Unternehmen, S. 140 f.; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 84 f.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 17 Rn. 114; *Kropff*, ZGR 1984, 112, 128; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 69 Rn. 62; *Rehbinder*, ZHR 147 (1983), 464, 468; *Rittner*, ACP 183 (1983), 295, 301; *Schall*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 17 Rn. 52; *Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 64; **a.A.** Zustimmung der Hauptversammlung analog § 293 AktG: *Jäger*, DSrR 1995, 1113, 1117; *Möhring*, FS Westermann, S. 427, 435.

<sup>154</sup> LG Mainz, AG 1991, 30, 32; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 101; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 17 Rn. 43; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 69 Rn. 62; *Schall*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 17 Rn. 52; *Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 61.

<sup>155</sup> *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 67

### 3. Abhängigkeit bei exemplarischen BCA

Im Folgenden werden die Mehrheitsverhältnisse bei exemplarischen BCA näher untersucht. Es wird analysiert, ob zwischen den Vertragspartnern eines BCA ein Abhängigkeitsverhältnis besteht.

#### a) CFA France Telecom/Mobilcom

##### aa) Widerlegung der Vermutung (§ 17 Abs. 2 AktG)

§ 17 Abs. 2 AktG vermutet widerleglich, dass bei einer Mehrheitsbeteiligung im Sinn des § 16 AktG Abhängigkeit besteht.

In dem BCA France Telecom/Mobilcom verpflichtete sich France Telecom gegenüber Mobilcom zur Finanzierung einer Joint Venture GmbH. Das dafür gewährte Darlehen in Höhe von 3,75 Mrd. Euro wurde im Rahmen einer Kapitalerhöhung in eine Einlage bei Mobilcom umgewandelt. Über eine Enkelgesellschaft hielt France Telecom 28,5 % der Anteile an Mobilcom und der Hauptaktionär S 36 % der Anteile an Mobilcom. In der Joint Venture GmbH wurde France Telecom ein Blockaderecht eingeräumt. Dieses war allerdings eingeschränkt, unter anderem durch eine Verkaufsoption des Hauptaktionärs S.

Die Aktionäre der Mobilcom behaupteten in ihrer Klage eine Abhängigkeit Mobilcom von France Telecom gemäß § 17 AktG. Dies, obwohl S als Hauptaktionär über eine höhere Beteiligungsquote verfügte. Das Landgericht Kiel<sup>156</sup> wies die Klage ab, das OLG Schleswig<sup>157</sup> wies die Berufung zurück. Die Finanzierungsvereinbarung sei nicht als Beherrschungsvertrag zu werten. Die Finanzierungsvereinbarung führt sicherlich zu einer tatsächlichen Einflussnahme (s.o. B.I.2.b)cc)). Allerdings fehlt es hier an der gesellschaftlichen Vermittlung<sup>158</sup>. Ausnahmsweise kann auch eine tatsächliche Einflussnahme – insbesondere eine wirtschaftlich vermittelte Abhängigkeit – als Abhängigkeit im Sinn des § 17 Abs. 1 AktG gewertet werden. Die Gesellschaft ist dann von ihrem wirtschaftlich stark engagierten Minderheitsaktionär abhängig, wenn seine wirtschaftliche Machtposition seine gesellschaftsrechtliche Stellung verstärkt<sup>159</sup>. Allein die Vermutung, Mobilcom habe im Hinblick auf die benötigte Finanzierung ihre Entscheidungen im vorausseilenden Gehorsam im Sinn von France Telecom getroffen, ist für die Begründung eines Abhängigkeitsverhältnisses unzureichend<sup>160</sup>.

##### bb) Konzernvermutung

Ein Konzern liegt vor, wenn ein herrschendes Unternehmen und mindestens eine abhängige Gesellschaft unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind. Dabei geht das Gesetz von einem einheitlichen Konzernbegriff aus<sup>161</sup>. Während bei dem Bestehen eines Beherrschungsvertrags stets ein Konzern anzunehmen ist, wird bei bestehender Abhängigkeit das Vorliegen eines Konzerns widerleglich

---

<sup>156</sup> LG Kiel, BeckRS 2009, 10256.

<sup>157</sup> OLG Schleswig, BeckRS 2010, 29118.

<sup>158</sup> LG Kiel, BeckRS 2009, 10256.

<sup>159</sup> BGH, NJW 1984, 1897; LG Kiel, BeckRS 2009, 10256; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 31 ff.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 17 Rn. 8; *Schall*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 17 Rn. 8; *Soudry*, GWR 2011, 34; *Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 15.

<sup>160</sup> OLG Schleswig, BeckRS 2010, 29118.

<sup>161</sup> *Falkenhausen*, NJW 1973, 487, 487; *Hüffer/Koch*, § AktG, § 18 Rn. 2.

gem. § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG vermutet. Folglich setzt Abhängigkeit nicht unbedingt einen Konzern voraus<sup>162</sup>. Allerdings vermutet das Gesetz, dass eine bestehende Möglichkeit, beherrschenden Einfluss auszuüben, auch tatsächlich genutzt wird<sup>163</sup>.

Im Fall France Telecom/Mobilcom war der Hauptaktionär S mit 60 % des Aktienkapitals mehrheitlich an Mobilcom beteiligt. Aufgrund dieser Mehrheitsbeteiligung besteht die Vermutung eines Konzerns gem. § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG. Um die Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG und § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG zu widerlegen, muss der Nachweis erbracht werden, dass von der zur Begründung der Abhängigkeit erforderlichen Möglichkeit der beherrschenden Einflussnahme tatsächlich kein Gebrauch gemacht wurde und mithin keine Leitungsmacht ausgeübt worden ist<sup>164</sup>.

#### b) BCA Unicredit/HVB – Mehrheitsbesitz

§ 17 Abs. 2 AktG vermutet widerleglich, dass ein gem. § 16 Abs. 1 AktG im Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist. Dabei liegt die Darlegungs- und Beweislast bei demjenigen, der sich auf die Unanwendbarkeit der an die Abhängigkeit anknüpfenden Norm beruft<sup>165</sup>. Im Falle einer Mehrheitsbeteiligung ist die Abhängigkeit widerlegt, wenn das mehrheitsbeteiligte Unternehmen aufgrund besonderer Umstände keinen beherrschenden Einfluss ausüben kann<sup>166</sup>.

Beim BCA Unicredit/HVB ergibt sich die Vermutung der Abhängigkeit gem. § 17 Abs. 2 AktG daraus, dass die Unicredit vor Abschluss des BCA im Rahmen eines öffentlichen Angebots 93,93 % der Aktien der HVB erwarb. Allerdings ergibt sich aus dem in 3.9 BCA Unicredit/HVB vereinbarten Zustimmungsvorbehalt der Unicredit noch keine Abhängigkeit. Eine bloße Blockademöglichkeit gegen Grundlagengeschäfte reicht für die Annahme einer Abhängigkeit nicht aus<sup>167</sup>. Denn unter „Beherrschen“ ist nur die Veranlassung zu einem positiven Tun zu verstehen, nicht aber auch eine negative Beherrschung in Form einer Blockade. Hierfür sprechen neben dem Zweck der §§ 311 ff. AktG die amtliche Erläuterung sowie die Systematik<sup>168</sup>. Hinzukommt, dass sich der Zustimmungsvorbehalt nur auf bestimmte Geschäfte erstreckt. Eine partiell beschränkte Bindung führt jedenfalls noch nicht zu einer Abhängigkeit<sup>169</sup>. Wie beim CFA France Telecom/Mobilcom reicht die einfache Besetzung des Aufsichtsrats nicht aus. Erforderlich wäre die mehrheitliche Besetzung dieses Gremiums. Anders als beim CFA France Telecom/Mobilcom besteht bei der Unicredit aufgrund des detailliert geregelten Zustimmungsvorbehalts eine größere Wahrscheinlichkeit, die Abhängigkeitsvermutung auf Grundlage des CFA zu widerlegen. Allerdings wird die Abhängigkeit nach § 17 Abs. 2 AktG vermutet. Die Unicredit hat vor Abschluss des BCA im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots 93,93 % der Anteile der HVB erworben, was zur

---

<sup>162</sup> Koppstein, in: KölnKomm-AktG, § 17 Rn. 17.

<sup>163</sup> Falkenhausen, NJW 1973, 487, 487.

<sup>164</sup> Falkenhausen, NJW 1973, 487, 487; Koppstein, in: KölnKomm-AktG, § 18 Rn. 45; Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 18 Rn. 18.

<sup>165</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 13; Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 51, § 311 Rn. 13.

<sup>166</sup> Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 91; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 17 Rn. 35; Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, § 17 Rn. 21.

<sup>167</sup> Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 9.

<sup>168</sup> Koppstein, in: KölnKomm-AktG, § 17 Rn. 24.

<sup>169</sup> Falkenhausen, NJW 1973, 487, 488.

Folge hatte, dass die HVB von dem Zeitpunkt an gem. § 16 Abs. 1 AktG im Mehrheitsbesitz der Unicredit stand.

c) BCA Amerigon Europe/W.E.T. – Stimmenmehrheit

Bei dem BCA Amerigon Europe/W.E.T. ergibt sich die Vermutung der Abhängigkeit aus der Stimmenmehrheit der Gesellschaften Indigo Capital 30,84 %, der ICW.E.T. 35,39 % und der IBG 9,71 %, § 17 Abs. 2 AktG. Allerdings führt das Erwerbsrecht der Bieterin zu keiner Zurechnung der Stimmen und mithin zu keiner Vermutung der Abhängigkeit<sup>170</sup>. Gegen die Abhängigkeit spricht auch die Beibehaltung der Zusammensetzung des Vorstands von W.E.T.

Im Hinblick auf die Beweislage führt § 17 Abs. 2 AktG zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast. Gemäß § 17 Abs. 2 AktG muss derjenige die Abhängigkeit widerlegen, der sich auf die Unanwendbarkeit der an die Abhängigkeit anknüpfenden Norm beruft<sup>171</sup>. Bei Stimmrechtsmehrheit kann das Bestehen einer Abhängigkeit etwa durch einen Verzicht auf die eigenständige Ausübung des Stimmrechts auf vertraglicher Grundlage (Stimmbindungsvertrag), durch vom Gesellschafter nicht behebbarere Stimmverbote oder durch einen Entherrschungsvertrag widerlegt werden<sup>172</sup>.

d) BCA Linde/Praxair – Abhängigkeit von der neuen Holdco

In dem BCA Linde/Praxair wurde ein Unternehmenszusammenschluss unter Gleichen festgelegt. Dies hat zur Folge, dass Linde und Praxair sich als voneinander unabhängige Gesellschaften gegenüberstanden. Im nächsten Schritt erfolgte ein Zusammenschluss/Verschmelzung unter eine gemeinsame neue Holdco. Praktisch wurde das wie folgt umgesetzt: Zunächst wurde nach dem Recht des Bundesstaates Delaware, USA, eine mittelbare 100 %-ige Tochtergesellschaft der neuen Holdco auf Praxair verschmolzen. Jede Aktie von Praxair wandelte sich in einen Anspruch auf eine Aktie an der neuen Holdco um. Als nächstes unterbreitete die neue Holdco den Aktionären von Linde ein öffentliches Übernahmeangebot. Das Übernahmeangebot sah vor, dass die neue Holdco eigene Aktien zum Tausch gegen Linde Aktien anbot<sup>173</sup>.

Das Ergebnis des Zusammenschlusses ist, dass Praxair als auch Linde 100 %-ige Tochtergesellschaften der neuen Holdco wurden. Als die neue Holdco von Linde und Praxair gegründet wurden, war die neue Holdco gem. § 17 Abs. 1 AktG eine abhängige Gesellschaft von Linde und Praxair. Nach Abschluss der Verschmelzung hingegen wurde die erstmalig abhängige Holdco herrschendes Unternehmen von Linde und Praxair. Die Hierarchie im Konzern hat sich somit schlagartig verändert, indem

---

<sup>170</sup> OLG Düsseldorf, AG 1994, 36, 38 f.; ADS, § 17 Rn. 18, 34; Hüffer/Koch, § 17 Rn. 9; Friedl, NZG 2005, 875 f.; Hüffer/Koch, AktG, § 17 Rn. 9; Koppstein, in: KölnKomm-AktG, § 17 Rn. 20, 47; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 69 Rn. 4344; ders., FS Semler, S. 503, 505 ff.; Kropff, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 66, § 17 Rn. 54; Möhring, FS Westermann, S. 427, 430, 436; Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 35; Windbichler, in: GroßKomm-AktG, § 17 Rn. 26, 50; a.A. Baumann/Reiß, ZGR 1989, 157, 203; Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 54 ff.; Baumann/Reiß, ZGR 1989, 157, 203; Lutter, FS Steindorff, S. 125, 132 f.; Noack, Gesellschaftervereinbarungen, S. 89 f.; Weber, ZIP 1994, 678, 683 ff.

<sup>171</sup> Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 51.

<sup>172</sup> Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 55, 57, 60 ff.

<sup>173</sup> Angebotsunterlage Linde PLC v. 15.8.2017 (Linde/Praxair), S. 9 ff., 60 ff.

aus den ursprünglich herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften geworden sind und umgekehrt<sup>174</sup>.

#### e) Terex/Demag Cranes – keine Abhängigkeit

Durch das BCA Terex/Demag Cranes wurde kein Abhängigkeitsverhältnis begründet. Die Besonderheit bei Terex/Demag Cranes war, dass das BCA erst nach der Veröffentlichung der Angebotsunterlage (§§ 34, 14 Abs. 2 und 3 WpÜG) durch Terex abgeschlossen wurde und nicht wie sonst üblich, im Vorfeld eines Zusammenschlusses. Andernfalls wäre die Übernahme möglicherweise gescheitert. So konnte durch das BCA das Übernahmeangebot der Terex verbessert werden und weitere Zusagen abgegeben werden<sup>175</sup>.

Bei dem BCA zwischen Terex/Demag Cranes bestehen, anders als beim CFA France Telecom/Mobilcom und BCA Unicredit/HVB, deutlich weniger Anhaltspunkte für die Vermutung eines Abhängigkeitsverhältnisses. Es liegen weder eine personelle Verflechtung noch andere Arten von vertraglich geregelten Einflussnahmen vor. Vielmehr bringt das BCA zum Ausdruck, dass Terex die Demag Cranes AG bei ihrer Unternehmensstrategie unterstützen und sich nicht einmischen will.

#### 4. Ergebnis

Bei den Vertragsbeteiligten eines Beherrschungsvertrags ist zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft zu differenzieren:

Gem. § 291 Abs. 1 AktG ist diejenige Gesellschaft abhängig, die ihre Leitung einem anderen Unternehmen unterstellt. Gesellschaft können hierbei nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien sein.

Herrschendes Unternehmen ist dasjenige, das über die abhängige Gesellschaft die Macht der Leitung hat. Als Mittel kommt eine Kapitalmehrheit oder eine Stimmenmehrheit in Betracht.

Abhängigkeit kann durch Stimmenmehrheit erlangt werden, wobei eine Kapitalmehrheit regelmäßig mit einer Stimmenmehrheit einhergeht. Eine Kapitalmehrheit ohne Stimmenmehrheit genügt hingegen nicht für die Vermutung der Abhängigkeit. Auch eine Minderheitsbeteiligung kann eine Abhängigkeit begründen, wenn ein tatsächliches und gesellschaftsrechtlich vermitteltes Einflusspotential vorliegt. Zudem kann Abhängigkeit auch durch die Unterstützung anderer Aktionäre sowie durch negative Beherrschung entstehen. In den Fällen des § 136 Abs 1 AktG ist der Aktionär von der Ausübung seines Stimmrechts aufgrund von Interessenskonflikten von Gesetzes wegen ausgeschlossen.

---

<sup>174</sup> Schmidbauer/Kürten, NZG 2021, 1150; Strohn, ZHR 182 (2018), 114, 120.

<sup>175</sup> Angebotsunterlage Terex Industrial Holding AG v. 18.5.2011 (BCA Terex/Demag Cranes), S. 25 ff.; Kiesgen, BCA, S. 86 f.

## II. Unterstellung unter fremde Leitung

Der Beherrschungsvertrag wird in § 291 Abs. 1 Var. 1 AktG als Unternehmensvertrag definiert, durch den eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt. Die abhängige Gesellschaft muss also ihre Leitung mittels BCA dem herrschenden Unternehmen unterstellen.

Im Folgenden wird zunächst unter Berücksichtigung des in §§ 291 ff. AktG angestrebten Schutzzwecks abstrakt der unbestimmte Rechtsbegriff „Unterstellung unter fremde Leitung“ bestimmt (1.), im Anschluss daran wird durch Auslegung beispielhafter BCA ermittelt, ob durch diese tatsächlich eine „Unterstellung“ erfolgt (2.).

### 1. Unterstellung unter fremde Leitung

#### a) Leitungsbegriff des § 291 Abs. 1 Fall 1 AktG

Der Begriff Leitung ist umstritten. Während eine Ansicht<sup>176</sup> den Leitungsbegriff des § 291 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 AktG im Sinn des § 76 Abs. 1 AktG interpretiert, definiert ihn eine andere Ansicht<sup>177</sup> entsprechend § 77 Abs. 1 AktG.

#### aa) Leitung im Sinn des § 76 Abs. 1 AktG

Nach herrschender Meinung<sup>178</sup> knüpft der konzernrechtliche Begriff „Leitung“ in § 291 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 AktG an § 76 Abs. 1 AktG (Leitung der Aktiengesellschaft) an, beziehungsweise ist mit dem Leitungsbegriff hierin identisch. In Abgrenzung zur Geschäftsführung in § 77 AktG wird die Führungsfunktion des Vorstands als Kompetenz zur Festlegung der grundlegenden unternehmerischen Entscheidung verstanden<sup>179</sup>. Zu den grundlegenden unternehmerischen Entscheidungen zählen zwei Bereiche:

- die gesetzlich zwingend in die Kompetenz des Vorstands fallenden Aufgaben<sup>180</sup>,
- die gesetzlich nicht geregelten Aufgaben der Unternehmensplanung, -koordination, -kontrolle und Besetzung von Führungsstellen<sup>181</sup>.

Das herrschende Unternehmen muss in der Lage sein, eine auf das Gesamtinteresse der verbundenen Unternehmen ausgerichtete Zielkonzeption zu entwickeln und gegenüber dem Vorstand der

---

<sup>176</sup> OLG München, AG 2008, 672; *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 78; *Bachmann/Veil*, ZIP 1999, 348, 354; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 12; *Exner*, Beherrschungsvertrag, S. 88; *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 41; *Geßler*, DB 1965, 1691, 1693; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 316; *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 10; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 20; Begr. RegE. zu § 308 AktG, in: Kropff, AktG, S. 403; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 291 Rn. 11; *Westermann*, FS Schilling, S. 271, 278; *Würdinger*, in: GroßKomm-AktG, § 292 Rn. 26, § 308 Rn. 8.

<sup>177</sup> *Mülbert*, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 69.

<sup>178</sup> OLG München, AG 2008, 672; *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 78; *Bachmann/Veil*, ZIP 1999, 348, 354; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 12; *Exner*, Beherrschungsvertrag, S. 88; *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 41; *Geßler*, DB 1965, 1691, 1693; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 316; *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 10; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 20; Begr. RegE. zu § 308 AktG, in: Kropff, AktG, S. 403; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 23; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 291 Rn. 11; *Westermann*, FS Schilling, S. 271, 278; *Würdinger*, in: GroßKomm-AktG, § 292 Rn. 26, § 308 Rn. 8.

<sup>179</sup> *Goslar*, DB 2008, 800, 801; *Schürmbrand*, ZHR 169 (2005), 35, 42.

<sup>180</sup> *Kort*, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 35 m.w.N.

<sup>181</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 78; *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 10; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 20; *Kort*, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 36.

abhängigen Gesellschaft durchzusetzen<sup>182</sup>. Deshalb überlagert der Beherrschungsvertrag die Pflicht und das Recht des Vorstands der abhängigen Gesellschaft, die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten, wovon jedoch die Zuständigkeiten von Hauptversammlung und Aufsichtsrat unberührt bleiben<sup>183</sup>.

#### bb) Leitung im Sinn des § 77 Abs. 1 AktG

Mülbert<sup>184</sup> versteht den Begriff „Leitung“ in § 291 Satz 1 Var. 1 AktG als Geschäftsführung im Sinn des § 77 Abs. 1 AktG. Demnach umfasst die Leitung jede tatsächliche oder rechtliche Tätigkeit der Gesellschaft, das heißt alle gesellschaftsinternen Maßnahmen sowie Handlungen gegenüber Dritten<sup>185</sup>.

#### cc) Stellungnahme

Der Begriff Leitung in § 291 Abs. 1 Var. 1 AktG ist wie in § 76 AktG zu verstehen. Hierfür spricht der Wortlaut des § 291 Abs. 1 Var. 1 AktG. Hätte der Gesetzgeber Leitung im Sinne von Geschäftsführung gem. § 77 AktG gemeint, dann hätte er in § 291 Abs. 1 Var. 1 AktG auch den Wortlaut „Geschäftsführung“ gewählt. Denn sowohl der Begriff „Leitung“ als auch der Begriff „Geschäftsführung“ werden von dem Gesetzgeber in § 76 AktG „Leitung der Aktiengesellschaft“ beziehungsweise § 77 AktG Geschäftsführung“ erläutert. Die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für den Wortlaut „Leitung“ und nicht „Geschäftsführung“ wird ferner von der Systematik des Gesetzes gestützt. § 291 AktG steht im dritten Buch, erster Teil. Dieses Buch regelt das Recht verbundener Unternehmen. § 76 AktG hingegen befindet sich im ersten Buch, vierter Teil, erster Abschnitt. Der vierte Teil des ersten Buches regelt die Verfassung der Aktiengesellschaft und kann als „allgemeiner Teil“ verstanden werden. Entgegen der Ansicht von Mülbert<sup>186</sup> spricht auch die Regierungsbegründung für ein Verständnis des Begriffs „Leitung“ in § 291 Abs. 1 Var. 1 AktG entsprechend § 76 AktG. Die Begründung des Regierungsentwurfs zum Aktiengesetz schreibt ausdrücklich, dass das Recht des herrschenden Unternehmens, Weisungen zu erteilen, den gesamten Bereich umfasst „in dem der Vorstand die Gesellschaft nach § 76 Abs. 1 AktG zu leiten hat“<sup>187</sup>. Was genau unter der „Leitung“ der Gesellschaft zu verstehen ist und wie weitreichend sie sein darf, ist keine Frage der Subsumtion des Begriffs Leitung in § 291 Abs. 1 Var. 1 AktG unter § 76 AktG oder § 77 AktG. Dies ist vielmehr eine Frage der Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs.

#### b) Definition der Leitung

Unter dem Begriff der Leitung ist, wie bei § 76 Abs. 1 AktG, die Unternehmensplanung, die Koordination der unternehmerischen Tätigkeit, die Unternehmensorganisation, die Kontrolle der Durchführung

---

<sup>182</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 10.

<sup>183</sup> OLG Karlsruhe, AG 1991, 144, 146; *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 78; *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch, § 11 Rn. 11 f.; *Eschenbruch*, Konzernhaftung Rn. 3052; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 316; *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 10; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 20; *Schenk*, in: Bürgers/Körber, AktG, § 291 Rn. 6; *Sina*, AG 1991, 1, 4; *Westermann*, FS Schilling, S. 271, 278.

<sup>184</sup> Mülbert, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 60.

<sup>185</sup> *Dörrwächter*, in: Semler/Peltzer/Kubis, Arb.Hdb. Vorstand, § 5 Rn. 4; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 77 Rn. 3; *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 22 Rn. 1; *Hüffer/Koch*, AktG, § 77 Rn. 3; *Kort*, in: GroßKomm-AktG, § 77 Rn. 3; *Mertens*, in: KölnKomm-AktG, § 77 Rn. 2; *Oltmanns*, in: Heidel, § 77 Rn. 2; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 77 Rn. 1.

<sup>186</sup> Mülbert, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 60.

<sup>187</sup> Begr. RegE. zu § 308 AktG, in: Kropff, AktG, S. 403.

der Geschäfte und die Entscheidung über die Besetzung von Führungspositionen zu verstehen<sup>188</sup>. Es besteht eine unwiderlegliche Vermutung, dass Unternehmen zwischen denen ein Beherrschungsvertrag besteht, als unter einheitlicher Leitung zusammenfasst anzusehen sind, sie mithin einen Konzern bilden (vgl. § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG).

### c) Unterstellen unter fremde Leitung

Unterstellen im Sinn des § 291 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 AktG liegt vor, wenn das herrschende Unternehmen im Konfliktfall seinen Willen gegen den Vorstand der abhängigen Gesellschaft rechtlich durchsetzen kann<sup>189</sup>. Leitungselement des herrschenden Unternehmens ist die Weisung (vgl. § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG).

#### aa) Begriff und Rechtsnatur der Weisung

Gem. § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG berechtigt der Beherrschungsvertrag das herrschende Unternehmen, dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Die Norm trägt die Überschrift „Leitungsmacht“, welche mit dem Recht des herrschenden Unternehmens, Weisungen zu erteilen, näher umschrieben wird. Während § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG dem herrschenden Unternehmen das Recht gibt Weisungen zu erteilen, verpflichtet § 308 Abs. 2 Satz 1 AktG den Vorstand der abhängigen Gesellschaft die Weisung des herrschenden Unternehmens zu befolgen und untersagt es dem selbigen, die Befolgung einer Weisung zu verweigern (§ 308 Abs. 2 Satz 2 AktG).

Unter einer Weisung ist jede Willensäußerung des herrschenden Unternehmens zu verstehen, die auf die Bewirkung eines bestimmten Verhaltens des Vorstands der abhängigen Gesellschaft gerichtet ist. Das herrschende Unternehmen kann gegenüber der Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft den Willen hinsichtlich eines Tuns oder Unterlassens äußern. Die abhängige Gesellschaft ist dann vertraglich verpflichtet, diesem Willen Folge zu leisten<sup>190</sup>. Dabei genügt es, wenn eine mittelbare, informelle Maßnahme für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft zumindest faktisch verbindlich ist. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn die Wiederbestellung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft gefährdet wäre, sofern er der Weisung des herrschenden Unternehmens nicht nachkäme<sup>191</sup>.

§ 308 Abs. 1 Satz 1 AktG berechtigt das herrschende Unternehmen, dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft hinsichtlich dessen Leitung Weisungen zu erteilen. Aus dem Wortlaut der Norm („berechtigt“) geht hervor, dass der Vorstand des herrschenden Unternehmens nicht dazu verpflichtet ist seine Leitungsmacht auch tatsächlich auszuüben. Es steht in seinem Ermessen von dem Recht der

---

<sup>188</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 78; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 12; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 16 ff., 79 f.; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 291 Rn. 11.

<sup>189</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 83; *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 11; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 151; *Mülbert*, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 63.

<sup>190</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 9; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 23 f.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 308 Rn. 10; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 308 Rn. 22; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 308 Rn. 5.

<sup>191</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 9; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 23; *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 18; *Hirte/Schall*, Der Konzern 2006, 243, 245; *Hüffer/Koch*, AktG, § 308 Rn. 10; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 308 Rn. 22; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 308 Rn. 3; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 308 Rn. 5; *Wellkamp*, WM 1993, 2155, 2156.

Weisungserteilung Gebrauch zu machen und die Leitung der Gesellschaft vollständig nach den Interessen des herrschenden Unternehmens auszurichten<sup>192</sup>.

Die Weisung ist eine rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung, für welche die §§ 116 ff., 130, 164 ff. BGB direkt oder analog anwendbar sind<sup>193</sup>. Für die Wirksamkeit einer Weisung kommt es nicht darauf an, ob der Vorstand des herrschenden Unternehmens eine Weisung abgeben wollte bzw. sich der konzernrechtlichen Folgen bewusst war<sup>194</sup>, sondern darauf, wie der Vorstand der abhängigen Gesellschaft die Handlung verstehen durfte. Entscheidend ist somit nicht der Wille des herrschenden Unternehmens zur Einflussnahme, sondern der Empfängerhorizont und damit der Effekt, den die Weisung beim Vorstand der abhängigen Gesellschaft erzielt<sup>195</sup>.

#### bb) Weisungsrecht als ausschließliches Leitungsmittel?

Das Weisungsrecht ist das einzige rechtsverbindliche Leitungsmittel des herrschenden Unternehmens. Es sind zwar auch andere Mittel der Einflussnahme möglich, wie etwa die Einwirkung über die Hauptversammlung als Mehrheitsaktionär und über diese auf den Aufsichtsrat, sowie eine Personalunion über die Aufsichtsratsmitglieder in dem herrschenden Unternehmen und in der abhängigen Gesellschaft.<sup>196</sup> Eine Pflicht zur Befolgung durch die abhängige Gesellschaft wird dadurch allerdings nicht begründet. Diese setzt gem. § 308 Abs. 2 Satz 1 AktG vielmehr voraus, dass die Einflussnahme den Anforderungen einer Weisung im Sinn des § 308 Abs. 1 AktG genügt<sup>197</sup>. Das Mittel der Einflussnahme muss auf den Vorstand der abhängigen Gesellschaft zumindest faktisch verbindlich sein. Die Einflussnahme auf den Vorstand der abhängigen Gesellschaft müsste einen derartigen Druck ausüben, dass dessen Bestellung gefährdet wäre, sollte er der Einflussnahme nicht nachkommen<sup>198</sup>. Erfüllt die Einflussnahme hingegen nicht die Anforderungen einer Weisung, ist der Vorstand der abhängigen Gesellschaft nicht verpflichtet, dieser Folge zu leisten. Er darf sie vielmehr mangels Anwendbarkeit der §§ 308 Abs. 2, 323 Abs. 1 AktG verweigern<sup>199</sup>.

In der Praxis sind die Grenzen zwischen einer Weisung und anderen Einflussnahmen fließend. Neben der Weisung sind daher auch andere Leitungsmittel als Mittel zur einheitlichen Leitung anerkannt.

Es entspricht nicht der gängigen Praxis, dass das herrschende Unternehmen seine Leitungsmacht ausschließlich durch direkte Weisungen gegenüber der abhängigen Gesellschaft ausübt. Mittelbare Weisungen werden von der Beherrschung im Rechtssinn somit auch umfasst, andernfalls könnte das herrschende Unternehmen eine Beherrschung bewusst auf einfache Weise umgehen. Eine Form der mittelbaren Weisung kann über einen Mehrheitsbesitz an der abhängigen Gesellschaft ausgeübt

---

<sup>192</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 78.

<sup>193</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 9; *Bödecker*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 308 Rn. 9; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 26; *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 17; *Hüffer/Koch*, AktG, § 308 Rn. 11; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 308 Rn. 3.

<sup>194</sup> *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 308 Rn. 4.

<sup>195</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 389; *Hirte/Schall*, Der Konzern 2006, 243, 245.

<sup>196</sup> *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 21, 28; *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 13.

<sup>197</sup> *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 28; *Kiesgen*, BCA, S. 138.

<sup>198</sup> *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 23.

<sup>199</sup> *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 2; *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 13.

werden (§ 17 Abs. 2 AktG). Gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 AktG steht ein Unternehmen im Mehrheitsbesitz eines anderen, wenn letzterem die Mehrheit der Anteile oder der Stimmrechte von ersterem gehören. Das herrschende Unternehmen hat damit per Definition einen wesentlichen Einfluss auf die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft. Über diese kann es dann in seiner Rolle als Mehrheitsaktionär mittelbar Einfluss auf den Vorstand der abhängigen Gesellschaft nehmen, indem es gem. § 119 AktG diesem gegenüber zum Ausdruck bringt, aufgrund seiner Anteils- und/oder Stimmenmehrheit entsprechende Entscheidungen herbeizuführen, falls den Vorstellungen des herrschenden Unternehmens nicht entsprochen werden sollte. Auf diese Weise kann das herrschende Unternehmen in seiner Rolle als Mehrheitsaktionär Leitungsmacht auf den Vorstand der abhängigen Gesellschaft ausüben. Sollte über die Hauptversammlung mittelbar ein derart starker Druck auf den Vorstand der abhängigen Gesellschaft aufgebaut werden, dass dieser um seine Wiederbestellung fürchten muss, kann diese Einflussnahme als Weisung im Sinn des § 308 Abs. 1 AktG qualifiziert werden<sup>200</sup>.

Es muss nicht jede einzelne Einflussnahme das Kriterium einer Weisung im Sinn des § 308 Abs. 1 AktG erfüllen. Vielmehr können sich auch eine Vielzahl von Einflussnahmen zu einer Weisung verdichten. Dies ist im Rahmen einer Gesamtschau zu ermitteln<sup>201</sup>.

#### cc) Weisungsberechtigter

Gem. § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG berechtigt der Beherrschungsvertrag das herrschende Unternehmen dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Dieses Recht kann der Vorstand des herrschenden Unternehmens als dessen gesetzlicher Vertreter (vgl. § 309 Abs. 1 AktG) sowie mittels leitenden Angestellten oder sonstiger bevollmächtigter Dritter des herrschenden Unternehmens ausüben<sup>202</sup>. Das Weisungsrecht kann nicht abgetreten werden, eine Delegation ist hingegen möglich. Dies liegt daran, dass das Weisungsrecht kein selbständiges übertragbares Recht ist<sup>203</sup>. Während bei einer Übertragung des Weisungsrechts ein Dritter anstelle des gesetzlichen Vertreters des herrschenden Unternehmens handeln würde, wird bei einer Delegation ein Dritter lediglich hinzugezogen<sup>204</sup>. Die Letztverantwortung bleibt hierbei beim Vorstand des herrschenden Unternehmens.

#### dd) Adressat einer Weisung

Adressat einer Weisung ist nach dem Wortlaut des § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG der „Vorstand der [abhängigen] Gesellschaft“. Hiermit verdeutlicht der Gesetzgeber, dass der Beherrschungsvertrag ausschließlich in die Kompetenz des Vorstands der abhängigen Gesellschaft eingreift, die anderen Gesellschaftsorgane mithin im Rahmen ihrer Zuständigkeiten weisungsfrei bleiben<sup>205</sup>. Direkte Weisungen des herrschenden Unternehmens an nachgeordnete Mitarbeiter der abhängigen Gesellschaft sind von dem

---

<sup>200</sup> Begr. RegE. zu § 310 AktG, in: Kropff, AktG, S. 406; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 308 Rn. 30; *Wellkamp*, WM 1993, 2155, 2156.

<sup>201</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740 ff.

<sup>202</sup> *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 308 Rn. 11; *Fleischer*, in: *Fleischer/Ekkenga*, Hdb. Vorstandsrecht, § 18 Rn. 39; *Hirte*, in: *GroßKomm-AktG*, § 308 Rn. 17; *Hüffer/Koch*, AktG, § 308 Rn. 3; *Langenbacher*, in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, § 308 Rn. 11; *Servatius*, in: *Grigoleit*, AktG, § 308 Rn. 7.

<sup>203</sup> *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 308 Rn. 12 ff.; *Fleischer*, in: *Fleischer/Ekkenga*, Hdb. Vorstandsrecht, § 18 Rn. 41; *Hirte*, in: *GroßKomm-AktG*, § 308 Rn. 17 f.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 308 Rn. 6; *Langenbacher*, in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, § 308 Rn. 11 f.

<sup>204</sup> *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 308 Rn. 12 f., 16.

<sup>205</sup> OLG Karlsruhe, AG 1991, 144, 146; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 308 Rn. 17; *Kantzas*, Weisungsrecht, S. 83 ff.

Weisungsrecht nicht umfasst, sie sind von diesen daher gem. § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht zu befolgen<sup>206</sup>. Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft kann seine nachrangigen Mitarbeiter aber zur unmittelbaren Entgegennahme von Weisungen beauftragen, solange er durch organisatorische Maßnahmen dafür Sorge trägt, dass er von etwaigen Weisungen Kenntnis erlangt und somit die Möglichkeit hat, die Befolgung der Weisung zu unterbinden<sup>207</sup>. Andernfalls würde dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft seine Prüfungspflicht genommen werden. Die Überprüfung einer Weisung auf ihre Zulässigkeit und die Entscheidung über ihre Befolgung oder Nichtbefolgung gehört zu den genuinen Aufgaben des Vorstands (§§ 308 Abs. 1, 310 AktG)<sup>208</sup>.

#### ee) Umfang des Weisungsrechts

Das Weisungsrecht erstreckt sich auf die Leitung der abhängigen Gesellschaft im Ganzen, also auf den gesamten Bereich, in dem der Vorstand gem. § 76 AktG die Gesellschaft zu leiten hat. Darüber hinaus darf das herrschende Unternehmen auch nachteilige Weisungen erteilen, vorausgesetzt sie dienen den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit diesem und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen (§ 308 Abs. 1 Satz 2 AktG). Der Begriff Nachteil ist wie in §§ 311, 317 Abs. 2 AktG zu verstehen. Demnach ist eine Weisung dann nicht nachteilig, wenn auch ein ordentlicher und wirtschaftlich selbständiger Geschäftsleiter einer wirtschaftlich selbständigen Gesellschaft die Maßnahme ergriffen oder das Rechtsgeschäft bzw. die Maßnahme unterlassen hätte<sup>209</sup>.

#### ff) Grenzen des Weisungsrechts

Das Weisungsrecht kann vertraglich durch den Beherrschungsvertrag oder durch das Gesetz begrenzt werden. Als gesetzliche Grenzen sind insbesondere die §§ 66, 71 ff., 89, 113 f., 300, 302 AktG, §§ 246 ff., 252 ff. HGB, § 826 BGB sowie steuerliche und wettbewerbsrechtliche Vorschriften zu nennen<sup>210</sup>. Des Weiteren dürfen die Weisungen für die abhängige Gesellschaft nicht existenzgefährdend sein<sup>211</sup>. Eine Weisung ist existenzgefährdend, wenn deren Befolgung für die abhängige Gesellschaft die ernstzunehmende Gefahr einer Insolvenz begründen würde<sup>212</sup>.

---

<sup>206</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 73; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 19; *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 14, 28; *Hüffer/Koch*, AktG, § 308 Rn. 7; Begr. RegE. zu § 308 AktG, in: Kropff, AktG, S. 403; *Langenbucher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 308 Rn. 18; *Peres*, in: Heidel, § 308 Rn. 29; *Servatius*, in: Grigoleit, AktG, § 308 Rn. 7; *Sina*, AG 1991, 1, 4.

<sup>207</sup> *Ballerstedt*, ZHR 137 (1973), 388, 399 ff.; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 20; *Exner*, Beherrschungsvertrag, S. 131 ff.; *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 28; *Hüffer/Koch*, AktG, § 308 Rn. 8; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 308 Rn. 18; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 158; *a.A.* Begr. RegE. zu § 308 AktG, in: Kropff, AktG, S. 403; *Altmeppen*, Haftung, S. 17; *ders.*, in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 74 ff.; *Servatius*, in: Grigoleit, AktG, § 308 Rn. 7; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 308 Rn. 16 f.

<sup>208</sup> *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 308 Rn. 18.

<sup>209</sup> *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 45; *Eschenbruch*, Konzernhaftung, Rn. 3025; *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 50; *Hüffer/Koch*, AktG, § 308 Rn. 15; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 308 Rn. 39; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 308 Rn. 24.

<sup>210</sup> *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 58; *Hüffer/Koch*, AktG, § 308 Rn. 14; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 308 Rn. 28.

<sup>211</sup> OLG Düsseldorf, AG 1990, 490, 492; *Clemm*, ZHR 141 (1977), 197, 204 ff.; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 60; *Geßler*, ZHR 140 (1976), 433, 436 ff.; *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 42; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 150 f.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 308 Rn. 19; *Immenga*, ZHR 140 (1976), 301, 305 ff.; *Köhler*, ZGR 1985, 307, 318; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 154; *Langenbucher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 308 Rn. 31; *a.A.* *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 116 ff.; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 308 Rn. 31.

<sup>212</sup> *Langenbucher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 308 Rn. 32.

## d) BCA

BCA enthalten typischerweise kein direktes, sondern nur ein mittelbares Weisungsrecht<sup>213</sup>. Ein solches ist für die Annahme eines Weisungsrechts auch nicht zwingend erforderlich<sup>214</sup>. Es kommt weder auf den Wortlaut noch auf die Bezeichnung des Vertrags an. Entscheidend ist vielmehr sein Gesamtinhalt, der unter objektiven Gesichtspunkten zu ermitteln ist<sup>215</sup>. Damit kann sich das Weisungsrecht auch konkludent aus dem Gesamtinhalt des Vertrags ergeben<sup>216</sup>.

Im Folgenden wird durch Auslegung §§ 133, 154 BGB ermittelt, ob sich aus einzelnen Regelungen unterschiedlicher BCA jeweils Weisungsrechte herleiten lassen.

### aa) Koordinationsausschuss

#### (1) Vertragliche Regelung

In dem CFA France Telecom/Mobilcom haben France Telecom und der Mehrheitsaktionär und Vorstandsvorsitzende von Mobilcom einen Koordinationsausschusses eingerichtet. Gleichwohl wurde ein solcher in dem CFA zwischen France Telecom und Mobilcom vertraglich geregelt.

Das CFA France Telecom/Mobilcom regelt in Nr. 4 das Folgende zum Koordinationsausschuss:

Nr. 4.3 CFA Koordinationsausschuss der Parteien („Coordination-Committee of the Parties“)

4.3.1 S [Gerhard Schmid, Mehrheitsanteilseigner von Mobilcom] und FT [France Telecom] bilden einen Koordinationsausschluss der Parteien (nachstehend „Koordinationsausschuss“), dessen Aufgabe es ist, einen Rahmen für die Abstimmung des Stimmverhaltens in der Hauptversammlung und die Koordination der Positionen und der Maßnahmen in Bezug auf wichtige Angelegenheiten, wie in Abschnitt 4.4 definiert, bereitzustellen.

4.3.2 Satz 1 Der Koordinationsausschuss ist kein Unternehmensgremium von Mobilcom.

4.3.3 Der Koordinationsausschuss berät alle wichtigen Angelegenheiten und alle fundamentalen Angelegenheiten (wie in Abschnitt 4.4 bzw. 4.5 definiert) und stimmt darüber ab. Alle Entscheidungen des Koordinationsausschusses müssen einstimmig getroffen werden.

#### 4.4 Wichtige Angelegenheiten

Die folgenden Angelegenheiten sind vom Koordinationsausschuss der Parteien zu beraten und zu koordinieren:

(...)

---

<sup>213</sup> bspw. Daimler-Benz/Chrysler; Hoechst/Rhône-Poulenc; Unicredit/HVB.

<sup>214</sup> so auch: *Mülbert*, in: *GroßKomm-AktG*, § 291 Rn. 89.

<sup>215</sup> *Altmeppen*, in: *MünchKomm-AktG*, § 291 Rn. 45.

<sup>216</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 869; *Altmeppen*, in: *MünchKomm-AktG*, § 291 Rn. 45 ff., 56; *Hüffer/Koch*, *AktG*, § 291 Rn. 11; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, § 291 Rn. 23; *Kort*, NZG 2009, 364, 365; *Paschos*, in: *Henssler/Strohn, GesR*, § 291 Rn. 13; *Peres*, in: *Heidel*, § 291 Rn. 35; *Veil*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, § 291 Rn. 12.

4.4.2 Ernennung oder Abberufung von einem, mehreren oder allen Mitgliedern des Aufsichtsrats und des Vorstands.

4.4.3.5 Falls zu einer fundamentalen Angelegenheit (wie in Abschnitt 4.5 definiert) in zwei aufeinanderfolgenden Sitzungen des Koordinationsausschusses keine Einstimmigkeit erzielt werden kann, so gelten die folgenden Regeln: Die Parteien bemühen sich in gutem Glauben, die Streitigkeit beizulegen. (...) Falls eine Streitigkeit nicht innerhalb von zehn Geschäftstagen nach dem ersten Treffen [zwischen] S und dem CEO von FT beigelegt wird, versuchen die Parteien in Gegenwart eines Schlichters nach dem Grundsatz von Treu und Glauben diese Streitigkeit durch Schlichtung beizulegen. Der Schlichter wird gemeinsam ausgewählt. (...) Falls die Streitigkeit nicht beigelegt werden kann, entscheidet der Schlichter innerhalb von 30 Geschäftstagen nach der Sitzung, ob es sich um eine fundamentale Angelegenheit (wie nachstehend definiert) handelt, und falls ja, erklärt er, dass eine festgefahrene Situation („*deadlock*“) gemäß der Bedeutung dieses Vertrags eingetreten ist. In diesem Fall sind die Stimmen der von F T benannten Mitglieder ausschlaggebend. Jede festgefahrene Situation gibt S das Recht, seine Verkaufsoptionen gem. Abschnitt 5.3 auszuüben.

#### 4.5 Fundamentale Angelegenheiten

Alle in den Absätzen 4.4.1 bis einschließlich 4.4.7 genannten Angelegenheiten gelten als fundamentale Angelegenheiten im Sinne dieses Vertrages, wenn sie im Einzelfall von solcher Bedeutung sind, dass man davon ausgehen kann, dass sie eine wesentliche nachteilige Auswirkung haben und von zentraler Bedeutung sind für die Fortführung und zukünftige Entwicklung der Geschäftstätigkeit von Mobilcom.

#### 4.1. Aufsichtsrat

4.1.3 Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats wird dahingehend geändert, dass alle Handlungen des Vorstands von Mobilcom, die sich auf wichtige Angelegenheiten beziehen, vom Aufsichtsrat genehmigt werden müssen.

### (2) Rechtliche Würdigung

Die Bildung eines Koordinationsausschusses zwischen dem herrschenden Unternehmen und dem Hauptaktionär der abhängigen Gesellschaft gewährt dem herrschenden Unternehmen nicht per se ein Weisungsrecht. Er ist von der Gründung eines Joint Venture sowie von einer Aktionärsvereinbarung abzugrenzen.

#### (a) Abgrenzung Joint Venture zur Beherrschung

Der Wortlaut in dem CFA FT/M spricht von „Koordination“ und nicht von Beherrschung. Ausgehend vom Wortlaut hat eine Koordination zur Folge, dass die Vertragspartner zusammen miteinander und nicht gegeneinander arbeiten. Sie kooperieren vielmehr miteinander. Eine Kooperation führt zu einer Zusammenarbeit unterschiedlicher Intensität, Dauer und Zielrichtung zwischen zwei rechtlich

selbständigen Unternehmen<sup>217</sup>. Im Gegensatz zu einer Beherrschung stehen bei einer Kooperation beide Kooperationspartner auf Augenhöhe und nicht in einem Über-/Unterordnungsverhältnis zueinander. Nach Ansicht des OLG Schleswig entsprach es auch nicht dem Sinn und Zweck, Mobilcom mittels Koordinationsausschusses in France Telecom zu integrieren. Vielmehr wollten die beiden Hauptaktiönäre mit diesem Ausschuss ein Joint Venture bilden<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> Gablers Wirtschaftslexikon [www.wirtschaftslexikon.gabler.de](http://www.wirtschaftslexikon.gabler.de).

<sup>218</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 870.

Richtigerweise muss ein Joint Venture nicht zwingend zu einer Beherrschung führen. So betonen die Parteien in der Präambel ihres CFA, dass ein Joint Venture-Unternehmen hier nur zum Zwecke des Erwerbs von UMTS-Lizenzen gegründet werden soll. Das Joint Venture ist somit, wie für vertragliche Joint-Ventures üblich, auf eine temporäre Zusammenarbeit für ein bestimmtes Projekt (den Erwerb von UMTS-Lizenzen) angelegt<sup>219</sup>, während eine Beherrschung auf eine gewisse Langfristigkeit ausgerichtet ist. Allerdings ist der Übergang zwischen einem Joint Venture und einer Beherrschung fließend. Denn sollte der Joint Venture-Vertrag über die Beschreibung des Projektgegenstandes und die Festlegung der Rahmenbedingungen hinausgehen und Einfluss auf die Geschäftspolitik des Joint Venture-Unternehmens nehmen, liegt ein verdeckter Beherrschungsvertrag vor<sup>220</sup>. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Beherrschung anstelle eines Joint Ventures sind Regelungen für die Besetzung der Organe, der Ausschüttungspolitik sowie der Lieferungs- und Leistungsbeziehungen des Joint Venture<sup>221</sup> sowie Vetorechte<sup>222</sup>. Ein ausdrückliches Weisungsrecht ist demnach für die Qualifikation als verdeckter Beherrschungsvertrag nicht erforderlich.

In dem CFA zwischen France Telecom und Mobilcom wird betont, dass die Regelung zum Koordinationsausschuss gerade kein Weisungsrecht beinhaltet<sup>223</sup>. Als Argument wird angeführt, dass der Aufsichtsrat von Mobilcom alle Handlungen des Vorstands, die wichtigen Angelegenheiten zum Gegenstand haben, genehmigen muss (4.1.3 CFA FT/M). Allerdings wäre zunächst vom OLG Schleswig zu untersuchen gewesen, ob die festgesetzten Aufgaben in Klausel 4.3.1 CFA FT/M (Bildung eines Rahmens für die Abstimmung des Stimmverhaltens, die Koordination der Positionen und der Maßnahmen in der Hauptversammlung bei wichtigen Angelegenheiten) über eine bloße Koordination hinausgehen und in die Geschäftspolitik von Mobilcom eingreifen. Zudem hätte es sich angeboten auf die konkrete Zusammensetzung des Aufsichtsrats bei Mobilcom einzugehen. Es besteht zumindest der naheliegende Verdacht, dass der Aufsichtsrat von Mobilcom all jene Handlungen des Vorstands von Mobilcom genehmigt/nicht genehmigt, die im Interesse/nicht im Interesse von France Telecom liegen. Diese Annahme stützt sich darauf, dass der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende von France Telecom ernannt wird (4.1.1 CFA FT/M) und entsprechenden Einfluss auf die anderen Aufsichtsratsmitglieder nehmen kann. Die in Klausel 4.4 CFA FT/M aufgeführten wichtigen Angelegenheiten betreffen die Geschäftspolitik von Mobilcom. Sollte der Aufsichtsrat von Mobilcom durch den Einfluss von France Telecom keine unabhängigen und eigenständigen Entscheidungen treffen, ist von einer Beherrschung und nicht nur von einem Joint Venture auszugehen.

#### (b) Koordinationsausschuss als Aktionärsvereinbarung

Der Koordinationsausschuss wurde von France Telecom und S in ihren Rollen als Aktionäre von Mobilcom gebildet und nicht zwischen dem Vorstand von France Telecom und S als Vorstandsvorsitzender von Mobilcom. Bei dem Koordinationsausschuss handelt es sich somit formal um eine

---

<sup>219</sup> zum Joint Venture: *Busch*, RNotZ 2020, 249, 251 f.; *Drinhausen*, MünchHdb.GesR Bd. 6, § 43 Rn. 3; *Kiesgen*, BCA, S. 96.

<sup>220</sup> *Stengel*, in: *Prinz/Kahle, Beck'sches Hdb Personengesellschaften*, § 22 Rn. 67.

<sup>221</sup> *Stengel*, in: *Prinz/Kahle, Beck'sches Hdb Personengesellschaften*, § 22 Rn. 68.

<sup>222</sup> *Schnorbus*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Anhang zu § 52 Rn. 133*.

<sup>223</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 870.

Aktionärsvereinbarung<sup>224</sup>. Mit ihr soll das Stimmverhalten in der Hauptversammlung abgestimmt werden und eine gemeinsame Position sowie Maßnahmen in wichtigen Angelegenheiten gem. 4.4 CFA FT/M koordiniert werden. Derartige Stimmrechtsbindungsverträge sind grundsätzlich zulässig<sup>225</sup>, welches sich auch aus § 136 Abs. 2 AktG und § 405 Abs. 3 Nr. 6 AktG ergibt. Der Sinn und Zweck von Stimmbindungsverträgen ist mitunter die Stabilisierung und Planbarkeit von Entscheidungsabläufen<sup>226</sup>. Als schuldrechtlicher Vertrag hat der Stimmbindungsvertrag keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Stimmabgabe in der Hauptversammlung<sup>227</sup>, sodass eine Beeinträchtigung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung zu verneinen ist<sup>228</sup>. Der Gesetzgeber fördert vielmehr die Kooperation der Aktionäre mit dem durch das UMAG<sup>229</sup> eingeführten Aktionärsforum in § 127a AktG. Gleichwohl drängt sich in der Konstellation des Koordinationsvertrags zwischen FT als Aktionär von Mobilcom und S als Hauptaktionär von Mobilcom die Vermutung auf, dass es sich bei dieser konkreten Vereinbarung weniger um eine Aktionärsvereinbarung auf Augenhöhe, sondern vielmehr um ein Über-/Unterordnungsverhältnis handelt. Dies ergibt sich daraus, dass S nicht nur Hauptaktionär, sondern zugleich auch Vorstandsvorsitzender von Mobilcom war. Hinzukommt die Entscheidung des Vorstands ein eigenes Mobilfunknetz aufbauen zu wollen und an der Versteigerung von UMTS-Lizenzen mitzubieten. Hierfür brauchte er dringend finanzielle Unterstützung. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass das mit der dt. D. AG gegründete Gemeinschaftsunternehmen bereits vor der Versteigerung der UMTS-Lizenzen wieder beendet wurde. Eine Kooperation mit FT entsprach daher auch dem Interesse des S in seiner Rolle als Vorstandsvorsitzender. Denn ohne den Zusammenschluss mit FT hätte er seine Geschäftsstrategie nicht umsetzen können und an der geplanten Versteigerung der UMTS-Lizenzen nicht teilnehmen können.

Der Wortlaut des 4.3.2 CFA FT/M besagt ausdrücklich, dass der Koordinationsausschuss kein Unternehmensgremium ist. Bei einer rein grammatikalischen Auslegung ist Mobilcom vertraglich nicht verpflichtet, den Weisungen von France Telecom Folge zu leisten. Vielmehr beinhaltet 4.5 CFA FT/M ein ausgeklügeltes System zur Streitbeilegung. Formal geht aus diesen Regelungen hervor, dass es den Parteien gerade nicht um die Durchsetzung einer Meinung, sondern auf die Bildung eines Konsenses ankommt. Nach der Ansicht des OLG Schleswig<sup>230</sup> bleibt es dem Mehrheitsaktionär S in einer festgefahrenen Situation unbenommen seine Mobilcom-Anteile zu veräußern. Somit kann die Regelung auch dahingehend verstanden werden, dass S nicht verpflichtet ist, sich dem Willen der France Telecom im Falle eines Dissenses zu beugen.

Auf der anderen Seite ist das Kräfteverhältnis im Koordinationsausschuss eindeutig zu Gunsten FT verteilt. Denn im Falle einer festgefahrenen Situation sind allein die Stimmen der von FT benannten

---

<sup>224</sup> so auch: OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 870; LG Flensburg, Der Konzern 2006, 303, 306 f.

<sup>225</sup> RGZ 133, 90; BGHZ 48, 163, 166 ff.; BGHZ 97, 28, 29 f.; BGH, NJW 1987, 1890, 1892; BGH, WM 2009, 231; OLG Hamm, OLGR 1995, 245; OLG Karlsruhe, OLGR 1999, 358; OLG Oldenburg, AG 2006, 724, 725; *Arnold*, in: MünchKomm-AktG, § 136 Rn. 64; *Godin/Wilhelmi*, AktG, § 136 Rn. 8; *Grundmann*, in: GroßKomm-AktG, § 136 Rn. 70; *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 39 Rn. 54; *Hüffer/Koch*, AktG, § 133 Rn. 27; *Lübbert*, Abstimmungsvereinbarungen, S. 95 ff.; *Lutter/Grune-wald*, AG 1989, 109, 111; *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen, S. 66 ff.; *Rodemann*, Stimmbindungsvereinbarungen, S. 25; *K. Schmidt*, GesR, § 21 Abs. 2 4a; *Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 136 Rn. 84; *a.A. C. Fischer*, AcP 154 (1955), S. 224; *ders.*, AG 1959, 123, 127 ff.; *Müller-Erzbach*, Rechtsdenken, S. 213, 248 ff.; *Püttner*, Depotstimmrecht, S. 94.

<sup>226</sup> *Grundmann*, in: GroßKomm-AktG, § 136 Rn. 66.

<sup>227</sup> *Grundmann*, in: GroßKomm-AktG, § 136 Rn. 66.

<sup>228</sup> so der Antragsgegner France Telecom, LG Flensburg, Der Konzern 2006, 303, 305; *Schürbrand*, ZHR 169 (2005), 35, 46.

<sup>229</sup> Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22.9.2005 (UMAG BGBl I 2005, S. 2802).

<sup>230</sup> so auch: OLG Schleswig, NZG 2008, 868 ff.

Ausschussmitglieder ausschlaggebend. Zwar hat S auch im Falle einer festgefahrenen Situation eine Handlungsalternative. Diese sieht vor, dass S im Falle einer festgefahrenen Situation seine Aktien verkaufen kann (Ziffer 4.4.3.5 CFA FT/M). Anstelle einer echten Handlungsalternative kann in dieser Regelung aber auch ein Zwang/Druckmittel gesehen werden, denn entweder fügt S sich dem Willen von FT oder er verliert durch den Verkauf seiner Aktien seine Stellung als Aktionär. Erschwerend kommt hinzu, dass sich die Regelung nicht nur auf S in seiner Position als Aktionär auswirken wird. Da S auch Vorstandsvorsitzender von Mobilcom ist, kann France Telecom über den Mehrheitsaktionär S ebenfalls Druck auf die Geschäftsführung ausüben. Eine strikte Trennung zwischen S Rolle als Mehrheitsaktionär und Vorstandsvorsitzender wird in der praktischen Handhabung kaum möglich sein.

4.4 CFA FT/M regelt, dass wichtige Angelegenheiten vom Koordinationsausschuss zu beraten und zu koordinieren sind. Zu diesen wichtigen Angelegenheiten gehören neben den in § 119 AktG aufgeführten Rechten der Hauptversammlung auch die Ernennung oder Abberufung des Vorstands (4.4.2 CFA FT/M). Die Ernennung und Abberufung des Vorstands fallen gem. § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG in den Kompetenzbereich des Aufsichtsrats oder des Gerichts (§ 85 AktG). 4.1.3 CFA FT/M trägt dafür Sorge, dass 4.4.2 CFA FT/M nicht gegen die Kompetenzordnung des Aktienrechts verstößt, da die schwebend unwirksame Ernennung/Abberufung eines Vorstands durch eine Genehmigung des Aufsichtsrats geheilt wird.

Für sich genommen erhält France Telecom durch die reine Koordination und Beratung von wichtigen Angelegenheiten im Koordinationsausschuss kein mittelbares Weisungsrecht. Denn der Aufsichtsrat muss alle Handlungen des Vorstands, die sich auf wichtige Angelegenheiten beziehen genehmigen. Allerdings hat France Telecom zusammen mit dem Mehrheitsaktionär und Vorstandsvorsitzenden S über den Koordinationsausschuss die Möglichkeit, den Vorstand und Aufsichtsrat jederzeit zu entlassen. Es ist somit möglich, das FT Druck auf S in seiner Rolle als Vorstandsvorsitzender ausübt, um die erforderliche Einstimmigkeit im Koordinationsausschuss bezüglich wichtiger Angelegenheiten zu erreichen. Hierin ist ein mittelbares Weisungsrecht von France Telecom zu sehen. Zwar bedarf es gem. 4.1.3 CFA FT/M für alle Handlungen des Vorstands von Mobilcom, die sich auf wichtige Angelegenheiten beziehen, einer Genehmigung des Aufsichtsrats. Dieser wird jedoch auch von France Telecom und S maßgeblich beeinflusst, da diese gemäß 4.4.2 CFA FT/M die Möglichkeit haben, Mitglieder des Aufsichtsrats zu berufen und abuberufen. Für sich genommen ist diese vor allem bei jungen Unternehmen beliebte Praxis gem. § 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG und § 103 Abs. 1 Satz 1 AktG von Gesetzes wegen zulässig. Gleichwohl führt sie bei einer Gesamtbetrachtung in Kombination mit den Regelungen zum Kooperationsausschuss zu einem Weisungsrecht.

Gegen ein Weisungsrecht von FT über den Koordinationsausschuss spricht, dass S in seiner Rolle als Aktionär nicht der richtige Adressat für Weisungen des herrschenden Unternehmens ist. Gem. § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG können Weisungen nur von dem herrschenden Unternehmen an den Vorstand der abhängigen Gesellschaft erteilt werden. Eine analoge Anwendung des § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG dahingehend, das auch andere Organe/Gremien Adressaten von Weisungen sein können, ist mangels planwidriger Regelungslücke abzulehnen. Hierfür spricht der eindeutige Wortlaut des § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG „dem Vorstand der [abhängigen] Gesellschaft“. Des Weiteren ist der Aktionär als Mitglied der

abhängigen Gesellschaft weisungsunabhängig. Dies zeigt § 136 Abs. 2 Satz 1 AktG, nachdem ein Vertrag, durch den sich ein Aktionär verpflichtet, nach Weisung der Gesellschaft, des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder nach Weisung einer abhängigen Gesellschaft das Stimmrecht auszuüben, nichtig ist. Zulässig sind jedoch Empfehlungen bzw. Vorschläge von Vorstand und Aufsichtsrat im Rahmen der Bekanntmachung zur Einberufung zur Hauptversammlung. Lediglich die Mitarbeiter der abhängigen Gesellschaft sind auf der Grundlage ihres Arbeitsvertrags verpflichtet den rechtmäßigen Weisungen ihres Arbeitgebers Folge zu leisten.

Anders stellt sich die Sachlage dar, wenn S seine Funktionen als Aktionär und Vorstandsvorsitzender miteinander vermengt. In der Realität ist es nicht auszuschließen, dass France Telecom mit S in dem Koordinationsausschuss auch Themen abstimmt, die S als Vorstandsvorsitzenden betreffen beziehungsweise S seine Interessen als Vorstandsvorsitzender und Aktionär miteinander vermischt. Allerdings entsteht dadurch, anders als bei einer Doppelfunktion als Vorstand und Aufsichtsrat, die gem. § 100 Abs. 2 AktG gesetzlich verboten ist, grundsätzlich kein verbotener Interessenkonflikt. Denn während der Hauptversammlung den inneren Willen der Gesellschaft bildet, ist der Vorstand das Handlungsorgan, das diesen Willen durch die Leitung der Geschäfte umsetzt<sup>231</sup>. In diesem Fall ist es jedoch denkbar, dass S den Vorschlägen von France Telecom auch deshalb Folge leistet, um bei einem erfolgten Zusammenschluss beider Unternehmen Vorteile zu genießen. In einem solchen Fall ergibt sich prozessual die Problematik der Beweisbarkeit eines vorauseilenden Gehorsams des S in seiner Funktion als Vorstand der abhängigen Gesellschaft.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass durch einen, von Aktionären gebildeten Koordinationsausschuss, grundsätzlich kein Weisungsrecht begründet wird. Dies kann im Einzelfall anders sein, wenn ein Mitglied des Koordinationsausschuss zugleich Vorstandsmitglied in der abhängigen Gesellschaft ist und ein anderes Mitglied im Koordinationsausschuss als Vertreter des herrschenden Unternehmens nachweisbar Druck aufbaut, dem das Vorstandsmitglied nicht standhalten kann. Zudem kann ein Weisungsrecht damit begründet werden, dass die Möglichkeit, die die schwächere Partei im Falle einer festgefahrenen Situation hat, tatsächlich keine echte Entscheidungsmöglichkeit ist, wie etwa die Veräußerung aller Aktien, welche mit einem Verlust der Aktionärsstellung einhergeht.

#### bb) Business Combination Agreement als Teilbeherrschungsvertrag

BCA enthalten häufig Regelungen zur zukünftigen Gruppenstruktur. Hierin kann im Einzelfall die teilweise Unterstellung der Leitung unter ein anderes Unternehmen liegen. Eine teilweise Unterstellung der Leitungsmacht ist anzunehmen, wenn sie sich nur auf einzelne Betriebe oder einzelne Unternehmensfunktionen beschränkt<sup>232</sup>. Die rechtliche Behandlung einer nur teilweisen Unterstellung ist umstritten. Die einen qualifizieren sie als Beherrschungsvertrag, die anderen als schuldrechtlichen Vertrag.

---

<sup>231</sup> *Drinhausen*, in: *Hölters*, AktG, § 118 Rn. 5; *Hüffer/Koch*, AktG, § 118 Rn. 3; *Reger*, in: *Bürgers/Körber*, AktG, § 118 Rn. 1; *Spindler*, in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, § 118 Rn. 12.

<sup>232</sup> *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 291 Rn. 20; *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 291 Rn. 49; *Langenbacher*, in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, § 291 Rn. 30.

## (1) Vertragliche Regelung

Das BCA Unicredit/HVB regelt in Nr. 6.1 das Folgende:

Nr. 6.1 Änderungen der Struktur der gemeinsamen Gruppe

...

Gründung einer CEE-Holding durch Unicredit, wodurch B [Privatstiftung zur Verwaltung von Anteilsrechten] direkt von U gehalten würde;

Erwerb der von B gehaltenen CEE-Gesellschaften durch die neue CEE-Holding-Gesellschaft, sofern eine solche gegründet wird;

Einbringung aller von Unicredit im CEE-Raum gehaltenen Unternehmen in die CEE-Holding-Gesellschaft, sofern eine solche gegründet wird;

Verschmelzung der vormals von der HVB bzw. Unicredit in den jeweiligen CEE-Ländern gehaltenen Unternehmen, soweit angemessen.

Entscheidung darüber, ob die Asset-Management-Gesellschaften der HVB zukünftig ebenfalls unmittelbar von der Vermögensverwaltungs-Zwischenholding der Unicredit, PGAM gehalten werden sollen.

Sollte die Entscheidung getroffen werden, eine der vorstehenden Optimierungsmaßnahmen nach Vollzug des HVB-Angebots durchzuführen, werden entsprechende Maßnahmen erst nach Einholung bzw. Herbeiführung aller Zustimmungen bzw. Beschlüsse umgesetzt, die nach den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen, kartellrechtlichen, umwandlungsrechtlichen bzw. sonstigen rechtlichen Vorschriften erforderlich sind.

## (2) Rechtliche Würdigung

Die geplanten Optimierungsmaßnahmen laufen darauf hinaus, dass die HVB ihr Zentral- und Osteuropageschäft auf die Unicredit überträgt. Es handelt sich also nicht um die Unterstellung der vollständigen Leitungsfunktion, sondern nur um diejenige eines einzelnen Betriebsteils der HVB, namentlich der CEE-Gesellschaften. Das Zentral- und Osteuropageschäft gehört zu den ertragsreichsten Geschäftsbereichen der HVB.

Gegen eine Leitungsunterstellung spricht, dass der Erwerb der Anteile der B [Privatstiftung zur Verwaltung von Anteilsrechten, gegründet von der Unicredit] nicht allein von der Unicredit, sondern auch von der Zustimmung der Hauptversammlung der HVB abhängt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die wesentlichen Organe der HVB von der Unicredit besetzt sind<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740.

Fraglich ist, ob die Unterstellung nur des Zentral- und Osteuropageschäfts der HVB, also bloß die Unterstellung eines Betriebsteils, zu einer Unterstellung unter die Leitung der Unicredit führt. Des Weiteren ist die Frage zu beantworten, inwieweit das Weisungsrecht modifiziert werden kann. Während einige das Weisungsrecht nicht als zwingende Voraussetzung für einen (Teil-) Beherrschungsvertrag ansehen, sehen andere das Weisungsrecht als unverzichtbares Merkmal eines (Teil-)Beherrschungsvertrags an.

#### (a) Vollständiger Ausschluss des Weisungsrechts

Nach einer Meinung<sup>234</sup> ist ein Vertrag auch dann als Beherrschungsvertrag zu qualifizieren, wenn in ihm das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens vollständig ausgeschlossen ist. Als Kernargument dient ihnen die Privatautonomie<sup>235</sup>. Der Wortlaut des § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG besagt „Bestimmt der Vertrag nichts anderes, so können auch Weisungen erteilt werden, die für die Gesellschaft nachteilig sind, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen.“ Wenn schon nachteilige Weisungen gem. § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG ausgeschlossen werden können, dann müsse erst recht ein vollständiger Ausschluss möglich sein<sup>236</sup>. Diese Auslegung entspräche auch dem Willen des Gesetzgebers, der den Zustand faktischer Beherrschung zugunsten des Beherrschungsvertrags beseitigen will<sup>237</sup>. Folglich überlässt es § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG den Vertragspartnern, den Umfang des Weisungsrechts festzulegen<sup>238</sup>.

Ein vollständiger Ausschluss des Weisungsrechts ist, wie nachfolgend dargelegt, abzulehnen<sup>239</sup>. Das Weisungsrecht ist vielmehr als unverzichtbares Merkmal des Beherrschungsvertrags anzusehen<sup>240</sup>. Dies hat zur Folge, dass bei dessen vollständigem Ausschluss, also ohne Weisungsrecht, kein Beherrschungsvertrag vorliegen kann. Denn ein vollständiger Ausschluss stünde im Widerspruch zu § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG<sup>241</sup>. Gem. § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG sind diejenigen Unternehmen als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag besteht. Eine einheitliche Leitung wird jedoch nur durch ein Weisungsrecht ermöglicht. Zudem kann für den Beherrschungsvertrag nach §§ 291 Abs. 1 Var. 1 AktG, § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG keine einheitliche Leitung gem. § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG vermutet werden, wenn das Weisungsrecht nicht essenziell wäre. Das Argument, dass es zur Sicherung der Aktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft keines Beherrschungsvertrags bedarf<sup>242</sup>, ist zirkelschlüssig, denn die Sicherungsinstrumente der §§ 300 ff. AktG setzen die Existenz eines Beherrschungsvertrags gerade voraus<sup>243</sup>. Ferner ist ein Vertragsinhalt,

---

<sup>234</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 99 ff.; *Ederle*, Verdeckte Beherrschungsverträge, S. 164 ff.; *Exner*, Beherrschungsvertrag, S. 114 ff.; *Geßler*, FS Beitzke, S. 923, 931 ff.; *ders.*, in: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 291 Rn. 53; *Glaser*, Grenzen, S. 212 ff.; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 152; *Veil*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 308 Rn. 7.

<sup>235</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 101; *Geßler*, FS Beitzke, S. 923, 931.

<sup>236</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 101; *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 291 Rn. 53; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 152.

<sup>237</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, Vor §§ 291 ff. Rn. 15, § 291 Rn. 99; *Flume*, DB 1959, 190; *ders.*, Referentenentwurf, S. 20 ff; *Würdinger*, DB 1958, 1447.

<sup>238</sup> *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 291 Rn. 53.

<sup>239</sup> ablehnend auch LG München I, DB 2000, 1217; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 291 Rn. 22 f.; *Hirte/Schall*, Der Konzern 2006, 243, 244; *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 11; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 21 ff.; *ders.*, FS Canaris, S. 211 ff.; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 6, 155; *Langenbacher*, in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, § 291 Rn. 33; *Liebscher*, GmbH-KonzernR Rn. 589 f.; *Schürmbrand*, ZHR 169 (2005), 35, 43; *Veil*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 291 Rn. 25; *ders.*, Unternehmensverträge, S. 235 f.

<sup>240</sup> *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 11; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 22.

<sup>241</sup> *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 291 Rn. 23.

<sup>242</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 92 f.; *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 291 Rn. 43.

<sup>243</sup> *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 22.

der die Leitung der Gesellschaft unter den Willen eines anderen Unternehmens stellt, schwer vorstellbar, wenn im Konfliktfall der Wille dieses Unternehmens ausgeschlossen ist<sup>244</sup>. Bei einer vollständigen Abdingbarkeit des Weisungsrechts wird somit die Interessenstruktur des herrschenden Unternehmens verkannt<sup>245</sup>. Durch das Weisungsrecht als zwingenden Bestandteil des Beherrschungsvertrags wird die Vertragsfreiheit weniger zum Schutz der abhängigen Gesellschaft, sondern vielmehr zu Lasten des herrschenden Unternehmens eingeschränkt. Dadurch soll eine Übervorteilung der abhängigen Gesellschaft sowie ihrer Aktionäre und Gläubiger verhindert werden. Eine Übervorteilung der abhängigen Gesellschaft ergäbe sich daraus, dass das herrschende Unternehmen nur dann auf einen Teil seiner Leitungsmacht verzichtet, wenn es sich damit die erforderliche Zustimmung der Aktionäre der abhängigen Gesellschaft erkaufen kann<sup>246</sup>. Die abhängige Gesellschaft könnte somit das herrschende Unternehmen erpressen. Folglich ist das Weisungsrecht schon aus Gründen des Selbstschutzes des herrschenden Unternehmens nicht dispositiv. Es ist daher zwingender Bestandteil des Beherrschungsvertrags.

#### (b) Teilweiser Ausschluss des Weisungsrechts

Der teilweise Ausschluss des Weisungsrechts wird unter dem Stichwort „Teilbeherrschungsvertrag“ diskutiert.

Es ist zwischen zwei Arten von Teilbeherrschungsverträgen zu differenzieren: Bei dem einen werden nur einzelne Betriebe (aa) und bei dem anderen einzelne Unternehmensfunktionen (cc) unter die Leitung eines fremden Unternehmens gestellt<sup>247</sup>. Beiden ist gemein, dass das beherrschungsvertragliche Einflusspotential eingeschränkt wird.

#### (aa) Unterstellung einzelner Betriebe

Weitestgehend Einigkeit<sup>248</sup> besteht dahingehend, dass die Unterstellung einzelner Betriebe unter die Leitungsgewalt eines anderen Unternehmens nicht den Anforderungen eines Weisungsrechts genügt. Denn die Unterstellung bezieht sich nur auf einen Teilbereich des Unternehmens (Anlagen, Produktionstätigkeit, gegebenenfalls auch des Absatzes der Erzeugnisse) und nicht auf das Unternehmen als Ganzes. Eine einheitliche Leitung des Unternehmens könne somit nicht gewährleistet werden. Außerdem wäre eine einheitliche Leitung zweier Unternehmen bei einer Beschränkung auf einzelne Betriebe kaum praktikabel<sup>249</sup>. Die Unterstellung einzelner Betriebe richtet sich demnach nach dem allgemeinen Aktienrecht, insbesondere § 76 Abs. 1 AktG<sup>250</sup> oder im Falle eines Abschlusses eines Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrags nach § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG.

---

<sup>244</sup> so aber *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 90 ff; **a.A.** *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 22.

<sup>245</sup> *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 22.

<sup>246</sup> *Exner*, Beherrschungsvertrag, S. 114.

<sup>247</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 87 ff.

<sup>248</sup> *Dierdorf*, Herrschaft, S. 110 f.; *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch, § 11 Rn. 14; *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 49; *Glaser*, Grenzen, S. 208 ff.; *Godin/Wilhelmi*, AktG, § 292 Rn. 2; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 45; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 5; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 31; *Möhring/Tank*, Bd. 1, Rn. 741.3; *Mülbert*, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 97; *Würdinger*, Konzernrecht, S. 323; *ders.*, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 8; anders: *Exner*, Beherrschungsvertrag, S. 111 ff.; **a.A.** *Veil*, Unternehmensverträge, S. 235; *ders.*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 291 Rn. 24.

<sup>249</sup> *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 45; *Mülbert*, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 97.

<sup>250</sup> *Mülbert*, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 97.

#### (bb) Auswirkungen auf 6.1 BCA Unicredit/HVB

Der Vertrag über die Übertragung des Zentral- und Osteuropageschäfts der HVB auf die Unicredit und die anschließende Verschmelzung der in den jeweiligen Ländern gehaltenen Unternehmen führt nicht zu einer Leitungsunterstellung der HVB unter die Leitung der Unicredit.

Nach überzeugender Ansicht<sup>251</sup> führt die Übertragung nur eines einzelnen Unternehmensteils nicht zu einer umfassenden Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens. Insbesondere aus dem letzten Absatz von 6.1 des BCA Unicredit/HVB geht hervor, dass die HVB und die Unicredit für die Übertragung des Zentral- und Osteuropageschäfts einen separaten Unternehmensvertrag abschließen wollen. Es handelt sich dabei um eine Teilveräußerung, ohne dass sich die Leitung der HVB der Leitung der Unicredit unterstellt. Sofern die Teilveräußerung das Kernstück der abhängigen Gesellschaft darstellt, werden die außenstehenden Gläubiger und Aktionäre hinreichend durch die Holzmüller-<sup>252</sup>/Gelatine-<sup>253</sup> Rechtsprechung geschützt. Diese begründet eine ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz mit einer Dreiviertelmehrheit des vertretenen Grundkapitals<sup>254</sup> der abhängigen Gesellschaft, als Schutz vor einer Mediatisierung ihres Einflusses infolge der Ausgliederung.

Sofern die Einwirkung auf den einzelnen Unternehmensteil Auswirkungen auf den gesamten Konzern haben sollte, mithin die gesamte Unternehmensplanung, Personalpolitik oder das Finanzwesen wesentlich bestimmt werden, ist ein Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens anzunehmen, siehe unten (cc) (bbb) Unterstellung wesentlicher Leitungsfunktionen.

#### (cc) Unterstellung einzelner Leitungsfunktionen

In Literatur und Rechtsprechung wird kontrovers diskutiert, ob schon die Unterstellung einzelner Leitungsfunktionen zu einer Unterstellung der Leitung führen kann. Im Wesentlichen haben sich drei Meinungsrichtungen herausgebildet. Eine Ansicht verlangt die Unterstellung aller Leitungsfunktionen (aaa), eine vermittelnde Meinung lässt die Unterstellung wesentlicher Leitungsfunktionen ausreichen (bbb) und für die am weitestgehende Ansicht ist die Unterstellung nur eingeschränkter Leitungsbefugnisse ausreichend (ccc).

#### (aaa) Unterstellung aller Leitungsfunktionen

Diese Ansicht<sup>255</sup> verlangt für die Unterstellung im Sinn des § 291 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 AktG die Unterstellung aller von § 76 AktG erfassten Leitungsfunktionen. Hierauf deuten in systematischer Hinsicht die Ausgleichs- und Abfindungsregeln in §§ 304 ff. AktG hin. Dies gilt vor allem für § 305 Abs. 3 AktG, der von einer fusionsähnlichen Wirkung des Beherrschungsvertrags ausgeht<sup>256</sup>. Zudem stehen die umfassende Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens und die Stellung der Gläubiger und

---

<sup>251</sup> siehe oben unter (aa).

<sup>252</sup> BGHZ 83, 122.

<sup>253</sup> BGHZ 159, 30, 40.

<sup>254</sup> BGHZ 159, 30, 45 f.

<sup>255</sup> Koppsteiner, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 49.

<sup>256</sup> Koppsteiner, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 49.

Aktionäre der abhängigen Gesellschaft in einem synallagmatischen Verhältnis. Bei einer Ausdehnung des Weisungsbegriffs auf die Unterstellung nur einzelner Leitungsfunktionen würde dieses Synallagma zu Lasten der Gläubiger und Minderheitsaktionäre des herrschenden Unternehmens gestört werden<sup>257</sup>. Schließlich müsste eine variable Interpretation der Unterstellung zur Folge haben, dass auch im Bereich des Außenseiterschutzes Abstufungen möglich sind<sup>258</sup>, welche aber aufgrund der zwingenden gesetzlichen Regelungen zur Abfindung und zum Ausgleich in den §§ 304, 305 AktG nicht der Fall sind.

#### (bbb) Unterstellung wesentlicher Leitungsfunktionen

Andere<sup>259</sup> lassen für eine Unterstellung im Sinn von § 291 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 AktG die Unterstellung wesentliche Leitungsfunktionen genügen. Für die Unterstellung unter fremder Leitung ist es nach dieser Ansicht erforderlich und ausreichend, dass das herrschende Unternehmen infolge der Übertragung der Leitungsfunktion in die Lage versetzt wird, eine auf das Gesamtinteresse der verbundenen Unternehmen ausgerichtete Zielkonzeption zu entwickeln und durchzusetzen<sup>260</sup>. Zu den wesentlichen Leitungsfunktionen zählen die Unternehmensplanung, Unternehmenskoordination oder -kontrolle, Personalpolitik, Forschung und das Finanzwesen<sup>261</sup>. Schon durch die Übertragung einer umfassenden Leitungsbefugnis für wesentliche Entscheidungsbereiche wird das herrschende Unternehmen in die Lage versetzt, Leitungsmaßnahmen zu treffen, die sich auf die gesamte Geschäftsführungstätigkeit der abhängigen Gesellschaft auswirken<sup>262</sup>. Folglich unterstellt sich die abhängige Gesellschaft auch mit einer Übertragung der wesentlichen Leitungsfunktionen in ihrer Gesamtheit der Leitung eines anderen Unternehmens<sup>263</sup>.

Nach der Ansicht von *Veil*<sup>264</sup> hat die Unterstellung nur wesentlicher Leitungsfunktionen eine Modifikation des Schutzsystems zur Folge. Als Ausgleich für die nicht vollumfängliche Übertragung der Leitung ist der andere Vertragsteil weder verpflichtet die Verluste der Gesellschaft auszugleichen noch den Gläubigern bei Vertragsende Sicherheiten zu leisten.

#### (ccc) Unterstellen auch bei eingeschränkter Leitungsbefugnis

*Altmeyden*<sup>265</sup> hält auch die Unterstellung einer nur eingeschränkten Leitungsbefugnis im Rahmen des § 291 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 AktG für ausreichend. Auf den Begriff der „Wesentlichkeit“ komme es nicht an. Dies ergäbe sich aus § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG und § 14 Nr. 2 KStG aF, die im hier relevanten

---

<sup>257</sup> *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 49.

<sup>258</sup> *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 49; *Kropff*, ZGR 1984, 112, 122.

<sup>259</sup> KG (LG Berlin), NZG 2000, 1132, 1133; LG München I, BeckRS 2008, 2740, 2766; *Bachmann/Veil*, ZIP 1999, 348, 353; *Dierdorf*, Herrschaft, S. 110 f.; *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch, § 11 Rn. 11 („zentrale Leitungsfunktionen“); *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 291 Rn. 21; *Exner*, Beherrschungsvertrag, S. 111; *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 291 Rn. 51; *Glaser*, Grenzen, S. 208 ff.; *Heptner*, Einschränkungen, S. 57 f.; *Hirte/Schall*, Der Konzern 2006, 243, 244; *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 10 f.; *Kienzle*, Beherrschungsverträge, S. 43; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 5; *Veil*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 291 Rn. 24; *a.A. Mühlert*, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 96.

<sup>260</sup> siehe oben B.II.1.a) aa), Fn. 183.

<sup>261</sup> *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 291 Rn. 20 f.; *Hirte/Schall*, Der Konzern 2006, 243, 244 f.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 10; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 5; *Raiser/Veil*, KapGesR, § 54 Rn. 2.

<sup>262</sup> *Dierdorf*, Herrschaft, S. 111; *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 291 Rn. 51.

<sup>263</sup> *Dierdorf*, Herrschaft, S. 111.

<sup>264</sup> *Veil*, Unternehmensverträge, S. 241 f., 245 mit der Einschränkung, dass der andere Vertragsteil nicht das herrschende Unternehmen sein kann.

<sup>265</sup> *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 84 ff.; so auch: *Hirte/Schall*, Der Konzern 2006, 243, 245; *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 17; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 237.

Zusammenhang die Vertragsfreiheit gerade nicht einschränken<sup>266</sup>. Diese Annahme würde durch die Regierungsbegründung gestützt werden, die von der Möglichkeit einer vertraglichen Einschränkung der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens ausgeht<sup>267</sup>.

### (c) Stellungnahme

Ausgangspunkt der Stellungnahme ist der Sinn und Zweck der Vorschrift. Mit den Regelungen über den Beherrschungsvertrag sollen hauptsächlich zwei Ziele verfolgt werden: Zum einen ein „Schutzrecht“ und zum anderen ein „Organisationsrecht“<sup>268</sup>. Hinter dem Begriff „Organisationsrecht“ verbirgt sich die Frage nach der Vertragsfreiheit im Konzernrecht. Aus dem Regelungszweck der §§ 291 ff. AktG geht hervor, dass den Parteien ein gewisses Maß an Organisationsautonomie zusteht<sup>269</sup>. So erlaubt § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG einen vertraglichen Ausschluss nachteiliger Weisungen. Die Vertragsparteien können nachteilige Weisungen generell<sup>270</sup> oder für bestimmte schwerwiegende Maßnahmen<sup>271</sup> ausschließen. Wenn nachteilige Weisungen schon vollständig ausgeschlossen werden können, dann sollte den Vertragsparteien erst recht die Möglichkeit gegeben werden, das Weisungsrecht lediglich auf vertraglich festgelegte Leitungsfunktionen zu beschränken. Im Gegensatz zu § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG geht es dann nicht um das „ob“ nachteiliger Weisungen, sondern um das „wie“ der Weisung. Diese Argumentation führt zu dem Ergebnis, dass das Organisationsrecht einer teilweisen Übertragung der Leitungsmacht nicht entgegensteht. Hinzu kommt, dass auch Schutzzweckgesichtspunkte einem eingeschränkten Weisungsrecht nicht entgegenstehen. Entgegen der ersten Ansicht bestehen zwischen den konzernrechtlichen Schutzvorschriften, §§ 302 ff. AktG und den Befugnissen des herrschenden Unternehmens, gerade kein Synallagma. Denn obwohl dem herrschenden Unternehmen nur ein eingeschränktes Weisungsrecht zusteht, finden die konzernrechtlichen Schutzvorschriften uneingeschränkt Anwendung<sup>272</sup>. Die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft benötigen also keinen gesonderten Schutz bei einem Beherrschungsvertrag mit eingeschränktem Weisungsrecht.

Besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, dass eine formale Eingrenzung des Weisungsrechts aus praktischer Sicht Auswirkungen auf die gesamte Unternehmensführung haben kann<sup>273</sup>. Dies gilt vor allem für den Finanzbereich, der von herausgehobener Bedeutung für die unternehmerische Tätigkeit ist. Der Einfluss auf den Finanzbereich führt dazu, dass weitgehend die gesamte Geschäftspolitik durch das herrschende Unternehmen bestimmt wird<sup>274</sup>. Eine gegenständliche Begrenzung des Weisungsrechts führt also nicht zwingend zu einer entsprechenden Begrenzung einer effektiven Leitungsmacht<sup>275</sup>. Vielmehr kann das herrschende Unternehmen mit einem eingeschränkten Weisungsrecht

---

<sup>266</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 84.

<sup>267</sup> Begr. RegE. zu § 308 AktG, in: Kropff, AktG, S. 403.

<sup>268</sup> *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 6 ff. m.w.N.

<sup>269</sup> *Bachmann/Veil*, ZIP 1999, 348, 354; *Hüffer/Koch*, AktG, § 308 Rn. 12; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 308 Rn. 7; **a.A.** nur eine geringe Vertragsfreiheit: *Kropff*, BB 1965, 1281, 1287.

<sup>270</sup> *Dierdorf*, Herrschaft, S. 109; *Godin/Wilhelmi*, AktG, § 308 Rn. 2; *Hueck*, in: Baumbach/Hueck, AktG, § 308 Rn. 3; *Würdinger*, Konzernrecht, S. 283.

<sup>271</sup> *Brachvogel*, Leitungsmacht, S. 49; *Dierdorf*, Herrschaft, S. 109; *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 30, 46; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 308 Rn. 37; *Würdinger*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 13 aE.

<sup>272</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 92; *Bachmann/Veil*, ZIP 1999, 348, 354; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 233 ff.

<sup>273</sup> *Dierdorf*, Herrschaft, S. 78 f., 111; *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 51.

<sup>274</sup> *KG*, NZG 2000, 1132, 1133; *Hirte*, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 18; *Hirte/Schall*, Der Konzern 2006, 243, 245 f.; *Kort*, in: GroßKomm-AktG (4. Aufl. 2003), § 76 Rn. 36; *Mertens*, in: KölnKomm-AktG (2. Aufl. 1996), § 76 Rn. 54.

<sup>275</sup> *Dierdorf*, Herrschaft, S. 111.

bezogen auf unternehmerische Schlüsselbereiche – wie etwa dem Finanzbereich – einen herrschenden Einfluss auf die abhängige Gesellschaft ausüben.

Zudem verdeutlicht die erwerbsrechtliche Konzeption des Beherrschungsvertrags, dass die Parteien Weisungsrechte begründen können. Sie müssen daher erst recht befugt sein, ein geringeres Maß an Einflussrechten zu begründen, die den anderen Vertragsteil in die Entscheidungsbefugnisse der Verwaltungsorgane einbindet<sup>276</sup>. Dieses Argument findet seine gesetzliche Unterstützung in § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG. Aus dem vertraglichen Ausschluss nachteiliger Weisungen geht hervor, dass das Weisungsrecht in einem gewissen Maß der Vertragsfreiheit unterliegt. Es bleibt somit festzuhalten, dass auch ein eingeschränktes Weisungsrecht zu einem „Unterstellen unter fremde Leitung“ führt, soweit das herrschende Unternehmen die Möglichkeit hat, mit diesem Mittel auf die gesamte Leitung der abhängige Gesellschaft Einfluss zu nehmen.

#### (d) Ergebnis

Bei einem teilweisen Ausschluss des Weisungsrechts aufgrund eines „Teilbeherrschungsvertrags“ ist zwischen der Unterstellung einzelner Betriebe und der Unterstellung einzelner Leitungsfunktionen zu unterscheiden.

Die Unterstellung einzelner Betriebe begründet für sich genommen noch kein Weisungsrecht. Es fehlt an einer Unterstellung des Unternehmens als Ganzes. Im Falle einer Unterstellung eines wesentlichen Betriebsteils ist jedoch darüber nachzudenken, ob dies nicht praktisch eine Auslagerung desselbigen darstellt und demnach die ungeschriebene Kompetenz der Hauptversammlung nach der Holz-müller/Gelatine Rechtsprechung begründet wird.

Bei der Unterstellung einzelner Leitungsfunktionen wird ein Weisungsrecht dann begründet, wenn es sich um „wesentliche“ Leitungsfunktionen handelt. Zu diesen zählen die Unternehmensplanung, Unternehmenskoordination und -kontrolle, die Personalpolitik, Forschung und das Finanzwesen. Die Qualifikation als Weisungsrecht ist damit zu begründen, dass bei einer Übertragung der genannten Leitungsbefugnisse das herrschende Unternehmen Entscheidungen trifft, die die gesamte Geschäftstätigkeit der abhängigen Gesellschaft betrifft. Die Unterstellung einzelner Leitungsfunktionen kann somit Wirkungen entfalten, als hätte das herrschende Unternehmen über ein umfassendes Weisungsrecht verfügt.

#### cc) Vereinbarung einer monistischen Gruppenstruktur

Eine weitere Regelung zur künftigen Gruppenstruktur enthält das BCA Linde/Praxair. Bei dem Zusammenschluss unter Gleichen (*Merger of Equals*) haben sich die Linde AG und Praxair Inc. auf eine monistische Gruppenstruktur geeinigt. Bei einer monistischen Gruppenstruktur gibt es nur ein Verwaltungsorgan und nicht, wie in der Aktiengesellschaft, die Organe Vorstand und Aufsichtsrat<sup>277</sup>. Es fehlt

---

<sup>276</sup> Veil, Unternehmensverträge, S. 237.

<sup>277</sup> Frodermann, in: Jannott/Frodermann, Hdb.AktR, Rn. 132; Merkt, ZGR 2003, 650, 652.

somit ein eigenes unternehmensinternes Kontrollorgan. Diese Struktur kommt aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum und ist dort weit verbreitet.

#### (1) Vertragliche Regelung

Das BCA Agreement Linde/Praxair regelt in Anhang III das Folgende zur Gruppenstruktur:

##### Anhang III Nr. 3 BCA Zusammensetzung, Richtlinien und Entscheidungen des neuen Holdco-Boards

###### Anfängliche Zusammensetzung

Das neue Holdco-Board besteht zum Zeitpunkt des Inkrafttretens aus zwölf (12) Direktoren, von denen sechs (6) vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens von Linde aus den damaligen Linde-Aufsichtsratsmitgliedern (jeweils ein "Linde Bevollmächtigter") und sechs (6) vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens von Praxair aus den damaligen Praxair-Board-Mitgliedern (jeweils ein "Praxair Bevollmächtigter") benannt werden. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens sollen elf (11) Mitglieder des Board of Directors der neuen Holdco nicht geschäftsführende Direktoren sein und das zwölfte Mitglied soll der Chief Executive Officer sein. Das Board der neuen Holdco wird jeden der Linde Beauftragten und der Praxair Beauftragten (oder seinen oder ihren gemäß Abschnitt 3(b) vorgenommenen Ersatz) zur Wiederwahl in das Board der neuen Holdco bei jeder der jährlichen Hauptversammlungen der neuen Holdco nominieren, um sicherzustellen, dass die Linde Beauftragten und Praxair Beauftragten (oder ihren oder ihren gemäß Abschnitt 3(b) vorgenommenen Ersatz) für die Dauer der Integrationsphase im Board der neuen Holdco tätig sind.

###### Zusammensetzung während der Integrationsphase

Während der Integrationsphase soll das Board der neuen Holdco aus zwölf (12) Direktoren bestehen, von denen sechs (6) Direktoren von Linde und sechs (6) Direktoren von Praxair sein sollen.

###### Anhang III Nr. 8 Erster Chief Executive Officer

Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens wird Herr Stephen F. Angel (oder für den Fall, dass er nicht in der Lage oder nicht bereit ist, die Position des Chief Executive Officer zum Zeitpunkt des Inkrafttretens zu bekleiden, ein vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens von Praxair benannter Ersatz) als Chief Executive Officer und Mitglied des Board of Directors der neuen Holdco fungieren und einen der sechs (1 von 6) Beauftragten von Praxair darstellen.

#### (2) Rechtliche Würdigung

Das BCA Linde/Praxair sieht als Unternehmensstruktur ein monistisches System vor. Das bedeutet, dass es nur die Organe „Board“ (Verwaltungsrat) und „Shareholder's Meeting“ (Hauptversammlung) gibt und kein Supervisory Board als Aufsichtsorgan, wie es in der deutschen Aktiengesellschaft zwingend vorgesehen ist.

Nach der Ansicht des LG München I<sup>278</sup> lässt sich aus der Vereinbarung einer monistischen Struktur kein Weisungsrecht ableiten. Mit dem BCA stellen sich Linde und Praxair unter die einheitliche Leitung der neuen Holdco „Linde plc“, deren Verwaltungsrat paritätisch besetzt ist. Dem CEO kommt kein doppeltes Stimmrecht zu. Die paritätische Besetzung des Verwaltungsrats verhindert, dass Vertreter von Praxair gegenüber Linde Maßnahmen gegen den Willen von Linde durchsetzen können. Dies gilt vor allem für die Kapitalausstattung bei Linde<sup>279</sup>.

Der Ansicht des LG München I ist zuzustimmen. Durch die paritätische Besetzung des Verwaltungsrats sind die von Linde und Praxair entsandten Verwaltungsratsmitglieder gezwungen, sich bei jeder Entscheidung zu einigen. Es besteht nicht die Möglichkeit gegen den Willen der Vertreter der anderen Gesellschaft Maßnahmen durchzusetzen. Anders wäre dies sicherlich, wenn der Verwaltungsrat nicht paritätisch besetzt wäre und die Vertreter des einen Unternehmen eine deutliche Mehrheit in dem anderen Unternehmen hätten oder dem CEO im Falle einer Pattsituation ein doppeltes Stimmrecht zukäme.

Allein die Tatsache, dass der CEO aus dem Lager von Praxair kommt, begründet noch kein Weisungsrecht gegenüber Linde<sup>280</sup>. Zwar kommen von ihm die Vorgaben für das operative Geschäft. Allerdings kann eine derartige Konstellation auch im – rechtlich anerkannten – faktischen Konzern vorkommen. Hinzukommt, dass der CEO kein doppeltes Stimmrecht im Verwaltungsrat hat, mithin nach dem Prinzip „one man, one vote“ überstimmt werden kann. Die personellen Verflechtungen lassen die Unabhängigkeit der Verwaltungsratsmitglieder und die Geltung konzernrechtlicher Regelungen unberührt<sup>281</sup>. Zudem sind die Mitglieder des Verwaltungsrats der neuen Holdco Linde plc. verpflichtet, ihre Pflichten aus diesem Tätigkeitskreis im Interesse der Holdco zu erfüllen.

#### dd) Einrichtung eines Präsidialausschusses und Management-Ausschuss

Das BCA Linde/Praxair regelt neben der Einführung einer monistischen Gruppenstruktur in der neuen Holdco die Einrichtung von Ausschüssen. Hierzu zählen ein Präsidialausschuss sowie ein Management-Ausschuss.

---

<sup>278</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 389.

<sup>279</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 390.

<sup>280</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 390.

<sup>281</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 390; *Schmidbauer/Kürten*, NZG 2021, 1150, 1152.

## (1) Vertragliche Regelung

Das BCA Linde/Praxair regelt in Annex 3 das Folgende zum Präsidialausschuss und Management-Ausschluss:

### Annex 3 Nr. 7 Ausschüsse der neuen Holdco

#### a. Präsidialausschuss

Der Vorstand der neuen Holdco verfügt über einen Präsidialausschuss, der sich während der Integrationsphase aus zwei (2) Linde Beauftragten (von denen einer der Vorsitzende des Vorstands der neuen Holdco sein wird, solange der Vorsitzende ein Linde Beauftragter ist) und zwei (2) Praxair Beauftragte (von denen einer der Chief Executive Officer sein wird, solange der Chief Executive Officer ein Praxair Beauftragter ist) zusammensetzt. Während der Integrationsphase wird der Präsidialausschuss vom Vorsitzenden des Vorstands der neuen Holdco geleitet. Die Rolle und die Zuständigkeiten des Präsidialausschusses werden vom Vorstand der neuen Holdco festgelegt, in einer schriftlichen Charta festgehalten und von Zeit zu Zeit vom Vorstand der neuen Holdco auf ihre Angemessenheit hin überprüft, umfassen aber zunächst folgende Punkte: [...]

### Annex 3 Nr. 8 Erster Chief Executive Officer

Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens wird Herr Stephen F. Angel (oder für den Fall, dass er nicht in der Lage oder nicht bereit ist, die Position des Chief Executive Officer zum Zeitpunkt des Inkrafttretens zu bekleiden, ein vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens von Praxair benannter Ersatz) als Chief Executive Officer und Mitglied des Board of Directors der neuen Holdco fungieren und einen der sechs (1 von 6) Beauftragten von Praxair darstellen.

### Annex 3 Nr. 9 Management-Ausschuss

Ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens hat die neue Holdco-Gruppe einen Management-Ausschuss, der sich aus leitenden Angestellten der neuen Holdco-Gruppe zusammensetzt, die dem Chief Executive Officer unterstellt sind und von denen jeder einen Arbeitsvertrag mit einer Tochtergesellschaft der neuen Holdco hat, soweit dies nach geltendem Recht oder den Anforderungen von Abschnitt 2 erforderlich ist. Der Management-Ausschuss bildet die oberste Führungsebene der neuen Holdco-Gruppe. Zur Klarstellung: Der Management-Ausschuss ist kein Organ der neuen Holdco und kein Ausschuss oder Organ des Board of Directors der neuen Holdco. Die Mitglieder des Management-Ausschusses tragen die Bezeichnung "Executive Officers" der neuen Holdco-Gruppe und mit Ausnahme des Chief Financial Officers darf keiner von ihnen ein Amt oder eine Anstellung bei der neuen Holdco innehaben.

## (2) Rechtliche Stellungnahme

Nach Ansicht des LG München I kann weder aus der Einrichtung eines Präsidialausschusses noch aus der Einrichtung eines Management-Ausschusses in der neuen Holdco ein Weisungsrecht zulasten

Linde hergeleitet werden. Der Präsidialausschuss und der Management-Ausschuss stehen unterhalb des Verwaltungsrates. Den jeweiligen Ausschussmitgliedern kommt somit kein Mehr an Rechten zu als den Verwaltungsräten<sup>282</sup>, sondern aufgrund ihrer Beraterfunktion ein Weniger. Im Hinblick auf den Management-Ausschuss betont das Gericht, dass er gerade kein gesellschaftsrechtliches Organ sei, das von Praxair beherrscht wird. Aus der Tatsache, dass der Management-Ausschuss dem Chief Financial Officer berichtspflichtig ist und dieser von Praxair gestellt wurde, lässt sich kein Weisungsrecht zugunsten Praxair ableiten. Bei diesen Zuständigkeiten handelt es sich um eine interne Kompetenzregel mit reinem Beratungscharakter<sup>283</sup>.

Aus der Rolle des Chief Financial Officers als solches kann nach der Ansicht des LG München I ebenfalls kein Weisungsrecht abgeleitet werden. Dass der Chief Financial Officer Vorgaben für die operative Tätigkeit der neuen Holdco macht, rechtfertigt noch nicht die Annahme eines Weisungsrechts<sup>284</sup>.

Der Ansicht des LG München I ist zu folgen. Die personelle Verflechtung zwischen Praxair und der neuen Holdco rechtfertigt noch kein Weisungsrecht. Zum einen befreit es die Mitglieder des Management-Ausschusses und Präsidialausschusses nicht von ihren Pflichten gegenüber der neuen Holdco, zum anderen stellt das BCA klar, dass es sich bei den Ausschüssen gerade um keine Organe der neuen Holdco handelt, sondern um interne Beratungsgremien. Die Vereinbarungen über den Management-Ausschuss und Präsidialausschuss enthalten schon deshalb keine Regelungen zu Lasten der Kompetenzen der anderen Organe der neuen Holdco, weil sie keine Organfunktion und aufgrund ihrer Beratungsaufgaben keine Entscheidungskompetenzen haben. Im Hinblick auf die Besetzung des Chief Financial Officers aus den Reihen von Praxair sei auf die grundsätzliche Zulässigkeit von Doppelmandaten verwiesen. Stephen F. Angel, der Chief Financial Officer der neuen Holdco, ist zudem Chief Executive Officer von Praxair.

Ob die Bildung von Ausschüssen oder die Besetzung durch Doppelmandate ein Weisungsrecht einer Partei begründet, ist im Einzelfall zu prüfen. Im Fall Linde/Praxair hat das BCA diesbezüglich gerade nicht den Charakter, dass Praxair Linde jederzeit seinen Willen aufzwingen kann. Ein Eingriff in das Leitungsermessen des Vorstands war weder durch die Besetzung des Chief Financial Officers durch Praxair noch durch die Bildung von Ausschüssen möglich.

ee) Zustimmungsvorbehalt

(1) Vertragliche Regelung in den BCA Unicredit/HVB und Amerigon Europe/W.E.T.

Eine vertragliche Regelung zu einem Zustimmungsvorbehalt ist in den BCA Unicredit/HVB und Amerigon Europe/W.E.T. zu finden:

(a) Das BCA Unicredit/HVB regelt in Nr. 3.9 zahlreiche Grundlagenentscheidungen der HVB, welche die HVB bis zum Vollzug des Angebots nicht ausüben darf, es sei denn, es wird mit der Unicredit im

---

<sup>282</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 390.

<sup>283</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 390.

<sup>284</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 390.

Einzelfall etwas anderes vereinbart. Die Grundlagenentscheidungen beziehen sich insbesondere auf die Ausgabe neuer Aktien, Aktienoptionen, Genussrechte, wandelbare oder sonstige Wertpapiere, Satzungsänderungen, den Abschluss von Unternehmensverträgen, den Erwerb eigener Aktien, der Veräußerung wesentlicher Bestandteile des Vermögens und auf Maßnahmen, die den Zusammenschluss der Unicredit mit der HVB gefährden könnten. Somit hat die Unicredit den gesamten Finanzbereich der HVB unter ihren Zustimmungsvorbehalt gestellt. Der Zustimmungsvorbehalt berührt die Verfassung der Aktiengesellschaft HVB, da auch Maßnahmen, die den Inhalt der Satzung betreffen, dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen.

(b) Das BCA Amerigon Europe/W.E.T. regelt in II. Nr. 7 das Folgende zu Zustimmungsvorbehalten:

#### II. Förderung und Unterstützung der Transaktion durch den W.E.T.-Vorstand

...

7. Der W.E.T.-Vorstand darf vorbehaltlich der Rechtsvorschriften und sofern die Unterstützungsbedingungen erfüllt sind, ohne die Zustimmung der Bieter weder (i) genehmigtes Kapital im Sinn von § 202 AktG ausnutzen oder die Ausgabe von Aktienoptionen oder ähnlichen Instrumenten unterstützen, die deren Inhabern das Recht geben, Aktien der Gesellschaft zu erwerben oder zu zeichnen, noch (ii) einen Teil der oder alle eigenen Aktien veräußern oder neue eigene Aktien (direkt oder indirekt selbst, durch seine Tochtergesellschaften oder Dritte, für die diese handeln) erwerben oder (direkt oder indirekt selbst, durch seine Tochtergesellschaften oder Dritte, für die diese handeln) jegliche Verträge im Sinn von § 31 Abs. 6 WpÜG schließen.

#### (2) Rechtliche Würdigung

Ein Zustimmungsvorbehalt ist nicht per se als Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens zu bewerten. Es kann jedoch unter Umständen gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung verstoßen.

Unter einem Zustimmungsvorbehalt ist ein vertraglich eingeräumter Vorbehalt durch die andere Vertragspartei zu verstehen<sup>285</sup>. Das herrschende Unternehmen kann sich somit ein Letztentscheidungsrecht über Geschäftsführungsmaßnahmen der abhängigen Gesellschaft vorbehalten. Hinsichtlich der rechtlichen Bewertung kann eine Parallele zum Teilbeherrschungsvertrag gezogen werden. Der Zustimmungsvorbehalt und der Teilbeherrschungsvertrag entsprechen einander dahingehend, als dass sich das herrschende Unternehmen mit beiden Instrumenten einen gewissen vertraglichen Einfluss auf die Leitungsmacht der abhängigen Gesellschaft sichert. Demnach richtet sich die Anerkennung des Zustimmungsvorbehalts als äquivalentes Weisungsrecht nach dem Meinungsstand zum Teilbeherrschungsvertrag<sup>286</sup>:

---

<sup>285</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 10.

<sup>286</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 11.

#### (a) Zustimmungsvorbehalt kein Weisungsrecht

Die Ansicht, die eine vollständige Unterstellung der Leitung fordert<sup>287</sup>, erkennt Zustimmungsvorbehalte nicht als Weisungsrecht im Sinn des § 308 Abs. 1 AktG an. Der Beherrschungsvertrag setzt voraus, dass das herrschende Unternehmen die Möglichkeit hat, die Leitung der abhängigen Gesellschaft aktiv, also in eigener Initiative zu beeinflussen<sup>288</sup>. Anders als bei der Weisung, erhält das begünstigte Unternehmen durch Zustimmungsvorbehalte keine originäre Einwirkungsmöglichkeit. Vielmehr setzt der Zustimmungsvorbehalt eine Initiative des Vorstands der abhängigen Gesellschaft voraus. Das herrschende Unternehmen habe somit nicht die Möglichkeit, eine einheitliche Konzernleitung durchzuführen<sup>289</sup>. Dies wird durch das Vetorecht des Aufsichtsrats § 111 Abs. 4 AktG verdeutlicht<sup>290</sup>. Der Katalog von Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrats schränkt zwar die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands ein. Gleichwohl stellt er die vom Vorstand gem. § 76 AktG getroffenen Grundsatzentscheidungen nicht in Frage<sup>291</sup>. Dementsprechend kann ein Vertrag, der dem anderen Vertragsteil nur das Recht gibt, Maßnahmen der Geschäftsführung zu verhindern, nicht als Weisungsrecht und mithin nicht als Beherrschungsvertrag angesehen werden<sup>292</sup>.

#### (b) Zustimmungsvorbehalt ab einer gewissen Dichte als Weisungsrecht

Die Vertreter<sup>293</sup>, die für das Unterstellen unter fremder Leitung die Unterstellung wesentlicher Leitungsfunktionen ausreichen lassen, fordern für den Zustimmungsvorbehalt als Weisung eine bestimmte Dichte. Es müssten derart viele/wichtige Arten von Geschäften der Zustimmung des herrschenden Unternehmens unterliegen, sodass der Vorstand der anderen Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, diese eigenverantwortlich zu leiten<sup>294</sup>. Ob der Katalog von Zustimmungsvorbehalten die Dichte einer äquivalenten Weisung angenommen hat ist, vor allem im Hinblick auf Finanzentscheidungen<sup>295</sup>, anhand einer Würdigung der vertraglich zugestandenen Einwirkungsmöglichkeiten zu ermitteln. Ausschlaggebend sei, ob Entscheidungen der abhängigen Gesellschaft über Geschäftsvorhaben und ihre Umsetzung unternehmerisch durch das herrschende Unternehmen bestimmt werden können<sup>296</sup>.

#### (c) Zustimmungsvorbehalt als Weisungsrecht

Die Vertreter<sup>297</sup>, die auch eine nur teilweise Unterstellung für einen Beherrschungsvertrag (§ 291 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 AktG) ausreichen lassen, qualifizieren Zustimmungsvorbehalte, die sich auf Geschäftsführungsmaßnahmen beziehen, als Weisungsrecht im Sinn des § 308 Abs. 1 AktG. Es unterliege

---

<sup>287</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 10; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 3, § 308 Rn. 23; ders., FS Canaris, S. 209, 216; Langenbacher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 33; M. Schneider, Gebietskörperschaft, S. 65 ff.

<sup>288</sup> Goslar, DB 2008, 800, 801 f.; Hüffer/Koch, AktG, § 308 Rn. 10; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 308 Rn. 23.

<sup>289</sup> Langenbacher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 33; Veil, Unternehmensverträge, S. 243.

<sup>290</sup> Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 308 Rn. 23.

<sup>291</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 10; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 3, § 308 Rn. 23.

<sup>292</sup> Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 308 Rn. 23.

<sup>293</sup> Bachmann/Veil, ZIP 1999, 348, 354; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 24a ff., § 308 Rn. 25, § 11 Rn. 11; Heptner, Einschränkungen, S. 64 ff.; Kienzle, Beherrschungsverträge, S. 58 ff.; Peres, in: Heidel, § 308 Rn. 8; Schürbrand, ZHR 169 (2005), 35, 45.

<sup>294</sup> siehe oben, B.II.1.a)aa).

<sup>295</sup> Bachmann/Veil, ZIP 1999, 348, 354; zur Vergleichbaren Problematik im Rahmen des § 111 Abs. 4 AktG Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 111 Rn. 62.

<sup>296</sup> Bachmann/Veil, ZIP 1999, 348, 354.

<sup>297</sup> Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 99 ff.; Hirte, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 17; Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 245; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 308 Rn. 7.

der Vertragsfreiheit der Parteien, das Weisungsrecht beliebig einzuschränken<sup>298</sup>. Zwar handele es sich nicht um eine Weisung im engeren Sinne, jedoch benutzt das herrschende Unternehmen den Zustimmungsvorbehalt als Mittel zur Gestaltung der Geschäftsleitung. Daher sollten, um Umgehungsmöglichkeiten zu vermeiden, Zustimmungsvorbehalte als Äquivalent zu Weisungen angesehen werden. Voraussetzung für ein Weisungsrecht mittels Zustimmungsvorbehalt wäre somit ein Beherrschungsvertrag. Ein Zustimmungsvorbehalt außerhalb des Beherrschungsvertrags wäre gem. § 23 Abs. 5 AktG unwirksam<sup>299</sup>.

#### (d) Zustimmungsvorbehalt als Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung

Wenn in einem BCA zwischen dem herrschenden Unternehmen als Aktionär und der abhängigen Gesellschaft eine Vereinbarung getroffen wird, nach der Aufgaben der Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft von der Zustimmung des herrschenden Unternehmens abhängig gemacht werden, liegt nach der Ansicht des LG München I<sup>300</sup> und des OLG München<sup>301</sup> ein Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung vor<sup>302</sup>. In dem zugrundeliegenden Fall enthält das BCA Amerigon Europe/W.E.T. eine Regelung, in der im Rahmen der Förderungspflicht die W.E.T. Automotive Systems AG nicht ohne die Zustimmung der Amerigon Europe GmbH weder das genehmigte Kapital nutzen noch eigene Aktien erwerben oder veräußern darf noch berechtigt ist, Aktienoptionen oder ähnliche Instrumente auszugeben<sup>303</sup>.

Der Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung beruht darauf, dass die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts zwischen einem Aktionär und dem Vorstand mit der Aufgabenverteilung zwischen Aktionär und Vorstand unvereinbar ist<sup>304</sup>. Durch den Zustimmungsvorbehalt wird das Leitungsermessen des Vorstands der abhängigen Gesellschaft in unzulässiger Weise vorweg gebunden. Das Aktienrecht sieht eine abschließende Regelung für die Ausübung der Aktionärsrechte in der Hauptversammlung vor. Diese darf nur dann über Geschäftsmaßnahmen abstimmen, wenn der Vorstand dies verlangt (§ 119 Abs. 2 AktG). Eine anderweitige Vereinbarung verstößt gegen zwingendes Recht.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung divergieren das LG München I und OLG München. Während das LG München I von einer Gesamtnichtigkeit des BCA und des anschließend abgeschlossenen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrags wegen eines Verstoßes gegen § 139 BGB ausgeht<sup>305</sup>, neigt das OLG München dazu, von einer Nichtigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung Abstand zu nehmen<sup>306</sup>.

---

<sup>298</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 12; so auch: *Veil*, Unternehmensverträge, S. 237; *ders.*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 308 Rn. 7, § 291 Rn. 26 allerdings unter Annahme eines atypischen Beherrschungsvertrags.

<sup>299</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 13.

<sup>300</sup> LG München I, NZG 2012, 1152.

<sup>301</sup> OLG München, ZIP 2012, 2439.

<sup>302</sup> so auch: in der Literatur: *Hüffer/Koch*, AktG, § 754 Rn. 41; *Kort*, in: Großkomm-AktG, § 76 Rn. 150; *König*, NZG 2013, 452, 454; Nordhues, GWR 2012, 274 f.

<sup>303</sup> 2.1.2 Kapitalverhältnisse Vertragsbericht gem. § 293a AktG Amerigon /W.E.T.

<sup>304</sup> OLG München, ZIP 2012, 2439; LG München I, NZG 2012, 1152, 1153; *Kiesgen*, BCA, S. 225; *Kort*, in: Großkomm-AktG, § 76 Rn. 150; *König*, NZG 2013, 452, 454.

<sup>305</sup> LG München I, NZG 2012, 1152, 1153 f.; so auch: *Kort*, in: Großkomm-AktG, § 76 Rn. 150; *König*, NZG 2013, 452, 454.

<sup>306</sup> OLG München, ZIP 2012, 2439, 2442.

Vielmehr sieht es den Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung als nicht so gravierend an, als dass dies die Nichtigkeit der Verträge zur Folge haben müsste<sup>307</sup>.

#### (e) Stellungnahme

Bei Zustimmungsvorbehalten stellt sich die Frage, ob sie dieselbe Intensität haben, wie das in § 308 Abs. 1 AktG geregelte Weisungsrecht. Die Intensität des Zustimmungsvorbehalts ist somit das entscheidende Kriterium für die Qualifikation als Weisungsrecht.

#### (aa) Zustimmungsvorbehalt als Weisungsrecht

Ob ein Zustimmungsvorbehalt zulässig ist, hängt davon ab, ob durch ihn die Leitungsautonomie des Vorstands beeinträchtigt wird<sup>308</sup>. Dabei verkennt die Ansicht, die einen Zustimmungsvorbehalt nicht als Weisungsrecht wertet (a), dass die erforderliche Intensität für eine Gleichsetzung des Zustimmungsvorbehalts mit einem Weisungsrecht, nicht an einer vollständigen Übertragung der Leitungsmacht festzumachen ist. Vielmehr kann schon die Übertragung auch nur einer einzelnen Leitungsfunktion dazu führen, dass der andere Vertragspartner nicht mehr in der Lage ist, die Gesellschaft eigenständig zu führen. Dass schon die Übertragung einer wesentlichen Leitungsfunktion für die Unterstellung unter fremder Leitung ausreicht, zeigt das BCA zwischen der Unicredit und der HVB.

In 3.9 des BCA Unicredit/HVB stehen sämtliche Finanzmaßnahmen unter dem Zustimmungsvorbehalt der Unicredit. Zwar gehören Entscheidungen der Finanzplanung nicht zu den geschriebenen Leitungsaufgaben des Vorstands, allerdings kann die Finanzplanung durchaus zu den ungeschriebenen Leitungsaufgaben des Vorstands gehören, wenn die Entscheidungen von einigem Gewicht sind<sup>309</sup>. Im Fall Unicredit/HVB war die Gestaltung der Finanzpolitik dem Vorstand der HVB vollständig entzogen. Dass die Unicredit das Finanzwesen der HVB nicht aktiv beeinflussen kann, ändert nichts an dem Ergebnis, dass die HVB keine eigenständigen Geschäftsführungsmaßnahmen in diesem Bereich mehr treffen konnte. Das Letztentscheidungsrecht verblieb bei der Unicredit. Es macht folglich keinen Unterschied, ob die Unicredit die Finanzentscheidungen der HVB vorgibt oder ob die HVB ohne die Zustimmung der Unicredit handlungsunfähig ist. In beiden Fällen ist die HVB bezüglich ihrer Entscheidungen vom Gusto der Unicredit abhängig. Da mittels Zustimmungsvorbehalt mitunter eine ähnliche Einflussnahme des herrschenden Unternehmens erzielt werden kann wie mit einem Weisungsrecht, würde der Umgehung konzernrechtlicher Vorschriften bei einem formalen Abstellen auf die Initiative der abhängigen Gesellschaft Tür und Tor geöffnet werden. Zudem gehört die Finanzpolitik zur Unternehmenspolitik. Diese wiederum zählt zu den Leitungsaufgaben des Vorstands<sup>310</sup>. Daher ist bei einer umfassenden Unterstellung der Finanzpolitik unter den Zustimmungsvorbehalt des herrschenden Unternehmens von einem Weisungsrecht auszugehen.

---

<sup>307</sup> OLG München, ZIP 2012, 2439, 2442.

<sup>308</sup> Krause, CFL 2013, 192 ff.; Mertens/Cahn, in: KölnKomm-AktG, § 76 Rn. 45.

<sup>309</sup> zu den gesetzlich normierten Leitungsaufgaben: Kort, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 35.

<sup>310</sup> Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 18; ders., ZIP 2003, 1, 5 f.; Kort, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 36; Spindler, in: MünchKomm-AktG, § 76 Rn. 17; Turiaux/Knigge, DB 2004, 2199, 2201.

## (bb) Zustimmungsvorbehalt als Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung

Ein Zustimmungsvorbehalt verstößt gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung, wenn er das Leitungsermessen des Vorstands der abhängigen Gesellschaft unangemessen beschränkt. Grenzfall ist die Vereinbarung in dem BCA Amerigon Europe/W.E.T., laut welcher der Vorstand der abhängigen W.E.T. nicht befugt ist, ohne die Zustimmung des herrschenden Unternehmens Amerigon Europe, näher bestimmte Finanzmaßnahmen vorzunehmen. In diesem Fall stellte sich die Frage, ob der Kompetenzverlust des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft durch den Zustimmungsvorbehalt unangemessen eingeschränkt wurde<sup>311</sup> oder ob dieses Vorgehen noch eine zulässige Umsetzung einer zuvor getroffenen Ermessensentscheidung darstellt<sup>312</sup>.

Zustimmungsvorbehalte hinsichtlich Finanzierungsmaßnahmen führen zu einem Verlust der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit des Vorstands der abhängigen Gesellschaft und gewähren Dritten Einfluss auf die Geschäftsführung<sup>313</sup>. In einem solchen Fall entscheidet dann der Dritte über die Durchführung der Finanzierungsmaßnahme. An diese Entscheidung ist der Vorstand gebunden. Ihm ist es nicht mehr möglich, die Interessen aller Aktionäre an Gleichbehandlung und dem Erhalt ihrer Wert- und Beteiligungsquote zu wahren<sup>314</sup>. Das Leitungsermessen des Vorstands wird so unangemessen eingeschränkt und verstößt gegen aktienrechtliche Kompetenzordnung.

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die aktienrechtlichen Kompetenzordnung bei einem Zustimmungsvorbehalt bezüglich Finanzierungsmaßnahmen erscheint es nicht sachgerecht, das BCA als auch den anschließenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (§ 139 BGB) als nichtig anzusehen. Der Verstoß ist nicht so gravierend, als dass er gegen fundamentale Grundätze des Aktienrechts verstößt. Eine Nichtigkeit des Zustimmungsvorbehalts ist weder aus Gläubigerschutzgesichtspunkten noch wegen eines überragenden Allgemeininteresses erforderlich<sup>315</sup>. Hinzukommt, dass das Aktiengesetz diese Rechtsfolge bei Verstößen des Vorstands gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung nicht kennt<sup>316</sup>. Indem der Vorstand die ihm zustehende Kompetenz zur Ausnutzung des genehmigten Kapitals nicht ausübt, verletzt er seine Sorgfalts- oder Treuepflicht<sup>317</sup>. Dies zieht eine im Innenverhältnis eine Haftung auf Schadensersatz nach sich (§ 93 Abs. 1 AktG), lässt seine Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis hingegen unberührt.

## (cc) Verzicht anstelle eines Zustimmungsvorbehalts

Insbesondere im Hinblick auf die Rechtsprechung zu Amerigon Europe/W.E.T. ist anstelle eines Zustimmungsvorbehalts des herrschenden Unternehmens hinsichtlich der Nutzung der Ermächtigung

---

<sup>311</sup> LG München I, NZG 2012, 1152, 1153 f.; so auch: *Kort*, in: Großkomm-AktG, § 76 Rn. 150; *König*, NZG 2013, 452, 454.

<sup>312</sup> *Bungert/Wansleben*, ZIP 2013, 1841, 1844; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 78; *Hippeli/Diesing*, AG 2015, 185, 192 f.; *Krause*, CFL 2013, 192, 195; *Paschos*, NZG 2012, 1142, 1143; *Schall*, in: Kämmerer/Veil, Kapitalmarktrecht, S. 75, 102 f.; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 76 Rn. 30; *Weber*, in: Hölter, AktG, § 76 Rn. 16b.

<sup>313</sup> *König*, NZG 2013, 452, 453.

<sup>314</sup> LG München I, NZG 2012, 1152, 1153.

<sup>315</sup> so auch: OLG München, ZIP 2012, 2439, 2442.

<sup>316</sup> *Beisel*, in: Beisel/Klump, Unternehmenskauf, § 1 Rn. 12; *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 4 Rn. 17; *Hippeli/Diesing*, AG 2015, 185, 194; *Hoger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 8, § 8 Rn. 34.

<sup>317</sup> *Fleischer*, FS Schwark, 137, 155; *Paschos*, NZG 2012, 1142, 1144; *Weber*, in: Hölter, AktG, § 76 Rn. 16c.

durch die Hauptversammlung, der gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung verstößt, an einen Verzicht des Vorstands der abhängigen Gesellschaft auf die Durchführung einer Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital zu denken. Sinn und Zweck des Zustimmungsvorbehalts im Fall Amerigon Europe/W.E.T. war, die Anzahl der sich im Umlauf befindlichen Aktien auf den Status quo zu begrenzen. W.E.T. sollte für eine gewisse Zeit aus dem genehmigten Kapital keine neuen Aktien begeben und der Hauptversammlung keine Ausgabe von Aktienoptionen vorschlagen. Diesen Sinn und Zweck würde anstelle eines Zustimmungsvorbehalts auch ein Verzicht erfüllen. Der Verzicht hätte dann zum Inhalt, dass der Vorstand der abhängigen Gesellschaft auf eine Ausübung des genehmigten Kapitals beziehungsweise auf Geschäfte aus eigenen Aktien für einen zeitlich unbegrenzten Zeitraum verzichtet<sup>318</sup>. Eine unzulässige Selbstbindung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft und mithin eine Pflichtverletzung liegt erst dann vor, wenn die Selbstbindung weder durch Zeit- noch Sachbedingungen klar umrissen ist<sup>319</sup>. Das bedeutet, wenn in dem BCA der Verzicht des Vorstands auf die Ausübung des genehmigten Kapitals bzw. auf Geschäfte aus eigenen Aktien nur für einen begrenzten Zeitraum bis zum Abschluss des Beherrschungsvertrags verzichtet wird, handelt es noch nicht um eine unangemessene Einschränkung seines Leitungsermessens.

#### ff) Zusicherungen

##### (1) Vertragliche Regelung

Das BCA Linde/Praxair regelt in Articles VI Covenants das folgende:

###### 6.1 Vorläufige Maßnahmen

Linde und Praxair verpflichten sich und stimmen für sich selbst und ihre Tochtergesellschaften zu, dass ab und nach dem Datum dieses Vertrages und bis zum frühesten Zeitpunkt des Wirksamwerdens, die spezifizierten Vereinbarungen und dieser Vertrag gemäß Artikel VIII beendet werden, es sei denn, Praxair (im Falle von Maßnahmen, die von Linde oder einer Tochtergesellschaft von Linde ergriffen werden sollen) oder Linde (im Falle von Maßnahmen, die von Praxair oder einer Tochtergesellschaft von Praxair ergriffen werden sollen) stimmen anderweitig schriftlich zu, wobei die Zustimmung nicht unangemessen verweigert, bedingt oder verzögert werden darf, und es sei denn, dies ist ausdrücklich in diesem Vertrag vorgesehen oder durch anwendbares Recht vorgeschrieben oder, im Falle von Praxair, in Abschnitt 6. 1 des Offenlegungsschreibens von Praxair oder, im Fall von Linde, sofern nicht anderweitig in Abschnitt 6.1 des Offenlegungsschreibens von Linde dargelegt:

(a) Die Geschäfte der Gesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften werden im gewöhnlichen und üblichen Verlauf in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis geführt;

---

<sup>318</sup> *Fleischer*, FS Schwark, S: 137, 152; *ders.*, in Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 78; *Kiesgen*, BCA, S. 233; *Krause*, CFL 2013, 192 ff.; *Paschos*, NZG 2012, 1142 f.

<sup>319</sup> *Bungert/Wansleben*, ZIP 2013, 1841, 1843 f.; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 78; *Paschos*, NZG 2012, 1142, 1143 f.; *Wansleben*, Der Konzern 2014, 29, 30 ff.

(b) (i) Sie wird keine ihr gehörenden Stammaktien ihrer Tochtergesellschaften ausgeben, verkaufen, verpfänden, veräußern oder belasten, sofern dies nicht gemäß Abschnitt 6. 1 (e)(i) erlaubt ist;

(ii) sie wird ihre Gründungsdokumente nicht ändern, mit Ausnahme von Änderungen der Gründungsdokumente von Tochtergesellschaften, die im Zusammenhang mit den in diesem Vertrag vorgesehenen Transaktionen nicht wesentlich sind;

(iii) sie wird die ausstehenden Aktien des Grundkapitals von Linde bzw. Praxair nicht splitten, zusammenlegen oder neu klassifizieren;

(iv) sie wird keine Art von Dividende, ob in bar, in Aktien oder in Sachwerten zahlbar, in Bezug auf das Grundkapital erklären, beiseite legen oder zahlen, mit Ausnahme von (x) Dividenden, die in Übereinstimmung mit Abschnitt 6. 1(b) des Linde Offenlegungsschreibens oder Abschnitt 6.1(b) des Praxair Offenlegungsschreibens, (y) Dividenden, die von seinen direkten oder indirekten hundertprozentigen Tochtergesellschaften an ihn oder eine andere seiner direkten oder indirekten hundertprozentigen Tochtergesellschaften gezahlt werden, und (z) Bardividenden, die von Tochtergesellschaften im gewöhnlichen und üblichen Geschäftsverlauf entsprechend der bisherigen Praxis gezahlt werden; und

(v) sie wird keine Anteile oder Aktien des Grundkapitals von Linde bzw. Praxair oder Wertpapiere, die in solche Aktien umgewandelt werden können oder in diese umgetauscht oder ausgeübt werden können, zurückkaufen, einlösen oder auf andere Weise erwerben oder ihren Tochtergesellschaften gestatten, solche Aktien zu erwerben oder auf andere Weise zu erwerben; (...)

## (2) Rechtliche Würdigung

Das LG München I<sup>320</sup> sieht in den in Artikel 6.1 BCA Linde/Praxair geregelten Zusicherungen kein Weisungsrecht. Dies deshalb, weil beide Parteien die gleichen Zusicherungen abgeben und beide Parteien unter den gleichen Voraussetzungen das Recht haben, ihre Zustimmung zu verweigern. Es wird also keine der Parteien bevorzugt bzw. benachteiligt. Vielmehr werden sie gleichbehandelt.

Somit erfolgt die Wertung des Gerichts nach einem ähnlichen Muster wie bei dem paritätisch besetzten Verwaltungsrat. Entscheidend ist, dass die Zusicherungen beide Parteien gleichermaßen treffen.

Infolge der gleichermaßen geltenden Zusicherungen ist es keiner der Parteien möglich der anderen ihren Willen aufzudrängen. Zudem handelt es sich bei den Zusicherungen nicht um ein klares Verbot. Vielmehr sollen die aufgeführten Maßnahmen nicht durchgeführt werden<sup>321</sup>. Hätten die Parteien ein Verbot und mithin eine rechtliche verbindliche Verpflichtung regeln wollen, hätten sie anstelle des

---

<sup>320</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 390.

<sup>321</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 390.

Wortes „shall“ „must“ verwendet. Durch die Verwendung des Wortes „shall“ bringen die Parteien daher nur eine zukünftige Absicht zum Ausdruck<sup>322</sup> und keine rechtsverbindliche Verpflichtung.

gg) Ausübung einer Verkaufsoption des Hauptaktionärs

#### (1) Vertragliche Regelung

Das CFA France Telecom/Mobilcom regelt in Ziffer 4 das Folgende zur Verkaufsoption des Hauptaktionärs:

##### 4.3 Koordinationsausschuss

##### 4.3.5

...

Jede festgefahrene Situation gibt S das Recht, seine Verkaufsoptionen gem. Abschnitt 5.3 auszuüben.

#### (2) Rechtliche Würdigung

Würde der Hauptaktionär und Vorstandsvorsitzende von Mobilcom von seiner Verkaufsoption an France Telecom Gebrauch machen, hätte France Telecom faktisch die Hauptversammlungsmehrheit bei Mobilcom. France Telecom hätte somit als herrschendes Unternehmen gem. § 101 Abs. 1 AktG die Möglichkeit, mittels Hauptversammlungsmehrheit die Besetzung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft Mobilcom und mithin mittelbar gem. § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG diejenige des Vorstands zu beeinflussen. Das übernehmende Unternehmen könnte somit also seine unternehmerischen Vorstellungen in der abhängigen Gesellschaft einbringen und umsetzen<sup>323</sup>.

Die Einflussnahme des herrschenden Unternehmens beruht bei dieser Konstruktion allein auf seiner Mehrheit in der Hauptversammlung. Das herrschende Unternehmen kann das abhängige Unternehmen nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar über die Hauptversammlung beeinflussen. Es stellt sich somit die Frage, ob § 308 Abs. 1 AktG Beeinflussungen erfasst, die mittelbar über die Hauptversammlung ausgeübt werden.

##### (a) Einflussnahme über die Hauptversammlung als mittelbares Weisungsrecht

Eine Meinung<sup>324</sup> sieht in der Einflussnahme über die Hauptversammlung oder den Aufsichtsrat eine mittelbare Weisung des herrschenden Unternehmens an die abhängige Gesellschaft. Für diese Ansicht spricht, dass andernfalls für Unternehmen der Anreiz geschaffen würde, keinen Beherrschungsvertrag mit all seinen Rechten und Pflichten abzuschließen und somit die Gefahr der Umgehung des § 291 Abs.

---

<sup>322</sup> US Supreme Court (Gutierrez de Martinez/Lamagon); Court of Appeal (PM Law Ltd Solicitors/Motorplus Ltd).

<sup>323</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 870.

<sup>324</sup> Vgl. Begr. RegE. zu § 310 AktG, in: Kropff, AktG, S. 406; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 308 Rn. 30, § 311 Rn. 29 ff.; *Wellkamp*, WM 1993, 2155, 2166.

1 AktG bestünde<sup>325</sup>. So würde anstelle des wegen §§ 300 ff. AktG teuren Beherrschungsvertrags keiner geschlossen und stattdessen über die Hauptversammlungsmehrheit ein dem Beherrschungsvertrag ähnliches wirtschaftsstrategisches Ergebnis erzielt.

(b) Einflussnahme über die Hauptversammlung Haftung nach § 117 AktG; § 826 BGB

Eine andere Meinung<sup>326</sup> verneint das Vorliegen einer Weisung und nimmt eine Haftung des herrschenden Unternehmens wegen Verletzung seiner Treuepflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft an (§§ 117 AktG; 826 BGB). Über die Hauptversammlung mache das herrschende Unternehmen als Mehrheitsaktionär lediglich von seinem mitgliedschaftlichen Teilhaberecht Gebrauch. Von einer Weisung sei jedoch nicht schon bei der Ausübung eines jedem Aktionär zustehenden Teilhaberechts auszugehen. Vielmehr erfordere eine Weisung im Sinn des § 308 Abs. 1 AktG, dass das herrschende Unternehmen Weisungen, bezogen auf Leitungs- und Geschäftsführungsmaßnahmen, erteile<sup>327</sup>.

(c) Stellungnahme

Der zweiten Ansicht ist zu folgen. Maßgebend für eine Weisung nach § 308 Abs. 1 AktG ist die Wahrnehmung von Leitungs- und Geschäftsführungsfunktionen. Diese übt der Hauptaktionär jedoch über die Hauptversammlung gerade nicht aus.

Im Fall der hier zu diskutierenden Verkaufsoption würde France Telecom bei einer Ausübung der Verkaufsoption durch den derzeitigen Hauptaktionär eine faktische Hauptversammlungsmehrheit erlangen. France Telecom könnte somit durch die Besetzung des Aufsichtsrats Einfluss auf den Vorstand von Mobilcom nehmen, wobei es allerdings an der Durchsetzbarkeit des Einflusses fehlen würde. Eine Weisung beinhaltet eine Verhaltensdirektive, die dazu führt, dass das die Weisung empfangende Unternehmen verpflichtet ist, der Weisung auch Folge zu leisten<sup>328</sup>. Übt der derzeitige Hauptaktionär sein Stimmrecht nicht aus, verfällt sein Stimmrecht. Ohne die abgegebene Ja- oder Nein-Stimme des Hauptaktionärs erhalten die übrigen abgegebenen Stimmen ein höheres Gewicht, da gem. § 133 Abs. 1 AktG die abgegebenen Stimmen für die Stimmenmehrheit maßgeblich ist. Bei der Abstimmung in der Hauptversammlung richten sich die Entscheidungen nach den abgegebenen Stimmen, mithin nach dem Mehrheitsprinzip. Der Aktionär, der die meisten Stimmen auf sich vereinen kann, hat den größten Einfluss. Dieses System ist für sich genommen eine demokratische Abstimmung, entspringt dem mitgliedschaftlichen Teilhaberecht und bietet keinen Grund, die abhängige Gesellschaft durch die Annahme eines Weisungsrechts einzuschränken. Zudem würde es an der Durchsetzbarkeit des Weisungsrechts gegenüber dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft fehlen<sup>329</sup>. Etwas anderes würde allerdings gelten, wenn der Hauptaktionär seinen Einfluss darüber hinaus zum Beispiel dahingehend nutzt, dass er Mitglieder in den Aufsichtsrat entsendet und der Aufsichtsrat dann über Zustimmungsvorbehalte Einfluss auf den Vorstand ausüben kann.

---

<sup>325</sup> Wellkamp, WM 1993, 2155, 2156.

<sup>326</sup> Eschenbruch, Konzernhaftung Rn. 3036 ff.; Voigt, Haftung, S. 298 f.

<sup>327</sup> Hirte, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 32 f.; Müllert, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 60.

<sup>328</sup> Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 308 Rn. 13.

<sup>329</sup> siehe hierzu OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 870.

## hh) Entsendung von Kandidaten in Vorstand und Aufsichtsrat

### (1) Vertragliche Regelung

In der Praxis kommt es häufig vor, dass das herrschende Unternehmen den Vorstand und/oder den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft mit eigenen Kandidaten besetzt. Neben France Telecom/Mobilcom und UniCredit/HVB ließ auch die Pon Holdings<sup>330</sup> einen Repräsentanten, namentlich ihren Officer Adrianus Bernard Smalbraak, von der Hauptversammlung am 2. März 2012 in den Aufsichtsrat von Derby Cycle wählen. Ferner besetzte die Terex<sup>331</sup> nach der Übernahme der Demag Cranes den Aufsichtsrat der Demag Cranes ab dem 24. September 2011 mit zwei ihrer Manager (Oren Shaffer und Axel Arendt).

Das CFA France Telecom/Mobilcom und das BCA Unicredit/HVB regeln folgendes hinsichtlich der Entsendung von Kandidaten in Vorstand und Aufsichtsrat:

#### (a) Ziffer 4 CFA France Telecom/Mobilcom

##### 4.1 Aufsichtsrat

4.1.1 Solange Mobilcom nicht den Bestimmungen des MitbestG unterliegt, hat der Aufsichtsrat von Mobilcom sechs Mitglieder, von denen einer von FT vorgeschlagen wird.

FT und S verpflichten sich, in der Hauptversammlung von Mobilcom so zu stimmen und ihre Rechte und ihren Einfluss im Aufsichtsrat innerhalb der vom Gesetzgeber vorgegebenen Grenzen in einer Weise einzusetzen, dass der von FT vorgeschlagene Kandidat als Mitglied gewählt und zum stellvertretenden Vorsitzenden ernannt wird. Eine Stimmabgabe durch eine der beiden Parteien, die den vorgenannten Verpflichtungen zuwiderläuft, stellt eine Verletzung dieses Vertrags dar.

4.1.3 Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats wird dahingehend geändert, dass alle Handlungen des Vorstands von Mobilcom, die sich auf wichtige Angelegenheiten (wie nachstehend definiert) beziehen, vom Aufsichtsrat genehmigt werden müssen.

##### 4.2 Vorstand

Ein Mitglied des Vorstands wird in Absprache mit S von FT benannt. Dieses Mitglied ist für die Unternehmensentwicklung und Strategie von Mobilcom und für die Einbindung von Mobilcom in den FT-Konzern zuständig, jedoch unter der Bedingung, dass die gemeinsame Verantwortung des Mobilcom-Vorstands für Entscheidungen unberührt bleibt.

---

<sup>330</sup> Bekanntgabe des Business Combination Agreement am 21. September 2011.

<sup>331</sup> BCA Terex/Demag Cranes.

(b) Ziffer 7 BCA Unicredit/HVB

7.2 Vorsitzender des Aufsichtsrats; Mehrheit der Anteilseignervertreter; Zusammensetzung des Vorstands der HVB, der Bank Austria und der Regionalen Einheiten in Zentral- und Osteuropa (CEE).

Nach Vollzug des HVB-Angebots wird der Vorsitzende des Aufsichtsrats und die Mehrheit der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat der HVB und der Bank Austria von Unicredit gestellt.

Um dies zu ermöglichen, wird sich die HVB, nach besten Kräften bemühen, dass die Mehrheit der gegenwärtigen Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat der HVB und der Bank Austria mit Wirkung zum Zeitpunkt des Vollzugs des HVB-Angebots von ihren Ämtern zurücktritt und an ihrer Stelle die von Unicredit zu benennenden Kandidaten gerichtlich bestellt werden. Unmittelbar nach dem Vollzug des HVB-Angebots wird der Vorstand der HVB beim Amtsgericht München den Antrag stellen, dass die zurückgetretenen Anteilseignervertreter durch die vom CEO und dem Sprecher des Vorstands der HVB vor Vollzug des HVB-Angebots vorgeschlagenen Kandidaten ersetzt werden. In gleicher Weise wird sich die HVB nach besten Kräften bemühen, dass die zurückgetretenen Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat der Bank Austria durch die vom CEO und dem Sprecher des Vorstands der HVB vor Vollzug des HVB-Angebots vorgeschlagenen Kandidaten ersetzt werden.

(2) Rechtliche Würdigung

Die vertragliche Vereinbarung zwischen France Telecom und Mobilcom führt dazu, dass France Telecom den stellvertretenden Aufsichtsvorsitzenden vorschlagen kann. Damit der Vorschlag von France Telecom auch umgesetzt wird, haben die beiden Hauptaktionäre von Mobilcom, France Telecom und S, einen Stimmbindungsvertrag abgeschlossen (BCA Unicredit/HVB 4.1.1 Satz 2). Als Druckmittel wird in BCA Unicredit/HVB 4.1.1 Satz 3 klargestellt, dass eine Verletzung der Stimmrechtsvereinbarung eine Verletzung des BCA darstellt. Da France Telecom sich durch das BCA de facto den stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitz sowie die Entsendung eines Vorstandsmitglieds bei Mobilcom sichert, stellt sich die Frage, ob France Telecom die von der entsandten Person ausgehenden Maßnahmen als Weisung zugerechnet werden kann und ob France Telecom mithin über die Organe Aufsichtsrat und Vorstand der abhängigen Gesellschaft Leitungsmacht ausüben kann. Dieselbe Problematik stellt sich auch bei dem BCA Unicredit/HVB. 7.2, welches regelt, dass sich die HVB nach besten Kräften bemüht, dass die Mehrheit der gegenwärtigen Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat der HVB und der Bank Austria mit Wirkung zum Zeitpunkt des Vollzugs des HVB-Angebots von ihren Ämtern zurücktritt und an ihrer Stelle die von der Unicredit zu benennenden Kandidaten gerichtlich bestellt werden.

(a) Besetzung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft mit Kandidaten des herrschenden Unternehmens

Die Besetzung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft mit Kandidaten des herrschenden Unternehmens begründet grundsätzlich kein mittelbares Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens und vermittelt mithin keine Leitungsmacht.

Gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG können die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen, dass zu bestimmten Arten von Geschäften die Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich ist. Der Begriff Geschäft wird weit verstanden. Darunter fallen neben Rechtsgeschäften auch unternehmensinterne Maßnahmen des Vorstands, wie etwa Investitionsentscheidungen<sup>332</sup>. Mit dem Zustimmungsvorbehalt in § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG wird dem Aufsichtsrat praktisch ein Vetorecht eingeräumt<sup>333</sup>. Allerdings hat das Vetorecht nur eine Wirkung nach innen auf die Geschäftsführung des Vorstands und nicht auf dessen Leitungsmacht. Der Aufsichtsrat ist somit nicht in der Lage, den weisungsfreien Vorstand zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen zu veranlassen<sup>334</sup>. Vielmehr stellt § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG klar, dass dem Aufsichtsrat die Geschäftsführung der Gesellschaft nicht übertragen werden darf. Die Geschäftsführung obliegt vielmehr dem Vorstand (§ 77 AktG). Der Aufsichtsrat hat die Aufgabe, die Geschäftsführung des Vorstands auf ihre Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit zu überwachen<sup>335</sup>. Zwar ist im Rahmen der Kontrolle der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung der Einfluss des Aufsichtsrats auf betriebswirtschaftliche Fragen fließend<sup>336</sup>. Dies führt jedoch nicht zwingend zu einer Leitungsmacht des Aufsichtsrats. Der Vorstand kann etwa bei der Ablehnung oder Modifikation der von ihm vorgeschlagenen Projekte sowie bei zustimmungspflichtigen Rechtsgeschäften den Aufsichtsrat beeinflussen<sup>337</sup>, allerdings ist diese Art der Einflussnahme vom Gesetzgeber gewollt und mithin rechtlich nicht zu beanstanden. Die Leitungsmacht verbleibt vielmehr final beim Vorstand<sup>338</sup>.

Der Praxis ist jedoch insbesondere bei einem Doppelmandat aufgrund der Gefahr einer unzulässigen Einflussnahme zu empfehlen, dass sich der Aufsichtsrat vom Tagesgeschäft der abhängigen Gesellschaft fernhält und mittels Zustimmungsvorbehalt nur besonders bedeutsame Geschäfte und Maßnahmen von seiner Zustimmung abhängig macht<sup>339</sup>. Von einem Doppelmandat spricht man, wenn Vorstandsmitglieder des herrschenden Unternehmens zugleich Mitglieder im Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft sind<sup>340</sup>. In der Praxis sind Doppelmandate üblich<sup>341</sup>. So waren, um nur einige Beispiele zu nennen

---

<sup>332</sup> Lindermann, AG 1987, 225, 237; Mertens/Cahn, in: KölnKomm-AktG, § 111 Rn. 61.

<sup>333</sup> Dierdorf, Herrschaft, S. 46; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 52; Goslar, DB 2008, 800; Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 33; Spindler, in: MünchKomm-AktG, § 76 Rn. 21.

<sup>334</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 18; Spindler, in: Spindler/Stilz, AktG, § 111 Rn. 66.

<sup>335</sup> § 111 Abs. 1 AktG; RG, JW 1924, 1145, 1147; BGHZ 75, 120, 133; BGHZ 114, 127, 129 f.; Drygala, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 111 Rn. 20 f.; Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 14; Lindermann, AG 1987, 225, 237; Lutter, FS Bär, S. 36 ff.; Spindler, in: Spindler/Stilz, AktG, § 111 Rn. 14 ff.

<sup>336</sup> Lindermann, AG 1987, 225, 237.

<sup>337</sup> Lindermann, AG 1987, 225, 237.

<sup>338</sup> Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 111 Rn. 5; Godin/Wilhelmi, AktG, § 111 Rn. 5; Goslar, DB 2008, 800; Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 14; Mertens, in: KölnKomm-AktG, § 111 Rn. 61; Meyer-Landrut, in: MünchKomm-AktG, § 111 Rn. 15; Werth, Vorstand, S. 28.

<sup>339</sup> Lindermann, AG 1987, 225, 238.

<sup>340</sup> Lindermann, AG 1987, 225, 237.

<sup>341</sup> Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 571, 573; Lutter, AG 1985, 117 Rn. 3 (Gestaltung im Veba-Konzern).

- der CEO der Unicredit Federico Ghizzoni Aufsichtsratsvorsitzender der HVB,
- der CEO der Pon Holding Adrianus Bernard Smalbraak Mitglied des Aufsichtsrats bei Derby Cycle,
- der Vorstand für Forschung und Entwicklung von Schaeffler Prof. Dr. Peter Gutzmer Aufsichtsrat der Continental und
- die Repräsentanten von France Telecom Brigitte Bourgoin und Eric Bouvier im Aufsichtsrat von Mobilcom.

Maßgeblich für die Haftung des herrschenden Unternehmens wegen unzulässiger Einflussnahme ist die Dauer, Dichte und Breite der Geschäftsführung durch das herrschende Unternehmen sowie die Ausrichtung der Geschäftstätigkeit der abhängigen Gesellschaft auf das Konzerninteresse<sup>342</sup>. Bei der Entsendung nur eines Mitglieds in den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft wird in der Regel noch nicht der Grad an Einflussnahme erreicht, um eine Haftung des herrschenden Unternehmens wegen unzulässiger Einflussnahme zu begründen. So erlangte zum Beispiel France Telecom mit der Besetzung nur des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden bei Mobilcom keine Mehrheit im Aufsichtsrat<sup>343</sup>. Der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende übte zwar Mitwirkungs- und Kontrollrechte aus, hatte jedoch keine Leitungsmacht inne<sup>344</sup>. Anders verhielt es sich bei dem BCA Unicredit/HVB. In 7.2 BCA Unicredit/HVB trafen die Parteien die Vereinbarung, dass die Mehrheit der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat der HVB von der Unicredit gestellt werden. Diesen Sachverhalt wertete das LG München I im Rahmen einer Gesamtschau als ein Indiz für ein Weisungsrecht der Unicredit<sup>345</sup>. Als alleiniges Kriterium für ein Weisungsrecht genügte die mehrheitliche Bestimmung der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat der HVB durch die Unicredit jedoch nicht<sup>346</sup>.

Aber auch, wenn wie bei France Telecom/Mobilcom nur der Aufsichtsratsvorsitzende von dem herrschenden Unternehmen entsendet werden soll, stellt sich die Frage, inwieweit das entsandte Aufsichtsratsmitglied in der Lage ist, die Geschäftsführung gem. § 111 Abs. 1 AktG zu überwachen. Zwischen dem Konzerninteresse des herrschenden Unternehmens und dem Interesse der abhängigen Gesellschaft können gegensätzliche Interessen bestehen, beispielsweise bei der Gewinnabschöpfung. Der Gesetzgeber hat den Interessenkonflikt zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft erkannt. Um einen Ausgleich zu finden hat er Doppelmandate gesetzlich nicht verboten, sondern gem. §§ 88 aF, 101 AktG ausdrücklich erlaubt. Ferner ist die Besetzung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft mit Vorstandsmitgliedern des herrschenden Unternehmens mangels Vergleichbarkeit weder nach § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AktG noch nach § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AktG verboten (§ 100 Abs. 2 Satz 2 AktG)<sup>347</sup>. Vielmehr haben alle Aufsichtsratsmitglieder in der abhängigen Gesellschaft dieselben Pflichten<sup>348</sup>. Zwar werden die entsandten Aufsichtsratsmitglieder die Belange des

---

<sup>342</sup> BGHZ 95, 330 ff.

<sup>343</sup> so BGHZ 36, 296, 296 ff.

<sup>344</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 871; BGHZ 115, 187, 189 m.Bspr. *Kleindiek*, ZIP 1991, 1330; *K. Schmidt*, ZIP 1991, 1325; *Altmeppen*, ZIP 1992, 1668; *Flume*, ZIP 1992, 817; *Hirte*, ZIP 1992, 1122.

<sup>345</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740, 2766.

<sup>346</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740, 2768.

<sup>347</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 108; *Kort*, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 190; *Martens*, FS Heinsius, S. 523, 528 f.; *ders.*, ZHR 159 (1995), 567, 573.

<sup>348</sup> BGHZ 36, 296, 296 ff.; *Spindler*, in: BeckOGK-AktG, § 116 Rn. 103.

entsendungsberechtigten herrschenden Unternehmens wahren, gleichwohl dürfen sie diesen Belangen nicht den Interessen der abhängigen Gesellschaft den Vorrang einräumen<sup>349</sup>. Ihre Pflichterfüllung gegenüber der abhängigen Gesellschaft verletzt keine Pflichten gegenüber dem herrschenden Unternehmen<sup>350</sup>. Vielmehr führt eine Nichtbeachtung der Interessen der abhängigen Gesellschaft durch das entsandte Aufsichtsratsmitglied zu einer Pflichtverletzung, die gem. §§ 93, 116 AktG eine persönliche Schadensersatzpflicht auslöst<sup>351</sup>.

Normalerweise laufen die Interessen des herrschenden Unternehmens und der abhängigen Gesellschaft im Vertragskonzern auf das Konzerninteresse hinaus. Es sind aber Situationen denkbar, in denen das Interesse des herrschenden Unternehmens nicht dem Konzerninteresse entspricht<sup>352</sup>. Dies ist vor allem beim faktischen Konzern der Fall. Die Interessen des herrschenden Unternehmens und der abhängigen Gesellschaft werden hier regelmäßig divergieren. In diesem Fall sollte das Doppelorgan Verschwiegenheit wahren<sup>353</sup> sowie seine Interessen strikt trennen<sup>354</sup>. Um Interessenkonflikte zu vermeiden, hat die Rechtsprechung für Doppelmandate im Aufsichtsrat folgende Grundsätze aufgestellt:

1. Die Pflichterfüllung in der abhängigen Gesellschaft rechtfertigt keine Pflichtverletzung gegenüber dem herrschenden Unternehmen<sup>355</sup>.
2. Eine pflichtwidrige Bevorzugung des Konzerninteresses gegenüber dem Interesse der abhängigen Gesellschaft führt zu einer persönlichen Schadensersatzpflicht (§ 93 AktG) des entsandten Vorstandsmitglieds, aber nicht zu einer Haftung des herrschenden Unternehmens nach § 31 BGB<sup>356</sup>.

Als Ergebnis lässt sich zusammenfassen, dass Repräsentanten des herrschenden Unternehmens in der abhängigen Gesellschaft die Interessen der abhängigen Gesellschaft wahren müssen. Sie sind somit nicht an Anweisungen des herrschenden Unternehmens gebunden sind. Die Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft löst folglich nicht per se Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens aus. Im Einzelfall kann dies jedoch dann der Fall sein, wenn das herrschende Unternehmen nicht darlegen kann, dass nur „isolierte Einzelmaßnahmen“ veranlasst wurden, die weder für sich allein noch zusammengenommen „dauernden und dichten Einfluss“ darstellen<sup>357</sup>.

#### (b) Besetzung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft mit Kandidaten des herrschenden Unternehmens

Der Vorstand wird gem. § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG vom Aufsichtsrat bestellt. Da das herrschende Unternehmen gem. § 101 Abs. 1 Satz 1 AktG berechtigt ist, Repräsentanten in den Aufsichtsrat der

---

<sup>349</sup> BGHZ 36, 296, 296 ff.

<sup>350</sup> BGH (Schaffgotsch), NJW 1980, 1629.

<sup>351</sup> BGHZ 90, 381, 398.

<sup>352</sup> Kort, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 191.

<sup>353</sup> Kort, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 191; *Liebscher*, in: MünchKomm-GmbHG, Anh. § 13 Rn. 1260; *Spindler*, in: BeckOGK-AktG, § 116 Rn. 103; *Wasmann/Gärtner*, in: Goette/Arnold, Hdb Aufsichtsrat, § 6 Rn. 142.

<sup>354</sup> Kort, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 189, 191; zur Interessentrennung mittels Chinese Wall: *Hopt*, ZGR 2002, 333, 367 ff.; *ders.*, FS Heinsius, S. 289, 319 f.

<sup>355</sup> BGH (Schaffgotsch), NJW 1980, 1629; *Aschenbeck*, NZG 2000, 1015, 1021; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 576 f; *Hopt*, Verantwortlichkeit Rn. 103.

<sup>356</sup> BGHZ 90, 381, 398; ebenso BGHZ 36, 296, 309 f.; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 571, 577; Kort, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 182.

<sup>357</sup> BGH, WM 1985, 1263, 1266; BGHZ 95, 330 ff.; *Lindermann*, AG 1987, 225, 237 f.; *Stimpel*, AG 1986, 117, 121; *Wiedemann*, ZGR 1986, 665, 668.

abhängigen Gesellschaft zu entsenden, kann es somit Einfluss auf die Besetzung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft nehmen. Dabei kommt es nicht selten zu Doppelmandaten. Ein Doppelmandat in diesem Sinn liegt vor, wenn ein Vorstandsmitglied des herrschenden Unternehmens zugleich Vorstandsmitglied der abhängigen Gesellschaft ist<sup>358</sup>. So wurde der Bank Austria Betriebsvorstand Willbald Cernko Vorstandsmitglied bei der HVB für den Bereich Privatkundengeschäft.

Vorstandsdoublemandate sind grundsätzlich zulässig<sup>359</sup>. Fraglich ist, ob die Entsendung eines Repräsentanten des herrschenden Unternehmens in den Vorstand der abhängigen Gesellschaft zu einem mittelbaren Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens führt. Dies hängt davon ab, inwieweit durch die Entsendung in die abhängige Gesellschaft das „gesetzliche Leitbild“ einer autonomen Gesellschaft beeinträchtigt wird. Das gesetzliche Leitbild der Aktiengesellschaft wird gewahrt, wenn der Vorstand der abhängigen Gesellschaft die Gesellschaft gem. § 76 AktG „unter eigener Verantwortung“ führen kann. Dabei kann es insbesondere bei einem Doppelmandat mit dem herrschenden Unternehmen vor Abschluss eines Beherrschungsvertrags zu Interessenkollisionen kommen. Es besteht die Gefahr, dass das von dem herrschenden Unternehmen entsandte Vorstandsmitglied nicht im alleinigen Interesse der abhängigen Gesellschaft handelt, sondern dem Konzerninteresse den Vorrang einräumt. Einige sehen hierin eine „aussichtslose Konfliktfalle“<sup>360</sup> bzw. einen „personifizierten Konzernkonflikt“<sup>361</sup>.

Nach vorherrschender Meinung wird in einem Doppelmandat kein generelles Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens gesehen<sup>362</sup>. Im Vertragskonzern entstehen durch ein Doppelmandat keine gesonderten rechtlichen Konsequenzen, da aufgrund der fehlenden Prüfungskompetenz des abhängigen Vorstands und des weitreichenden Schutzes gem. §§ 302 ff. AktG keine erhöhte Gefahrenlage entsteht<sup>363</sup>. Zwar kann das herrschende Unternehmen auch im Vertragskonzern Maßnahmen treffen, die dem Konzerninteresse widersprechen und somit zu einem Interessenkonflikt führen. Zur Vermeidung derartiger Interessenkonflikte gelten die von der Rechtsprechung zur Besetzung von Aufsichtsratsmitgliedern aufgestellten Grundsätze entsprechend:

1. Die Pflichterfüllung in der abhängigen Gesellschaft rechtfertigt keine Pflichtverletzung gegenüber dem herrschenden Unternehmen<sup>364</sup>.
2. Eine pflichtwidrige Bevorzugung des Konzerninteresses gegenüber dem Interesse der abhängigen Gesellschaft führt zu einer persönlichen Schadensersatzpflicht (§ 93 AktG) des entsandten Vorstandsmitglieds, aber nicht zu einer Haftung des herrschenden Unternehmens nach § 31 BGB<sup>365</sup>.

---

<sup>358</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 29; Spindler, in: BeckOGK-AktG, § 116 Rn. 103; ders., in: MünchKomm-AktG, § 76 Rn. 52.

<sup>359</sup> BGHZ 180, 105; LG Köln, AG 1992, 238, 240; Decher, Personelle Verflechtungen, S. 131 f.; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76, 106; Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 574; Passarge, NZG 2007, 441; Petersen/Schulze De la Cruz, NZG 2012, 453; Streyll, Vorstands-Doppelmandate, S. 159 ff.

<sup>360</sup> Wiedemann, Organverantwortung, S. 27.

<sup>361</sup> Decher, Personelle Verflechtungen, S. 128.

<sup>362</sup> Hirte, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 18; Hüffer/Koch, AktG, § 309 Rn. 28 f., § 76 Rn. 54; Langenbacher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 308 Rn. 7; Lindermann, AG 1987, 225, 235; a.A. Decher, Personelle Verflechtungen, S. 174; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 29; Henze/Lübke, Der Konzern 2009, 159, 165; Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570; Lindermann, AG 1987, 225.

<sup>363</sup> Aschenbeck, NZG 2000, 1015, 1018; Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 575; Streyll, Vorstands-Doppelmandate, S. 69.

<sup>364</sup> BGH (Schaffgotsch), NJW 1980, 1629; Aschenbeck, NZG 2000, 1015, 1021; Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 576 f.; Hopt, Verantwortlichkeit Rn. 103.

<sup>365</sup> BGHZ 90, 381, 398; ebenso BGHZ 36, 296, 309 f.; Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 571, 577; Kort, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 182.

Eine abweichende Meinung<sup>366</sup> sieht den Doppelmandatsträger als Vermittler zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft. Deshalb soll ihm unterhalb der Schädigungsgrenze ein pflichtgemäßes Ermessen zugebilligt werden, auf dessen Grundlage er entscheiden kann, welchem Interesse er den Vorrang einräumt.

Beim faktischen Konzern ist zu beachten, dass die §§ 311 ff. AktG kein direktes Verbot für das herrschende Unternehmen enthalten, die von ihm vorgeschlagenen Kandidaten in den Vorstand der abhängigen Gesellschaft wählen zu lassen. Denn nicht jede (Teil-)Identität führt zwingend dazu, dass die abhängige Gesellschaft nur noch als Betriebsabteilung des herrschenden Unternehmens und somit nicht mehr eigenständig und selbständig geführt wird<sup>367</sup>. Ein Doppelmandat im Vorstand des herrschenden Unternehmens und in der abhängigen Gesellschaft ist also nicht per se unzulässig. Aus einem Doppelmandat lässt sich nicht pauschal eine Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens herleiten<sup>368</sup>. Allerdings ist dies im Einzelfall nicht auszuschließen.

In der Praxis gibt es mitunter auch die umgekehrte Konstellation, dass ein Vorstandsmitglied der abhängigen Gesellschaft zugleich Mitglied des Vorstands des herrschenden Unternehmens ist. So sollte der Vorstandsvorsitzende der W.E.T., Herr Baumhauer, laut BCA Amerigon Europe/W.E.T. zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags Mitglied des Verwaltungsrats der übernehmenden Amerigon Europe werden. Mit dieser Maßnahme sollte sichergestellt werden, dass die Interessen der W.E.T. auch innerhalb der Amerigon-Gruppe hinreichend berücksichtigt werden<sup>369</sup>. Bei dieser Maßnahme stellt sich die Frage, inwieweit der Vorstandsvorsitzende Herr Baumhauer mit Abschluss des BCA das Unternehmensinteresse der abhängigen W.E.T. an dem der herrschenden Amerigon-Gruppe ausrichtete, deren Verwaltungsratsmitglied er mit Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags werden sollte. Inwieweit das Unternehmensinteresse der W.E.T. an dasjenige der Amerigon-Gruppe ausgerichtet wurde, ist eine Frage des Einzelfalls. Eine entsprechende Sonderprüfung wurde von der Hauptversammlung der W.E.T. am 16. August 2011 abgelehnt, sodass der Frage, ob die Interessen der W.E.T. nach dem Konzerninteresse ausgerichtet wurden, nicht näher nachgegangen wurde.

### (3) Hinweise für die Praxis

Doppelmandate in Aufsichtsrat und Vorstand sind grundsätzlich erlaubt. Allerdings ist das Übertreten der Grenze zur Leitungsmacht bei der Besetzung von Aufsichtsrat und Vorstand der abhängigen Gesellschaft durch Repräsentanten des herrschenden Unternehmens fließend. Es kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass Gerichte ein bestehendes Doppelmandat zumindest als Indiz für eine „dauerhafte und umfassende“ Leitung des herrschenden Unternehmens werten<sup>370</sup>. Um gerichtlich das Vorliegen der Möglichkeit der Erteilung von Weisungen an die abhängige Gesellschaft zu entkräften, bieten sich folgende Gestaltungsmöglichkeiten an.

---

<sup>366</sup> Decher, Personelle Verflechtungen, S. 135 ff., 147 ff.

<sup>367</sup> Kort, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 180.

<sup>368</sup> so aber Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 29.

<sup>369</sup> Stellungnahme des Vorstands und Aufsichtsrats der W.E.T., S. 5.

<sup>370</sup> Kiesgen, BCA, S. 330; Lindermann, AG 1987, 225, 236.

#### (a) Verzicht auf das Doppelmandat

Das herrschende Unternehmen kann davon absehen, Vorstand und/oder Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft mit ihren Repräsentanten zu besetzen. Dadurch wäre allerdings die Annahme von Leitungsmacht nicht per se ausgeräumt. Denn im Falle einer Mehrheitsbeteiligung begründet bereits diese aufgrund der Lebenserfahrung die tatsächliche Vermutung, dass von den Einflussmöglichkeiten auch Gebrauch gemacht wird<sup>371</sup>. In diesem Fall verhindert auch der Verzicht auf ein Doppelmandat nicht die Vermutung der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens.

#### (b) Genaue Spezifizierung des Zustimmungskatalogs auf besonders bedeutsame Geschäfte

Im Falle eines Doppelmandates im Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft ist es ratsam den Zustimmungskatalog des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG auf möglichst genau spezifizierte, besonders bedeutsame Geschäfte zu beschränken. Es darf nicht der Eindruck entstehen, dass der Aufsichtsrat mittels Zustimmungskatalog das Tagesgeschäft des Vorstands an sich zieht und somit die selbständige und eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand beeinträchtigt.

#### (c) Stimmverbot

Fraglich ist, ob im Einzelfall ein Stimmverbot für den vom herrschenden Unternehmen entsandten Repräsentanten besteht. In Betracht kommt ein gesetzliches (aa) und ein vertragliches Stimmverbot (bb).

##### (aa) Gesetzliches Stimmverbot – Related Party Transactions

Vor der Einführung des § 111b AktG durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II)<sup>372</sup> wurde ein gesetzliches Stimmverbot im Falle eines Interessenkonfliktes unter der analogen Anwendung der §§ 28 Abs. 1 i.V.m. 34 BGB diskutiert. Dafür müsste eine planwidrige Regelungslücke bestehen. Gegen eine planwidrige Regelungslücke spricht, dass der Gesetzgeber in § 47 Abs. 4 GmbHG und § 136 AktG Stimmverbote geregelt hat. Ein allgemeines Stimmverbot im Falle eines Interessenkonfliktes oder bei konzernleitenden Maßnahmen wird in den Normen nicht aufgeführt. Hinzu kommt, dass bei Doppelmandaten nicht zwingend eine unüberwindbare Interessenkollision besteht<sup>373</sup>, die eine gesetzliche Regelung erforderlich machen würde. Zwar sind sowohl Aufsichtsrats- als auch Vorstandsmitglieder zwingend vom Stimmrecht im Aufsichtsrat bzw. Vorstand auszuschließen, wenn über ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft mit diesem Organmitglied abgestimmt wird<sup>374</sup>. Aber ein generelles Stimmverbot lässt sich daraus nicht ableiten<sup>375</sup>. Vielmehr darf das doppelte Organmitglied die Interessen des herrschenden Unternehmens als Organmitglied in der abhängigen Gesellschaft nicht

---

<sup>371</sup> BGHZ 89, 162, 167.

<sup>372</sup> Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 12. Dezember 2019, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2019 Teil I Nr. 50, S. 2637 ff.

<sup>373</sup> Kort, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 185.

<sup>374</sup> Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 580; zum Aufsichtsratsmitglied: Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 108 Rn. 29; Mertens, in: KölnKomm-AktG, § 108 Rn. 44; Ulmer, NJW 1980, 1603, 1605; ders., NJW 1982, 2288, 2289; Werner, ZHR 145 (1981), 252, 266; zum Vorstandsmitglied: Giesen, Organhandeln und Interessenkonflikt, S. 110; Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 77 Rn. 4.

<sup>375</sup> Giesen, Organhandeln und Interessenkonflikt, S. 112 f.; Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 580; Leuschner, in: MünchKomm-BGB Bd. 1, § 34 Rn. 1 f.; Redding, NJW 1956, 48, 49; Ulmer, NJW 1980, 1603, 1605; Zöllner, Schranken, S. 263 f.

über die Interessen der abhängigen Gesellschaft stellen. Ein gesetzliches Stimmverbot bestand somit nicht.

Der Gesetzgeber hat mit dem ARUG II umfassend den Umgang mit *Related Party Transactions* geregelt. Unter *Related Party Transactions* fallen Geschäfte zwischen börsennotierten Gesellschaften und diesen nahestehenden Personen und Unternehmen. Unter nahestehenden Personen werden solche des IAS 24, IFRS 10, IFRS 11 und IAS 28 verstanden<sup>376</sup>. Gem. IAS 24 Buchst. b werden neben der bloßen Zugehörigkeit zum Konzern auch wesentliche personelle Verflechtungen erfasst. Das heißt, Mehrheitsgesellschafter als auch Organmitglieder zählen zu den nahestehenden Personen der abhängigen Gesellschaft. Unter Geschäfte sind alle Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen zu verstehen, durch die ein Gegenstand oder ein anderer Vermögenswert entgeltlich oder unentgeltlich übertragen oder überlassen wird. Nicht hiervon erfasst werden Geschäfte, die im ordentlichen Geschäftsbetrieb und zu marktüblichen Bedingungen mit nahestehenden Personen getätigt werden<sup>377</sup>.

Grundsätzlich kann das BCA in den Anwendungsbereich der *Related Party Transactions* fallen. Es handelt sich hierbei regelmäßig um eine Transaktion rechtlicher und wirtschaftlicher Art, die sich auf die gegenwärtige und zukünftige Finanzlage der abhängigen Gesellschaft auswirkt. Als Vorvertrag zum Unternehmensvertrag hat das BCA eine derartige Trag- und Reichweite, dass es nicht zu Geschäften des ordentlichen Geschäftsbetriebs gehört und somit unter den Geschäftsbegriff des § 111b AktG fällt<sup>378</sup>.

Durch das ARUG II wurde § 111b AktG neu eingeführt, der einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats bei *Related Party Transactions* regelt. Dabei sieht § 111b Abs. 2 AktG für diejenigen Aufsichtsratsmitglieder ein Stimmverbot vor, die an einem Geschäft als nahestehende Person beteiligt sind. Das ist bei den von dem herrschenden Unternehmen in den Aufsichtsrat entsandten Aufsichtsratsmitgliedern der Fall, die über das BCA zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft abstimmen sollen.

Wird eine *Related Party Transaction* ohne die Zustimmung des Aufsichtsrats abgeschlossen, ist dieses Rechtsgeschäft im Außenverhältnis wirksam. Allerdings kann es zu einer Haftung des Vorstands im Innenverhältnis kommen (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG).

(bb) Vertragliches Stimmverbot im BCA bei einer nicht börsennotierten abhängigen Aktiengesellschaft

Bei einer nichtbörsennotierten abhängigen (Aktien-)Gesellschaft gilt das gesetzliche Stimmverbot des § 111b Abs. 2 AktG nicht. In dieser Konstellation ist es dem Repräsentanten des herrschenden Unternehmens nicht verwehrt bzw. von vornerein untersagt, sich bei einer Interessenkollision der Stimme zu enthalten<sup>379</sup>. Allerdings kann das BCA wegen der im Aktienrecht geltenden Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) nur klarstellende Regelungen zur Reichweite eines ohnehin geltenden Stimmverbots

---

<sup>376</sup> Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II), Bundesgesetzblatt Jahrgang 2019 Teil I Nr. 50, 2637, 2640; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Kapitalmarktrecht, 29.177; *J. Schmidt*, NZG 2018, 1201, 1208.

<sup>377</sup> Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II), Bundesgesetzblatt Jahrgang 2019 Teil I Nr. 50, 2637, 2640.

<sup>378</sup> *Kleinert/Mayer*, EuZW 2019, 103, 105.

<sup>379</sup> *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 583 f.; *Kort*, in: *GroßKomm-AktG*, § 76 Rn. 188; *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm-AktG*, § 77 Rn. 35.

treffen<sup>380</sup>. Für eine klarstellende, detaillierte Regelung eines Stimmverbots spricht ein mehr an Rechtssicherheit für die betroffenen Doppelorgane<sup>381</sup>. Für die Repräsentanten des herrschenden Unternehmens kann somit der Begriff „Interessenkonflikt“ mit Leben gefüllt und deren Bewusstsein für diesen Problembereich geschärft werden. Ein vertraglich geregeltes Stimmverbot empfiehlt sich daher in folgenden Fällen:

(aaa) Stimmverbot im Falle eines Verstoßes gegen §§ 311 ff. AktG bei fehlendem Beherrschungsvertrag

Um Rechtsstreitigkeiten und Unsicherheiten vorzubeugen, ist es empfehlenswert, im BCA den Fall eines Verstoßes gegen §§ 311 ff. AktG detailliert zu regeln<sup>382</sup>. So kann das herrschende Unternehmen vor einer Schadensersatzpflicht nach § 317 Abs. 1 AktG und das Doppelorgan vor derselben nach § 317 Abs. 3 AktG und § 93 Abs. 2 AktG bewahrt werden.

(bbb) Stimmverbote bei Interessenkonflikten

Zu empfehlen ist ein vertraglicher Katalog von Stimmverboten im Falle von Interessenkonflikten des Doppelmandates. Ein besonders schwerer Interessenkonflikt besteht vor allem bei Leitungsmaßnahmen im Konzern<sup>383</sup>. Zu nennen sind hier insbesondere die personelle Besetzung und Entlassung der Organe der abhängigen Gesellschaft sowie die Auswahl des Abschlussprüfers.

(d) Weitere Klauseln zur Sicherung der Unabhängigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat in der abhängigen Gesellschaft

Es ist zu empfehlen, dass in einem BCA zusätzlich zu einem Stimmverbot dargelegt wird, dass der Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft jede, von dem herrschenden Unternehmen veranlasste Maßnahme, selbständig auf ihre Zweckmäßigkeit hin überprüft. Zudem ist es ratsam eine Klausel aufzunehmen, dass der Vorstand der abhängigen Gesellschaft die Geschäfte weiterhin unabhängig gemäß geltendem Recht und auf Grundlage der derzeit bestehenden, beziehungsweise in Zukunft durch den Vorstand weiter entwickelten Unternehmensstrategie führen soll. Es ist außerdem sinnvoll, dass das herrschende Unternehmen vertraglich anerkennt, dass weder das herrschende Unternehmen noch ein mit ihm verbundenes Unternehmen berechtigt ist, vor Abschluss eines Beherrschungsvertrags dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Schließlich noch sollte der Vorstand der abhängigen Gesellschaft bis zum Abschluss eines Beherrschungsvertrags nicht verpflichtet sein, Rechtsgeschäfte vorzunehmen oder zu unterlassen oder auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens zu handeln, unabhängig davon, ob in Form einer Bitte, Aufforderung oder Veranlassung.

---

<sup>380</sup> *Aschenbeck*, NZG 2000, 1015, 1023; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 584.

<sup>381</sup> *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 583.

<sup>382</sup> *a.A. Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 584.

<sup>383</sup> *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 582; *Mertens*, in: *KölnKomm-AktG*, § 108 Rn. 45; *Schneider*, FS Raiser, S. 341, 354; *Semler*, FS Stiefel, S. 719, 757.

#### (e) Offenlegung von Interessenkonflikten

Interessenkonflikte im Aufsichtsrat regelt Ziffer E. DCGK<sup>384</sup>. Es wird empfohlen, dass Aufsichtsratsmitglieder Interessenkonflikte unverzüglich gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden offenlegen. Interessenkonflikte und deren Behandlung soll der Aufsichtsrat in seinem Bericht an die Hauptversammlung darlegen und somit die Hauptversammlung über Interessenkonflikte im Aufsichtsrat informieren (Ziffer E.1 DCGK). Gleiches gilt für den Vorstand gemäß Ziffer E. 2 DCGK. Allerdings erfolgt die Offenlegung über einen Interessenkonflikt nicht gegenüber der Hauptversammlung, sondern gegenüber dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats und dem Vorsitzenden bzw. Sprecher des Vorstands. Ein Unterlassen bzw. eine unrichtige Offenlegung eines Interessenskonflikts führt zu einem Verstoß gegen die Entsprechenserklärung gemäß § 161 Abs. 1 AktG, welches zu einer Haftung der entsprechenden Organmitglieder führen kann (§ 826 BGB; §§ 280 Abs. 1, 311. Abs. 3 BGB) und eine Anfechtbarkeit der Entlastung zur Folge haben kann.

Grundsätzlich kein Interessenkonflikt liegt bei der Bestellung eines Mehrheitsaktionärs und dessen Vertreter in den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft vor.<sup>385</sup> Aus § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-4 AktG und § 105 AktG ergibt sich im Umkehrschluss, dass das Aktiengesetz besondere Interessenlagen von Aufsichtsratsmitgliedern in Kauf nimmt<sup>386</sup>. Vielmehr lässt es das Aktiengesetz zu, dass sich die abhängige Gesellschaft Konzerninteressen öffnet und nachteilige Einflussnahmen hinnimmt, vorausgesetzt ihre Vermögensinteressen bleiben gewahrt<sup>387</sup>. Das Gesetz nimmt im Rahmen der §§ 311, 314 AktG den Konzernkonflikt hin, ohne dass daraus ein Hindernis bzw. ein Interessenskonflikt für die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern folgt<sup>388</sup>. Diesem Grundsatz setzen die Empfehlungen des DCGK Grenzen. So empfiehlt Ziffer C.6 DCGK, dass dem Aufsichtsrat, unter Berücksichtigung der Eigentümerstruktur, auf Anteilseignerseite eine nach deren Einschätzung angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören sollen. Dabei verzichtete die Kodexfassung aus dem Jahr 2017 noch auf eine Definition des Begriffs *Unabhängigkeit*. In seiner jüngsten Fassung aus dem Jahr 2019 jedoch wurde dies geändert und als Empfehlung Ziffer C.6 Abs. 2 DCGK definiert, dass ein Aufsichtsratsmitglied dann als unabhängig anzusehen ist,

*“wenn es unabhängig von der Gesellschaft und deren Vorstand und unabhängig von einem kontrollierenden Aktionär ist“.*

Als angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder wird die Hälfte der Anteilseigner empfohlen (Ziffer C.7 DCGK).

---

<sup>384</sup> Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) in der Fassung vom 16. Dezember 2019.

<sup>385</sup> Habersack, ZIP 2006, 1327; Krauss, GWR 2009, 297; Wind/Klie, NZG 2010, 1413, 1415 f.

<sup>386</sup> Wind/Klie, NZG 2010, 1413, 1415.

<sup>387</sup> Habersack, ZIP 2006, 1327.

<sup>388</sup> Habersack, ZIP 2006, 1327; ders., in: MünchKomm-AktG, 3. Auf. 2008, § 100 Rn. 68; Wind/Klie, NZG 2010, 1413, 1415.

(f) Genaue Dokumentation von Aufsichtsrats- und Vorstandssitzungen

Das herrschende Unternehmen trägt im Rechtsstreit vor Abschluss des Beherrschungsvertrags die Beweislast dafür, dass es die Leitungsmacht nicht „unkontrollierbar“ und „dauernd und umfassend“ an sich gezogen hat<sup>389</sup>. Es muss also darlegen und beweisen, dass es, wenn überhaupt, nur in identifizierbaren und nachprüfbaren Einzelfällen Leitungsmacht hatte. Den Beweis hierfür kann das herrschende Unternehmen erbringen, indem es lückenlos sämtliche Vorstands- und Aufsichtsratssitzungen in der abhängigen Gesellschaft schriftlich dokumentiert.

ii) Verantwortlichkeiten und Berichtspflichten der Bereichsleiter

(1) Vertragliche Regelung

Das BCA Unicredit/HVB regelt in Ziffer 4.2 das Folgende zu den Verantwortlichkeiten und Berichtspflichten von Bereichsleitern:

4.2 Division Heads – Funktionen und Verantwortlichkeiten.

Die Division Heads sind voll verantwortlich für das Gesamt-Nettoergebnis ihrer jeweiligen Divisionen und berichten unmittelbar an den CEO der Holding Gesellschaft.

...

4.3 Regionale Einheiten

Die Geschäftsleitung jeder Regionalen Einheit trägt die Verantwortung für die Zusammenführung und Konsolidierung der Nettoergebnisse aller Business Lines der jeweiligen Regionalen Einheit, die zusammen das Nettoergebnis der jeweiligen Regionalen Einheit bilden. Sie berichtet direkt an den CEO der Holding der Gesellschaft.

(2) Rechtliche Würdigung

Das LG München I<sup>390</sup> sieht in 4.2 und 4.3 des BCA Unicredit/HVB ein verdecktes Weisungsrecht der Unicredit. Nach BCA 4.2 sind die Bereichsleiter (Division Heads) verantwortlich für das gesamte Nettoergebnis der HVB und berichten unmittelbar an den CEO der Holding. Die Holdinggesellschaft bildet gem. BCA 2.2 die Unicredit mit Sitz in Mailand, Italien. Gem. BCA 4.3 sind die Bereichsleiter für das Gesamtnettoergebnis aller Geschäftsbereiche der jeweiligen regionalen Einheit verantwortlich.

Das LG München I leitet ein Weisungsrecht der Unicredit aus der Verantwortlichkeit der Bereichsleiter und der Geschäftsleitung der regionalen Einheiten für das Gesamtnettoergebnis in Verbindung mit der Berichtspflicht an den CEO der Holding her. Nähere Ausführungen zu dieser Feststellung macht das LG München I nicht.

---

<sup>389</sup> BGHZ 95, 330 ff.

<sup>390</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740, 2766.

Gegen ein Weisungsrecht der Unicredit spricht, dass die Bereichsleiter als auch die Geschäftsleiter der regionalen Einheiten weiterhin „voll eigenständig“ handeln sollen. Damit stehen BCA 4.2 und 4.3 im Einklang mit § 76 Abs. 1 AktG, der eine eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft fordert<sup>391</sup>. Auch die Berichtspflicht an den CEO der Holding rechtfertigt kein Weisungsrecht der Unicredit. Die Berichtspflicht führt lediglich zu einer passiven Informationserlangung der Unicredit. Sie selbst wird hierdurch nicht aktiv tätig, um direkte oder indirekte/mittelbare Weisungen an die Bereichsleiter bzw. die Geschäftsleitung der regionalen Einheiten zu erteilen. Sollte sie jedoch aufgrund zu geringer Nettoergebnisse Anweisungen an die Berichtsperson erteilen, könnte dies möglicherweise als ein Weisungsrecht anzusehen sein. Allerdings ist umstritten, ob Weisungen an Angestellte unterhalb der Vorstandsebene überhaupt erteilt werden dürfen. Dies hängt davon ab, ob Angestellte unterhalb der Vorstandsebene Weisungsempfänger im Sinn des § 308 Abs. 1 AktG sein können. Gem. § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG ist das herrschende Unternehmen nur berechtigt, Weisungen an den Vorstand der abhängigen Gesellschaft zu erteilen. Dadurch kommt die Überlagerung des § 76 AktG durch den Beherrschungsvertrag zum Ausdruck.<sup>392</sup> Das Weisungsrecht ist jedoch nicht delegierbar. Die Letztverantwortung für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Weisungen bleibt daher beim Vorstand der abhängigen Gesellschaft<sup>393</sup>. Demnach ist das herrschende Unternehmen nicht berechtigt, am Vorstand vorbei Mitarbeitern der abhängigen Gesellschaft rechtswirksam Weisungen zu erteilen.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass durch die Verantwortlichkeit für das Nettoergebnis und die Berichtspflicht der Bereichsleiter sowie der Geschäftsleitung der regionalen Einheiten entgegen der Ansicht des LG München I noch kein Weisungsrecht begründet wird. Zum einen handeln die Bereichsleiter und die Geschäftsleitung eigenverantwortlich, zum anderen wäre ein direktes Weisungsrecht am Vorstand vorbei rechtsunwirksam.

## jj) Änderung der Gruppenstruktur

### (1) Vertragliche Regelung

Das BCA Unicredit/HVB regelt in Ziffer 2 das Folgende zur Änderung der Gruppenstruktur:

#### 2. Geschäfts- und Organisationsmodell der Gemeinsamen Gruppe

##### 2.1 Überblick

Das Geschäfts- und Organisationsmodell der Gemeinsamen Gruppe setzt sich wie folgt zusammensetzen:

Holdingsgesellschaft,

Divisionen, einschließlich zugehöriger Produktfabriken,

---

<sup>391</sup> Goslar, DB 2008, 800, 804.

<sup>392</sup> Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 33; Hüffer/Koch, AktG, § 308 Rn. 7; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 308 Rn. 16.

<sup>393</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 308 Rn. 52a; Hirte, in: GroßKomm-AktG, § 308 Rn. 36, § 309 Rn. 11; Peres, in: Heidel, § 308 Rn. 29; a.A. Altmeyden, Haftung, S. 17 ff.; ders., in: MünchKomm-AktG, § 308 Rn. 78 ff.

Regionale Einheiten

...

## 2.2 Holdinggesellschaft

Unicredit wird als Holdinggesellschaft fungieren und in Italien ansässig sein.

### (2) Rechtliche Würdigung

Das LG München I sieht die Unicredit als Führungsspitze an. Daraus leitet das Gericht die Möglichkeit der Unicredit ab, auf die HVB Einfluss zu nehmen<sup>394</sup>. Richtigerweise ist das Organisationsmodell der Gemeinsamen Gruppe ein Indiz dafür, dass die Unicredit die HVB wie eine „Betriebsabteilung“ leiten könnte. Denn an der Spitze der Gruppe steht die Holdinggesellschaft Unicredit. Wie bereits oben dargestellt (siehe unter hh)), ist eine personelle Verflechtung zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft nicht per se unzulässig. Allerdings ist bei dieser Struktur der Gemeinsamen Gruppe die Schwelle zu einem Weisungsrecht über die Holdinggesellschaft überschritten. Aus dem BCA Unicredit/HVB ist der Eindruck zu gewinnen, dass die HVB in den Konzern der Unicredit integriert werden soll, die HVB also lediglich wie eine „Betriebsabteilung“ der Unicredit geleitet werden soll.

Der Praxis ist zu empfehlen das strategische Konzept bzw. das Geschäfts- und Organisationsmodell nicht vorab in einem BCA zu regeln. Dies gilt insbesondere in Kombination mit der Möglichkeit der Besetzung des Aufsichtsrats kraft BCA oder von Gesetzes wegen aufgrund der Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung.

### kk) Fortbestand der Zielgesellschaft

#### (1) Vertragliche Regelung

Das BCA Unicredit/HVB regelt in Ziffer 6.2 das Folgende zum Fortbestand der Zielgesellschaft:

##### 6.2 Rechtsform der HVB; Börsennotierung; Status

Die HVB wird als volloperative deutsche Geschäftsbank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft fortgeführt, sofern Unicredit nicht feststellt, dass...

---

<sup>394</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740, 2766.

#### 4.4 Wichtige Angelegenheiten

Die folgenden Angelegenheiten sind vom Koordinationsausschuss der Parteien zu beraten und zu koordinieren:

4.4.5 Auflösung oder Liquidation von Mobilcom oder Kauf, Verkauf, Vermietung, Übertragung, hypothekarische Belastung oder Veräußerung aller oder eines erheblichen Teils seiner Vermögenswerte, seiner Unternehmen und von Anteilen an anderen Unternehmen.

4.4.6 Fusion oder Konsolidierung (Strukturierung) von Mobilcom in einer oder mit einer andere(n) Organisation.

#### (2) Rechtliche Würdigung

Das BCA Unicredit/HVB regelt, dass der Fortbestand der HVB ausschließlich von der Unicredit abhängt. Daraus leitet das LG München I ein mittelbares bzw. getarntes Weisungsrecht der Unicredit her. Hierfür sei unerheblich, dass über den Nichtfortbestand der HVB letztendlich die Hauptversammlung entscheide<sup>395</sup>.

In dem CFA France Telecom/Mobilcom wird der Fortbestand von Mobilcom von der Entscheidung des Koordinationsausschusses abhängig gemacht. Der Koordinationsausschuss (CFA France Telecom/Mobilcom 4.3.2) ist kein Unternehmensgremium von Mobilcom. Daher wird nach Ansicht des OLG Schleswig gem. CFA France Telecom/Mobilcom 4.4 lediglich zum Ausdruck gebracht, dass der Hauptaktionär und Vorstandsvorsitzende von Mobilcom, S und France Telecom „die Hauptaktionäre und die Antragsgegnerin von MC [Mobilcom]“ sind<sup>396</sup>. Ein Weisungsrecht lässt sich nach Ansicht des Gerichts daher nicht aus der Entscheidung des Koordinationsausschusses über den Fortbestand der HVB herleiten.

Der Ansicht des OLG Schleswig ist zu folgen. Diese lässt sich auch auf das BCA Unicredit/HVB übertragen. Die Entscheidung der Unicredit über den Fortbestand der HVB ist keine Folge eines Weisungsrechts, sondern resultiert aus der qualifizierten Mehrheit der Unicredit an der HVB, also aus ihrer Aktionärsstellung. Denn nicht das herrschende Unternehmen entscheidet allein über den Fortbestand der abhängigen Gesellschaft. Diese Kompetenz obliegt als Grundlagenentscheidung bzw. bei Umstrukturierungen nach dem Umwandlungsgesetz der Hauptversammlung.

Abschließend ist die abhängige Gesellschaft nicht schutzwürdig. In dem vom LG München I<sup>397</sup> zu entscheidendem Fall war eine deutsche Aktiengesellschaft Gegenstand einer Übernahme. In diesem Fall schützt das WpÜG die Minderheitsaktionäre hinreichend vor ihrem Verlust der Einflussnahme gegenüber dem Mehrheitsaktionär. So regelt § 35 WpÜG, dass derjenige, der unmittelbar oder mittelbar

---

<sup>395</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740, 2766; Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 10.

<sup>396</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 271.

<sup>397</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740, 2761.

die Kontrolle (30 % der Stimmrechte, vgl. § 29 Abs. 2 WpÜG; Zurechnung von Stimmrechten gem. § 30 WpÜG) über die Zielgesellschaft erlangt, dies unter Angabe der Höhe seines Stimmrechtsanteils unverzüglich, spätestens innerhalb von sieben Kalendertagen, gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 und 2 WpÜG zu veröffentlichen hat. Gemäß § 35 Abs. 2 WpÜG muss der Bieter innerhalb von vier Wochen nach der Veröffentlichung der Erlangung der Kontrolle der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen eine Angebotsunterlage übermitteln, die diese dann formell und eingeschränkt inhaltlich prüft<sup>398</sup>. § 35 Abs. 1 WpÜG gewährleistet eine Publizität über die Höhe der Stimmenanteile, während § 35 Abs. 2 WpÜG die rechtliche Stellung von Minderheitsaktionären sicherstellt. Durch das sogenannte Pflichtangebot wird den Aktionären der Zielgesellschaft die Möglichkeit gegeben ihre Anteile zu einem von der BaFin geprüften angemessenen Preis zu veräußern<sup>399</sup>.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann aus den genannten vertraglichen Regelungen kein Weisungsrecht hergeleitet werden. Vielmehr spiegeln sie die ohnehin bestehende Rechtslage, die auch ohne das BCA bestehen würde, wider.

## II) Einseitiges Kündigungsrecht beim herrschenden Unternehmen

### (1) Vertragliche Regelung

Das BCA Unicredit/HVB regelt in Ziffer 10 das Folgende zur Beendigung des BCA:

#### 10 Beendigung

##### 10.2 Beendigung nach Vollzug des HVB- Angebots

Nach Vollzug des HVB-Angebots gilt folgendes:

Dieser Vertrag endet automatisch nach Ablauf von fünf Jahren ab Vollzug des HVB-Angebots, soweit er nicht von Unicredit verlängert wird...

Dieser Vertrag kann von Unicredit mit einer Frist von zwei Wochen zum Monatsende gekündigt werden, sofern die HVB ihrer Verpflichtung aus den Ziffern 3.2.6, 3.3.3 oder 3.9 dieses Vertrags nicht nachkommt.

### (2) Rechtliche Würdigung

Die Klausel räumt der Unicredit ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Fall einer Vertragsverletzung der HVB ein. Zudem hängt eine Vertragsverlängerung ausschließlich vom Willen der Unicredit ab.

---

<sup>398</sup> v. Bülow, in: KölnKomm-WpÜG, § 35 Rn. 156.

<sup>399</sup> BT-Drs. 14/7034 (2001), S. 30; v. Bülow, in: KölnKomm-WpÜG, § 35 Rn. 4.

Das LG München I<sup>400</sup> leitet hieraus ein Weisungsrecht der Unicredit ab. Dieses soll sich daraus ergeben, dass nur die Unicredit einseitig den Vertrag verlängern kann, die Vertragslaufzeit mithin von ihrem Willen abhängt.

Die Ansicht des LG München I ist abzulehnen. Denn auch wenn der HVB kein vertragliches Kündigungsrecht eingeräumt wurde, steht ihr immer noch ein gesetzliches Kündigungsrecht nach § 314 BGB im Falle eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz zu. Der HVB wurde also ihr Recht auf Vertragskündigung nicht gänzlich genommen. Dass der Unicredit neben dem gesetzlichen Kündigungsrecht nach § 134 BGB ein vertragliches außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt wurde, ist im Rahmen der Vertragsfreiheit möglich. Zudem wird die HVB im Falle eines Vertragsbruchs ihrerseits durch das Sonderkündigungsrecht der Unicredit nicht unangemessen benachteiligt. Denn Grundlage für die Sonderkündigung der Unicredit ist ein Fehlverhalten von Seiten der HVB. Zwar ist nicht auszuschließen, dass das vertragliche Kündigungsrecht der Unicredit situationsbedingt als Druckmittel eingesetzt werden kann. Allerdings lässt sich daraus allein noch kein Weisungsrecht herleiten.

mm) Künftige Integration bzw. Zusammenarbeit mit der Zielgesellschaft

#### (1) Vertragliche Regelung

Das BCA Amerigon Europe/W.E.T. regelt in III. das Folgende zur zukünftigen Unternehmensstruktur:

#### III. Zukünftige Unternehmensstruktur von A. und W.E.T.

2. Die Bieterin und die Gesellschaft beabsichtigen nach dem Abschluss und vorbehaltlich der Zustimmung der jeweiligen Gesellschaftsorgane, insbesondere der Hauptversammlung der Gesellschaft, einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag im Sinne der §§ 291 ff. AktG zu vereinbaren, auf dessen Inhalt sich die Gesellschaft und die Bieterin zu gegebener Zeit und nach Treu und Glauben verständigen werden (der „Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag“). Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag wird der Hauptversammlung der Gesellschaft, wenn möglich im Laufe des Jahres 2011 zur Genehmigung vorgelegt. Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag tritt nach seiner Eintragung im Handelsregister der Gesellschaft in Kraft (das „Datum des Inkrafttretens des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags“).

3. Die Parteien vereinbaren, dass die gegenwärtige Zusammensetzung des W.E.T.-Vorstands nach dem Abschluss für die Laufzeit der jeweiligen Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder unverändert bleibt. Dementsprechend sagen A und die Bieterin hiermit ungeachtet der Bestimmungen in Ziffer 3 unten zu, (i) von jeglichen rechtlichen oder tatsächlichen Maßnahmen abzu- sehen, mit denen eine vorzeitige Beendigung der Bestellung und/oder des Anstellungsvertrags eines Mitglieds des W.E.T.-Vorstands bewirkt wird, und (ii) soweit gesetzlich zulässig nach besten Kräften dafür zu sorgen, dass die Vertreter von A oder der Bieterin, die Mitglied eines

---

<sup>400</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740, 2761.

Geschäftsorgans der Gesellschaft sind, keine derartigen rechtlichen oder tatsächlichen Maßnahmen ergreifen, einleiten oder unterstützen; § 84 Abs. 3 AktG bleibt unberührt.

4. Unter den Parteien herrscht das gemeinsame Verständnis darüber, dass die durch den Aufsichtsrat vertretene Gesellschaft und die derzeitigen Mitglieder des W.E.T.-Vorstands zum Datum des Inkrafttretens des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags neue Dienstverträge abschließen werden. Die Parteien sagen zu, sich, soweit gesetzlich zulässig, nach besten Kräften zu bemühen, die derzeitigen Dienstverträge der Mitglieder des W.E.T.-Vorstands vor Unterzeichnung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags so abzuändern, dass jedes Mitglied des W.E.T.-Vorstands vom Amt zurücktreten und seinen Dienstvertrag mit Wirkung zum Datum des Inkrafttretens des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags kündigen kann, falls sich die Gesellschaft und das jeweilige Mitglied des W.E.T.-Vorstands vor dem Datum des Inkrafttretens des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags nicht auf den Inhalt und Abschluss eines neuen Anstellungsvertrags geeinigt haben. Die Kündigung ist binnen zwei Wochen nach dem Datum des Inkrafttretens des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags auszusprechen. Im Falle einer derartigen Kündigung des Dienstvertrags seitens eines Mitglieds des W.E.T.-Vorstands tritt die Kündigung zwei Monate nach dem Datum des Inkrafttretens des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags in Kraft, und das jeweilige Mitglied des W.E.T.-Vorstands hat Anspruch auf die Gesamtvergütung für die restliche Laufzeit seines derzeitigen Dienstvertrags und seiner Bestellung als Mitglied des W.E.T.-Vorstands, wobei im Hinblick auf die Boni, Tantiemen oder sonstige leistungsbezogene Teile der Vergütung von einer Zielerreichung von 100 % ausgegangen wird.

## (2) Rechtliche Würdigung

Ziffer III. 4 BCA Amerigon Europe/W.E.T. sieht vor, dass die Mitglieder des Vorstands der W.E.T. nach Inkrafttreten des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags neue Dienstverträge abschließen werden. Im Falle einer fehlenden Einigung über den neuen Anstellungsvertrag wird vereinbart, dass das jeweilige Mitglied des Vorstands vom Amt zurücktreten kann, beziehungsweise der Anstellungsvertrag gekündigt wird. Es soll weiterhin ein Anspruch auf die Gesamtvergütung für die restliche Laufzeit des Dienstvertrages bestehen, inklusive Boni, Tantiemen oder sonstige leistungsbezogene Vergütungsbestandteile, wobei von einer Zielerreichung von 100 % ausgegangen wird.

Das OLG München sieht in dem Abschluss neuer Dienstverträge sowie in der Change of Control Klausel eine Option zum Abschluss neuer Dienstverträge bzw. eine Option zur Kündigung der Dienstverträge. Die Fortzahlung des Gehaltes inklusive Bonus sei hingegen als Zusage zu bewerten<sup>401</sup>. Die Zusage stellt nach Ansicht des Gerichts einen Sondervorteil für die Vorstandsmitglieder im Sinne des § 243 Abs. 2 S. 1 AktG dar, welcher übernahmerechtlich zu einer ungerechtfertigten Leistung i.S.d. § 33d WpÜG führt. Der Sondervorteil ergibt sich daraus, dass die vereinbarte Zahlung inklusive 100 % Bonus in voller Höhe, ohne Rücksicht auf die tatsächliche Zielerreichung erfolgen soll<sup>402</sup>. Das Gericht lässt

---

<sup>401</sup> OLG München, NZG 2012, 261, 262.

<sup>402</sup> OLG München, NZG 2012, 261, 262.

nicht außer Acht, dass sich die Zusicherung dieses Sondervorteils nur im BCA und nicht auch im Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag selbst wiederfindet. Es bestehen jedoch hinreichende Anhaltspunkte, dass es sich bei dem BCA und bei dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag um verknüpfte Verträge handelt, da sie eine rechtliche Einheit i.S.d. § 139 BGB aufweisen<sup>403</sup>. Eine rechtliche Einheit i.S.d. § 139 BGB liegt vor, wenn die Vereinbarung nach den Vorstellungen der Parteien miteinander „stehen und fallen“ sollen. Der maßgebliche Verknüpfungswille ist aufgrund der Erklärungen und der Interessenslage mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln<sup>404</sup>. Das BCA Amerigon Europe/W.E.T. zeigt in Ziffer III. 2. und 3. eindeutige Bezugnahmen zu dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. In diesem kommt ein Verknüpfungswille, wie etwa in der Absicht einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag abschließen zu wollen, hinreichend zum Ausdruck<sup>405</sup>.

Die Zusage, Gehälter und Boni unabhängig von der tatsächlichen Zielerreichung zu 100 % zahlen zu wollen, bewertet das OLG München als ungerechtfertigte Leistung im Sinne des § 33d WpÜG. Dies ergibt sich unabhängig davon, ob der Bieter die Leistung direkt gewährt bzw. verspricht oder ob sie über die Zielgesellschaft abgewickelt wird. Wie schon vom LG München I in seiner Entscheidung Unicredit/HVB<sup>406</sup> entschieden, darf die Vereinbarung über die Integration der Zielgesellschaft in den Konzern des Bieters im BCA nicht den Beherrschungsvertrag vorwegnehmen. Hinzukommt, dass das OLG München in Sachen Amerigon Europe/W.E.T. entschieden hat, dass auch in zwei separaten Dokumenten enthaltene Vereinbarungen eine rechtliche Einheit bilden können, wenn ein entsprechender Parteiwille besteht.

Es ist durchaus üblich, dass das BCA auf den erst später abzuschließenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag Bezug nimmt. In einer Bezugnahme des BCA auf den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag pauschal eine rechtliche Einheit im Sinne des § 139 BGB zu sehen, ist allerdings abzulehnen. Vielmehr ist eine differenzierte Auslegung des BCA nach dem Parteiwillen vorzunehmen. Dies schon deshalb, weil wesentliche Teile des BCA schon vor dem Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags durchgeführt werden sollen. In einem solchen Fall kommt der Parteiwille einer selbstständigen Vereinbarung zum Ausdruck<sup>407</sup>. Hinzukommt, dass die zeitliche Abfolge von BCA und Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag systemimmanent sind, was gegen eine pauschale Annahme einer rechtlichen Einheit zwischen diesen beiden Verträgen spricht<sup>408</sup>.

Aufgrund der recht großzügigen Einordnung einer rechtlichen Einheit zwischen BCA und Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag durch die Rechtsprechung, ist der Praxis zu empfehlen, von einer übertriebenen Bezugnahme des BCA auf den sich anschließenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag abzusehen. Vielmehr sollte in der Präambel eine Klausel über die Vollständigkeit der in der Vereinbarung getroffenen Regelungen sowie eine salvatorische Klausel aufgenommen werden

---

<sup>403</sup> OLG München, NZG 2012, 261, 262.

<sup>404</sup> BGHZ 138, 91; *Busche*, in: MünchKomm-BGB Bd. 1, § 139 Rn. 18.; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 139 Rn. 5; *Flume*, JurPerson, § 32, 2a.

<sup>405</sup> OLG München, NZG 2012, 261, 262.

<sup>406</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740, 2761 ff.

<sup>407</sup> *Bungert/Wansleben*, ZIP 2013, 1841, 1842 ff.; *Krause*, CFL 2013, 192, 194 ff.; *Oppenhoff*, in: BeckHdb AG, § 23 Rn. 109.

<sup>408</sup> *Decher*, FS Hüffer, S. 145 f.; *Peitsmeyer/Theusinger*, EWIR 2012, 333, 334.

<sup>409</sup>. Zudem sollte im Falle einer Bezugnahme auf den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag klargestellt werden, dass die Strukturmaßnahmen noch nicht zwischen den Parteien vereinbart sind. So hat das OLG Stuttgart die Formulierungen „im Falle eines“ und „vorbehaltlich“ als dahingehend eindeutig angesehen, dass es sich bei dem Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags nur um eine mögliche Option nach Vollzug der Übernahme handelt<sup>410</sup>.

nn) Regelung des Gerichtsstands

(1) Vertragliche Regelung

Das BCA Linde/Praxair regelt in Artikel 9.5 das Folgende zum Gerichtsstand:

#### 9.5 Anwendbares Recht

(a) MIT AUSNAHME

(i) der Zuständigkeiten der Linde-Vorstände und der Gültigkeit jeglicher Gesellschaftshandlungen von Linde, die nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland ausgelegt werden, ohne Rücksicht auf kollisionsrechtliche Grundsätze

(ii) die treuhänderischen Pflichten des Vorstands von Praxair und die Gültigkeit jeglicher unternehmerischer Handlungen seitens Praxair, die nach den Gesetzen der Bundesrepublik Deutschland ausgelegt und geregelt werden, ohne Rücksicht auf deren kollisionsrechtliche Grundsätze, die nach den Gesetzen des US-Bundesstaates Delaware ausgelegt und geregelt werden, ohne Rücksicht auf die dortigen Rechtsgrundsätze, und

(iii) die Bestimmungen über die Pflichten der neuen Holdco nach dem Deutschen Übernahmegesetz und die in Abschnitt 7 beschriebenen Angebotsbedingungen.

(iv) die Bestimmungen der neuen Holdco gegen das Deutsche Übernahmegesetz und die Angebotsbedingungen, die in Abschnitt 7.1 des Angebots beschrieben sind, die nach den Gesetzen der Bundesrepublik Deutschland ohne Rücksicht auf deren kollisionsrechtlichen Grundsätze auszulegen und zu interpretieren sind, sind auf diese Vereinbarung in jeder Hinsicht nach den Gesetzen Irlands ohne Rücksicht auf deren kollisionsrechtlichen Grundsätze auszulegen, zu interpretieren und zu regeln.

(2) Rechtliche Würdigung

Aus der Gerichtsstandsvereinbarung lässt sich kein Weisungsrecht ableiten. Es ist gängige Praxis, dass bei grenzüberschreitenden, aber auch bei nationalen Verträgen, eine Gerichtsstandsvereinbarung vereinbart wird. Eine derartige Vereinbarung wird von § 38 ZPO unter Kaufleuten ausdrücklich

---

<sup>409</sup> so auch: *Oppenhoff*, in: BeckHdb AG, § 23 Rn. 109.

<sup>410</sup> OLG Stuttgart, AG 2015, 163, 165.

legitimiert. Zudem wurde in dem BCA Linde/Praxair eine wechselseitige Vereinbarung über den Gerichtsstand getroffen<sup>411</sup>, sodass ein Weisungsrecht schon mangels Weisungsabhängigkeit ausscheidet.

oo) Fazit

Vor dem Abschluss eines Beherrschungsvertrags sollten in einem BCA keine Klauseln aufgenommen werden, die den Eindruck erwecken, dass das herrschende Unternehmen Einfluss auf die Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft nehmen kann. So besteht bei einem Koordinationsausschuss die Gefahr, dass der Hauptaktionär in seiner Rolle als übernehmendes Unternehmen mittelbar ein Weisungsrecht ausübt, dem der Vorstand der abhängigen Gesellschaft „vorausseilend“ Gehorsam leistet. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn die Vertragsverlängerung und die Abberufung des Vorstands und Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft vom Hauptaktionär abhängen. Ferner ist ein Weisungsrecht anzunehmen, wenn das Kräfteverhältnis im Koordinationsausschuss derart ausgestaltet ist, dass die abhängige Gesellschaft keine echte Entscheidungsmöglichkeit hat. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn in einer festgefahrenen Situation die einzige Option eines Mitglieds des Koordinationsausschuss ist, seine Aktien zu veräußern. Hierin ist eine Ausübung von Zwang durch das herrschende Unternehmen zu sehen und mithin ein Weisungsrecht.

Die Einrichtung eines Präsidialausschusses und Management-Ausschuss sind zulässig, solange diese nur Beratungsfunktionen übernehmen<sup>412</sup>. Sie sind somit gerade keine Unternehmensorgane. Für die Praxis ist darauf hingewiesen, dass eine paritätische Besetzung der Ausschüsse zu empfehlen ist, um einer Einflussnahme vorzubeugen.

Von Zustimmungsvorbehalten zugunsten eines Hauptaktionärs sollte insbesondere nach der *Amerigon Europe/W.E.T.* Entscheidung des LG München I ebenfalls Abstand genommen werden. Vereinbarungen eines Aktionärs mit der abhängigen Gesellschaft können gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung verstoßen. Anstelle des, wegen seiner Flexibilität in der Praxis beliebten, Zustimmungsvorbehalts ist zu empfehlen, einen Verzicht mit dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft zu vereinbaren. Der Verzicht sähe vor, dass die abhängige Gesellschaft auf die Ausübung des genehmigten Kapitals beziehungsweise auf Geschäfte in eigene Aktien über einen überschaubaren Zeitraum verzichtet.

Auch bei einer Vereinbarung von Doppelmandaten in einem BCA ist Vorsicht walten zu lassen. Allerdings steht bei einem Doppelmandat, anders als bei dem Abschluss eines Beherrschungsvertrags, das Konzerninteresse nicht zwingend im Vordergrund. Demnach sollte von einer Stimmenthaltung nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden. Denn sie indiziert, dass der Vorstand des herrschenden Unternehmens die verlangte Maßnahme als nachteilig ansieht, sie verweigert oder einen Nachteilsausgleich verlangt<sup>413</sup>. Vielmehr sollten in dem BCA Stimmverbote für die Fälle geregelt werden, in denen ein Interessenkonflikt des Doppelmandatsträgers nahe liegt.

---

<sup>411</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 390.

<sup>412</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 390.

<sup>413</sup> *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 584.

Schließlich noch sollte die Gruppenstruktur des herrschenden Unternehmens und der abhängigen Gesellschaft nicht dahingehend geändert werden, dass das herrschende Unternehmen die Führungsspitze einnimmt. Vielmehr sollte, wie in den BCA Terex/Demag Cranes sowie von Amerigon Europe/W.E.T., vertraglich vereinbart werden, dass weder der Aufsichtsrat noch der Vorstand der abhängigen Gesellschaft personell verändert werden. Gerichtlich ungeklärt ist die Klausel inwieweit, bis zum Datum des Inkrafttretens des Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrags, neue Dienstverträge abgeschlossen werden dürfen, vgl. BCA Amerigon Europe/W.E.T. Ziffer III. 4.

Das LG München I<sup>414</sup> entnimmt auch der Regelung über das einseitige vertragliche Kündigungsrecht des herrschenden Unternehmens im BCA sowie der einseitigen Entscheidung des herrschenden Unternehmens über die Rechtsform der abhängigen Gesellschaft ein mittelbares Weisungsrecht. Der Praxis ist es daher zu empfehlen, vertraglich ein beiderseitiges, vertragliches Kündigungsrecht des BCA zu regeln und dem herrschenden Unternehmen nicht die Entscheidung über die Rechtsform der abhängigen Gesellschaft zu überlassen.

Schließlich noch sollte mit Bezugnahmen im BCA auf den Beherrschungsvertrag vorsichtig umgegangen werden. Entscheidend ist, dass der Bezugnahme nicht entnommen werden kann, dass ein Parteiwille dahingehend anzunehmen ist, dass ein einheitlicher Vertrag vorliegen soll. Dies kann dadurch geschehen, dass im BCA erkenntlich gemacht wird, dass die Strukturmaßnahmen noch nicht zwischen den Parteien vereinbart sind.

In einem BCA kann nach der jüngsten Rechtsprechung<sup>415</sup> eine monistische Gruppenstruktur mit einem paritätisch besetzten Verwaltungsrat geregelt werden sowie Ausschüsse eingerichtet werden. Gegen die Annahme eines Weisungsrechts und mithin einer Beherrschung sprechen die Art des Zusammenschlusses als *Merger of Equals*, die paritätische Besetzung der Organe und die ausschließliche Beratungsfunktion der Ausschüsse.

Auch Zusicherungen sind möglich, wenn diese keine Verbote regeln und für beide Parteien gleichermaßen gelten. Gerichtsstandsvereinbarungen sind auch zulässig, da diese gemäß § 38 ZPO unter den dort geregelten Voraussetzungen unter Kaufleuten gesetzlich legitimiert sind.

## 2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Wirksamkeit des Vertrags

Das BCA wird vor dem eigentlichen Unternehmensvertrag zwischen dem Bieter und der Zielgesellschaft abgeschlossen. Unklar ist, zu welchem Zeitpunkt ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinn des § 17 AktG begründet wird.

---

<sup>414</sup> LG München I, BeckRS 2008, 2740, 2761.

<sup>415</sup> LG München I, NZG 2019, 384 ff. (anhängig beim OLG München unter Az. 7 U 448/19).

Nach einer Ansicht<sup>416</sup> besteht das Abhängigkeitsverhältnis erst mit der dinglichen Übertragung der Aktien auf die Bietergesellschaft. Andere<sup>417</sup> hingegen erkennen eine vorwirkende Abhängigkeit mit Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts an.

§§ 20, 21 AktG und §§ 21, 22 WpHG ordnen die Gleichstellung zwischen Aktienbeteiligung und Übereignungsansprüchen ausdrücklich an, vgl. § 20 Abs. 2 Nr. 1 AktG, 22 Abs. 1 Nr. 6 WpHG. Aus der Gesetzessystematik könnte somit darauf rückgeschlossen werden, dass rein schuldrechtliche Positionen im Rahmen des § 17 Abs. 1 AktG unberücksichtigt bleiben. Bei einer derartigen Annahme bliebe hingegen außer Acht, dass sich die Rechtsfolge in Form eines temporären Rechtsverlustes des Meldepflichtigen gem. § 20 Abs. 7 AktG und § 28 WpHG gerade nicht auf das Unternehmen erstreckt, welches noch Eigentümer der Wertpapiere ist.

Für eine vorwirkende Abhängigkeit mit Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts spricht auch der Zweck des Konzernrechts. Für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft macht es keinen Unterschied, ob das dingliche Erfüllungsgeschäft bereits vollzogen wurde oder nicht. Vielmehr handelt er bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags, also des BCA, nach den Wünschen des herrschenden Unternehmens, sofern er seine Position nicht gefährden will. Für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft kommt es somit entscheidend auf die Konkretisierung des Herrschaftswechsels an. Maßgeblich ist, ob der Wechsel als sicher bzw. wahrscheinlich erscheint. Schließlich spricht auch der Schutz der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft für eine vorwirkende Abhängigkeit. Mit dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts ist das herrschende Unternehmen verpflichtet einen Abhängigkeitsbericht zu erstellen. Der Abhängigkeitsbericht verbessert die Informationsbasis der Gesellschaftsgläubiger und der außenstehenden Aktionäre und er dient der besseren Durchsetzung ihrer Ersatzansprüche<sup>418</sup>. Zudem ist eine Haftung nach § 311 AktG möglich. Eine vorwirkende Abhängigkeit führt auch nicht zu einer empfindlichen Verschlechterung der Rechtsstellung des herrschenden Unternehmens. Für das herrschende Unternehmen ist es zumutbar, dass es über den Abhängigkeitsbericht Informationen preisgibt und gegebenenfalls für nachteilige Einwirkungen haftet. Nach alledem lässt sich im Ergebnis festhalten, dass bereits mit Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 17 AktG entsteht.

### 3. Sonstige diskutierte Voraussetzungen

Neben der Unterstellung unter fremde Leitung werden verschiedene weitere Voraussetzungen für den Beherrschungsvertrag in Erwägung gezogen. Diskutiert werden insbesondere<sup>419</sup> die vertragliche Regelung von a) Ausgleichs- und Abfindungsregelungen im Sinn der §§ 304, 305 AktG sowie die Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG, b) die Bezeichnung als Beherrschungsvertrag in der

---

<sup>416</sup> OLG Düsseldorf, AG 1994, 36, 38 f.; Hüffer/Koch, AktG, § 17 Rn. 9.

<sup>417</sup> Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 53; Lutter, FS Steindorff, S. 125, 133; Weber, ZIP 1994, 678 ff.

<sup>418</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 312 Rn. 1.

<sup>419</sup> zu Regelungen über den Zentralisierungsgrad und der Beteiligungsquote siehe Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 291 Rn. 52 ff.; zur konkreten Umschreibung des Weisungsrechts siehe Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 16 ff.

Vertragsurkunde und c) eine klarstellende Rechtswahlklausel zugunsten des deutschen Rechts, sofern der Vertrag mit einem Unternehmen geschlossen wird, welches seinen Sitz im Ausland hat<sup>420</sup>.

#### a) Ausgleichs- und Abfindungsregeln, §§ 304, 305 AktG und Verlustausgleichspflicht § 302 AktG

In BCA werden üblicherweise weder Regelung über Ausgleichs- und Abfindungsregeln im Sinn des §§ 304, 305 AktG noch eine Verlustausgleichspflicht gem. § 302 AktG getroffen.

§ 304 Abs. 3 Satz 1 AktG bestimmt, dass ein Beherrschungsvertrag, der grundsätzlich nicht gemäß § 304 Abs. 1 Satz 2 AktG den außenstehenden Aktionären einen angemessenen Ausgleich garantiert, nichtig ist. Eine Ausgleichsregelung ist somit zwingender Bestandteil des Beherrschungsvertrags<sup>421</sup>.

Anders ist es bei den Regelungen betreffend die Abfindung und den Verlustausgleich. Bei diesen handelt es sich nicht um ein Begriffsmerkmal des Beherrschungsvertrags<sup>422</sup>. Vielmehr hat eine fehlende Abfindungsregelung nur zur Folge, dass das gem. § 2 des Spruchverfahrensgesetzes bestimmte Gericht gemäß § 305 Abs. 5 Satz 2 AktG auf Antrag die vertraglich zu gewährende Abfindung zu bestimmen hat. Folglich gehört eine Regelung über die Abfindung der außenstehenden Aktionäre nicht zu den zwingenden Vertragsbestandteilen<sup>423</sup>.

Auch eine Regelung über eine Verlustausgleichspflicht zählt nicht zu den zwingenden Vertragsbestandteilen eines Beherrschungsvertrags<sup>424</sup>. § 302 AktG ist ein gesetzliches Dauerschuldverhältnis<sup>425</sup> und setzt somit nur das Bestehen eines Beherrschungsvertrags voraus, nicht hingegen eine vertragliche Regelung zum Verlustausgleich<sup>426</sup>. Vielmehr ergibt sich der Anspruch unmittelbar aus dem Gesetz<sup>427</sup>. Der Verlustausgleichsanspruch ist von dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen geltend zu machen. Andernfalls handelt er pflichtwidrig (§ 93 Abs. 2 AktG) und macht sich schadensersatzpflichtig.

#### b) Bezeichnung als Beherrschungsvertrag

Die früher geforderte ausdrückliche Bezeichnung des Vertrags als Beherrschungsvertrag ist mittlerweile entbehrlich. Grund dafür ist, dass § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht auf die Bezeichnung, sondern auf den Inhalt des Vertrags abstellt<sup>428</sup>. Entscheidend ist der nach objektiven Gesichtspunkten ermittelte Inhalt des gesamten Vertrags<sup>429</sup>.

---

<sup>420</sup> Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 291 Rn. 58; Staudinger/Großfeld, IntGesR Rn. 404; Wiedemann, GesR Bd. 1, S. 805 f.

<sup>421</sup> Altmeyen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 76; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 16;

<sup>422</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 12; a.A. Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 7, 78 ff., 111 ff.

<sup>423</sup> Altmeyen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 74; Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 13; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 128; Peres, in: Heidel, § 291 Rn. 44; a.A. Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 17.

<sup>424</sup> Altmeyen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 76; Müllert, in: GroßKomm-AktG, § 291 Rn. 80; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 291 Rn. 21; a.A. Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 78.

<sup>425</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 302 Rn. 4; Müller, FS Rowedder, S. 277, 281; K. Schmidt, ZGR 1983, 513, 517; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 291 Rn. 21.

<sup>426</sup> K. Schmidt, ZGR 1983, 513, 517; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 291 Rn. 21.

<sup>427</sup> Altmeyen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 77.

<sup>428</sup> KG, NZG 2000, 1132, 1133; OLG Schleswig, NZG 2008, 868 ff.; LG Hamburg, AG 1991, 365, 366; Altmeyen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 45 ff.; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 17; Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 13; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 7; Langenbacher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 25.

<sup>429</sup> Altmeyen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 45.

### c) Anwendbarkeit deutschen Rechts

Sollte die abhängige Gesellschaft dem deutschen Recht unterliegen, das herrschende Unternehmen hingegen einem anderen Rechtsstatut, ist eine ausdrückliche Regelung zur Anwendbarkeit des deutschen Rechts entbehrlich<sup>430</sup>. Zum einen ist im Kontext des Beherrschungsvertrags keine Rechtswahl möglich<sup>431</sup>, zum anderen würden ausländische Gerichte deutsches Recht auch ohne ausdrückliche Regelung anwenden<sup>432</sup>. Gleichwohl trägt es zur Rechtssicherheit im Beherrschungsvertrag bei, die Anwendbarkeit deutschen Rechts und gegebenenfalls einen Gerichtsstand zu vereinbaren.

### d) Ergebnis

Der Beherrschungsvertrag muss von Gesetzes wegen zwingend eine Ausgleichsregelung für die außenstehenden Aktionäre vorsehen. Andernfalls ist der Beherrschungsvertrag nichtig (§ 305 Abs. 3 Satz 2 AktG). Keine zwingenden Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Beherrschungsvertrag sind hingegen:

- Abfindungsregeln und eine Regelung über die Verlustausgleichspflicht nach § 305; § 302 AktG,
- die Bezeichnung als Beherrschungsvertrag,
- eine ausdrückliche Regelung bezüglich der Anwendbarkeit deutschen Rechts.

## 4. Ergebnis

Mittels BCA ist es im Einzelfall möglich, dass die Leitung der abhängigen Gesellschaft der Leitung des herrschenden Unternehmens unterstellt wird. Dies gilt vor allem, wenn Zustimmungsvorbehalte vereinbart werden, die in die Leitung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft in einer Intensität eingreifen, die mit einem Weisungsrecht vergleichbar sind. Zustimmungsvorbehalte, die nicht die Intensität haben, dass sie unangemessen in das Leitungsermessen des Vorstands der abhängigen Gesellschaft eingreifen, können gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung verstoßen. Die unzulässige Vorwegbindung des Leitungsermessens des Vorstands ist mit der Aufgabenverteilung zwischen Aktionär und Vorstand unvereinbar.

Ebenfalls zu einem Weisungsrecht können kumulative Gestaltungen führen. Ein Weisungsrecht wurde insbesondere bei der Einrichtung eines Koordinationsausschluss in der Gestalt angenommen, dass im Falle einer festgefahrenen Konstellation die Partei, die zugleich Vorstandsvorsitzender der abhängigen Gesellschaft ist, sich entweder dem Willen des herrschenden Unternehmens beugt oder alle Aktien verkaufen muss. Ferner ist eine Unterstellung der Leitung bei der Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat anzunehmen, sofern das herrschende Unternehmen nicht darlegen kann, dass „nur isolierte Einzelmaßnahmen“ veranlasst wurden, die weder für sich allein noch zusammengenommen „dauernden und dichten Einfluss“ darstellen. Ein mittelbares Weisungsrecht kann sich ferner durch die

---

<sup>430</sup> *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 291 Rn. 17; *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 13; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, Vor § 291 Rn. 187 ff.; *Neumayer*, *ZvglRWiss* 1984, 129, 153 f.; **a.A.** mit Rechtsfolge der Nichtigkeit *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 291 Rn. 58; *Staudinger/Großfeld*, *IntGesR* Rn. 404; *Wiedemann*, *GesR* Bd. 1, S. 805 f.

<sup>431</sup> allg. Ansicht, siehe *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, Vor § 291 Rn. 188 f.

<sup>432</sup> *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 13; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, Vor § 291 Rn. 194.

Besetzung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft mit Mitgliedern des Vorstands des herrschenden Unternehmens ergeben. Ebenfalls von einem Beherrschungsvertrag ist auszugehen, wenn das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft mittels BCA nur noch wie eine „Betriebsabteilung“ leitet. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Wirkung des BCA ist nicht erst deren dinglicher Vollzug, sondern bereits der Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts.

## C. Vertragsschluss

Der wirksame Abschluss eines BCA setzt voraus, dass das zuständige Organ eines Unternehmens dem zuständigen Organ eines anderen Unternehmens einen Vorschlag für den Abschluss eines BCA unterbreitet und die Form für diesen Vertrag wahrt. Näherer Betrachtung bedarf, ob für das BCA die Zustimmungen der jeweiligen Hauptversammlungen erforderlich ist. Ferner dürfen dem Vertrag keine Beschlussmängel anhaften. Erörterungswürdig ist zudem die Frage, ob das BCA beim Handelsregister anzumelden und einzutragen ist.

### I. Zuständigkeit des Vorstands

Der Abschluss eines BCA stellt eine Geschäftsführungsmaßnahme dar und fällt mithin in die Kompetenz des Vorstands (§ 77 AktG). Zur Geschäftsführung gehört jedwede tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeit in einer Aktiengesellschaft. Das BCA kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, mithin durch eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit der Aktiengesellschaft, vertreten durch ihren Vorstand zustande.

### II. Zuständigkeit des Aufsichtsrats

Die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats ergibt sich aus § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Die Reichweite dieser Norm hat sich im Laufe der Zeit gewandelt und dem Aufsichtsrat zuletzt durch das ARUG II mehr Kompetenzen zugewiesen. Mit dem ARUG II werden die Änderungen der Richtlinie 2007/36/EG umgesetzt, womit die langfristige Mitwirkung der Aktionäre börsennotierter Gesellschaften gefördert werden soll<sup>433</sup>. Hierzu zählen unter anderem Mitspracherechte bei der Vergütung von Aufsichtsrat und Vorstand („Say on Pay“) und die Informationspflicht bei Geschäften mit nahestehenden Personen („*Related Party Transactions*“) <sup>434</sup>.

§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG ermöglicht es dem Aufsichtsrat in die Geschäftsführung des Vorstands einzugreifen. Damit vermischt sich die durch das AktG 1934 und AktG 1965 vollzogene klare Trennung zwischen der ausschließlichen Geschäftsführung durch den Vorstand und die ausschließliche Überwachung durch den Aufsichtsrat<sup>435</sup>, welche die Folge der Ausweitung der Kompetenzen des Aufsichtsrats zum eigentlichen Machtzentrum der Aktiengesellschaft war<sup>436</sup>. Die Grenze für den Aufsichtsrat bildet spiegelbildlich zu § 111 Abs. 1 AktG § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG. § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG untersagt es dem Aufsichtsrat sich Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen zu lassen. So hat er weder ein Initiativ- noch ein Weisungsrecht, er kann aber vorbeugend überwachen und unternehmerische Leitungsentscheidungen des Vorstands begleitend mitgestalten<sup>437</sup>. Die Verantwortung für Geschäftsleitungsentscheidungen bleibt unabhängig von der Billigung durch den Aufsichtsrat beim Vorstand (§ 93 Abs. 4 Satz 2 AktG).

---

<sup>433</sup> BT-Drs. 19/9739 (2019), S. 1.

<sup>434</sup> BT-Drs. 19/9739 (2019), S. 1; BR-Drs. 156/19 (2019), S. 1; Hirte, NJW 2019, 1187, 1188.

<sup>435</sup> siehe zu den historischen und konzeptionellen Grundlagen des AktG 1937: Habersack, AcP 220 (2020), 594 ff.; Thiessen, AG 2013, 573, 575 f.

<sup>436</sup> Fleischer, AG 64 (2019), 481; Fleischer/Chatard in: Fleischer/Mock, § 10; dies., NZG 2021, 173, 178.

<sup>437</sup> BGHZ 135, 244, 254 f.; Habersack, NZG 2020, 881, 882; Spindler, in: GroßKomm-AktG, § 111 Rn. 77.

### III. Zustimmung des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens

Der Aufsichtsrat hat dem Abschluss eines BCA zuzustimmen. Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats ist in § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG geregelt. Entsprechend der Norm haben die Satzung oder der Aufsichtsrat zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften der Zustimmung des Aufsichtsrats unterliegen. Sinn und Zweck der Norm ist es, den Aufsichtsrat in wesentliche Maßnahmen der Gesellschaft einzubinden<sup>438</sup>. Nach II Grundsatz 6 DCGK legen die Satzung und/oder der Aufsichtsrat Zustimmungsvorbehalte für Geschäfte von grundlegender Bedeutung fest. Hierzu zählen Geschäfte die zu einer grundlegenden Veränderung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage führen<sup>439</sup>. Dabei kommen nur Geschäfte in Betracht, die vom Vorstand selbst und nicht von einer untergeordneten Führungsebene zu entscheiden sind<sup>440</sup>. Im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten (§§ 116, 93 Abs. 2 AktG) ist der Aufsichtsrat verpflichtet, gegebenenfalls ad hoc einen Zustimmungsvorbehalt anzuordnen, wenn „nach Planungen oder Erwartungen die Ertragsaussichten oder Risikoexpositionen des Unternehmens grundlegend verändert“<sup>441</sup> werden. Allein schon aus Risikogesichtspunkten und den nicht auszuschließenden Auswirkungen auf die Ertragsaussichten überzeugt das Argument nicht, dass der Aufsichtsrat wegen einer fehlenden Erwähnung in § 293 AktG keine Zustimmung zu einem Unternehmensvertrag erteilen muss<sup>442</sup>. Vor allem, wenn die Initiative für den Vertragsschluss vom Vorstand ausgeht, ist an eine Zustimmungspflicht zu denken<sup>443</sup>. Dies gilt insbesondere bei einem BCA. Bei diesem stimmen sich die Vorstände der jeweiligen Gesellschaften im Vorhinein ab und legen unter Geheimhaltung den Vertragsinhalt fest. Dieses geht häufig einer Verschmelzung oder einem Beherrschungsvertrag voraus. Mit der daran anknüpfenden Konzernbildung ändert sich die Vermögens- und Ertragslage des dann einheitlichen Unternehmens bzw. Konzerns grundlegend. In einem solchen Fall wäre daher der Aufsichtsrat verpflichtet, seine Zustimmung zu erteilen. Das Argument, dass in § 293 AktG eine Zustimmung des Aufsichtsrats hätte explizit angeordnet werden müssen, greift zudem deshalb nicht durch<sup>444</sup>, weil eine ausdrückliche Anordnung auch nachträglich erfolgen kann<sup>445</sup>. Unterbleibt trotz Zustimmungspflicht die Zustimmung des Aufsichtsrats, ist das BCA gem. § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Der Vertrag wird erst dann wirksam, wenn ihm die Hauptversammlung zustimmt.

Im Falle einer ablehnenden Entscheidung des Aufsichtsrats ist umstritten, mit welcher Mehrheit die Hauptversammlung die Entscheidung des Aufsichtsrats aufheben kann. Es besteht zum einen die Möglichkeit, § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG im Zusammenhang mit § 83 Abs. 1 Satz 3 AktG zu betrachten. Das Mehrheitserfordernis wäre dann eine qualifizierte Kapitalmehrheit<sup>446</sup>. Zum anderen kann § 111 Abs. 4 Satz 4 AktG in den Vordergrund gestellt werden. In diesem Fall wäre, anders als in § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG vorgesehen, neben der qualifizierten Kapitalmehrheit eine qualifizierte Stimmenmehrheit

---

<sup>438</sup> BT-Drs. 14/8769 (2002), S. 17 liSp.

<sup>439</sup> so auch: BT-Drs. 14/8769 (2002), S. 17 liSp; BT-Drs. 14/7515 (2001), S. 15 liSp; Götz, NZG 2002, 599, 602 f.

<sup>440</sup> Mertens, in: KölnKomm-AktG, § 111 Rn. 66.

<sup>441</sup> BT-Drs. 14/7515 (2001), S. 15 liSp.

<sup>442</sup> so aber Sonnenschein, ZGR 1981, 429, 436; Timm, DB 1980, 1201, 1204.

<sup>443</sup> Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293 Rn. 4.

<sup>444</sup> Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293 Rn. 4; a.A. Sonnenschein, ZGR 1981, 429, 436; Timm, DB 1980, 1201, 1204.

<sup>445</sup> Mertens, in: KölnKomm-AktG, § 111 Rn. 80.

<sup>446</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 10-15; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 8.

erforderlich<sup>447</sup>. Zu bevorzugen ist die erste Ansicht, die § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG in Zusammenhang mit § 83 Abs. 1 Satz 3 AktG sieht. Nach ihr ist die Mehrheit erforderlich, die für die betroffene Maßnahme vom Gesetzgeber vorgesehen ist. Andere Mehrheitserfordernisse finden keine sachliche Rechtfertigung<sup>448</sup>.

In der Praxis wird eine ablehnende Entscheidung des Aufsichtsrats nur sehr selten durch die Hauptversammlung aufgehoben. Bei der Möglichkeit der Aufhebung handelt es sich daher eher um eine theoretische Möglichkeit. Dies liegt daran, dass die Hauptversammlung nur aufgrund der Einladung des Vorstands über die vom Aufsichtsrat abgelehnte Maßnahme bzw. Vertrag abstimmen darf, § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG. Wegen der damit einhergehenden unerwünschten Publizität wird der Vorstand in der Regel davon absehen, sich über ein negatives Votum seines Aufsichtsrats hinwegzusetzen<sup>449</sup>.

Neben § 111 Abs. 4 Abs. 1 AktG ordnet § 111b AktG und II Grundsatz 6 Abs. 2 DCGK einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats für Geschäfte mit nahestehenden Personen im Falle einer Schwellenüberschreitung gem. § 111b Abs. 1 AktG (1,5 % der Summe aus dem Anlage- und Umlaufvermögen der Gesellschaft, verglichen mit dem zuletzt festgestellten Jahresabschluss) an, der nur für börsennotierte Gesellschaften anwendbar ist. Im Hinblick auf nahestehende Personen wird auf internationalen Rechnungslegungsstandards verwiesen, vor allem auf IAS 24, IFRS 10 und 11 sowie auf IAS 28<sup>450</sup>. Der zentrale Begriff in IAS 28 ist „maßgeblicher Einfluss“, welcher ab einem Stimmrechtsanteil von 20 % widerlegbar vermutet wird (IAS 28.5). IAS 24 hingegen stellt auf einen managementbasierten Einfluss ab, indem auf das Innehaben einer „Schlüsselposition“ abgestellt wird<sup>451</sup>. Dieser ist durch eine Verantwortlichkeit für Planung, Leitung und Kontrolle gekennzeichnet (IAS 24.9). Somit erfolgt eine weite Auslegung des Begriffs, was bedeutet, dass neben Organmitgliedern und Mehrheitsaktionären u.a. auch nahe Familienangehörige der Geschäftsführung nahestehen können. Die Gesetzesbegründung bezeichnet nicht nur den Mehrheitsaktionär bzw. eine assoziierte Person als nahestehende Person, sondern nennt als starke Indizien bereits ein bestehendes Näheverhältnis i.S.d. § 111a Abs. 1 Satz 2 AktG. Das bedeutet, dass der Erhalt oder die Zusage erheblicher finanzieller Leistungen sowie ein regelmäßiger Liefer- und Leistungsaustausch oder das Bestehen bzw. die Anbahnung eines Geschäftsverhältnisses in erheblichem Umfang bereits ausreichen<sup>452</sup>.

Die Rechtsfolge von Geschäften, an denen nahestehende Personen beteiligt sind regelt § 111b Abs. 2 AktG). Diejenigen Mitglieder des Aufsichtsrats, die an einem Geschäft mit nahestehenden Personen beteiligt sind, dürfen ihre Stimme nicht ausüben. Hintergrund ist, dass in einer solchen Situation ein Interessenskonflikt für das betroffene Aufsichtsratsmitglied bestehen kann. Entscheidend ist, dass es sich um ein wesentliches Geschäft handelt, was nach § 111b Abs. 1 Satz AktG dann der Fall ist, wenn das Geschäft einen wirtschaftlichen Wert von 1,5 % der Summe des Anlage- und Umlaufvermögens

---

<sup>447</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 293 Rn. 25.

<sup>448</sup> Koppstein, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 8.

<sup>449</sup> Bernhardt, DB 2000, 1873; Hopt/Roth, in: GroßKomm-AktG, § 111 Rn. 719.

<sup>450</sup> Kleinert/Mayer, EuZW 2019, 103, 104.

<sup>451</sup> Florstedt, ZHR 184 (2020), 10, 22.

<sup>452</sup> BT-Drs. 19/9739 (2019), S. 78.

der Gesellschaft gem. § 266 Abs. 2 lit. a und b HGB nach Maßgabe des zuletzt festgestellten Jahresabschlusses übersteigt.

Aus Publizitätsgesichtspunkten müssen Geschäfte mit nahestehenden Personen veröffentlicht werden und zwar in einer Weise, in der die Öffentlichkeit leichten Zugang zu dieser Information erlangen kann (§ 111c Abs. 1, 2 Satz 1 AktG). Über § 311 Abs. 3 AktG findet die Veröffentlichungspflicht bei Geschäften mit nahestehenden Personen auch auf den faktischen Konzern Anwendung.

#### **IV. Schriftform**

Das BCA und der dem BCA nachfolgende Unternehmensvertrag unterliegen gem. § 293 Abs. 3 AktG der Schriftform nach § 126 BGB. Hierfür sprechen der Sinn und Zweck der hinter § 293 Abs. 3 AktG stehenden Schriftform. Sinn und Zweck der Schriftform nach § 293 Abs. 3 AktG sind Rechtsklarheit und Publizität<sup>453</sup>. Im BCA werden häufig die zukünftige Entwicklung beider Unternehmen und deren Struktur niedergelegt. Wegen dieser weitreichenden Bedeutung ist aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit die Schriftform des - sich an das BCA anschließenden - Beherrschungsvertrags auf das BCA zu übertragen.

#### **V. Abschlusswirkung des Business Combination Agreement**

Wird das BCA von den Vorständen zeitlich vor der Zustimmung der Hauptversammlung abgeschlossen, so ist es gem. § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. In diesem Fall ist das BCA für die abhängige Gesellschaft nicht bindend. Näherer Betrachtung bedarf, ob dieser schwebend unwirksame Vertrag gegenüber der abhängigen Gesellschaft eine Bindungswirkung dahingehend entfaltet, dass sich die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft wegen der Möglichkeit einer nachträglich zu erteilenden Zustimmung mit dem Vertrag befassen muss.

Nach einer Ansicht<sup>454</sup> wird die Gesellschaft durch den Vertragsschluss in keiner Weise gebunden. Eine beiderseitige Bindungswirkung liegt nicht vor. Deshalb muss sich die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft nicht mit dem schwebend unwirksamen Unternehmensvertrag befassen. Nach anderer Ansicht<sup>455</sup> ergibt sich aus einer vertraglichen Nebenpflicht die Verpflichtung der abhängigen Gesellschaft, dass sich ihre Hauptversammlung mit dem Unternehmensvertrag befasst.

Für die erste Ansicht spricht, dass die maßgebliche Entscheidung für den Vertrag noch nicht gefallen ist, weil diese von der Hauptversammlung zu treffen ist. Hinzukommt, dass der Gesetzgeber mit §§ 108, 114, 1643, 1821, 1822 BGB Normen erlassen hat, bei denen ebenfalls jegliche Bindung vor der Genehmigung fehlt. Allerdings besteht für die Aktiengesellschaft eine Nebenpflicht, der abhängigen Gesellschaft keinen Schaden durch das Erwecken unberechtigter Erwartungen zuzufügen. Auf Grund dessen ist der zweiten Ansicht der Vorzug zu geben, was dazu führt, dass das schwebend unwirksame BCA

---

<sup>453</sup> vgl. Begr. RegE. zu § 293 AktG, in: Kropff, AktG, S: 381; *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 16; *Hüffer/Koch*, AktG, § 293 Rn. 26; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 12; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293 Rn. 9.

<sup>454</sup> *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 293 Rn. 26 ff.; *Godin/Wilhelmi*, AktG, § 294 Rn. 6; *Hueck*, in: *Baumbach/Hueck*, AktG, § 294 Rn. 7; *Mülbert*, in: *GroßKomm-AktG*, § 293 Rn. 35; *Würdinger*, in: *GroßKomm-AktG*, § 293 Rn. 1.

<sup>455</sup> OLG Braunschweig, ZIP 2013, 1793, 1795; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 24; *Krieger*, in: *MünchHdb.GesR* Bd. 4, § 71 Rn. 24; *Notthoff*, WiB 1996, 1054.

gegenüber der abhängigen Gesellschaft eine Bindungswirkung entfaltet. Diese Bindungswirkung führt dazu, dass sich die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft mit dem BCA befassen muss.

Fraglich ist, ob sich der andere Vertragspartner (d.h. das herrschende Unternehmen) vom Unternehmensvertrag lösen kann, bevor er der Aktiengesellschaft (d.h. der abhängigen Gesellschaft) eine angemessene Frist zur Genehmigung des schwebend unwirksamen Vertrags durch die Hauptversammlung gesetzt hat. In Betracht kommt ein Rücktritt nach § 325 BGB analog oder ein Widerruf nach §§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2 BGB analog. Ein Widerruf nach § 178 BGB analog ist in den Fällen möglich, in denen der Vorstand der abhängigen Gesellschaft bereits eine erfolgte Zustimmung vorgespielt hat<sup>456</sup>. Dabei darf die abhängige Gesellschaft jedoch keinerlei Kenntnis davon haben, dass der Vertrag noch der Genehmigung ihrer Hauptversammlung bedurft hätte.

## VI. Verantwortlichkeit des Vorstands

Beruhet die Initiative zum Vertragsschluss auf einem rechtmäßigen Hauptversammlungsbeschluss, haftet der Vorstand nicht nach § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG. Fraglich ist, ob auch nach einer nachträglichen Billigung des Vertragsschlusses durch die Hauptversammlung von einer Haftung des Vorstands nach § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG abzusehen ist.

Nach einer Ansicht<sup>457</sup> haftet der Vorstand nach einer nachträglichen Billigung des Vertragsschlusses durch die Hauptversammlung gem. § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG. Der Wortlaut des § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG spricht von „beruhen“. Daraus folgt, dass der Hauptversammlungsbeschluss dem Vertragsschluss zeitlich vorgehen muss. Gleichwohl scheidet die Haftung des Vorstands oft an der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Zustandekommen des Vertrags. Dies wäre zum Beispiel dann der Fall, wenn das herrschende Unternehmen bereits vor Abschluss des BCA einen wesentlichen Anteil an der abhängigen Gesellschaft halten würde. Denn als Mehrheitsaktionär hätte es dann dem Vertragsschluss zugestimmt. Des Weiteren scheidet die Kausalität schon daran, dass die Gesellschaft an dem „pflichtwidrigen“ Vertragsschluss vor Zustimmung der Hauptversammlung nicht gebunden ist. Ferner würde eine Haftung des Vorstandes des herrschenden Unternehmens an einem fehlenden Schaden der abhängigen Gesellschaft scheitern. Falls kein ersatzfähiger Schaden besteht, kann die „nachträgliche“ Entlastung durch die Hauptversammlung auch nicht als Verzicht auf einen bestehenden Anspruch gewertet werden<sup>458</sup>. Der nachträgliche Hauptversammlungsbeschluss entlastet somit den Vorstand und diesem steht auch § 310 AktG nicht entgegen. Die Norm gilt nur für Pflichtverletzungen bei Befolgung rechtswidriger Weisungen nach Vertragsschluss. Sie steht also der nachträglichen Zustimmung der Hauptversammlung nicht entgegen.

---

<sup>456</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 72; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293 Rn. 19 f.

<sup>457</sup> *Hüffer/Koch*, AktG, § 293 Rn. 23; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 14.

<sup>458</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 29.

## VII. Zustimmung der Hauptversammlung, § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG

Sofern das BCA als Beherrschungsvertrag ausgestaltet ist, muss die Hauptversammlung diesem zustimmen (§ 293 Abs. 1 Satz 1 AktG). Im Folgenden wird untersucht, ob neben der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft auch die Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens dem BCA zuzustimmen hat.

### 1. Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft gem. § 293 Abs. 1 AktG

§ 293 Abs. 1 AktG fordert die Zustimmung der Hauptversammlung. Beim Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag ergibt sich aus § 293 Abs. 2 AktG, dass in § 293 Abs. 1 AktG mit „der Hauptversammlung“ die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft gemeint ist<sup>459</sup>. Denn die vertragstypische Leistung wird von der zukünftig abhängigen Gesellschaft erbracht, indem sie sich dem Willen des herrschenden Unternehmens unterordnet. Demzufolge muss die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft zustimmen.

#### a) Zustimmung

Was unter einer „Zustimmung“ zu verstehen ist, regeln die §§ 182-184 BGB. Sie umfassen die vorherige Einwilligung und die nachträgliche Genehmigung<sup>460</sup>. Somit kann die Hauptversammlung sowohl gem. § 183 BGB mittels vorheriger Einwilligung als auch durch nachträgliche Genehmigung einem Unternehmensvertrag zustimmen<sup>461</sup>. Aus der Möglichkeit der Einwilligung ergibt sich, dass die Hauptversammlung einem vollständigen Vertragsentwurf zustimmen kann, der erst später abgeschlossen werden soll<sup>462</sup>. Der Ansicht, die für die Zustimmung zu einem Unternehmensvertrag ausschließlich einer Einwilligung verlangt, ist nicht zu folgen<sup>463</sup>. Der Gesetzgeber hat in § 293 AktG ohne nähere Spezifizierung den Begriff „Zustimmung“ gewählt. Mangels Konkretisierung ist auf die Definition im BGB zurückzugreifen. Dort fällt unter den Oberbegriff der Zustimmung gem. § 183 BGB neben der Einwilligung auch die nachträgliche Genehmigung.

#### b) Gegenstand der Zustimmung

Der Zustimmungsbeschluss erstreckt sich auf den ganzen Unternehmensvertrag. Dazu gehören sämtliche, mit dem Beherrschungsvertrag zusammenhängende Vereinbarungen, von denen die eine nicht ohne die andere gelten soll<sup>464</sup>. Fraglich ist, wie der Fall zu beurteilen ist, in dem der Vorstand einzelne Zusatzabreden der Hauptversammlung vorenthält. Denkbar ist, dass der Vorstand der Hauptversammlung nur Teile des BCA vorlegt und ihr somit kritische Regelungen vorenthalten will.

---

<sup>459</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 293 Rn. 3.; Mülberr, in: GroßKomm-AktG, § 293 Rn. 1, 48.

<sup>460</sup> vgl. Begr. RegE. zu § 294 AktG, in: Kropff, AktG, S. 383; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293 Rn. 25; Godin/Wilhelmi, AktG, § 293 Rn. 2; Hüffer/Koch, AktG, § 293 Rn. 4; Würdinger, in: GroßKomm-AktG, § 293 Rn. 1.

<sup>461</sup> Begr. RegE. zu § 294 AktG, in: Kropff, AktG, S. 383; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293 Rn. 25; Godin/Wilhelmi, AktG, § 293 Rn. 2; Hüffer/Koch, AktG, § 293 Rn. 4; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 24; Mülberr, in: GroßKomm-AktG, § 293 Rn. 65; Würdinger, in: GroßKomm-AktG, § 293 Rn. 1.

<sup>462</sup> BGHZ 82, 188, 193 f.; Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 34; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293 Rn. 25; Hüffer/Koch, AktG, § 293 Rn. 4; Koppenteiner, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 6; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 24.

<sup>463</sup> Koppenteiner, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 5.

<sup>464</sup> Emmerich/Habersack, Lehrbuch, § 16 Rn. 17.; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 24.

#### aa) Teilnichtigkeit des BCA bei unvollständiger Vorlage

Einige<sup>465</sup> befürworten in dem Fall, dass der Hauptversammlung nicht das vollständige BCA vorgelegt wird, eine Lösung über § 139 BGB. Demnach ist der Unternehmensvertrag im Zweifel teilweise unwirksam. Denn alles, was der Hauptversammlung nicht zur Abstimmung vorgelegt wurde, sei auch nicht durch den Zustimmungsbeschluss gedeckt und werde mithin kein Vertragsinhalt<sup>466</sup>. Andernfalls würde der Umfang des zustimmungsbedürftigen Geschäfts teilweise zur Disposition des Vorstands gestellt werden<sup>467</sup>.

#### bb) Unwirksamkeit bei unvollständiger Vorlage des BCA

Andere<sup>468</sup> halten das BCA in seiner Gesamtheit für unwirksam, wenn es der Hauptversammlung nicht vollständig vorgelegt wird. Da es an der von § 293 Abs. 1 AktG erforderlichen Zustimmung zum Unternehmensvertrag fehlt, soll der Vertrag in seiner Gesamtheit unwirksam bleiben. Der Beschluss sei dann wegen der Verletzung eines Gesetzes gem. § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar. Unterbleibt eine Anfechtung, soll der Mangel von keinem Vertragspartner mehr geltend gemacht werden können<sup>469</sup>. Durch die Vorenthaltung einzelner Teile des BCA würde der Hauptversammlung ein anderer Vertrag zur Abstimmung vorgelegt werden. Folglich würde der Hauptversammlung nicht der ganze Vertrag zur Abstimmung vorgelegt<sup>470</sup>, so dass auch der ganze Vertrag nichtig sei.

#### cc) Stellungnahme

Wird der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft nicht das vollständige BCA vorgelegt, ist dieses gem. § 139 BGB teilweise unwirksam.

Die Ansicht, die eine Unwirksamkeit des gesamten Vertrags annimmt, missversteht die aktienrechtliche Kompetenzordnung. Denn diese versteht die Zustimmung der Hauptversammlung nur als bloße Kontrollfunktion<sup>471</sup>. Richtigerweise bildet und äußert sich in der Hauptversammlung der organschaftliche Wille der Gesellschaft<sup>472</sup>. Wäre die Folge einer unvollständigen Vorlage des BCA dessen Unwirksamkeit in seiner Gesamtheit, würde es dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft obliegen, über den Inhalt des zustimmungsbedürftigen Geschäfts zu bestimmen. Es ist denkbar, dass der Vorstand der Hauptversammlung gerade die kritischen Teile des BCA vorenthalten würde. Regelmäßig sind jedoch gerade die vorenthaltenen Punkte für die Vorstände entscheidend, und gerade sie sind es, die von der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft womöglich nicht gebilligt würden, woran dann das Zustandekommen des BCA scheitern würde.

---

<sup>465</sup> OLG Hamburg, ZIP 1989, 1326, 1327; OLG München, AG 1991, 358, 360; *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 56; *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 293 Rn. 38; *Hüffer/Koch*, AktG, § 293 Rn. 12; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 36; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 293 Rn. 22.

<sup>466</sup> *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 56.

<sup>467</sup> *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 293 Rn. 39; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 33.

<sup>468</sup> OLG Hamm, BB 1980, 1653, 1654; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293 Rn. 26; *Mülbner*, in: GroßKomm-AktG, § 293 Rn. 50; *Vollmer*, BB 1977, Beil. 4, 1, 9; *Windbichler*, AG 1981, 168, 173.

<sup>469</sup> *Windbichler*, AG 1981, 168, 173.

<sup>470</sup> BGHZ 82, 188, 196 ff.; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293 Rn. 27; *Windbichler*, AG 1981, 168, 173.

<sup>471</sup> OLG Hamm, BB 1980, 1653, 1654; *Vollmer*, BB 1977, Beil. 4, 1, 5 ff.

<sup>472</sup> *Arnold*, in: MünchKomm-AktG, § 133 Rn. 3; *Baltzer*, GmbHR 1972, 57, 59 f.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 133 Rn. 2; *Messer*, FS Fleck, S. 221, 225 f.; *Willamowski*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 133 Rn. 2.

## 2. Zustimmung der Hauptversammlung des anderen Vertragsteils

Gem. § 293 Abs. 2 AktG wird ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag erst dann wirksam, wenn ihm die Hauptversammlung des anderen Vertragsteils zustimmt. Mit dem „anderen Vertragsteil“ ist das herrschende Unternehmen gemeint. Ob § 293 Abs. 2 AktG teleologisch zu reduzieren ist, wenn im herrschenden Unternehmen keine außenstehenden Aktionäre vorhanden sind, hängt vom Schutzzweck der Norm ab. § 293 Abs. 2 AktG soll die Gesellschafter des herrschenden Unternehmens vor den mit dem Beherrschungs- oder Ergebnisabführungsvertrag einhergehenden Belastungen, insbesondere der §§ 302, 305 AktG schützen<sup>473</sup>. Dies gilt unabhängig davon, ob bei dem herrschenden Unternehmen tatsächlich außenstehende Aktionäre vorhanden sind<sup>474</sup>.

Die Gegenansicht<sup>475</sup> sieht den Grund für die Zustimmung der Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens in § 305 Abs. 2 Nr. 2 AktG. § 305 Abs. 1 AktG bestimmt, dass ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens enthalten muss, auf Verlangen eines außenstehenden Aktionärs dessen Aktien gegen eine im Vertrag bestimmte, angemessene Abfindung zu erwerben. Die Währung der angemessenen Abfindung sind gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 AktG Aktien des herrschenden Unternehmens. Die Aktien sind von dem herrschenden Unternehmen, gegebenenfalls durch eine Kapitalerhöhung, aufzubringen. Ist nun das herrschende Unternehmen keine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien oder existieren keine außenstehenden Aktionäre, so kann es keine eigenen Aktien aufbringen. In dem Aufbringen der Aktien liegt jedoch der Grund für die Zustimmungspflicht<sup>476</sup>. Deshalb ist § 293 Abs. 2 AktG in den Fällen teleologisch zu reduzieren, in denen es sich bei dem herrschenden Unternehmen nicht um eine Aktiengesellschaft oder um eine Kommanditgesellschaft auf Aktien handelt.

Gegen eine teleologische Reduktion des § 293 Abs. 2 AktG könnte allerdings sprechen, dass die Zustimmungspflicht der Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens entsprechend § 293 Abs. 2 AktG auch dann zur Anwendung kommen soll, wenn beim herrschenden Unternehmen keine außenstehenden Aktionäre vorhanden sind und damit eine Abfindungspflicht des herrschenden Unternehmens entfiel<sup>477</sup>. Dass der Gesetzgeber die soeben beschriebene Situation erkannt hat, zeigen § 304 Abs. 1 Satz 3 AktG und § 307 AktG. Diese Vorschriften enthalten Regelungen für den Fall, dass es bei der abhängigen Gesellschaft keine außenstehenden Aktionäre gibt. Somit bestünde auch keine planwidrige Regelungslücke und von einer teleologischen Reduktion wäre abzusehen. Allerdings handelt es sich bei § 305 AktG um ein Redaktionsversehen, denn richtigerweise hätte der Gesetzgeber § 304 Abs. 1 Satz 3 AktG auch in § 305 AktG hineinschreiben müssen<sup>478</sup>. Ferner hätte der Gesetzgeber in § 293 Abs. 2 AktG auch normieren müssen, dass er von einer Hauptversammlungskompetenz der Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens bei fehlenden außenstehenden Aktionären absähe. Im

---

<sup>473</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293 Rn. 8.

<sup>474</sup> BGHZ 105, 324, 335 f.; BGH, NJW 1992, 1452, 1453; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293 Rn. 8; Hüffer/Koch, AktG, § 293 Rn. 17; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 41; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293 Rn. 37.

<sup>475</sup> Rehbindler, ZGR 1977, 581, 612 f.; Sonnenschein, Organschaft, S. 349 f.; ders., BB 1975, 1088, 1092.

<sup>476</sup> Sonnenschein, BB 1975, 1088, 1092.

<sup>477</sup> Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 295; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 40; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 193 Rn. 37.

<sup>478</sup> Hirte, in: GroßKomm-AktG, § 307 Rn. 3 f.; Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 296; ähnlich Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 307 Rn. 1; Würdinger, in: GroßKomm-AktG, § 307 Rn. 2.

Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass die Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens dem BCA unabhängig davon, unter welcher Rechtsform das herrschende Unternehmen firmiert und ob außenstehende Aktionäre der abhängigen Gesellschaft vorhanden sind, zuzustimmen hat.

### 3. Ergebnis

Gem. §§ 182 ff. BGB ist unter einer Zustimmung die vorherige Einwilligung oder die nachträgliche Genehmigung zu verstehen. Dabei erstreckt sich die Zustimmung nicht nur auf Teile des Unternehmensvertrags, sondern auf den Unternehmensvertrag als Ganzes. Dem Beherrschungsvertrag hat auch die Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens zuzustimmen, unabhängig davon, ob es außenstehende Aktionäre hat und unabhängig von der Art der Firmierung des herrschenden Unternehmens.

### VIII. Sachliche Rechtfertigung, Inhaltskontrolle

Der BGH hat in seiner Kali und Salz-Entscheidung<sup>479</sup> entschieden, dass eine Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss einen derart schweren Eingriff in die Mitgliedschaft der Aktionäre darstellt, dass neben den gesetzlichen Anforderungen (formellen Voraussetzungen und Verwässerungsschutz des § 255 Abs. 2 AktG) zusätzlich als materielle Schranke eine sachliche Rechtfertigung erforderlich ist. Diese sachliche Rechtfertigung wird aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht abgeleitet. Demnach ist eine Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss sachlich gerechtfertigt, wenn sie im Interesse der Gesellschaft liegt, erforderlich und verhältnismäßig ist<sup>480</sup>. Übertragen auf den Beherrschungsvertrag bedeutet dies, dass dieser zusätzlich zu seinen Mindestanforderungen im Gesellschaftsinteresse liegen sowie erforderlich und verhältnismäßig sein muss.

Ob der Beherrschungsvertrag einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, wird kontrovers diskutiert. Im Hinblick auf den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (§ 291 AktG) haben sich zwei Meinungen entwickelt. Die einen<sup>481</sup> fordern auch für Unternehmensverträge im Sinn des § 291 AktG eine sachliche Rechtfertigung, die anderen<sup>482</sup> lehnen solche ab.

#### 1. Sachliche Rechtfertigung bei Unternehmensverträgen gem. § 291 AktG

Die Vertreter<sup>483</sup>, die auch für den Beherrschungs- sowie für den Gewinnabführungsvertrag eine sachliche Rechtfertigung fordern argumentieren, dass ohne eine sachliche Rechtfertigung ein Mehrheitsaktionär die Möglichkeit hat, seine Interessen allein aufgrund seiner Stimmenmacht durchzusetzen. Bei der Entscheidung über den Abschluss eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrags wird derart tief in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre eingegriffen, dass diese nicht allein auf der

---

<sup>479</sup> BGHZ 71, 40, 46.

<sup>480</sup> BGHZ 71, 40, 46; *Ekkenga*, in: KölnKomm-AktG, § 186 Rn. 77 ff.; *Hirte*, Bezugsrechtsausschluss, S. 20 ff.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 186 Rn. 25 ff.; *Lutter*, ZGR 1979, 401 ff.; *Scholz*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 57 Rn. 114 ff.; *Wiedemann*, in: Großkomm-AktG, § 186 Rn. 139 ff.;

<sup>481</sup> *Emmerich*, AG 1991, 303, 307; *Martens*, FS Fischer, 437, 446 f.; *Timm*, BB 1981, 1491, 1494 f.; **a.A.** *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 293 Rn. 35.

<sup>482</sup> LG München I, AG 2009, 918, 920; LG Frankfurt/Main, AG 2007, 48, 52; *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 51 ff.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 293 Rn. 35; *Hüffer/Koch*, AktG, § 293 Rn. 6 f.; *Mülbert*, in: Großkomm-AktG, § 293 Rn. 72; *Raiser/Veil*, KapGesR, § 62 Rn. 27; *Schenk*, in: *Bürgers/Körber*, AktG, § 293 Rn. 16; *Semler*, BB, 1983, 1566, 1569; *Veil/Walla*, in: BeckOGK-AktG, § 293 Rn. 24.

<sup>483</sup> *Emmerich*, AG 1991, 303, 307; *Martens*, FS Fischer, 437, 446 f.; *Timm*, BB 1981, 1491, 1494 f.

Ausübung von Mehrheitsmacht beruhen könne. Vielmehr sei zum Schutz der Minderheit eine sachliche Rechtfertigung erforderlich.

## 2. Keine Sachliche Rechtfertigung bei Unternehmensverträgen gem. § 291 AktG

Auch die Vertreter, die für den Abschluss eines Unternehmensvertrags nach § 291 AktG keine sachliche Rechtfertigung für notwendig halten erkennen, dass die Mehrheit gegenüber der Minderheit einer Loyalitätspflicht unterliegt. Sie darf ihre Interessen nicht ohne Rücksicht auf die Belange der Minderheit durchsetzen. Allerdings bedarf es in den Fällen keiner sachlichen Rechtfertigung, in denen der Gesetzgeber die Belange der außenstehenden Aktionäre durch ein spezifisches gesetzliches Schutzinstrument hinreichend gewahrt hat<sup>484</sup>.

Beim Beherrschungs- sowie beim Gewinnabführungsvertrag hat der Gesetzgeber bereits eine Abwägung zwischen den Interessen der Mehrheit und der Minderheit vorgenommen. Er hat auf der einen Seite entschieden, dass der Mehrheitsaktionär den Abschluss eines Unternehmensvertrags gemäß § 291 AktG mit seiner Stimmrechtsmacht durchsetzen kann. Auf der anderen Seite hat er den außenstehenden Aktionären Sicherungsrechte eingeräumt (§§ 300 ff., 304 ff. AktG)<sup>485</sup>. Die gerichtliche Bewertung einer sachlichen Rechtfertigung bei dem Abschluss eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrags sei zudem kaum justiziabel<sup>486</sup>. Schließlich hat der Gesetzgeber mit den §§ 300 ff. AktG und 304 ff. AktG die Grenze gezogen, ab wann das Herausdrängen der Minderheit aus der Aktiengesellschaft nicht mehr treuegemäß ist. Hinzukommt, dass der Gesetzgeber bei entsprechenden Mehrheitsverhältnissen den Abschluss eines Unternehmensvertrags gegenüber einer faktischen Konzernierung bevorzugt<sup>487</sup>. Diese Anreizwirkung würde mit dem zusätzlichen Kriterium einer sachlichen Rechtfertigung unterlaufen werden.

## 3. Stellungnahme

Im Hinblick auf das Erfordernis einer sachlichen Rechtfertigung ist zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen zu differenzieren. Entscheidend für eine sachliche Rechtfertigung ist die Schutzbedürftigkeit der außenstehenden Aktionäre.

Bei der abhängigen Gesellschaft ist die Situation bei der Zustimmung zu einem Unternehmensvertrag nach § 291 AktG nicht mit dem einer Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss vergleichbar. Denn anders als bei der Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss hat der Gesetzgeber mit den §§ 300 ff. AktG, 304 ff. AktG einen Schutzmechanismus für die außenstehenden Aktionäre geschaffen. Im Gegenzug dafür, dass der Mehrheitsaktionär mit seiner Stimmenmehrheit den Abschluss eines Unternehmensvertrags nach § 291 AktG durchsetzen kann, sind den außenstehenden Aktionären Sicherheitsrechte einzuräumen. Diese Sicherungsrechte sind, anders als die allgemeinen Schranken bei einer Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss (Sittenwidrigkeit § 138 BGB, Verbot von Sondervorteilen,

---

<sup>484</sup> Lutter, ZGR 1979, 401, 411 f.; ders. ZGR 1981, 171, 176; Hirte, Bezugsrechtsausschluss, S. 144 ff.; Semler, BB, 1983, 1566, 1569.

<sup>485</sup> LG München I, AG 2009, 918, 920; Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 52; Raiser/Veil, KapGesR, § 62 Rn. 2; Veil/Walla, in: BeckOGK-AktG, § 293 Rn. 24;

<sup>486</sup> Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 52.

<sup>487</sup> Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 52; Timm, ZGR 1987, 403, 426; ähnlich Hirte, Bezugsrechtsausschluss, S. 144 ff.

§ 243 Abs. 2 AktG, Gleichbehandlungsgebot § 53a AktG) auf die speziellen Fälle Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag abgestimmt. Die Frage, ob diese Sicherungsrechte (gesetzliche Rücklage, Höchstbetrag der Gewinnabführung, Verlustübernahme, Gläubigerschutz, Ausgleich, Abfindung) einen hinreichenden, beziehungsweise angemessenen Schutz für die außenstehenden Aktionäre darstellen, ist eine rechtspolitische Frage, die der Entscheidung des Gesetzgebers obliegt. Aufgrund der getroffenen Entscheidung des Gesetzgebers in §§ 300 ff. AktG und 304 ff. AktG ist für eine Rechtsfortbildung in Form einer ungeschriebenen sachlichen Rechtfertigung kein Raum.

Bei dem herrschenden Unternehmen ist eine sachliche Rechtfertigung in den Fällen erforderlich, in denen die Abfindung der außenstehenden Aktionäre nicht mit Barmitteln, sondern mit eigenen Aktien erfolgen soll (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 AktG)<sup>488</sup>. Die eigenen Aktien werden regelmäßig mit Hilfe einer Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss geschaffen. In diesem Fall erfolgt die sachliche Rechtfertigung im Rahmen der Kapitalerhöhung und eine Zustimmung mit qualifizierter Mehrheit für den Unternehmensvertrag.

### **IX. Zustimmung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft**

Ob der Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft neben der Hauptversammlung dem BCA zustimmen muss, richtet sich nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG<sup>489</sup>. Gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG können die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Sinn und Zweck der Norm ist, den Aufsichtsrat in wesentliche Maßnahmen der Gesellschaft einzubinden<sup>490</sup>. Nach II. Grundsatz 6 DCGK Ziff. 3.3 sind unter wesentlichen Maßnahmen „Geschäfte von grundlegender Bedeutung“ zu verstehen. Geschäfte von grundlegender Bedeutung sind solche, die zu einer grundlegenden Veränderung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage führen<sup>491</sup>. Dabei kommen nur Geschäfte in Betracht, die vom Vorstand selbst und nicht von einer untergeordneten Führungsebene zu entscheiden sind<sup>492</sup>.

Im Falle von Unternehmenszusammenschlüssen ist die Zustimmungspflicht umstritten. Während einige eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats zu Unternehmensverträgen befürworten, lehnen andere diese ab.

---

<sup>488</sup> so auch: *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 51.

<sup>489</sup> *Deilmann*, in: Höllers, AktG, § 293 Rn. 24; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293 Rn. 34; *Hüffer/Koch*, AktG, § 293 Rn. 25; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293 Rn. 4.

<sup>490</sup> BT-Drs. 14/8769 (2002), S. 17 liSp.

<sup>491</sup> so auch: BT-Drs. 14/8769 (2002), S. 17 liSp; BT-Drs. 14/7515 (2001) S. 15 liSp.; *Götz*, NZG 2002, 599, 602 f.

<sup>492</sup> *Mertens*, in: KölnKomm-AktG, § 111 Rn. 66.

## 1. Zustimmung des Aufsichtsrats?

### a) Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats

Eine Ansicht<sup>493</sup> bejaht die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats zu einem Unternehmensvertrag. Der Abschluss eines Unternehmensvertrags stelle eine Geschäftsführungsmaßnahme dar, sodass der Aufsichtsrat seine Zustimmung erteilen muss. Demnach könne der Aufsichtsrat einem Unternehmensvertrag zustimmen, der auf der Initiative des Vorstands beruht. Nach weitergehender Ansicht<sup>494</sup> bestünde das Kontrollrecht des Aufsichtsrats auch dann, wenn die Hauptversammlung den Vorstand angewiesen hat, einen Unternehmensvertrag abzuschließen.

Gegen die weitergehende Auslegung spricht, dass die Hauptversammlung gem. § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG in der Lage wäre, sich über ein Veto des Aufsichtsrats hinwegzusetzen<sup>495</sup>. Des Weiteren sei nicht ersichtlich, warum dem Aufsichtsrat eine von der Wertung des § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG abweichende endgültige Entscheidungsbefugnis eingeräumt werden soll<sup>496</sup>.

### b) Keine Zustimmung des Aufsichtsrats

Andere<sup>497</sup> lehnen eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats ab. Dies ergebe sich schon aus der Systematik des Gesetzes. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass der Aufsichtsrat seine Zustimmung zu einem Unternehmensvertrag erteilen muss, so hätte er dies in § 293 AktG geregelt<sup>498</sup>. Ferner würde es der Historie des Gesetzgebers widersprechen, dem Aufsichtsrat weitergehende Befugnisse einzuräumen. Ziel der Gesetzesnovelle von 1884 sei es gewesen, den Aufsichtsrat aus den Entscheidungsreichen der Hauptversammlung herauszudrängen bzw. auszuschließen<sup>499</sup>.

### c) Stellungnahme

Dem Aufsichtsrat obliegt auch bei dem Abschluss eines BCA ein Kontrollrecht und mithin eine Zustimmungspflicht gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Dies bezieht sich jedoch nur auf diejenigen BCA, die auf der Initiative des Vorstands beruhen.

Beim BCA treffen sich die Vorstände der jeweiligen Gesellschaften vorab und legen unter Geheimhaltung den Vertragsinhalt fest. Die Initiative für den Vertragsschluss geht dabei vom Vorstand aus und stellt eine Geschäftsführungsmaßnahme dar. Das Argument, dass eine Zustimmung des Aufsichtsrats in § 293 AktG hätte explizit geregelt werden müssen, überzeugt deshalb nicht, weil der Aufsichtsrat schon im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht (§§ 116, 93 Abs. 2 AktG) verpflichtet ist, gegebenenfalls ad

---

<sup>493</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 11; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293 Rn. 34; *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 293 Rn. 10; *Hüffer/Koch*, AktG, § 293 Rn. 25; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 7; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 293 Rn. 9; *Martens*, ZHR 147 (1983), 377, 386; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293 Rn. 4.

<sup>494</sup> *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293 Rn. 4.

<sup>495</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 11; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 7; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 293 Rn. 9; *Martens*, ZHR 147 (1983), 377, 386.

<sup>496</sup> *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 8; *a.A. Duden*, ZHR 141 (1977), 145, 170 f.

<sup>497</sup> *Sonnenschein*, ZGR 1981, 429, 436 f.; *Timm*, DB 1980, 1201, 1204.

<sup>498</sup> *Sonnenschein*, ZGR 1981, 429, 436; *Timm*, DB 1980, 1201, 1203.

<sup>499</sup> *Timm*, DB 1980, 1201, 1204.

hoc, einen Zustimmungsvorbehalt anzuordnen, wenn „nach Planungen oder Erwartungen die Ertragsaussichten oder Risikoexpositionen des Unternehmens grundlegend verändert“<sup>500</sup> werden. Hinzu kommt, dass mit dem ARUG II der Aufsichtsrat an Einfluss gewonnen hat. Gem. § 111b AktG erstreckt sich der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats auf Geschäfte mit nahestehenden Personen (§ 111a AktG). Durch diesen Zustimmungsvorbehalt hat der Aufsichtsrat die Möglichkeit, auf die Geschäftsführung in einer Geschäftsführungsentscheidung einzuwirken, womit die Grenze zwischen Überwachung und Einflussnahme auf die Geschäftsführung weiter verschwimmt.

Das BCA geht einer Verschmelzung oder einem Beherrschungsvertrag voraus. Mit der daran anknüpfenden Konzernbildung ändert sich die Vermögens- und Ertragslage des dann einheitlichen Unternehmens bzw. Konzerns grundlegend. Aufgrund der grundlegenden Bedeutung des Abschlusses eines BCA ist der Aufsichtsrat verpflichtet, seine Zustimmung zu erteilen. Dabei kann die Zustimmung in Form einer Genehmigung auch nachträglich erteilt werden<sup>501</sup>. Unterbleibt trotz Zustimmungspflicht die Zustimmung des Aufsichtsrats, so ist das BCA gem. § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Der Vertrag wird jedoch auch ohne Zustimmung des Aufsichtsrats wirksam, wenn ihm die Hauptversammlung zustimmt.

## 2. Aufhebung einer ablehnenden Entscheidung des Aufsichtsrats durch die Hauptversammlung

Gem. § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG kann die Hauptversammlung auf Verlangen des Vorstands eine ablehnende Entscheidung des Aufsichtsrats aufheben. Dabei ist unklar, mit welcher Mehrheit die Hauptversammlung den Beschluss des Aufsichtsrats aufheben kann.

Eine Ansicht<sup>502</sup> verlangt diejenige Mehrheit, die für das Zustandebringen des Unternehmensvertrags erforderlich ist, d.h. eine einfache Stimmen- und qualifizierte Kapitalmehrheit<sup>503</sup>. Als Argument wird § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG in Verbindung mit § 83 Abs. 1 Satz 3 AktG herangezogen. Eine andere Ansicht fordert zusätzlich zu der qualifizierten Kapitalmehrheit eine qualifizierte Stimmenmehrheit<sup>504</sup>. Als Argument dient § 111 Abs. 4 Satz 4 AktG.

Es ist der Ansicht zu folgen die eine einfache Stimmen- und qualifizierte Kapitalmehrheit verlangt. Für diese Ansicht spricht die Systematik des Gesetzes. Die Hauptversammlung kann gem. § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG über eine verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrats bestimmen. Zwar sieht § 111 Abs. 4 Satz 4 AktG eine qualifizierte Stimmenmehrheit für einen derartigen Beschluss vor, die gemäß § 111 Abs. 4 Satz 5 AktG nicht durch die Satzung modifiziert werden darf. In diesem Fall regelt allerdings nicht die Satzung, sondern das Gesetz etwas anderes. § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG verlangt für die Zustimmung zu einem Unternehmensvertrags eine einfache Stimmen- und qualifizierte Kapitalmehrheit. Diese Auslegung wird von § 83 Abs. 1 Satz 3 AktG gestützt, welcher regelt, dass für einen Beschluss der

---

<sup>500</sup> BT-Drs. 14/7515 (2001) S. 15 liSp.

<sup>501</sup> Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 111 Rn. 71; Hoffmann-Becking, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 29 Rn. 65; Mertens, in: KölnKomm-AktG, § 111 Rn. 80.

<sup>502</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 12; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 8; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293 Rn. 4.

<sup>503</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 293 Rn. 10-15; Geßler, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 293 Rn. 11; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 8; Mülbart, in: Großkomm-AktG, § 293 Rn. 12 f.; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293 Rn. 9.

<sup>504</sup> Deilmann, in: Hölters, AktG, § 293 Rn. 24; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293 Rn. 34; Godin/Wilhelmi, AktG, § 293 Rn. 6; Hüffer/Koch, AktG, § 293 Rn. 25; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 50.

Hauptversammlung die Mehrheit erforderlich ist, die für die betroffene Maßnahme vom Gesetz vorgesehen ist. Ferner liegt es in dem ausschließlichen Kompetenzbereich der Hauptversammlung, über den Vertragsschluss zu einem BCA zu beschließen<sup>505</sup>. Für andere Mehrheitserfordernisse fehlt es an der sachlichen Rechtfertigung<sup>506</sup>.

In der Praxis kommt es nur selten zu dieser Situation. Über eine vom Aufsichtsrat abgelehnte Maßnahme beziehungsweise einen Vertrag darf die Hauptversammlung nur infolge einer Einladung des Vorstands abstimmen, § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG. Aufgrund der damit einhergehenden unerwünschten Publizität wird der Vorstand davon absehen, sich über ein negatives Votum seines Aufsichtsrats hinwegzusetzen<sup>507</sup>.

### 3. Ergebnis

Der Aufsichtsrat ist im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht (§§ 116, 93 Abs. 2 AktG) verpflichtet, einem BCA, das auf der Initiative des Vorstands beruht, zuzustimmen. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, kann der Vorstand gem. § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließen lassen. Für einen positiven Beschluss bedarf sie einer einfachen Stimmen- und qualifizierten Kapitalmehrheit gem. § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG in Verbindung mit § 83 Abs. 1 Satz 3 AktG.

## X. Bericht über den Unternehmensvertrag

Die Aktionäre, die über einen Unternehmensvertrag abstimmen sollen, müssen in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht über den Abschluss des Unternehmensvertrags, den Vertrag im Einzelnen – insbesondere über die Art und Höhe des Ausgleichs und Abfindung – schriftlich informiert werden (§ 293a AktG). Demnach müssen entsprechend § 293a Abs. 1 Satz 1 AktG die Vorstände der abhängigen Gesellschaft und des herrschenden Unternehmens einen Bericht über das BCA erstellen in dem über den Vertrag, die Art und Höhe des Ausgleichs sowie der Abfindung in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht informiert wird. Dieser Bericht dient den Aktionären, die gemäß § 293 AktG über den Unternehmensvertrag zu beschließen haben, als Informationsgrundlage<sup>508</sup>.

Vorbild für die Regelung des § 293a AktG war dem Gesetzgeber der Verschmelzungsbericht in §§ 8 ff. UmwG. Verschmelzungsrechtliche Schutzvorschriften wurden somit in das Recht der Unternehmensverträge übertragen. § 293a AktG ist allerdings kein zwingendes Recht, vielmehr kann von einem Bericht über den Unternehmensvertrag nach § 293a Abs. 3 AktG abgesehen werden, wenn alle Aktionäre der beteiligten Unternehmen auf eine Erstattung durch öffentlich beglaubigte Erklärungen verzichten. Zudem kann gem. § 293a Abs. 2 AktG von der Aufnahme vertraulicher Tatsachen in dem Bericht abgesehen werden. Stattdessen hat der Vorstand die Gründe der Nichtaufnahme darzulegen. Anknüpfungspunkt für § 293a Abs. 2 AktG ist § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG. § 293a Abs. 2 AktG ist daher wie § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG auszulegen<sup>509</sup>. Nach § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG darf der Vorstand die

---

<sup>505</sup> so auch: *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293 Rn. 4.

<sup>506</sup> *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 293 Rn. 8.

<sup>507</sup> *Bernhardt*, DB 2000, 1873; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG, § 111 Rn. 719.

<sup>508</sup> *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 293a Rn. 1.

<sup>509</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 293a Rn. 62.

Auskunft verweigern, soweit die Erteilung der Auskunft nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet ist, der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen. Unter Nachteil ist jede, einigermaßen gewichtige Beeinträchtigung des Gesellschaftsinteresses zu verstehen<sup>510</sup>. Aktionärsfragen nach noch in der Schwebe befindlichen Vorgängen oder Verhandlungen der Gesellschaft können somit grundsätzlich als Nachteil auszulegen sein<sup>511</sup>. Dies ist dann der Fall, wenn dem Vorstand im Rahmen einer Gesamtabwägung nicht unerhebliche Nachteile für die Gesellschaft drohen<sup>512</sup>.

Über den Inhalt des schriftlich zu erstattenden Berichts entscheidet das Organ Vorstand als Ganzes. Eine Vertretung ist bei der Berichterstattung unzulässig<sup>513</sup>. Der Bericht muss in lesbarer Form abgefasst werden. Von einer Unterschrift unter dem Bericht kann abgesehen werden<sup>514</sup>. Gem. § 293a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 AktG können Vorstände für mehrere am Vertrag beteiligte Gesellschaften einen gemeinsamen Bericht erstatten. Inhaltlich muss er eine ausführliche rechtliche und wirtschaftliche Erläuterung und Begründung zum Abschluss des BCA, zum Vertrag im Einzelnen und insbesondere zur Art und Höhe des Ausgleichs (§ 304 AktG) und der Abfindung (§ 305 AktG) enthalten (§ 293a Abs. 1 Satz 1 AktG entsprechend). Hinsichtlich der Art und Höhe der Abfindung müssen die Angaben so detailliert sein, dass sie dem Aktionär eine Plausibilitätskontrolle der Bewertung ermöglichen<sup>515</sup>. Eine Darlegung nur der Bewertungsmethode und des Bewertungsergebnisses wären unzureichend<sup>516</sup>. Der Bericht hat vielmehr gem. § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG auf Bewertungsschwierigkeiten und Folgen des BCA hinzuweisen.

## XI. Prüfungsbericht

Das BCA unterliegt als Beherrschungsvertrag für jede vertragsschließende Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien einer Prüfung durch einen oder mehrere Vertragsprüfer (§ 293b Abs. 1 HS 1 AktG). Durch den Bericht sollen die Aktionäre vor allem vor unangemessenen Ausgleichs- und Abfindungsbestimmungen geschützt werden<sup>517</sup>. Prüfungsgegenstand ist das BCA. § 293b AktG versteht unter Unternehmensvertrag nur den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag im Sinn des § 291 AktG, andere Unternehmensverträge (§ 292 AktG) werden von § 293b AktG nicht erfasst<sup>518</sup>.

Entgegen dem eindeutigen Wortlaut kann auch ein Vertragsentwurf Prüfungsgegenstand sein<sup>519</sup>. Der Grund hierfür liegt darin, dass die §§ 293a ff. AktG die Zustimmung der Hauptversammlung sinnvoll vorbereiten sollen, der Unternehmensvertrag aber für seine Wirksamkeit der Zustimmung der

---

<sup>510</sup> BayObLG, AG 1996, 322, 323; Hüffer/Koch, AktG, § 131 Rn. 55; Kubis, in: MünchKomm-AktG, § 131 Rn. 99; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 131 Rn. 63.

<sup>511</sup> Hoffmann-Becking, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 38 Rn. 44; Siems, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131 Rn. 38.

<sup>512</sup> Decher, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn. 300; Hoffmann-Becking, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 38 Rn. 44; Hüffer/Koch, AktG, § 131 Rn. 58; Kubis, in: MünchKomm-AktG, § 131 Rn. 116.

<sup>513</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293a Rn. 16; Hüffer/Koch, AktG, § 293a Rn. 8.

<sup>514</sup> KG, WM 2005, 41, 42 f.; Linnerz, EWIR 2005, 135, 136; a.A. Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293a Rn. 18; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 293a Rn. 19 f.

<sup>515</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 293a Rn. 43; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293a Rn. 27; Hüffer/Koch, AktG, § 293a Rn. 15; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 293a Rn. 31.

<sup>516</sup> BGHZ 107, 296, 302 ff.; BGH, AG 1990, 259 ff.; BGH, AG 1991, 102, 102 f.

<sup>517</sup> BT-Drs. 12/6699 (1995), S. 178.

<sup>518</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 293b Rn. 5.

<sup>519</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 293b Rn. 4; Bungert, DB 1995, 1384, 1390; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293b Rn. 10.

Hauptversammlung bedarf. Die Prüfung bezieht sich dabei vor allem auf die Angemessenheit des Ausgleichs und der Abfindung, nicht hingegen auf die Zweckmäßigkeit des Vertrags<sup>520</sup>.

Strittig ist, ob sich die Prüfung auch auf den Bericht des Vorstands über den Unternehmensvertrag (§ 293a AktG) bezieht. Einige<sup>521</sup> bejahen dies uneingeschränkt, während andere<sup>522</sup> den Prüfungsumfang auf die Angemessenheit von Ausgleich und Abfindung beschränken. Der Bericht des Vorstands bildet die Grundlage der Informationen im Sinn der §§ 293 ff. AktG, und sowohl der Bericht als auch die Prüfung erfolgen im Interesse der Aktionäre<sup>523</sup>. Demnach gehört auch der Bericht nach § 293a AktG zum Prüfungsgegenstand. Allerdings sind dem Prüfungsumfang des Vertragsprüfers dahingehend Grenzen gesetzt, in denen dem Vorstand ein unternehmerisches Ermessen zusteht. Die Überprüfung dieses Ermessens sowie der Zweckmäßigkeit des Unternehmensvertrags liegen außerhalb der vom Vertragsprüfer zu kontrollierenden Bereiche. Er soll sich vielmehr auf die betriebswirtschaftliche Problematik der Angemessenheit von Ausgleich und Abfindung konzentrieren.

Die Vertragsprüfer haben gem. § 293e Abs. 1 Satz 1 AktG über das Prüfungsergebnis schriftlich zu berichten. Sie werden auf Antrag der Vorstände der vertragsschließenden Gesellschaft vom Gericht gewählt und bestellt (293c Abs. 1 Satz 1 AktG). Tatsachen, deren Bekanntwerden geeignet sind, einem der vertragsschließenden Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen, werden vom Prüfungsbericht nicht erfasst (§§ 293e Abs. 2, 293a Abs. 2 Satz 1 AktG). Welche Tatsachen nicht im Prüfungsbericht aufgeführt werden, steht im pflichtgemäßen Ermessen der Vertragsprüfer. Aus welchem Grund sie nicht aufgenommen werden, ist gem. § 293a Abs. 2 Satz 2 AktG darzulegen. Im Falle eines Ermessensfehlers sind sie gem. § 293d Abs. 2 AktG, § 323 HGB schadensersatzpflichtig.

## XII. Anmeldung und Eintragung des Beherrschungsvertrags ins Handelsregister

Gem. § 294 Abs. 1 AktG hat der Vorstand der abhängigen Gesellschaft den Beherrschungsvertrag zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Das herrschende Unternehmen hingegen ist seinerseits nicht verpflichtet, einen bestehenden Beherrschungsvertrag zum Handelsregister anzumelden<sup>524</sup>. Der Prüfungsumfang des Registergerichts konzentriert sich auf die Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung, die Wirksamkeit des Beherrschungsvertrags und das Vorliegen der notwendigen Zustimmungsbeschlüsse<sup>525</sup>. Wirksam wird der Beherrschungsvertrag gem. § 294 Abs. 2 AktG mit seiner Eintragung ins Handelsregister. Dabei entfaltet die Eintragung keine Rückwirkung. Folglich können Leitungsmaßnahmen vor Wirksamwerden des Vertrags nicht nachträglich vom Vertrag gedeckt werden<sup>526</sup>. Das bedeutet,

---

<sup>520</sup> *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 30.

<sup>521</sup> LG Berlin AG 1996, 230, 232 f.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 293b Rn. 14 f; *Hüffer/Koch*, AktG, § 293b Rn. 2, § 320 Rn. 12.

<sup>522</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 293b Rn. 9 ff.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 320 Rn. 20; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 293b Rn. 17; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 31.

<sup>523</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 293b Rn. 10.

<sup>524</sup> AG Erfurt, AG 1997, 275; *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 294 Rn. 12; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 294 Rn. 7; *Hüffer/Koch*, AktG, § 294 Rn. 2; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 294 Rn. 5; *Vetter*, AG 1994, 110, 113 f.

<sup>525</sup> *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 218.

<sup>526</sup> OLG Karlsruhe, AG 1994, 283; OLG Hamburg, ZIP 1989, 1326, 1327; OLG Hamburg, ZIP 1990, 1071; OLG München, AG 1991, 358, 359; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 291 Rn. 15.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 294 Rn. 19; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 294 Rn. 34.

dass im Falle einer Nichtanmeldung des BCA zum Handelsregister der dem BCA zugrundeliegende Unternehmensvertrag mangels Eintragung im Handelsregister schwebend unwirksam ist.

### **XIII. Ergebnis**

Das schriftformbedürftige BCA wird zwischen den Vorständen des herrschenden Unternehmens und der abhängigen Gesellschaft abgeschlossen und bedarf der Zustimmung der Aufsichtsräte des herrschenden Unternehmens sowie der abhängigen Gesellschaft. Zudem müssen beide Hauptversammlungen dem BCA zustimmen. Im Anschluss daran besteht die Pflicht einen Bericht über das BCA zu erstellen, der der Prüfungspflicht durch einen Vertragsprüfer. Eine sachliche Rechtfertigung für den Abschluss eines BCA ist auf Seiten der abhängigen Gesellschaft nicht erforderlich. Sie werden hinreichend durch die §§ 300 ff., 304 ff. AktG geschützt. Auf Seiten des herrschenden Unternehmens erfolgt eine sachliche Rechtfertigung nur in den Fällen, in denen die Abfindung durch eigene Aktien erfolgt, die mittels Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss geschaffen wird. Schließlich muss das BCA beim Handelsregister der abhängigen Gesellschaft angemeldet und eingetragen werden.

## D. Rechtsfolgen

Ein Vertrag, der materiell einen Beherrschungsvertrag darstellt, formell aber nicht seine Voraussetzungen erfüllt, ist ein verdeckter Beherrschungsvertrag. Kennzeichnend für einen verdeckten Beherrschungsvertrag ist, dass dem herrschenden Unternehmen ohne Einhaltung der §§ 291 ff. AktG Leitungsmacht eingeräumt wird. Es fehlt regelmäßig an den Zustimmungen der Hauptversammlungen, der Eintragung ins Handelsregister sowie an Abfindungs- und Ausgleichsregelungen<sup>527</sup>. Im Gegensatz zu „atypischen Beherrschungsverträgen“ beschränkt der verdeckte Beherrschungsvertrag nicht die Herrschaftsrechte des herrschenden Unternehmens unter Beachtung der §§ 291 ff. AktG<sup>528</sup>.

Das BCA ist oftmals als verdeckter Beherrschungsvertrag zu qualifizieren. Denn den Vertragspartnern geht es gerade nicht darum, das BCA offen zu legen und die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens atypisch zu beschränken. Vielmehr geht es ihnen darum, einen Beherrschungsvertrag ohne Einhaltung der Formalien im Verdeckten vorab, bis zum Abschluss des „offiziellen“ Beherrschungsvertrags, zu praktizieren. So wurden bei dem CFA France Telecom/Mobilcom, der France Telecom als Hauptaktionär über die mittelbare Einbeziehung der Mobilcom ein Weisungsrecht gegenüber Mobilcom eingeräumt.

Nach welchen Rechtsnormen ein verdeckter Beherrschungsvertrag zu behandeln ist, wird kontrovers diskutiert. In Betracht kommen ein konkludenter Vertragsschluss (I), die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft (II), die Anwendung der Regelungen über den faktischen Konzern (III) und diejenigen des qualifiziert faktischen Konzerns (IV).

### I. Konkludent abgeschlossener Beherrschungsvertrag

Einige Vertreter in der Literatur<sup>529</sup> nehmen bereits bei Ausübung von Konzernleitungsmacht in einem GmbH-Konzern einen konkludenten Abschluss eines Beherrschungsvertrags an. Diese Ansicht lässt sich allerdings nicht auf den - der vorliegenden Arbeit zugrundeliegenden - Aktienkonzern übertragen. Denn anders als bei der Aktiengesellschaft zählen die Zustimmung der Hauptversammlungen, die Eintragung ins Handelsregister und die Ausgleichsregelung nicht zu den zwingenden Wirksamkeitsvoraussetzungen eines GmbH-Konzerns<sup>530</sup>.

---

<sup>527</sup> *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 291 Rn. 19, 24c; *ders.*, FS Hüffer, S. 179 ff.; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 27.

<sup>528</sup> OLG München, AG 2008, 672; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 291 Rn. 24; *ders.*, FS Hüffer, S. 179, 183.

<sup>529</sup> *Emmerich*, AG 1975, 285, 288 f.; *Kellmann*, BB 1969, 1509, 1515; *Paehler*, Zulässigkeit, S. 169 f.

<sup>530</sup> *Emmerich*, AG 1975, 285, 289.

## II. Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

### 1. Definition und Auswirkungen auf den Beherrschungsvertrag

Ein Beherrschungsvertrag ist fehlerhaft, wenn er nichtig, anfechtbar oder unwirksam ist<sup>531</sup>. Für derartige Fehler finden grundsätzlich die allgemeinen Grundsätze Anwendung. Dies hätte zur Folge, dass das BCA nicht nur nach Bereicherungs- und Schadensrecht rückabgewickelt werden müsste, sondern auch, dass sämtliche Verträge, die unter Missachtung der Vermögensbildung nach §§ 57, 58, 60 AktG abgeschlossen wurden, rückgängig gemacht werden müssten. Eine solche Vorgehensweise würde Gläubiger und Minderheitsaktionäre nicht ausreichend schützen. Hier könnte die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zu gerechteren Ergebnissen führen, indem die §§ 302 ff. AktG auch auf die fehlerhafte Aktiengesellschaft uneingeschränkte Anwendung fänden.

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft wurde von der Rechtsprechung<sup>532</sup> entwickelt und wird heute weitestgehend von der Literatur anerkannt<sup>533</sup>. Sie hat zur Folge, dass der Vertrag ab seinem Vollzug für die Vergangenheit, bis zur Beendigung des Vertrags durch Kündigung, im Innen- als auch Außenverhältnis als wirksam behandelt wird<sup>534</sup>. Dadurch wird im Außenverhältnis der Rechtsverkehr geschützt und im Innenverhältnis können die bei der Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen typischerweise auftretenden Schwierigkeiten vermieden werden<sup>535</sup>. Im Falle eines unwirksamen Beherrschungsvertrags hätte das die Anwendbarkeit der §§ 304 f. AktG zur Folge. Dies bedeutet vor allem, dass die außenstehenden Aktionäre gem. § 305 Abs. 1 AktG einen Anspruch gegen ihre Gesellschaft auf eine angemessene Abfindung hätten, die gem. §§ 1 ff. SpruchG gerichtlich überprüfbar wäre.

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft setzt voraus, dass ein fehlerhafter Vertragsschluss vorliegt, die Gesellschaft in Vollzug gesetzt wurde und ihrer Anwendung keine schutzwürdigen Interessen entgegenstehen. Im Folgenden wird untersucht, ob die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf verdeckte Beherrschungsverträge im Besonderen angewendet werden kann.

### 2. Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf verdeckte Beherrschungsverträge

BCA werden häufig weder der Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens noch der abhängigen Gesellschaft zur Abstimmung vorgelegt und regelmäßig auch nicht ins Handelsregister eingetragen. Sie enthalten grundsätzlich auch keine Ausgleichs- und Abfindungsregelungen für die außenstehenden Aktionäre der abhängigen Gesellschaft. Dies hat zur Folge, dass das BCA unwirksam bzw. nichtig ist. Fraglich ist, ob dem Bestandsinteresse an der Aufrechterhaltung des Unternehmensvertrags<sup>536</sup> durch die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft Rechnung getragen werden kann. Einigkeit besteht dahingehend, dass ein fehlerhafter Beherrschungsvertrag abgeschlossen und in Vollzug

---

<sup>531</sup> Köhler, ZGR 1985, 307, 308.

<sup>532</sup> RGZ 165, 203 f.; BGHZ 3, 285, 285 ff.; BGHZ 10, 41; BGHZ 44, 235, 236; BGHZ 55, 5, 8.

<sup>533</sup> K. Schmidt, AcP 186 (1986), 431; Ulmer, in: MünchHdb.GesR Bd. 1, § 100 Rn. 1.

<sup>534</sup> BGHZ 3, 285, 287 ff.; BGHZ 26, 330, 334 f.; BGHZ 55, 5, 8 f.; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 75, 85; Lauber-Nöll, Rechtsfolgen, S. 37; Miras, in: MünchHdb.GesR Bd. 1, § 100 Rn. 2 f.; Schäfer, in: MünchKomm-BGB Bd. 5, § 705 Rn. 354 f.; ders., Verband, S. 137 ff.; K. Schmidt, AcP 186 (1986), 441; ders., GesR, S. 136 ff.; Spau, in: Palandt, BGB, § 705 Rn. 18; Wiesner, fehlerhafte Gesellschaft, S. 122 ff. m.w.N.

<sup>535</sup> Miras, in: MünchHdb.GesR Bd. 1, § 100 Rn. 3; Schäfer, Verband, S. 23 ff.

<sup>536</sup> Mülbart, in: GroßKomm-AktG, § 293 Rn. 143.

gesetzt wurde<sup>537</sup>. Die übrigen Voraussetzungen sind stark umstritten. Der BGH hat die Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bislang nur für die GmbH diskutiert<sup>538</sup>. Da sich in den BGH-Entscheidungen die Probleme in vergleichbarer Weise wie bei Aktiengesellschaften stellen, entfalten die dort entwickelten Grundsätze somit auch für Aktiengesellschaften Gültigkeit<sup>539</sup>.

Im Folgenden werden die Voraussetzungen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft dargelegt. Das Augenmerk wird dabei insbesondere auf die Übertragung der Rechtsprechung von der GmbH auf die Aktiengesellschaft gelegt.

#### a) Eintragung ins Handelsregister

##### aa) Rechtsprechung des BGH zur GmbH

Der BGH hat erstmals in seiner Supermarkt-Entscheidung für die GmbH eine Eintragung des Unternehmensvertrags in das Handelsregister als Wirksamkeitsvoraussetzung gefordert<sup>540</sup>. Allerdings sollte der in diesem Fall mangels Handelsregistereintragung fehlerhafte Unternehmensvertrag nicht ex tunc nichtig sein. Mit Hilfe der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft wurde er bis zu seiner Kündigung als ex nunc wirksam behandelt<sup>541</sup>. Dieser vom BGH aufgestellte Grundsatz gilt jedoch nicht für die Verschmelzung. Bei einer Verschmelzung erlischt der übertragene Rechtsträger mit Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Daher entschied der BGH, dass in diesem Fall die Eintragung ins Handelsregister unverzichtbare Wirksamkeitsvoraussetzung sei. Aus Gründen der Rechtssicherheit könne die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei einer Verschmelzung nicht nur an den Vollzug des fehlerhaften Unternehmensvertrags anknüpfen<sup>542</sup>.

##### bb) Literatur und Rechtsprechung zur Aktiengesellschaft

Einige Vertreter aus der Literatur<sup>543</sup> schließen sich der BGH-Rechtsprechung<sup>544</sup> zur GmbH an. Demnach soll die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch auf Beherrschungsverträge anzuwenden sein, die nicht im Handelsregister eingetragen wurden. Sowohl die herrschende Lehre<sup>545</sup> als auch die Oberlandesgerichte München<sup>546</sup> und Schleswig<sup>547</sup> zählen hingegen die Eintragung des Beherrschungsvertrags in das Handelsregister zu den unvermeidbaren Voraussetzungen des Beherrschungsvertrags.

---

<sup>537</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 198; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Kommentar*, § 291 Rn. 28b; *Hirte/Schall*, *Der Konzern* 2006, 243, 244 ff.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 297 Rn. 55.

<sup>538</sup> BGHZ 103, 1, 4; BGHZ 105, 324; BGHZ 116, 37, 39 f.

<sup>539</sup> *Kinzl*, *Gesellschaftervereinbarungen*, Kap. 16 Rn. 20 ff.; *Mülbert*, in: *GroßKomm-AktG*, § 293 Rn. 44.

<sup>540</sup> BGHZ 105, 324, 337 ff.

<sup>541</sup> BGHZ 103, 1, 4; BGHZ 116, 37, 39 f.; BGH, NJW 2002, 823.

<sup>542</sup> BGH (Göttinger Gruppe), NZG 2005, 261, 262 II 1.b.

<sup>543</sup> *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl, AktG*, § 293 Rn. 59; *ders.*, FS *Ballerstedt*, S. 235 f.; *Hirte/Schall*, *Der Konzern* 2006, 243, 247 ff.

<sup>544</sup> BGH, NJW 1988, 1326; NJW 1992, 505; 2002, 822, 823.

<sup>545</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 204; *Dette*, *Beherrschungsverträge*, S. 192 f.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Kommentar*, § 291 Rn. 30; *Heptner*, *Einschränkungen*, S. 128 f.; *Hüffer/Koch*, *AktG*, § 291 Rn. 21; *Kienzle*, *Beherrschungsverträge*, S. 84 f.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 297 Rn. 55; *Kort*, NZG 2009, 367 f.; *ders.*, *Bestandsschutz*, S. 164 ff.; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 59, 19, 55; *ders.*, ZHR 158 (1994), 35, 41; *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, *AktG*, § 293 Rn. 41; *Lauber-Nöll*, *Rechtsfolgen*, S. 79 f.; *Liebscher*, *GmbH-KonzernR*, Rn. 594; *Rubner/Leuering*, NJW-Spezial 2010, 143; *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), 35, 49 f.; *Vogelmann*, *Rechtsfolgen*, S. 179 f.; *Wachter*, *AktG*, § 291 Rn. 19.

<sup>546</sup> OLG München, AG 2008, 672.

<sup>547</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 873.

Bei fehlender Handelsregistereintragung wäre die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft somit nicht anwendbar.

### cc) Stellungnahme

Der BGH wendet die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei der GmbH, mit Ausnahme der Verschmelzung, auch ohne Eintragung des Unternehmensvertrags ins Handelsregister an<sup>548</sup>. Dabei vergleicht er die fehlende Eintragung mit der fehlenden notariellen Beurkundung eines Zustimmungsbeschlusses oder eines Gesellschaftsvertrags, bei denen die Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft allgemein anerkannt ist<sup>549</sup>. Die sich dem BGH anschließende Literaturmeinung<sup>550</sup> argumentiert im Wesentlichen mit der Schutzbedürftigkeit der Aktionäre der abhängigen Gesellschaft. Diese sei bei einer Aktiengesellschaft größer als bei der oftmals personalistisch strukturierten GmbH, sodass die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft erst recht Anwendung finden müsse<sup>551</sup>. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Eingreifen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft sei dann nicht die Eintragung in das Handelsregister, sondern der Vollzug des verdeckten Beherrschungsvertrags. Der Beherrschungsvertrag wird „in Gang gesetzt“ und mithin vollzogen, wenn tatsächlich Weisungen erteilt und befolgt werden<sup>552</sup>. Die Eintragung ins Handelsregister diene zudem nicht dem Schutz des Minderheitsaktionärs, sondern dem Handelsverkehr<sup>553</sup>. Durch die Eintragung sollen Gläubiger, Aktionäre sowie die Öffentlichkeit auf die Beherrschung und die damit einhergehenden Risiken unterrichtet werden<sup>554</sup>.

Die vom BGH entschiedenen Fälle beziehen sich auf die GmbH und nicht auf die Aktiengesellschaft. Zudem lag den Entscheidungen kein fehlerhafter Beherrschungsvertrag zugrunde. In einem Fall bejahte der BGH die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch ohne die Eintragung des Teilgewinnabführungsvertrags in das Handelsregister<sup>555</sup>. Allerdings ist dieser Fall nicht mit dem eines verdeckten Beherrschungsvertrags vergleichbar. Aus wirtschaftlicher Sicht ist der Beherrschungsvertrag eher mit einer Verschmelzung vergleichbar<sup>556</sup>. Bei einer Verschmelzung fordert allerdings auch der BGH eine konstitutive Eintragung ins Handelsregister, denn erst dann ist der (fehlerhafte) Beherrschungsvertrag vollzogen<sup>557</sup>. Anders als bei einem Teilgewinnabführungsvertrag sind bei einer Verschmelzung die Chancen und Risiken geteilt<sup>558</sup>. Die konstitutive Wirkung der Handelsregistereintragung schafft Rechtssicherheit und Vertrauen bei Gläubigern und Aktionären. Das Argument, eine Handelsregistereintragung sei entbehrlich, weil sie eher dem Schutz des Handelsverkehrs und weniger dem der

---

<sup>548</sup> BGH, NZG 2005, 261; NZG 2005, 472.

<sup>549</sup> BGHZ 116, 37, 39 f.

<sup>550</sup> Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 250.

<sup>551</sup> Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 248.

<sup>552</sup> BGH, NJW 1992, 505; Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 247; Kinzl, Gesellschaftervereinbarungen, Kap. 16 Rn. 21; Kort, NZG 2009, 364, 367; K. Schmidt, GesR, § 6 Abs. 3 1.

<sup>553</sup> Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 248.

<sup>554</sup> Begr. RegE. zu § 392 AktG, in: Kropff, AktG, S. 382 f.; Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 294 Rn. 1; Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 248; Hüffer/Koch, AktG, § 294 Rn. 1.

<sup>555</sup> BGH, NZG 2005, 261; NZG 2005, 472.

<sup>556</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 873; Altmeppen, in: MünchKomm-AktG § 291 Rn. 204; Kinzl, Gesellschaftervereinbarungen, Kap. 16 Rn. 22.

<sup>557</sup> BGH, NJW 1996, 659.

<sup>558</sup> Kinzl, Gesellschaftervereinbarungen, Kap. 16 Rn. 21.

Minderheitsaktionäre diene<sup>559</sup> greift aus Gründen der Rechtssicherheit nicht ein. Ohne die Eintragung des Beherrschungsvertrags ins Handelsregister besteht kein sicher feststellbares Kriterium, an dem der Fristbeginn für die Geltendmachung von Abfindungsansprüchen festzumachen ist. Dies würde zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen<sup>560</sup>. Zudem würde den außenstehenden Aktionären auf diese Weise die Möglichkeit eröffnet, auf ungewisse Zeit die Wert- und Kursentwicklungen des herrschenden Unternehmens abzuwarten<sup>561</sup>. Hinzukommt, dass die außenstehenden Aktionäre vor Eintragung des verdeckten Beherrschungsvertrags nicht auf seine Existenz vertrauen können<sup>562</sup>. Sie sind ohne die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch nicht schutzlos, da es ihnen offensteht, Schadensersatzansprüche nach § 826 BGB bzw. über die Rechtsfigur des faktischen Konzerns geltend zu machen. Folglich sind auf einen nicht im Handelsregister eingetragenen verdeckten Beherrschungsvertrag die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht anzuwenden.

Auf einen nicht ins Handelsregister eingetragenen Beherrschungsvertrag sind auch nicht die Vorschriften der Vorgesellschaft anzuwenden. Im Gegensatz zur Vorgesellschaft soll die Gesellschaft gerade nicht in absehbarer Zeit zum Handelsregister angemeldet werden. Eine solche Gesellschaft wird daher nicht als Vorgesellschaft anerkannt<sup>563</sup>.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft die Eintragung des Beherrschungsvertrags in das Handelsregister voraussetzt.

## b) Zustimmung der Hauptversammlung

### aa) Meinungsstand

Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH wendet die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch bei einem fehlenden Beschluss der Gesellschafterversammlung an<sup>564</sup>. Ein Teil der Literatur will diese Rechtsprechung auf die Aktiengesellschaft übertragen<sup>565</sup>. Als Argument dient ihr die Rechtsprechung des BGH zur stillen Gesellschaft im Fall Göttinger Gruppe<sup>566</sup>. Wenn schon bei einer stillen Gesellschaft wie bei der Göttinger Gruppe die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch ohne Zustimmungsbeschluss anwendbar sei, dann doch erst recht bei einer Aktiengesellschaft. Im Gegensatz zur stillen Gesellschaft erhalte das herrschende Unternehmen viel stärkere Einflussrechte auf die abhängige Gesellschaft. Da die Zustimmung der Hauptversammlung nur dem herrschenden Unternehmen diene, sei zum Schutze der Aktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft auch ohne Zustimmung der Hauptversammlungen die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft anzuwenden<sup>567</sup>.

---

<sup>559</sup> Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 248.

<sup>560</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 873; OLG Düsseldorf, NZG 2005, 317, 318; Kort, NZG 2009, 364, 367.

<sup>561</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 873; Balthasar, NZG 2008, 858, 860.

<sup>562</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 198 ff.; 204; Krieger, ZHR 158 (1994), 35, 41; Schürbrand, ZHR 169 (2005), 35, 50; a.A. Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 248.

<sup>563</sup> Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 11 Rn. 29.

<sup>564</sup> BGHZ 105, 324, 337; BGH (Göttinger Gruppe), NZG 2005, 261, 262.

<sup>565</sup> Ederle, Verdeckte Beherrschungsverträge, S. 142 ff.; Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 247 ff.; Schäfer, Verband, S. 366, 460 f.; Wimmer-Loenhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 381 f.

<sup>566</sup> BGH (Göttinger Gruppe), NZG 2005, 261 ff.

<sup>567</sup> Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 249 ff.

Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung<sup>568</sup> sowie die herrschende Meinung in der Literatur<sup>569</sup> verlangen neben der Eintragung des Beherrschungsvertrags ins Handelsregister auch die Zustimmung beider Hauptversammlungen. Die mit dem Beherrschungsvertrag einhergehende Aufhebung der Vermögensbindung und Unterstellung der Leitungsmacht führe zu einer Strukturänderung der abhängigen Gesellschaft. Die Entscheidung über eine Strukturänderung bleibe jedoch wegen ihrer satzungsüberlagernden Wirkung allein der Hauptversammlung vorbehalten<sup>570</sup>.

#### bb) Stellungnahme

Es ist der Ansicht den Vorzug zu geben, die für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft die Zustimmung beider Hauptversammlungen fordert. Aufgrund des weitreichenden Eingriffs in die Struktur der Gesellschaft kann nur die Hauptversammlung darüber entscheiden, da andernfalls der Vorstand und gegebenenfalls der ihn unterstützende Aufsichtsrat allein über die angestrebte Strukturänderung befinden würde. Hierfür würde ihnen jedoch die organschaftliche Vertretungsmacht fehlen. Folglich könnte der beabsichtigte Abschluss eines Beherrschungsvertrags nicht den Anteilseignern der beteiligten Gesellschaften zugerechnet werden<sup>571</sup> und es würde an einer Einigung der Vertragsparteien fehlen<sup>572</sup>. Hinzukommt, dass die Ansicht, die auf eine Zustimmung der Hauptversammlung verzichtet, das gesetzgeberische Ziel unterlaufen würde. § 293 Abs. 1 AktG will dem Vorstand gerade verbieten, die Gesellschaft ohne Anrufung der Hauptversammlung und deren erforderlichen Mehrheit umzugestalten<sup>573</sup>. Schließlich ist die Zustimmung der Hauptversammlung schon für die Eintragung ins Handelsregister erforderlich (§ 294 Abs. 1 Satz 2 AktG). Da die Eintragung nach vorzugswürdiger Ansicht für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft unverzichtbare Voraussetzung ist, muss dies erst recht für die Zustimmung der Hauptversammlungen gelten.

#### c) Ausgleichsregelung § 304 Abs. 1, 2 AktG

§ 304 Abs. 1 und 2 AktG regeln den Ausgleichsanspruch der außenstehenden Aktionäre bei einem bestehenden Beherrschungsvertrag. Ob die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch bei einer gänzlich fehlenden Ausgleichsregelung im BCA Anwendung findet, wird intensiv diskutiert.

#### aa) Meinungsstand

Eine Sichtweise<sup>574</sup> wendet die Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft auch auf fehlerhafte Beherrschungsverträge ohne Ausgleichsregelung an. Der nichtige Unternehmensvertrag würde demnach für die Vergangenheit als wirksam behandelt werden. Mit dem Vollzug des BCA könne sich das

---

<sup>568</sup> OLG Zweibrücken, AG 2005, 256, 258 f.; OLG Schleswig, NZG 2008, 868.

<sup>569</sup> *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 205; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 291 Rn. 30; *Goslar*, DB 2008, 800, 804; *Heptner*, Einschränkungen, S. 128 f.; *Huber*, ZHR 152 (1988), 123, 141; *Kienzle*, Beherrschungsverträge, S. 83 f.; *Koppensteiner*, in: Kölnkomm-AktG, § 297 Rn. 55; *Kort*, Bestandsschutz, S. 168; *ders.*, NZG 2009, 364, 368; *Lauber-Nöll*, Rechtsfolgen, S. 75 ff.; *Schürbrand*, ZHR 169 (2005), 35, 51 f.; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 291 Rn. 65.

<sup>570</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 874; LG München I, WM 2008, 30, 32.

<sup>571</sup> *Kleindiek*, ZIP 1988, 613, 620; *Koppensteiner*, in: Kölnkomm-AktG, § 297 Rn. 55; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 66; *Peres*, in: *Heidel*, § 291 Rn. 22; *Schürbrand*, ZHR 169 (2005), 35, 51.

<sup>572</sup> *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 207, § 293 Rn. 5; *Koppensteiner*, in: Kölnkomm-AktG, § 297 Rn. 55; *Kort*, Bestandsschutz, S. 168.

<sup>573</sup> *Mülbert*, in: Großkomm-AktG, § 293 Rn. 154.

<sup>574</sup> *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 208; *Emmerich*, FS Hüffer, S. 179, 182; *Grigoleit*, in: *Grigoleit*, AktG, § 291 Rn. 42 f.; *Hirte/Schall*, Der Konzern 2006, 243, 247, 252; *Koppensteiner*, in: Kölnkomm-AktG, § 304 Rn. 103.

herrschende Unternehmen nicht unter Berufung auf einen Formmangel seiner Ausgleichspflicht entziehen<sup>575</sup>. Einem Formmangel stünde § 242 BGB entgegen, denn das herrschende Unternehmen beginge eine besonders schwere Treuepflichtverletzung zu Lasten der Minderheitsgesellschafter<sup>576</sup>. Ferner käme die Annahme einer Nichtigkeit und mithin eines Schadensersatzanspruches aus § 317 AktG in Verbindung mit § 309 Abs. 4 Satz 1 AktG im Ergebnis einer Rechtsverweigerung gegenüber den außenstehenden Aktionären gleich<sup>577</sup>.

Andere<sup>578</sup> lehnen die Anwendbarkeit der Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft bei einer fehlenden Ausgleichsregelung ab. Der Unternehmensvertrag wird wie ein nichtiger Vertrag behandelt. Die außenstehenden Aktionäre erhalten demnach keinen Ausgleich nach § 304 Abs. 1, 2 AktG, sondern einen Schadensersatzanspruch nach §§ 317, 309 Abs. 4 Satz 1 AktG, §§ 812 ff. BGB.

## bb) Stellungnahme

Bei einer gänzlich fehlenden Ausgleichsregelung ist dahingehend zu differenzieren, ob im Zeitpunkt der Zustimmung der Hauptversammlung zum BCA außenstehende Aktionäre vorhanden waren. Sind keine außenstehenden Aktionäre vorhanden (§ 304 Abs. 1 Satz 3 AktG) oder haben diese wirksam auf einen Ausgleich verzichtet, hat eine fehlende Ausgleichsregelung im BCA keine Nichtigkeit zur Folge<sup>579</sup>.

Fehlt im BCA eine Ausgleichsregelung und haben die außenstehenden Aktionäre nicht wirksam auf eine solche Regelung im BCA verzichtet, ist das BCA nach der hier vertretenen Auffassung nichtig<sup>580</sup>. In diesem Fall spricht gegen eine Anwendung der Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft der Wortlaut des § 305 Abs. 3 AktG und die darin zum Ausdruck gebrachte Wertung des Gesetzgebers<sup>581</sup>. Gemäß § 304 Abs. 3 Satz 1 AktG ist ein Vertrag ohne Ausgleichsregel nichtig. Mit der dort angeordneten Nichtigkeit des Vertrags im Falle einer fehlenden Ausgleichsregel bevorzugt der Gesetzgeber einen effektiven Minderheitenschutz gegenüber dem Bestandschutz. Demnach würde mit der Anwendung der Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft dem Willen des Gesetzgebers widersprochen. Bei dem Wunsch, statt eines Schadensersatzanspruches nach §§ 317, 309 Abs. 4 Satz 1 AktG das Spruchverfahrensgesetz anzuwenden, handelt es sich um eine rein rechtspolitische Frage<sup>582</sup>.

Hinzukommt, dass nur mit der Nichtigkeit des Vertrags dem Minderheitenschutz hinreichend Rechnung getragen wird<sup>583</sup>. Das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Bewahrung vor einer Aushöhlung der Vermögenssubstanz kann nur begrenzt geschützt werden<sup>584</sup>. Noch weniger können die Interessen der außenstehenden Aktionäre geschützt werden. Zwar wären sie durch die Verlustübernahme

---

<sup>575</sup> Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 247.

<sup>576</sup> Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 252.

<sup>577</sup> Emmerich, FS Hüffer, S. 179, 182; Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 246, 248 ff.

<sup>578</sup> Huber, ZHR 152 (1988), 123, 141; Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 14a; Kienzle, Beherrschungsverträge, S. 84; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 13, 18 f.; Langenbacher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 293 Rn. 44; Schümbrand, ZHR 169 (2005), 35, 49 ff.; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 291 Rn. 67.

<sup>579</sup> Servatius, in: Grigoleit, AktG, § 304 Rn. 28.

<sup>580</sup> siehe oben B.II.3.a).

<sup>581</sup> LG Ingolstadt, AG 1991, 24, 25; Meilicke/Kleinertz, in: Heidel, § 304 Rn. 36; a.A. Koppenteiner, in: KölnKomm-AktG, § 304 Rn. 103.

<sup>582</sup> Koppenteiner, in: KölnKomm-AktG, § 304 Rn. 103; Schümbrand, ZHR 169 (2005), 35, 53.

<sup>583</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 198, 204; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 31, § 293 Rn. 19, 20.

<sup>584</sup> Kleindiek, ZIP 1988, 613, 619; Köhler, ZGR 1985, 307, 312; Koppenteiner, in: KölnKomm-AktG, Vor § 300 Rn. 6 f.; Müller, ZGR 1977, 1, 6 f.

vor Verlusten geschützt, allerdings geht deren Interesse über einen bloßen Bestandsschutz hinaus<sup>585</sup>. Das Ziel unternehmerischen Handelns besteht nicht nur in der Vermeidung von Verlusten, sondern in der Erwirtschaftung von Gewinnen<sup>586</sup>. Schließlich verfängt sich das Argument der Gegenansicht auch darin, dass erst mit Vollzug des nichtigen Vertrags mit Hilfe der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft aus Gründen des Umgehungsschutzes dieser als wirksam behandelt werden soll<sup>587</sup>. Der fehlerhafte Gesellschaftsvertrag wird erst mit Eintragung ins Handelsregister in Vollzug gesetzt<sup>588</sup>. Zu einer Eintragung in das Handelsregister wird es bei einer fehlenden Ausgleichsregel schon deshalb nicht kommen, weil der Nichtigkeitsgrund einer fehlenden vertraglichen Ausgleichsregelung vom Handelsregister festgestellt werden kann<sup>589</sup>.

Anders ist es bei einer fehlenden Abfindungsregelung. Diese ist gemäß § 305 Abs. 5 Satz 2 AktG kein Wirksamkeitserfordernis für den Beherrschungsvertrag. Vielmehr bestimmt das Gesetz, dass bei einer fehlenden oder fehlerhaften Abfindungsregelung auf Antrag das zuständige Spruchgericht die vertraglich zu gewährende Abfindung zu bestimmen hat (§ 2 SpruchG). Antragsberechtigt ist gemäß § 3 Satz 2 SpruchG jeder außenstehende Aktionär.

### 3. Ergebnis

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft wird auf BCA regelmäßig keine Anwendung finden. Dies deshalb, weil es an einem der folgenden Erfordernisse fehlen wird:

- Zustimmung der Hauptversammlung,
- Eintragung ins Handelsregister und/oder
- vertragliche Ausgleichsregelung für die außenstehenden Aktionäre der abhängigen Gesellschaft (Ausnahme: keine außenstehenden Aktionäre vorhanden oder wirksamer Verzicht auf eine Ausgleichsregelung).

Dieses Ergebnis deckt sich mit der Wertung des BGH. Nach seiner Auffassung findet die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft keine Anwendung, wenn gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen der rechtlichen Anerkennung einer fehlerhaften Gesellschaft entgegenstehen<sup>590</sup>. Bei einem verdeckten Beherrschungsvertrag sind die der Anwendung der fehlerhaften Gesellschaft entgegenstehenden Interessen die fehlende Zustimmung der Hauptversammlung, die Nichteintragung im Handelsregister und die fehlenden Ausgleichsregelungen. Folglich wird das BCA nicht bis zur Geltendmachung seiner Fehler als wirksam behandelt, es bleibt vielmehr bei seiner Nichtigkeit.

---

<sup>585</sup> Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 368; Kleindiek, ZIP 1988, 613, 619.

<sup>586</sup> Kleindiek, ZIP 1988, 613, 619.

<sup>587</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 29; Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243, 247, der Vollzug bereits bei Ausübung der Weisung annimmt.

<sup>588</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 291 Rn. 204; Emmerich/Habersack, Lehrbuch, § 11 Rn. 26; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 291 Rn. 28a, 29 f.; Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 20 f.; Kort, Bestandsschutz, S. 150; ders., AG 1988, 369, 374; ders., ZIP 1989, 1309, 1312; Krieger, ZHR 158 (1994), 35, 41; Lauber-Nöll, Rechtsfolgen, S. 79 ff.; Windbichler, Unternehmensverträge, S. 49.

<sup>589</sup> Koppsteiner, in: KölnKomm-AktG, § 304 Rn. 103; ders., § 294 Rn. 14; kritisch Weißhaupt, Informationsmängel, S. 109 f.

<sup>590</sup> BGH, NZG 2005, 261, 262.

### III. Spruchverfahrensgesetz analog als Rechtsfolge bei der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Die Vertreter<sup>591</sup>, die auf verdeckte Beherrschungsverträge die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft anwenden möchten, plädieren als Rechtsfolge zu einer analogen Anwendung des Vertragskonzernrechts sowie des Spruchverfahrensgesetz. Dies hat zur Folge, dass gem. § 1 Nr. 1 SpruchG die gerichtliche Festsetzung eines angemessenen Ausgleichs (Verlustausgleich, § 302 AktG und Ausgleichszahlung, § 304 AktG) beantragt werden kann.

Gegen eine analoge Anwendung des Vertragskonzernrechts und mithin des Spruchverfahrensgesetz im Falle eines BCA, welches weder ins Handelsregister eingetragen noch den Hauptversammlungen zur Abstimmung vorgelegt wurde und keine Ausgleichregelung enthält, spricht das Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat im Aktienkonzernrecht die Gesetzeslücke mit den §§ 311 ff. AktG im Falle eines verdeckten Beherrschungsvertrags geschlossen<sup>592</sup>. Zudem würde eine analoge Anwendung des Spruchverfahrensgesetz auf praktische Schwierigkeiten stoßen. Die Feststellung einer qualifizierten Nachteilszufügung erfolgt in einem ordentlichen Gerichtsverfahren<sup>593</sup>. Im Gegensatz zu einem Verfahren nach dem Spruchverfahrensgesetz ist das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten zweistufig. Dies ist mit der Zielsetzung des Spruchverfahrensgesetz unvereinbar, denn Sinn und Zweck des Spruchverfahrensgesetz ist, dass das verklagte Unternehmen zünftig Klarheit über Ausgleichsansprüche erhält. Des Weiteren würde sich eine analoge Anwendung des Spruchverfahrensgesetz auch auf § 4 Abs. 1 SpruchG erstrecken<sup>594</sup>. Nach dieser Norm besteht eine dreimonatige Antragsfrist des Antragsstellers. Eine Antragsfrist setzt ein fristauslösendes Ereignis voraus. Bei einer qualifiziert faktischen Beherrschung gibt es jedoch kein fristauslösendes Ereignis. Würde das Spruchverfahrensgesetz dennoch Anwendung finden, wäre einem möglichen Missbrauch Tür und Tor geöffnet.

Anders ist es, wenn das BCA keine Abfindungsregelung enthält. In diesem Fall können die außenstehenden Aktionäre gemäß § 305 Abs. 5 Satz 3 AktG i.V.m. § 2 SpruchG einen Antrag bei dem zuständigen Spruchgericht stellen, die vertraglich zu gewährende Abfindung festsetzen zu lassen.

### IV. Faktischer Konzern

Die hier vertretene Auffassung sieht von einer Anwendung der Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft auf verdeckte Beherrschungsverträge in den Fällen ab, in denen es an einer Eintragung in das Handelsregister, den Zustimmung der Hauptversammlungen und an einer Regelung von Ausgleichsansprüchen fehlt. In diesen Fällen ist das BCA als nichtig anzusehen. Das herrschende Unternehmen ist somit weder gem. § 308 AktG zu Weisungen berechtigt, noch ist der Grundsatz der Kapitalerhaltung gem. § 291 Abs. 3 AktG suspendiert.

---

<sup>591</sup> *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 291 Rn. 24f; *ders.*, FS *Hüffer*, S. 179, 183 ff.; *Grigoleit*, in: *Grigoleit*, AktG, § 291 Rn. 51; *Hirte/Schall*, *Der Konzern* 2006, 243, 246 ff.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 14f.; *Kienzle*, *Beherrschungsverträge*, S. 67, 107 ff.; *Mülbert*, in: *Großkomm-AktG*, § 291 Rn. 129; **a.A.** LG München I, WM 2008, 30, 31; OLG München, NZG 2008, 753; OLG Schleswig, NZG 2008, 868.

<sup>592</sup> *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 14, 14a; *Leuering*, NJW-Spezial 2010, 143, 144;

<sup>593</sup> OLG Stuttgart, NZG 2000, 744; OLG Zweibrücken, NZG 2005, 935.

<sup>594</sup> BGH, NZG 2008, 658.

Durch die Anwendung der §§ 311 ff. AktG werden die Gläubiger und Minderheitsaktionäre hinreichend geschützt<sup>595</sup>. Zunächst werden der abhängigen Gesellschaft gemäß des § 317 AktG die Nachteile ausgeglichen, die das herrschende Unternehmen veranlasst hat. Dies unabhängig davon, ob der abhängigen Gesellschaft ansonsten ein Jahresfehlbetrag zustünde, welches für einen Verlustausgleich im Vertragskonzern erforderlich wäre. Für den tatsächlichen Ausgleich des Nachteils haften die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens persönlich (§ 311, 317 Abs. 3 AktG). Auf Ebene der abhängigen Gesellschaft sind die Vorstandsmitglieder persönlich dafür verantwortlich, dass alle für die Gesellschaft nachteiligen Maßnahmen im Abhängigkeitsbericht aufgeführt werden (§§ 312, 318 Abs. 1 AktG). Der Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft hat diesen dann gewissenhaft zu prüfen und der Hauptversammlung Bericht zu erstatten.

Unter einem faktischen Beherrschungsvertrag im Sinn der §§ 311 ff. AktG sind wegen Verstoßes gegen §§ 291 ff. AktG unwirksame Vereinbarungen zu verstehen, die ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach den Regelungen des Beherrschungsvertrags nahekommen<sup>596</sup>. Gem. § 311 Abs. 1 AktG dürfte das herrschende Unternehmen der abhängigen Gesellschaft nur dann nachteilige Weisungen erteilen, wenn es diese auch kompensiert. Andernfalls stehen der abhängigen Gesellschaft Schadensersatzansprüche gegen das herrschende Unternehmen und gegen die gesetzlichen Vertreter der abhängigen Gesellschaft zu (§ 317 Abs. 1, 3 AktG)<sup>597</sup>.

Im Folgenden wird der faktische Konzern vorgestellt. Dabei werden vor allem die Besonderheiten des BCA berücksichtigt. Dies gilt insbesondere für die Fragen, ob mittels BCA eine nachteilige Maßnahme/Rechtsgeschäft veranlasst werden kann sowie des Konzerneingangsschutzes auf Seiten der abhängigen Gesellschaft und des herrschenden Unternehmens. Abschließend wird die Rechtsfigur des faktischen Konzerns einer abschließenden Bewertung unter Schutzzweckgesichtspunkten unterzogen.

#### 1. Rechtliche Zulässigkeit des einfachen faktischen Konzerns

Die Anerkennung des faktischen Konzerns hängt davon ab, ob das Recht der verbundenen Unternehmen auf dem Vertragsprinzip oder dem Faktizitätsprinzip beruht. Nach dem Vertragsprinzip können Konzernrechtsverhältnisse nur auf vertraglicher Grundlage begründet werden. Der faktische Konzern wäre demnach illegal<sup>598</sup>. Das Faktizitätsprinzip knüpft hingegen an den Konzerntatbestand an, maßgeblich sind die realen Machtverhältnisse innerhalb des Unternehmensverbundes<sup>599</sup>. Der faktische Konzern wäre rechtlich zulässig.

Für das Vertragsprinzip spricht die konstitutive Wirkung des Beherrschungsvertrags. Erst mit Vertragsschluss verliert das andere Unternehmen, die abhängige Gesellschaft, seine Selbstständigkeit und wird in den Konzern eingegliedert. Das Vertragsprinzip steht zudem im Einklang mit der Privatautonomie. Bestandteil der Vertragsfreiheit ist neben der Zustimmung der beteiligten Parteien die

---

<sup>595</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 14a; Kort, NZG 2009, 364, 368; Leuering, NJW-Spezial 2010, 143, 144; Reichert, ZGR 2015, 1, 31; Stephan, Der Konzern 2014, 1, 13

<sup>596</sup> OLG Schleswig, NZG 2008, 868, f.; Balthasar, NZG 2008, 858, 859.

<sup>597</sup> zur Rechtsnatur der §§ 311, 317 Kellmann, BB 1969, 1509 ff.

<sup>598</sup> Schilling, FS Hefermehl, S. 383, 392.

<sup>599</sup> Immenga, RabelsZ 48 (1984), 48, 59.

Abschlussfreiheit. Das herrschende Unternehmen entscheidet somit auch über die Einführung der Konzernverfassung<sup>600</sup>. Gleichwohl gilt es zu bedenken, dass der Beherrschungsvertrag in der Praxis nicht abgeschlossen wird, um ein Konzernrechtsverhältnis zu begründen. Vielmehr soll mit seiner Hilfe eine bereits bestehende Abhängigkeit legalisiert werden<sup>601</sup>. Damit entspricht das Faktizitätsprinzip der Realität des Konzerns<sup>602</sup>. Gerade das BCA zeigt, dass Fremdeinfluss auch ohne den Abschluss eines Beherrschungsvertrags möglich ist. Dem Vertragsprinzip stehen außerdem Bedenken der Inhaltsfreiheit entgegen<sup>603</sup>. Die Inhaltsfreiheit rechtfertigt sich durch einen privatautonomen Interessenausgleich. Als synallagmatische Gegenleistung für die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens kann ein finanzieller Ausgleich der außenstehenden Aktionäre verstanden werden. Allerdings werden die außenstehenden Aktionäre auf die Ausgestaltung der ihnen zu gewährenden Garantien keinen Einfluss haben, da der eine Vertragspartner, das herrschende Unternehmen, regelmäßig eine hinreichende Mehrheit an der anderen, hier abhängigen Gesellschaft, halten wird<sup>604</sup>. Aufgrund fehlender Ebenbürtigkeit des Vertragspartners und Mehrheitsaktionärs gegenüber den außenstehenden Minderheitsaktionären wird in der Praxis von einer Inhaltsfreiheit regelmäßig abzusehen sein. Schließlich spricht auch § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG für das Faktizitätsprinzip. § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG definiert den Konzern als zwei rechtlich selbständige, jedoch abhängige Gesellschaften, die unter einheitlicher Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Hinzu kommt, dass die Norm auf eine bestimmte „Rechtsform der Konzernierung“ verzichtet<sup>605</sup>. Der von dem Anhänger des Vertragsprinzips<sup>606</sup> geforderte Vertrags- und Schriftzwang wurde gerade nicht Gesetz. Folglich lässt § 18 AktG den faktischen Konzern, wenn auch nicht ausdrücklich, zu<sup>607</sup>.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der einfache faktische Konzern auf dem Faktizitätsprinzip beruht und somit rechtlich zulässig ist.

## 2. Regelungsgehalt der §§ 311 ff. AktG

### a) Gesetzliches Leitbild: Vertragskonzern

Das Aktiengesetz sieht zwei unterschiedliche Konzernierungsformen vor, die in einem Ausschlussverhältnis nebeneinander stehen<sup>608</sup>. Zum einen den Vertragskonzern gem. §§ 291 ff. AktG, zum anderen den faktischen Konzern. Der gegenseitige Ausschluss basiert darauf, dass der Vertragskonzern dem herrschenden Unternehmen ausdrücklich ein Weisungsrecht zugesteht, während bei §§ 311 ff.

---

<sup>600</sup> Schilling, FS Hefermehl, S. 383, 398.

<sup>601</sup> BGH, NZG 2008, 831; OLG Hamm, NJW 1987, 1030; OLG Köln, AG 2009, 416, 418; OLG Stuttgart, AG 2015, 163, 168; LG Mannheim, WM 1990, 760, 764; *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 20 ff.; *Emmerich/Habersack*, Lehrbuch, § 24 Rn. 14; *Flume*, JurPerson, § 122; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 109 ff.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 311 Rn. 4; *Immenga*, RabelsZ 48 (1984), 48, 57 f.; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 65; *Luchterhandt*, ZHR 133 (1970), 1, 5 ff.; *Lutter*, AG 1990, 179; *Mülbart*, ZHR 163 (1999), 1, 20 ff.; *Müller*, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 311 Rn. 5; *Scheffler*, AG 1990, 173; *K. Schmidt*, GesR, § 31 Abs. 4 2 b; *Timm*, NJW 1987, 977, 982.

<sup>602</sup> *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 311 Rn. 8; *Schilling*, FS Hefermehl, S. 383, 393; *Schmitt*, Unternehmensverbund, S. 47.

<sup>603</sup> *Immenga*, RabelsZ 48 (1984), 48, 58.

<sup>604</sup> *Immenga*, RabelsZ 48 (1984), 48, 59; zur Schutzbedürftigkeit der außenstehenden Aktionäre, *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 4; *Grigoleit*, in: *Grigoleit*, AktG, § 311 Rn. 1; *Hüffer/Koch*, AktG, § 311 Rn. 1.

<sup>605</sup> *Geßler*, FS Kunze, S. 159, 162.

<sup>606</sup> *Schilling*, Sitzungsbericht Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Bd. III/F, Dritte Abteilung, S. 38 f.

<sup>607</sup> *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 18 Rn. 8; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 18 Rn. 3; *Geßler*, FS Kunze, S. 159, 164; *Hüffer/Koch*, AktG, § 18 Rn. 4 f.

<sup>608</sup> *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 311 Rn. 15; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, Vor § 311 Rn. 27; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 69 Rn. 69; *Müller*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 8.

AktG genau das Gegenteil gilt. Dabei ist auf Grundlage der oben unter 1. geführten Diskussion davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in §§ 311 ff. AktG den faktischen Konzern anerkannt hat. Die §§ 311 ff. AktG sollen also nicht dazu dienen, das herrschende Unternehmen mit schneidigen Sanktionen aus dem faktischen Konzern heraus zu drängen. Stattdessen soll als Gegenleistung für das Weisungsrecht im Vertragskonzern das herrschende Unternehmen zugunsten der Gläubiger gem. § 302 AktG den Verlust bei der abhängigen Gesellschaft ausgleichen und zugunsten der außenstehenden Aktionäre gem. §§ 304, 305 AktG einen angemessenen Ausgleich und eine Abfindung zahlen. Hingegen gilt beim faktischen Konzern das Prinzip des Einzelausgleichs gem. § 317 AktG.

#### b) Prinzip des Einzelausgleichs

Der faktische Konzern basiert auf dem System des Einzelausgleichs<sup>609</sup>. Das bedeutet, dass grundsätzlich jedes einzelne Geschäft und jede einzelne Maßnahme der abhängigen Gesellschaft im Falle eines Nachteils von dem herrschenden Unternehmen bis zum Ende des Geschäftsjahres ausgeglichen werden muss (vgl. auch § 317 Abs. 1 Satz 1 AktG)<sup>610</sup>. Damit begegnet der Gesetzgeber dem Konzernkonflikt, dass das herrschende Unternehmen das Vermögen der abhängigen Gesellschaft für seine eigenen Belange einsetzt, was für die Gesellschaftsgläubiger und die außenstehenden Aktionäre von Nachteil sein kann<sup>611</sup>. Der wesentliche Unterschied zwischen §§ 291 ff. AktG und §§ 311 ff. AktG liegt darin, dass die §§ 300 ff. AktG der abhängigen Gesellschaft nur ein bestimmtes Bilanzvermögen sichern sollen, während §§ 311 ff. AktG die abhängige Gesellschaft so stellen wollen, wie sie als unabhängige Gesellschaft stehen würde<sup>612</sup>.

#### c) Besonderer Schutzmechanismus

Die §§ 311 ff. AktG verdrängen die allgemeinen Haftungstatbestände (§ 117 AktG) zugunsten eines besonderen Schutzmechanismus. Dieser besteht aus einem Verbot jedweder nachteiligen Einflussnahme (§ 311 AktG) und einer Schadensersatzpflicht im Falle einer Nichterfüllung der Ausgleichspflicht (§ 317 AktG)<sup>613</sup>. § 317 AktG führt im Umkehrschluss zu einer Privilegierung des herrschenden Unternehmens, indem die Ausgleichszahlung für die nachteilige Einflussnahme die entsprechende Maßnahme rechtfertigt<sup>614</sup>. Gem. § 317 Abs. 3 AktG haften neben dem herrschenden Unternehmen die gesetzlichen Vertreter, die die abhängige Gesellschaft zu dem Rechtsgeschäft oder der Maßnahme veranlassen haben, als Gesamtschuldner. Anders als im Vertragskonzern überlagert den faktischen Konzern nicht das Konzerninteresse. Dies ergibt sich daraus, dass die §§ 311 ff. AktG gerade kein Weisungsrecht für das herrschende Unternehmen begründen. Die eigenverantwortliche Leitung verbleibt vielmehr

---

<sup>609</sup> Kropff, in: Geßler/Hefermehl, AktG, Vor § 311 Rn. 5.

<sup>610</sup> Kropff, in: Geßler/Hefermehl, AktG, Vor § 311 Rn. 5.

<sup>611</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 1; Kellmann, BB 1969, 1509 f.

<sup>612</sup> Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Vor § 311 Rn. 27; a.A. Kropff, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 311 Rn. 23 ff.

<sup>613</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 4 f.

<sup>614</sup> Fett, in: Bürgers/Körber, AktG, § 311 Rn. 3; Flume, JurPerson, § 4 IV; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 5; ders., FS Raiser, S. 111, 122 ff.; Hüffer/Koch, AktG, § 311 Rn. 4, 42; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Vor § 311 Rn. 5 f.; Mülbart, ZHR 163 (1999), 1, 22 ff.; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 311 Rn. 5; K. Schmidt, GesR, § 31 Abs. 4 2b; Strohn, Konzern, S. 109 ff.; J. Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 6; a.A. Altmeyden, Haftung, S. 56 ff.; Bälz, FS Raiser, S. 287, 308; Kellmann, ZGR 1974, 220, 221 ff.; Würdinger, in: GroßKomm-AktG, § 311 Rn. 5 f.

bei dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft<sup>615</sup>. Folglich hat der Vorstand eigenständig zu prüfen, ob eine Maßnahme des herrschenden Unternehmens nachteilige Wirkungen entfaltet. Sollte dies der Fall sein, hat er dies gem. § 312 AktG im Abhängigkeitsbericht zu dokumentieren.

### 3. Anwendbarkeit der §§ 311 ff. AktG auf exemplarische BCA

Bei den BCA, bei denen ein Nachteilsausgleich nach §§ 311 ff. AktG in Betracht kommt, wurde kein Beherrschungsvertrag abgeschlossen, obwohl zwischen den Gesellschaften ein Abhängigkeits-verhältnis besteht. Nachfolgend wird untersucht, inwieweit durch BCA nachteilige Maßnahmen/Rechtsgeschäfte veranlasst werden können.

#### a) Veranlassung

Die faktisch abhängige Gesellschaft erhält nur dann Nachteile ausgeglichen, wenn das herrschende Unternehmen die Nachteile auch veranlasst hat. Veranlassung im Sinn des § 311 Abs. 1 AktG ist jede ursächliche Einflussnahme des herrschenden Unternehmens aufgrund seines gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflusses, welche für die abhängige Gesellschaft ein nachteiliges Rechtsgeschäft oder eine nachteilige Maßnahme nach sich zieht<sup>616</sup>. Dabei genügt jede Form der Einflussnahme, sei es in Form von Ratschlägen, Anregungen, Erwartungen bestimmter Verhaltensweisen oder direkter Anweisungen. Ein gewisser Nachdruck oder die Inaussichtstellung von Sanktionen im Falle einer Nichtbefolgung sind nicht erforderlich<sup>617</sup>. Im Ergebnis entspricht der Begriff Veranlassung dem Begriff der Weisung in § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG mit dem Unterschied, dass er keine Pflicht der Befolgung für die abhängige Gesellschaft statuiert<sup>618</sup>.

#### aa) Veranlassungsbewusstsein

Unklar ist, ob das herrschende Unternehmen ein „Veranlassungsbewusstsein“ haben muss. Veranlassungsbewusstsein bedeutet, dass das herrschende Unternehmen das Bewusstsein haben muss, von der abhängigen Gesellschaft ein bestimmtes Verhalten zu fordern<sup>619</sup>.

#### (1) Veranlassungsbewusstsein erforderlich

Einige<sup>620</sup> verlangen für den faktischen Konzern, dass das herrschende Unternehmen das Bewusstsein haben müsste, dass ihr Verhalten geeignet sei, die abhängige Gesellschaft zu einem bestimmten

---

<sup>615</sup> KG, ZIP 2003, 1042, 1049; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 10; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 139; *Kort*, in: GroßKomm-AktG, § 76 Rn. 150; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 160; *Müller*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 62; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 76 Rn. 47; *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 108.

<sup>616</sup> *Altmeyen*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 75; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 22; *Hüffer/Koch*, AktG, § 311 Rn. 13; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 3; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 67; *Müller*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 12; *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 23.

<sup>617</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 23; *Hogh*, Nachteilsermittlung, S. 23 f.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 3; *Müller*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 12; *a.A. Leo*, AG 1965, 352, 356 f.

<sup>618</sup> LG Bonn, AG 2005, 542, 543; *Altmeyen*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 80; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 23; *Hogh*, Nachteilsermittlung, S. 23; *Hüffer/Koch*, AktG, § 311 Rn. 13; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 3; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 67; *Liebscher*, in: BeckHdb AG, § 14 Rn. 73; *Müller*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 12; *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 26.

<sup>619</sup> *Altmeyen*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 77.

<sup>620</sup> *Brachvogel*, Leitungsmacht, S. 36; *Brüggemeier*, AG 1988, 93, 100; *Geßler*, DB 1965, 17, 29, 1730; *Kropff*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 311 Rn. 94; *Neuhaus*, DB 1970, 1913, 1915 f.; *Veil*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 27.

Verhalten zu veranlassen. Dieses Bewusstsein muss sich nicht auf die Nachteiligkeit des Rechtsgeschäfts oder der Maßnahme richten, sondern lediglich auf deren Veranlassung<sup>621</sup>. Die Veranlassung sei eine Willenserklärung und bestünde demnach auch aus einem subjektiven Element<sup>622</sup>.

### (2) kein Veranlassungsbewusstsein erforderlich

Andere<sup>623</sup> lehnen das subjektive Merkmal des Veranlassungsbewusstseins ab. Die Veranlassung zielt auf ein tatsächliches Verhalten und nicht auf die Bindung der abhängigen Gesellschaft. Sie sei demnach gerade keine Willenserklärung<sup>624</sup>.

### (3) Stellungnahme

Die Veranlassung erfordert kein Bewusstsein des herrschenden Unternehmens ein Rechtsgeschäft oder eine Maßnahme bei der abhängigen Gesellschaft zu veranlassen. Sie stellt ein rein tatsächliches Verhalten und mithin keine Willenserklärung dar. Für diese Ansicht streitet auch der Schutzzweck der §§ 311, 317 AktG. Demnach ist es geboten, das herrschende Unternehmen schon dann haften zu lassen, wenn es den objektiven Tatbestand einer Veranlassung verwirklicht hat<sup>625</sup>. Das herrschende Unternehmen wird durch den Verzicht auf ein Veranlassungsbewusstsein auch nicht unangemessen benachteiligt, denn gem. § 317 Abs. 1 AktG haftet das herrschende Unternehmen nur dann, wenn das Rechtsgeschäft oder die Maßnahme für die abhängige Gesellschaft „nachteilig“ war.

### bb) Mittel der Veranlassung bei BCA

Bei BCA kommen als Mittel der Veranlassung typischerweise die Besetzung der Organe sowie Stimmbindungs- und Konsortialverträge in Betracht.

#### (1) Besetzung der Organe

Es kommt auf den Einzelfall an, ob in der Besetzung der Organe eine Veranlassung gesehen werden kann. Eine personelle Verflechtung zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft ist als solche auch im faktischen Konzern zulässig und nicht nachteilig im Sinn des § 311 AktG<sup>626</sup>. Allerdings ist eine personelle Verflechtung aus Sicht der abhängigen Gesellschaft, ihrer außenstehenden Aktionäre und ihrer Gläubiger als besonders gefährlich anzusehen<sup>627</sup>. Denn durch das Doppelmandat kann das herrschende Unternehmen seine Zwecke unmittelbar in der abhängigen Gesellschaft durchsetzen, auch wenn der Zweck außerhalb des Interesses der abhängigen Gesellschaft liegt. Demnach kann durch ein Doppelmandat, vor allem im Bereich des Vorstands, im Einzelfall eine nachteilige Maßnahme oder ein nachteiliges Rechtsgeschäft veranlasst werden.

---

<sup>621</sup> Kropff, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 311 Rn. 94.

<sup>622</sup> Kropff, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 311 Rn. 94.

<sup>623</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 24; Hüffer/Koch, AktG, § 311 Rn. 13; Koppenteiner, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 5; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 14.

<sup>624</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 24; Koppenteiner, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 8; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 14.

<sup>625</sup> Koppenteiner, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 5.

<sup>626</sup> BGHZ 180, 105; OLG Köln, AG 2009, 416, 420; OLG Stuttgart, AG 2015, 163, 168.

<sup>627</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 28.

## (2) Stimmbindungs- und Konsortialverträge

Eine Veranlassung der abhängigen Gesellschaft zu einer nachteiligen Maßnahme kann auch durch die Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung erfolgen<sup>628</sup>. Dabei ist es unerheblich, ob das faktisch herrschende Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte allein oder mittels Stimmbindungs- bzw. Konsortialvertrag erreicht<sup>629</sup>. Eine Veranlassung ist dann anzunehmen, wenn die Hauptversammlung über Fragen der Geschäftsführung gem. §§ 119 Abs. 2, 179a AktG entscheidet, bei der Zustimmung zu einem Unternehmensvertrag im Sinn des § 292 AktG, sowie bei einer ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenz nach der Holzmüller/Gelatine Rechtsprechung<sup>630</sup>.

### cc) Veranlassungswirkung

Das Mittel der Veranlassung muss bei der abhängigen Gesellschaft ursächlich für die Vornahme eines für sie nachteiligen Rechtsgeschäfts sein beziehungsweise dafür, dass es eine Maßnahme zu ihrem Nachteil vornimmt oder zu ihrem Vorteil unterlässt<sup>631</sup>. Die Veranlassung muss also kausal für die Vornahme/das Unterlassen des Rechtsgeschäfts bzw. der Maßnahme sein, wobei Mitursächlichkeit genügt. Demnach fehlt es an der Kausalität, wenn die abhängige Gesellschaft das nachteilige Rechtsgeschäft bzw. die nachteilige Maßnahme auch ohne Einwirkung des herrschenden Unternehmens vorgenommen hätte<sup>632</sup>.

### dd) Beweiserleichterung

Nach den allgemeinen Beweislastgrundsätzen müssten die abhängige Gesellschaft, die Minderheitsaktionäre sowie die Gläubiger die Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen sich die Veranlassung ergibt<sup>633</sup>. Eine derartige Beweislastverteilung würde jedoch dazu führen, dass eine Veranlassung in der Praxis quasi nicht nachweisbar wäre. Dies liegt daran, dass das herrschende Unternehmen regelmäßig nur mittelbar Einfluss auf die abhängige Gesellschaft, z.B. über die Hauptversammlung oder durch allgemein gehaltene Richtlinien und Anweisungen nehmen wird<sup>634</sup>. Aus diesem Grund sind der abhängigen Gesellschaft sowie ihren Minderheitsaktionären und Gläubigern Beweiserleichterungen zuzuerkennen.

---

<sup>628</sup> Begr. RegE. zu § 311 AktG, in: Kropff, AktG, S. 408; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack, Kommentar*, § 311 Rn. 29; *Müller*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, § 311 Rn. 21.

<sup>629</sup> BayObLG, AG 2002, 511, 513; OLG Karlsruhe, AG 2004, 147, 148; LG Bielefeld, AG 2000, 232, 233; *Emmerich/Habersack, Lehrbuch*, § 3 Rn. 27f.; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, § 17 Rn. 40 ff.; *J. Vetter*, in: *K. Schmidt/Lutter, AktG*, § 17 Rn. 23; *Windbichler*, in: *GroßKomm-AktG*, § 17 Rn. 51.

<sup>630</sup> *Altmeppen*, in: *MünchKomm-AktG*, § 311 Rn. 117 ff.; *Grigoleit*, in: *Grigoleit, AktG*, § 311 Rn. 25; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack, Kommentar*, § 311 Rn. 29; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, § 311 Rn. 24 f.; *Müller*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, § 311 Rn. 21.

<sup>631</sup> *Müller*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, § 311 Rn. 22.

<sup>632</sup> LG Bonn, AG 2005, 542, 543 f.; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack, Kommentar*, § 311 Rn. 38; *Hogh*, *Nachteilsermittlung*, S. 25 ff.; *Hüffer/Koch, AktG*, § 311 Rn. 24; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, § 311 Rn. 6; *Krieger*, in: *MünchHdb.GesR Bd. 4*, § 70 Rn. 77; *Müller*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, § 311 Rn. 23.

<sup>633</sup> *Müller*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, § 311 Rn. 24.

<sup>634</sup> *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack, Kommentar*, § 311 Rn. 32.

### (1) Veranlassungsvermutung

Sofern eine einheitliche Leitung gem. §§ 18 Abs. 1 Satz 3, 17 Abs. 2, 16 AktG vermutet wird, ist auch das Merkmal der Veranlassung erfüllt<sup>635</sup>. Um die Kausalitätsvermutung bezüglich der Benachteiligung zu widerlegen, muss das herrschende Unternehmen die tatsächliche Vermutung der einheitlichen Leitung entkräften<sup>636</sup>. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Vorstand der abhängigen Gesellschaft im „vorausseilenden Gehorsam“ im Konzerninteresse die Interessen der abhängigen Gesellschaft missachtet. Vielmehr ist bereits die grundsätzliche Bereitschaft des Vorstands der abhängigen Gesellschaft, im Gesamtinteresse des Konzerns zu handeln und nicht im alleinigen Interesse der abhängigen Gesellschaft, nach der Lebenserfahrung von dem herrschenden Unternehmen veranlasst<sup>637</sup>.

Das herrschende Unternehmen kann die Vermutung der Veranlassung dahingehend entkräften, indem der Vorstand der abhängigen Gesellschaft im Abhängigkeitsbericht erklärt, die abhängige Gesellschaft aus eigenem Entschluss im Konzerninteresse geschädigt zu haben<sup>638</sup>.

### (2) Beweis des ersten Anscheins

Handelt die abhängige Gesellschaft zu ihrem Nachteil, beweist dies dem ersten Anschein nach, dass das Handeln typischerweise aufgrund einer Veranlassung durch das herrschende Unternehmen geschah<sup>639</sup>. Eine Maßnahme erfolgt demnach typischerweise aufgrund einer Veranlassung, wenn sie zum einen für die abhängige Gesellschaft nachteilig ist und zum anderen für das herrschende Unternehmen bzw. die Unternehmensgruppe von Vorteil ist<sup>640</sup>. Dies soll bei nachteiligen gruppeninternen Verträgen der Fall sein<sup>641</sup>. Das Erfordernis eines Vorteils für die Unternehmensgruppe resultiert daraus, dass § 317 AktG das herrschende Unternehmen nicht für jedes Fehlverhalten des Vorstands der abhängigen Gesellschaft haftbar macht<sup>642</sup> und ist somit Indiz für den Anscheinsbeweis<sup>643</sup>. Dabei kommt es auf das Vorliegen eines Konzerns nicht an<sup>644</sup>.

### (3) Stellungnahme

Die Veranlassung kann durch die Beweiserleichterung des Beweises des ersten Anscheins nachgewiesen werden. Für eine Vermutung der Veranlassung fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Die Veranlassungsvermutung würde zu einer Umkehr der Beweislast führen, welches aufgrund des

---

<sup>635</sup> *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 90; *Fett*, in: Bürgers/Körber, AktG, § 311 Rn. 15; *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, § 311 Rn. 22; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 78.

<sup>636</sup> *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 91.

<sup>637</sup> *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 92.

<sup>638</sup> *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 92.

<sup>639</sup> OLG Jena, AG 2007, 785, 787; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 33 f.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 6, 10; *Müller*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 24 f.; *Schubel*, in: Jannott/Frodermann Hdb.AktR, Kap. 14 Rn. 81; *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 30.

<sup>640</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 33; *Hüffer/Koch*, AktG, § 311 Rn. 20; *Müller*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 25; *Schümbrand*, Organshaft, S. 338; *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 30.

<sup>641</sup> *Hüffer/Koch*, AktG, § 311 Rn. 20; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 10; *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 30.

<sup>642</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 33.

<sup>643</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 33.

<sup>644</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 34; *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 30; *Kiethe*, WM 2000, 1182, 1188; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 11; *a.A. Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 90 ff.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 311 Rn. 20; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 78.

schwerwiegenden Eingriffs in die Wertungen des materiellen Rechts nur auf der Grundlage eines Gesetzes möglich wäre<sup>645</sup>. §§ 18 Abs. 1 Satz 3, 17 Abs. 2 AktG vermuten zwar bei einer Mehrheitsbeteiligung eine einheitliche Leitung. Die Normen lassen aber keinen Rückschluss auf die Veranlassung zu einer nachteiligen Maßnahme oder einem nachteiligen Rechtsgeschäft zu<sup>646</sup>.

Somit führt der Beweis des ersten Anscheins bei Doppelmandatsträgern dazu, dass das herrschende Unternehmen den Gegenbeweis für den Anschein einer Veranlassung zum Beispiel dadurch führen kann, dass der Doppelmandatsträger bei der Entscheidung nicht mitgewirkt hat<sup>647</sup>. Der für den Anscheinsbeweis typische Geschehensablauf ist bei Vorteilhaftigkeit für das herrschende Unternehmen offensichtlich<sup>648</sup>.

## b) Nachteil

Unter einem Nachteil im Sinn des § 311 Abs. 1 AktG ist jede Maßnahme oder konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der abhängigen Gesellschaft als Folge der Abhängigkeit zu verstehen, ohne Rücksicht auf ihre Quantifizierbarkeit<sup>649</sup>. Entscheidend ist, ob sich ein ordentlicher und sorgfältiger Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft ebenso oder anders verhalten hätte. Ein Nachteil liegt demnach vor, wenn sich ein ordentlicher und sorgfältiger Geschäftsleiter anders verhalten hätte<sup>650</sup>. Maßstab für das Verhalten des Geschäftsleiters ist § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, mithin ein objektiver Verhaltensstandard unter Beachtung der *Business Judgment Rule*<sup>651</sup>.

Der Begriff des Nachteils ist nicht mit dem Begriff Schaden im Sinn des §§ 249 ff. BGB gleichzusetzen, das Auslassen einer Gewinnchance kann somit schon ausreichend sein<sup>652</sup>.

Bei BCA, die Maßnahmen zur Konzernintegration regeln, ist die Nachteiligkeit einer derartigen Vertragsklausel dann anzunehmen, wenn der Fortbestand der abhängigen Gesellschaft nach Beendigung des Abhängigkeitsverhältnisses ernsthaft in Frage zu stellen ist<sup>653</sup>. Demnach sind Maßnahmen zur Konzernintegration und zur Spezialisierung im Konzern nicht von sich aus nachteilig<sup>654</sup>.

Bei der Weitergabe von Synergievorteilen an die faktisch abhängige Gesellschaft ist für die Ermittlung eines Nachteils ein Vergleich mit Drittkonditionen vorzunehmen: Zahlt die faktisch abhängige Gesellschaft keinen höheren Betrag an das herrschende Unternehmen als es als unabhängige

---

<sup>645</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 311 Rn. 19.

<sup>646</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 311 Rn. 19; J. Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 29; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 13; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 16.

<sup>647</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 311 Rn. 21.

<sup>648</sup> J. Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 32.

<sup>649</sup> BGHZ 141, 79, 84; BGHZ 179, 71 Rn. 8; BGHZ 190, 7 Rn. 37; OLG Köln, AG 2006, 586, 587; LG Köln, AG 2008, 327, 332; Habersack, ZIP 2006, 1327, 1330; Hüffer/Koch, AktG, § 311 Rn. 24 f.; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 27.

<sup>650</sup> BGHZ 141, 79, 88 f.; BGHZ 175, 365 Rn. 9, 11; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 40; J. Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 40; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 36 ff.; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 28.

<sup>651</sup> BGHZ 141, 79, 89; Hüffer/Koch, AktG, § 311 Rn. 25; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 28.

<sup>652</sup> LG Bonn, AG 2005, 542, 543; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 45; Hüffer/Koch, AktG, § 311 Rn. 26; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 28.

<sup>653</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 57; Hüffer/Koch, AktG, § 311 Rn. 34; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 73 f.; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 76; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 38.

<sup>654</sup> OLG Köln, AG 2009, 416, 420; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 57a; J. Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 71.

Gesellschaft gezahlt hätte, ist eine Benachteiligung zu verneinen, auch wenn bei der Konzernspitze Synergievorteile verbleiben<sup>655</sup>.

Das herrschende Unternehmen kann als Mehrheitsaktionär über die Hauptversammlung grundsätzlich keine nachteilige Maßnahme oder ein nachteiliges Rechtsgeschäft anordnen. Denn mangels Beinträchtigung legitimer Außenseiterinteressen finden die §§ 311 ff. AktG keine Anwendung<sup>656</sup>. Die §§ 311 ff. AktG beziehen sich auf die Einflussnahme auf die Geschäftsleitungskompetenz des Vorstands der abhängigen Gesellschaft, während es sich bei der Stimmabgabe in der Hauptversammlung um Fragen auf Gesellschafterebene handelt<sup>657</sup>. Allerdings kann das herrschende Unternehmen als Mehrheitsaktionär der faktisch abhängigen Gesellschaft mittelbar einen Nachteil dadurch zufügen, indem sich die Entscheidung der Hauptversammlung nicht auf die Zusammensetzung des Umfangs des Gesellschaftsvermögens, sondern auf die Zusammensetzung des Vorstandes auswirkt.

Im Hinblick auf die Quantifizierung des Nachteils kann eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO zu einer Vereinfachung führen<sup>658</sup>. Demnach können die Gerichte „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung“ darüber entscheiden, wenn über das Vorhandensein eines Schadens beziehungsweise über dessen Höhe gestritten wird.

#### c) Ergebnis

Je nach Ausgestaltung des BCA können der faktisch abhängigen Gesellschaft durch die Regelungen über den faktischen Konzern Nachteile ausgeglichen werden. Diese müssen von dem herrschenden Unternehmen veranlasst sein. Als Mittel der Veranlassung kommen bei einem BCA die Besetzung der Organe sowie Stimmbindungs- und Konsortialverträge in Betracht.

Im Hinblick auf Beweisschwierigkeiten eines Nachteils ist zugunsten der faktisch abhängigen Gesellschaft der Beweis des ersten Anscheins anzuwenden. Zudem kann vor Gericht eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO vorgenommen werden.

#### 4. Konzerneingangsschutz

Die §§ 311 ff. AktG sind Ausdruck der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit. Der faktische Konzern bietet keinen Schutz vor einer Beherrschung durch ein anderes Unternehmen. Vielmehr haben die außenstehenden Aktionäre die Einbeziehung in einen faktischen Konzern hinzunehmen<sup>659</sup>.

Im Folgenden werden Abwehrmaßnahmen vor einer Konzernierung vorgestellt. Dabei wird zwischen dem Konzerneingangsschutz bei der abhängigen Gesellschaft (a) und bei dem herrschenden Unternehmen (b) unterschieden.

---

<sup>655</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 475 ff.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 50 ff.; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 86; *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 70; *a.A. Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 48 f., 57.

<sup>656</sup> *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 83.

<sup>657</sup> so auch: *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 83.

<sup>658</sup> *Ederle*, Verdeckte Beherrschungsverträge, S. 46; *ders.*, AG 2010, 273, 277 ff.; *Reichert*, ZGR 2015, 1, 14

<sup>659</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, Vor § 311 Rn. 33 f.; *Müller*, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 311 Rn. 37; *Liebscher*, Konzernbildungskontrolle, S. 349 f.; *Müller*, in: BeckOGK-AktG, § 311 Rn. 39.

## a) Konzerneingangsschutz der abhängigen Gesellschaft

Bereits das Aktiengesetz von 1937 beschäftigte sich mit dem „Konzerninteresse“<sup>660</sup>. Zwar ist das Aktiengesetz bewusst konzernoffen formuliert, dennoch rechtfertigt das Konzerninteresse keine Schädigung außenstehender Aktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft<sup>661</sup>. Ihr Schutz wird unter den Stichwörtern Konzerneingangsschutz und Konzernschutz diskutiert<sup>662</sup>. Mit dem Konzerneingangsschutz werden außenstehende Aktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft vor einer Konzernierung geschützt, während der Konzernschutz während eines bestehenden Konzerns Schutz gewährt.

Der Konzerneingangsschutz schützt auch die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger eines BCA. Im Folgenden werden verschiedene Instrumente des Konzerneingangsschutz vorgestellt, die in Literatur und Rechtsprechung diskutiert werden.

### aa) Konzernierungserklärung

Der Begriff „Konzernierungserklärung“ wurde von *Hommelhoff* geprägt<sup>663</sup>. Unter ihr ist eine einseitige Erklärung des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft zu verstehen. Sie ist ein rechtlich relevanter, konzernbildender Organisationsakt. Die Konzernierungserklärung bildet für den faktischen Konzern die konzernverfassungsrechtliche Grundlage<sup>664</sup>. In ihr muss der Konzernvorstand gegenüber der jeweiligen Tochtergesellschaft sein konzernorganisatorisches Grundkonzept darlegen<sup>665</sup>. Während *Hommelhoff* die Konzernierungserklärung als Schutz des herrschenden Unternehmens konzipierte, sieht *Zöllner* sie als Schutzinstrument für die Minderheit der abhängigen Gesellschaft<sup>666</sup>.

Das Erfordernis einer Konzernierungserklärung zur Begründung eines faktischen Konzerns ist weitgehend auf Ablehnung gestoßen<sup>667</sup>. Gegen eine Konzernierungserklärung spricht zunächst die Entscheidung des Gesetzgebers. Er hat die Aktiengesellschaft bewusst konzernoffen konzipiert, die Einbindung eines Unternehmens in eine Konzernherrschaft ist vielmehr hinzunehmen<sup>668</sup>. Zudem wurde ein entsprechender Vorschlag aus der Mitte der Unternehmensrechtskommission<sup>669</sup> gerade nicht umgesetzt. Eine Konzernierungserklärung erfolgt somit weder zum Schutz des herrschenden Unternehmens noch der abhängigen Gesellschaft. Hinzu kommt, dass die mit der Konzernierungserklärung bezweckte Publizität auch mit § 20 AktG und § 15 WpHG gewährleistet wird. Folglich fehlt es an einer Regelungslücke und der Schutzbedürftigkeit der Minderheiten der abhängigen Gesellschaft, die mit der Erklärung zu schließen wäre. Schließlich ist noch zu berücksichtigen, dass eine Konzernbildung nicht immer

---

<sup>660</sup> § 101 AktG 1937 ~ § 117 AktG.

<sup>661</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, Vor § 311 Rn. 10 ff.

<sup>662</sup> *Zöllner*, FS Kropff, S. 335.

<sup>663</sup> *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 408 ff.

<sup>664</sup> *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 408; Befürworter auch *Forum Europeum*, ZGR 1998, 672, 740 ff.; *Tröger*, Treupflicht, S. 314 ff.; *Zöllner*, FS Kropff, S. 333, 340 f.

<sup>665</sup> *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 408.

<sup>666</sup> *Tröger*, Treupflicht, S. 316; *Zöllner*, FS Kropff, S. 333, 340.

<sup>667</sup> *Geßler*, ZIP 1982, 1381, 1383; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 30; *ders.*, AG 1983, 230, 232; *Kropff*, in: MünchKomm-AktG, § 311 Rn. 273; *ders.*, ZGR 1984, 112, 120 ff.; *Mertens*, in: KölnKomm-AktG, § 76 Rn. 55; *Mülbert*, Unternehmensgruppe, S. 30; *Rehbinder*, ZHR 147 (1993), 464, 471.

<sup>668</sup> BGHZ 119, 1, 7; LG München I, NZG 2019, 384, 388; *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, Vor § 311 Rn. 36; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, Vor § 311 Rn. 5; *Kiefner*, ZHR 178 (2014), 547, 590; *Müller*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 311 Rn. 37.

<sup>669</sup> Unternehmensrechtskommission, Rn. 1418.

schädlich ist. Sofern sich die abhängige Gesellschaft in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, ist eine Konzernierung durchaus sinnvoll. Aber auch wenn die abhängige Gesellschaft selbständig am Markt existieren kann, könnten mittels einer Konzernierung Synergieeffekte gehoben und eine dominantere Stellung als größerer Marktteilnehmer erreicht werden.

#### bb) Zustimmung der Hauptversammlung

##### (1) Zustimmung

Zum Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft wird unter dem Stichwort Konzerneingangsschutz das Erfordernis der Zustimmung der Aktionäre der abhängigen Gesellschaft diskutiert. Einige<sup>670</sup> sehen bei einer Einbindung der abhängigen Gesellschaft in einen lockeren, dezentral geführten faktischen Konzern von einer Zustimmung der Hauptversammlung ab. Andere<sup>671</sup> hingegen fordern die Zustimmung der Hauptversammlung.

Das Gesetz enthält zu dieser Frage keine Regelung. Die §§ 311 ff. AktG regeln das Verhältnis zwischen dem herrschenden Unternehmen und den Minderheitsaktionären der abhängigen Gesellschaft nicht unmittelbar. Allerdings kann sich ein unmittelbares Verhältnis zwischen herrschendem Unternehmen und Minderheitsaktionären aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen herleiten lassen.

##### (a) Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft aufgrund Klauseln im BCA

Das CFA France Telecom/Mobilcom hat die Wirksamkeit des BCA unter die aufschiebende Bedingung gestellt, dass die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft diesem zustimmt<sup>672</sup>. Der Vertragsschluss stellt eine Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands dar, über welche gemäß § 119 Abs. 2 AktG die Hauptversammlung entscheidet, wenn dieser sie ihr zur Entscheidung vorlegt. Eine vertraglich vereinbarte Hauptversammlungskompetenz ist somit möglich. Folglich kann der Vorstand aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Regelung verpflichtet sein, das BCA der Hauptversammlung zur Entscheidung vorzulegen.

##### (b) Zustimmung der Hauptversammlung wegen Änderung des Gesellschaftszwecks

Wenn im BCA keine Regelung getroffen wurde, dass die Hauptversammlung über das BCA abzustimmen hat, kann sich eine Zustimmungspflicht aus einer möglichen Änderung des Gesellschaftszwecks ergeben. Denn die Änderung des Gesellschaftszwecks erfordert grundsätzlich auch eine Änderung der Satzung. Folglich müssen die Aktionäre gem. § 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG einer Änderung des Gesellschaftszwecks zustimmen.

---

<sup>670</sup> LG Mannheim, AG 1991, 19, 30; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, Vor § 311 Rn. 33ff.; *Kindler*, ZGR 1997, 449, 452; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, Vor § 291 Rn. 55, Anh § 318 Rn. 15; *Krieger*, in: *MünchHdb.GesR* Bd. 4, § 70 Rn. 43; *Kropff*, in: *MünchKomm-AktG*, Vor § 311 Rn. 47; *Martens*, *GmbHR* 1984, 265, 268 f.; *Milbert*, *Unternehmensgruppe*, S. 453 ff.; *Schneider*, AG 1990, 56, 61; *Timm*, *NJW* 1987, 977, 979; *J. Vetter*, in: *K. Schmidt/Lutter*, *AktG*, Vor § 311 Rn. 121; *Zöllner*, *FS Kropff*, S. 333, 336.

<sup>671</sup> *Emmerich*, AG 1991, 303, 305 f.; *Schneider/Burgard*, *DB* 2001, 963, 969; *Wiedemann*, *Unternehmensgruppe*, S. 64.

<sup>672</sup> 3.9 CFA France Telecom/Mobilcom.

Im Folgenden wird zunächst der Begriff des Gesellschaftszwecks näher beleuchtet. Im Anschluss daran wird dargelegt, ob die faktische Konzernierung Anhaltspunkte für eine Änderung des Gesellschaftszwecks bietet.

#### (aa) Gesellschaftszweck

§§ 23 Abs. 3 Nr. 2 Halbsatz 1, 179 Abs. 2 Satz 2 AktG sprechen lediglich vom „Gegenstand des Unternehmens“. Der Begriff Gesellschaftszweck findet keine Erwähnung. Bei der GmbH ist die Sachlage anders. Dort findet eine ausdrückliche Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen „Gesellschaftszweck“ in §§ 1, 61 Abs. 1 GmbHG und „Gegenstand des Unternehmens“ in §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 4 Abs. 1 Satz 1, 75 Abs. 1, 76 GmbHG statt. Aufgrund dieser ausdrücklichen Differenzierung im GmbHG ist auch für die Aktiengesellschaft anerkannt, dass der Begriff „Unternehmensgegenstand“ nicht mit dem des „Gesellschaftszwecks“ gleichzusetzen ist<sup>673</sup>. Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand unterscheiden sich dadurch voneinander, dass unter Ersterem das „formale Unternehmensziel“, also die von und mit der Gesellschaft verfolgten wirtschaftlichen Zwecke<sup>674</sup>, verstanden werden, während der Unternehmensgegenstand den Inhalt der Aktivitäten der Gesellschaft<sup>675</sup> umfasst.

#### (bb) Gesellschaftszweck in Satzung festgelegt

Sofern der Gesellschaftszweck in der Satzung festgeschrieben ist, ändert sich dieser mit der Bildung eines faktischen Konzerns. Die Änderung des Gesellschaftszwecks durch Abschluss eines BCA würde bei einer rechtswirksamen Festsetzung des Gesellschaftszwecks in der Satzung der Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft bedürfen. Dies setzt voraus, dass ein rechtswirksames Festschreiben des Gesellschaftszwecks in der Satzung möglich ist.

Einige<sup>676</sup> lehnen eine statuarische Festschreibung des Gesellschaftszwecks ab. Das Festschreiben des Geschäftszwecks in der Satzung schränkt das grundsätzlich unbeschränkte unternehmerische Leitungsermessen des Vorstands ein. Nach anderer Ansicht<sup>677</sup> ist die satzungsmäßige Festschreibung des Gesellschaftszwecks zulässig.

Der zweiten Ansicht ist zu folgen. Eine in der Satzung niedergelegte Bestimmung des Gesellschaftszwecks ist mit § 76 AktG und § 23 Abs. 5 AktG vereinbar. Die Leitungsbefugnis der Vorstandsmitglieder besteht im Innenverhältnis gem. § 82 Abs. 2 AktG innerhalb der durch die Satzung gezogenen Grenzen. Sie sind an den Unternehmensgegenstand gebunden<sup>678</sup>. Wenn der Vorstand schon an den Unternehmensgegenstand gebunden ist, dann ist er erst recht an den Gesellschaftszweck gebunden<sup>679</sup>.

---

<sup>673</sup> Fischer, in: Ehrenberg, S. 88 f., 357 ff.; Hefermehl/Bungeroth, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 179 Rn. 100; Kraft/Sailer-Coceani, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 9 Rn. 8; Würdinger, Konzernrecht, S. 41; Zöllner, in: KölnKomm-AktG, § 179 Rn. 112; ders., Schranken, S. 27.

<sup>674</sup> Kraft/Sailer-Coceani, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 9 Rn. 8; Strohn, Konzern, S. 55 f.; Timm, Konzernspitze, S. 27; Wiedemann, GesR Bd. 1, S. 155; Zöllner, Schranken, S. 28 f.

<sup>675</sup> BayObLG, NJW 1976, 1694; Barz, in: GroßKomm-AktG, § 23 Rn. 11; Kraft, in: KölnKomm-AktG, § 23 Rn. 43; Westermann, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 517, 518.

<sup>676</sup> Mertens, NJW 1970, 1718, 1721.

<sup>677</sup> Hefermehl/Bungeroth, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 179 Rn. 116; Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 233; Westermann, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 517, 526; Winkler, NJW 1970, 449 f.

<sup>678</sup> Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 82 Rn. 27.

<sup>679</sup> Sonnenberg, Gesellschaftszweck, S. 117.

Schließlich ließe sich die Aufgabe der erwerbswirtschaftlichen Zielsetzung der Aktiengesellschaft kaum anders zum Ausdruck bringen.

(cc) Gesellschaftszweck nicht in der Satzung festgesetzt

Näherer Erörterung bedarf, ob eine Satzungsänderung anzunehmen ist, wenn von einer satzungsmäßigen Festsetzung des Gesellschaftszwecks abgesehen wurde. Der Gesellschaftszweck lässt sich in diesem Fall nur nach allgemeinen Grundsätzen festlegen. Allerdings führt das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung zum Gesellschaftszweck in der Satzung noch nicht dazu, dass die Gesellschaft als zweckfrei anzusehen ist. Vielmehr stellt er einen materiellen, ungeschriebenen Satzungsbestandteil dar. Dieser kann nur im Wege einer Satzungsänderung geändert werden<sup>680</sup>. Wäre nun die Einbeziehung in einen faktischen Konzern als Änderung des Gesellschaftszwecks der abhängigen Gesellschaft anzusehen, würde es sich auch beim Fehlen einer Regelung in der Satzung um eine Satzungsänderung handeln, der die Hauptversammlung zustimmen müsste.

(aaa) Faktische Konzernierung als Änderung des Gesellschaftszwecks

Bei der personalistisch geprägten Aktiengesellschaft<sup>681</sup> und bei der GmbH<sup>682</sup> wird die Ansicht vertreten, dass die faktische Konzernierung aufgrund des Verlustes der Selbständigkeit eine Änderung des Gesellschaftszwecks herbeiführt. Dies hätte zur Folge, dass die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft der faktischen Konzernierung zustimmen muss. Für die GmbH wird argumentiert, dass deren Gesellschafter gehalten seien, für die Unabhängigkeit der Gesellschaft einzutreten. Aus diesem Grund soll die Einbeziehung in einen Konzern einen Gesellschafterbeschluss erfordern<sup>683</sup>. Fraglich ist, ob diese Sichtweise auf die Aktiengesellschaft übertragen werden kann. Im Ergebnis ist dies zu verneinen. Die Aktiengesellschaft wurde vom Gesetzgeber bewusst konzernoffen ausgestaltet<sup>684</sup>. Gerade für den Fall einer faktischen Konzernierung wurden die §§ 311 ff. AktG den Aktionären als Außenseiter-schutz zur Seite gestellt<sup>685</sup>. Hinzukommt, dass durch die faktische Konzernierung der Gesellschaftszweck nicht geändert wird. Die faktische Konzernierung überlagert vielmehr den Eigenwillen der abhängigen Gesellschaft durch ein anderweitiges unternehmerisches Interesse<sup>686</sup>, namentlich das Konzerninteresse.

Nichts anderes kann bei der Überschreitung der Grenzen der §§ 311 ff. AktG gelten. Denn würden bereits einzelne schädigende Maßnahmen zu einer Zweckänderung führen, ginge jede schädigende Maßnahme mit einer Umgehung der für die Satzungsänderung zuständigen Hauptversammlung einher. Zudem könnte jeder Aktionär Feststellungs-, Unterlassungs- oder Beseitigungsklage bezüglich der

---

<sup>680</sup> Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 234; Timm, Konzernspitze, S. 31 f.

<sup>681</sup> Binnewies, Konzerneingangskontrolle, S. 355 ff.; Brändel, in: GroßKomm-AktG, § 1 Rn. 32; Wiedemann, Unternehmensgruppe, S. 64. Die personalistisch geprägte AG kommt bei sog. Familiengesellschaften vor, bei denen die Zahl der Aktionäre und die Übertragbarkeit der Aktien stark eingeschränkt sind und Vorstand sowie Aufsichtsrat von Familienmitgliedern gestellt werden.

<sup>682</sup> Binnewies, Konzerneingangskontrolle, S. 285 ff.; Casper, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, Anh. 77 Rn. 55 ff.; Emmerich, in: Scholz, GmbHG Bd. 1, Anh. 13 Rn. 54 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 16 ff.; Lutter/Timm, NJW 1982, 409, 415 ff.

<sup>683</sup> Emmerich, in: Scholz, GmbHG Bd. 1, Anh. 13 Rn. 54 ff. m.w.N.

<sup>684</sup> Decher, FS Lutter, S. 1209, 1225.

<sup>685</sup> BGHZ 129, 136, 142; Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, Vor § 311 Rn. 44; a.A. Zöllner, FS Kropff, S. 335, 342.

<sup>686</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 5, 9.

schädigenden Einzelmaßnahme erheben<sup>687</sup>. Folglich könnte jeder Aktionär jede geschäftspolitische Einzelmaßnahme auf ihre Sachgerechtigkeit hin kontrollieren lassen. Die Hauptversammlung würde sich somit Kompetenzen anmaßen, die mit der Geschäftsführungskompetenz des Vorstands nach §§ 76, 119 AktG unvereinbar wären<sup>688</sup>. Hinzukommt, dass der BGH<sup>689</sup> in seiner Holzmüller-Entscheidung die Geschäftsführungsmacht des Vorstands bei Eingriffen in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre lediglich beschränken und nicht gänzlich entziehen will. Andernfalls hätte er eine satzungsändernde Mehrheit für die Entscheidung der Hauptversammlung gefordert. Daraus geht hervor, dass einer Entscheidung über eine Satzungsänderung eine andere Qualität und Wertigkeit zukommt als einer Entscheidung über eine Geschäftsführungsmaßnahme<sup>690</sup>. Gegen die Zustimmungspflicht der Hauptversammlung im Falle einer faktischen Konzernierung spricht auch § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG. Erstreckt sich der Unternehmenspachtvertrag nach § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG nicht auf das gesamte Unternehmen, ist eine Mitwirkung der Hauptversammlung entbehrlich<sup>691</sup>.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass weder die faktische Konzernierung noch die Überschreitung der Grenzen der §§ 311 ff. AktG zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks führen und somit aus diesem Grund keiner Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft bedürfen.

(bbb) Änderung des Gesellschaftszwecks wegen Einschränkung der Gewinnerzielungsabsicht

Der Zweck einer Aktiengesellschaft besteht bei einer fehlenden Satzungsregel zumindest in der Absicht der Gewinnerzielung<sup>692</sup>. Diese Annahme entspricht zum einen den gesetzlichen Vorstellungen der §§ 58 Abs. 4, 90 Abs. 1 Nr. 2, 174 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2, 254 Abs. 1 AktG, zum anderen verfolgen die in der Rechtsform der Aktiengesellschaft betriebenen Unternehmen tatsächlich fast ausschließlich diese Zielsetzung<sup>693</sup>.

Die Gewinnerzielungsabsicht der abhängigen Gesellschaft wird nicht durch Verbundvorteile bzw. Synergieeffekte des herrschenden Unternehmens eingeschränkt. Denn die Bestrebungen der abhängigen Gesellschaft gehen weiterhin dahin, sämtliche erzielbaren Erträge selbst einzustreichen. Es ist zwar zu berücksichtigen, dass Verbundvorteile und Synergieeffekte mitunter den Sinn und Zweck des herrschenden Unternehmens für die Konzernierung ausmachen<sup>694</sup>, gleichwohl handelt es sich lediglich um Gewinnchancen, die die abhängige Gesellschaft als unabhängiges Unternehmen nicht hätte verwirklichen können<sup>695</sup>. Auch wenn bereits die Möglichkeit, mit anderen Unternehmen durch Kooperation Verbundvorteile zu generieren, zum Vermögen der Aktiengesellschaft gezählt werden würde, würde dies nicht zu einer Einschränkung der Gewinnerzielungsabsicht führen. Denn in diesem Fall ist das

---

<sup>687</sup> Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 244 f.; für die Überschreitung des Unternehmensgegenstandes Zöllner, ZGR 1988, 392, 431.

<sup>688</sup> Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 245.

<sup>689</sup> BGHZ 83, 122, 122 ff.

<sup>690</sup> Westermann, ZGR 1984, 352, 362.

<sup>691</sup> Westermann, ZGR 1984, 352, 362.

<sup>692</sup> Hefermehl/Bungeroth, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 179 Rn. 115 f.; Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 238; Zöllner, in: KölnKomm-AktG, § 179 Rn. 111, 114; a.A. Großmann, Unternehmensziele, S. 72 ff., 78 ff.

<sup>693</sup> Kraft, in: KölnKomm-AktG, § 3 Rn. 3, 10; Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 238.

<sup>694</sup> Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 239.

<sup>695</sup> Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 239 f.; Strohn, Konzern, S. 58 f.

herrschende Unternehmen gem. §§ 311, 317 AktG der abhängigen Gesellschaft zum Ausgleich verpflichtet<sup>696</sup>.

Es lässt sich somit festhalten, dass die Gewinnerzielungsabsicht nicht durch Synergieeffekte bzw. Verbundvorteile eingeschränkt wird und somit keine Änderung des Gesellschaftszwecks erfolgt.

(ccc) Änderung des Gesellschaftszwecks wegen Aufhebung des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung

Im faktischen Konzern wird das aktienrechtliche Grundprinzip des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung aufgehoben<sup>697</sup>. Eine Zweckänderung des gesetzlichen Normalstatuts liegt vor, wenn und so weit die Aktionäre das gesetzliche Normalstatut in ihre – hypothetische – Zweckbestimmung mit aufgenommen haben<sup>698</sup>. Zu prüfen ist, ob die Aktionäre das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung hypothetisch in ihre Zweckbestimmung mit aufgenommen haben. Mit dem Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung werden zwei Zwecke verfolgt: der Gläubigerschutz und die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Den Gläubigerschutz werden sich die Aktionäre bei ihrer Zielsetzung in der Regel nicht zu eigen gemacht haben<sup>699</sup>. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Form einer gleichheitswidrigen Gewinnverteilung ist auch zu verneinen. Denn das herrschende Unternehmen hat gem. § 311 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 AktG die bilanziellen Auswirkungen der durch die Vorteilsgewährung erlittenen Nachteile der abhängigen Gesellschaft zu kompensieren. Die Kompensation muss in dem Jahresabschluss bewirkt werden, auf den sich der Nachteil andernfalls ausgewirkt hätte<sup>700</sup>. Außerdem sind die §§ 311 ff. AktG gegenüber dem Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung vorrangig<sup>701</sup>. Das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung gewährt somit keinen weiterreichenden Schutz als die §§ 311 ff. AktG. Eine Änderung des Gesellschaftszwecks wegen Aufhebung des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung ist zu verneinen.

(ddd) Änderung des Gesellschaftszwecks wegen Steigerung der Leitungsintensität

Durch die Steigerung der Leitungsintensität kann die Gewinnerzielungsabsicht der abhängigen Gesellschaft eingeschränkt werden. Dies wäre dann der Fall, wenn sich einzelne Maßnahmen oder Veranlassungen nicht mehr im Sinn des § 317 Abs. 2 AktG isolieren lassen<sup>702</sup>.

Gem. § 317 Abs. 2 AktG kann die Nachteiligkeit jeder Maßnahme widerlegt werden. Lassen sich die Maßnahmen nicht voneinander isolieren, ist die Nachteiligkeit der gesamten Konzernleitung und mithin eine Einschränkung der Gewinnerzielungsabsicht anzunehmen<sup>703</sup>. Ob die Leitung der abhängigen

---

<sup>696</sup> Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 240.

<sup>697</sup> Sonnenschein, Organschaft, S. 74.

<sup>698</sup> Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 241.

<sup>699</sup> Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 241.

<sup>700</sup> Koppsteiner, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 61, 80.; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 52; Würdinger, in: GroßKomm-AktG, § 311 Rn. 4; a.A. Kropff, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 311 Rn. 145.

<sup>701</sup> Strittig, so LG Düsseldorf, AG 1979, 290, 291 f.; Koppsteiner, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 61; Luchterhandt, ZHR 133 (1970), 1, 2 f.; Michalski, AG 1980, 261, 263 ff.; a.A. Geßler, FS Westermann, S. 145, 154; Würdinger, in: GroßKomm-AktG, § 311 Rn. 5.

<sup>702</sup> Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 251.

<sup>703</sup> Hommelhoff, Gutachten, S. 34 f.; Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 251.

Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen eine derartige Intensität erreicht, ist durch eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls<sup>704</sup> zu ermitteln.

(eee) Ergebnis

Die bloße Einbeziehung in den faktischen Konzern führt regelmäßig nicht zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks. Etwas anderes gilt, wenn die einheitliche Leitung fortgeführt wird, nachdem die abhängige Aktiengesellschaft in rechtswidriger Weise wirtschaftlich auf das herrschende Unternehmen ausgerichtet wird oder wenn die Leitungsdichte ein Ausmaß erreicht, dass einzelne Veranlassungen nicht mehr isolierbar sind.

(dd) Ergebnis

Eine Zustimmung der Hauptversammlung der faktisch abhängigen Gesellschaft wegen faktischer Konzernierung kann zum einen aufgrund einer vertraglichen Regelung im BCA erforderlich sein, zum anderen kann sich die Zustimmungsbedürftigkeit auch aus der Leitungsintensität des herrschenden Unternehmens ergeben. Dies gilt etwa, wenn eine einheitliche Leitung durch das herrschende Unternehmen fortgeführt wird oder die Leitung eine Dichte erreicht, dass sich einzelne Veranlassungen nicht mehr isolieren lassen. Schließlich noch ist eine Zustimmung der Hauptversammlung im Fall einer dem BCA anschließenden Verschmelzung nach §§ 13, 63 ff. UmwG erforderlich.

(c) Zustimmung der Hauptversammlung wegen eines Grundlagenvertrags mit strukturänderndem Charakter

Die ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz wegen eines Grundlagenvertrags mit strukturänderndem Charakter ist auf eine Rechtsfortbildung des BGH zurückzuführen<sup>705</sup>. Nach der sog. „Holzmüller“-Doktrin bedarf es einer Zustimmung der Hauptversammlung, wenn besonders tief in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörperten Vermögeninteressen eingegriffen wird<sup>706</sup>. Dies ist der Fall, wenn ein Betriebsteil mit einem Umfang von mindestens 80 % des Gesellschaftsvermögens ausgegliedert wird.

Hintergrund dieser Entscheidung ist, dass die Aktionäre bei einer Auslagerung von mindestens 80 % des Gesellschaftsvermögens zwar keinen Vermögensschaden erleiden, allerdings können sie über diesen auch nicht mehr unmittelbar verfügen. Folglich erleiden sie einen Mediatisierungseffekt<sup>707</sup>. Die Rechtsprechung folgert daraus ein gebundenes Ermessen des Vorstands dahingehend, dass er zur Vorlage an die Hauptversammlung verpflichtet ist, wenn er *„vernünftigerweise nicht annehmen kann, er dürfe [die Entscheidung] in ausschließlich eigener Verantwortung treffen, ohne die Hauptversammlung zu beteiligen“*<sup>708</sup>.

---

<sup>704</sup> Seydel, Konzernbildungskontrolle, S. 251.

<sup>705</sup> BGHZ 159, 30, 30 ff.; BGH, ZIP 2007, 24; OLG Köln, ZIP 1993, 110; OLG München, AG 1995, 232, 233; OLG Celle, ZIP 2001, 613, 615; OLG Karlsruhe, DB 2002, 1094; LG Frankfurt/Main, ZIP 1993, 830, 832 ff. und ZIP 1997, 1698; LG Köln, AG 1992, 238, 239; LG Heidelberg, AG 1999, 135, 137; LG Hannover, DB 2000, 1607.

<sup>706</sup> BGHZ 83, 122, 122 ff.

<sup>707</sup> BGHZ 159, 30, 40 f.; Hoffmann-Becking, ZHR 172 (2008), 231 ff.; Hüffer/Koch, AktG, § 119 Rn. 16; Mülberr, in: GroßKomm-AktG, § 119 Rn. 40 ff.

<sup>708</sup> BGHZ 83, 112, 131.

Zu klären ist, ob das BCA Gegenstand einer solchen Grundlagenentscheidung sein kann. Der einem BCA nachfolgende Unternehmenszusammenschluss kann auf unterschiedliche Weise erfolgen:

(aa) Öffentliches Übernahmeangebot, §§ 29 ff. WpÜG

Ein Unternehmenszusammenschluss kann durch ein öffentliches Übernahmeangebot erfolgen. Sofern das eine Unternehmen mindestens 30 % der Stimmrechte an dem anderen Unternehmen, namentlich der Zielgesellschaft, hält, ist es gem. §§ 29 Abs. 2, 35 Abs. 2 Satz 1, 14 Abs. 2 Satz 1 WpÜG verpflichtet, den Aktionären der Zielgesellschaft ein Übernahmeangebot zu unterbreiten. Über dieses entscheidet gem. § 16 Abs. 3, 4 WpÜG die Hauptversammlung der Zielgesellschaft. Jeder stimmrechtsberechtigter Aktionär hat die Möglichkeit, darüber zu entscheiden, ob er das Angebot annimmt oder nicht. Allerdings ist die Abhaltung einer Hauptversammlung nicht zwingend. In der Praxis verzichten daher Vorstand und Aufsichtsrat häufig darauf eine Übernahme-Hauptversammlung durchzuführen<sup>709</sup>. Anders ist es, wenn die Satzung eine Klausel über das europäische Verhinderungsverbot (§ 33a Abs. 1 WpÜG) enthält, was jedoch eher selten der Fall ist<sup>710</sup>. In diesem Fall können Vorstand und Aufsichtsrat keine Handlungen vornehmen, die den Erfolg des Angebots verhindern, es sei denn, die Hauptversammlung ermächtigt Vorstand und Aufsichtsrat nach Abgabe des Angebots dazu (§ 33a Abs. 2 Satz 2 Nr.1 WpÜG). Schließlich noch regt der DCGK den Vorstand (III. Grund.8, A.5 DCGK) an, im Falle eines Übernahmeangebots eine außerordentliche Hauptversammlung einzuberufen. In der Hauptversammlung sollen die Aktionäre über das Übernahmeangebot beraten und gegebenenfalls über gesellschaftsrechtliche Maßnahmen beschließen (III. Grund. 8, A. 5 DCGK).

Im Falle einer, in der Praxis eher seltenen, Übernahme-Hauptversammlung wird jeder Aktionär der abhängigen Gesellschaft an der Entscheidung über den Zusammenschluss mit dem herrschenden Unternehmen beteiligt. Somit kann der Vorstand der abhängigen Gesellschaft den Zusammenschluss mit dem herrschenden Unternehmen nur dann durchsetzen, wenn die Aktionäre das Übernahmeangebot angenommen haben, vorausgesetzt, die Hauptversammlung wird nach ihrer Einberufung nicht wieder abgesetzt<sup>711</sup>. Damit verfügen die Aktionäre über eine Machtposition, die über die Auswirkungen eines Hauptversammlungsbeschlusses hinausgeht<sup>712</sup>. Auch stellt der Tausch der Aktionärsstellung im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots, bei dem die Aktionäre Gesellschafter des neuen herrschenden Unternehmens werden keinen Mediatisierungseffekt dar<sup>713</sup>, der eine ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz rechtfertigt. Durch den Tausch wird lediglich die Aktionärsstruktur geändert, anders wäre es bei einem *Squeeze-Out* (§§ 327a ff. AktG oder § 62 Abs. 5 UmwG, §§ 327a ff. AktG). Bei Letzterem ist ein Hauptversammlungsbeschluss erforderlich.

---

<sup>709</sup> Noack/Zetz, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 16 WpÜG Rn. 21.

<sup>710</sup> Noack/Zetz, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 16 WpÜG Rn. 21.

<sup>711</sup> BGHZ 206, 143; Hüffer/Koch, AktG, § 121 Rn. 18; Noack/Zetz, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 16 WpÜG Rn. 21.

<sup>712</sup> OLG Frankfurt/Main, NZG 2014, 1017, 1019; LG München I, NZG 2019, 384, 387.

<sup>713</sup> BGHZ 119, 1, 7; LG München I, NZG 2019, 384, 387; Hippeli, NZG 2019, 535.

(bb) Verschmelzung, §§ 13, 69 ff. UmwG

Im Falle einer Verschmelzung entscheidet ebenfalls die Hauptversammlung über die Durchführung derselben (§§ 13, 63 ff. UmwG).

(cc) Kapitalerhöhung

Schließlich kann ein Unternehmenszusammenschluss auch mit Hilfe einer Kapitalerhöhung durchgeführt werden. Alternativ zur Verschmelzung kann eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage mittels BCA erfolgen. Unabhängig davon, wie die Kapitalerhöhung ausgestaltet ist (mit oder ohne Bezugsrechtsausschluss), ist die Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft erforderlich, (§ 183 Abs. 1 AktG). Die Verwässerung der Aktienanteile ist dabei keine unmittelbare Folge des Hauptversammlungsbeschlusses. Vielmehr muss die Kapitalerhöhung, unter besonderer sachlicher Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses auch durchgeführt werden<sup>714</sup>.

Hinsichtlich der Zustimmungspflicht ist zwischen der aufnehmenden und der übertragenden Gesellschaft zu unterscheiden:

Bei der aufnehmenden Gesellschaft (hier: herrschendes Unternehmen) ist eine Übertragung der Holzmüller-Grundsätze überflüssig, da deren Aktionäre nicht übergegangen werden. Diese müssen vielmehr im Rahmen des Verfahrens nach § 13, 63 ff. UmwG sowohl bei einer Verschmelzung als auch bei einer Kapitalerhöhung zustimmen.

Anders ist es bei der übertragenden Gesellschaft (hier: abhängige Gesellschaft). Diese muss zwar auch bei einer Verschmelzung gem. § 13 UmwG zustimmen. Eine Zustimmung der übertragenden Gesellschaft könnte aber durch eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage mittels BCA umgangen werden. Daher sollte bei einem Asset Deal, bei dem die Schwelle der Holzmüller-Rechtsprechung überschritten wird, die Hauptversammlung der Zielgesellschaft gem. § 179a AktG zustimmen, da andernfalls eine Umgehungsmöglichkeit contra legem geschaffen wäre.

Bei einem Share Deal werden die Aktionäre der Zielgesellschaft durch das Wertpapierübernahmegesetz hinreichend geschützt, das bei einem geplanten Kauf von mehr als 30 % der Aktien ein durch die BaFin zu prüfendes Übernahmeangebot vorsieht (§§ 35 ff. WpÜG).

(dd) Ergebnis

Die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft muss dem BCA im Falle eines öffentlichen Übernahmeangebots gem. §§ 29 ff. WpÜG, bei einer Verschmelzung gem. §§ 13, 69 ff. UmwG und bei einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage, vorausgesetzt es handelt sich um einen Asset Deal und die Schwelle der Holzmüller-Rechtsprechung wird überschritten (80 % des Gesellschaftsvermögens), zustimmen.

---

<sup>714</sup> LG München I, NZG 2019, 384, 387; *Busch/Link*, in: MünchHdB.GesR Bd. 7, § 44 Rn. 5; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, Vor § 311 Rn. 6.

(d) Zustimmungspflicht zum BCA kraft Sachzusammenhangs

Der BGH hat in der Entscheidung Hoesch/Hoogovens entschieden, dass die Zustimmung der Hauptversammlung auch diejenigen schuldrechtlichen Abreden umfasse, die ein einheitliches Ganzes bilden, weil die einen nicht ohne die anderen gelten sollen<sup>715</sup>. Das BCA präge den Abschluss des Unternehmensvertrags derart vor, dass es mit ihm in einem engen Sachzusammenhang stünde<sup>716</sup>. In diesem Fall ergibt sich der Sachzusammenhang des BCA zu dem notariellen Übertragungsvertrag und dem Entwurf eines Einbringungsvertrags, die beide der Hauptversammlung zur Zustimmung vorgelegt wurden. Der daneben abgeschlossene „Grundvertrag“, der als schuldrechtliche Abrede die Grundlagen bzw. den Fahrplan der Transaktion festlegt, wurde in der Hauptversammlung hingegen nur vorgelesen und nicht zur Abstimmung vorgelegt.

Für den Grundvertrag Hoesch/Hoogovens gilt das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung für einen Grundlagenvertrag gem. § 83 Abs. 1 Satz 2 AktG<sup>717</sup>. Der Grundvertrag wirkt sich unmittelbar auf die Unternehmensstruktur der Gesellschaft aus und wird nur mit der Zustimmung der Hauptversammlung wirksam<sup>718</sup>. Er stellt eine rechtsverbindliche Vereinbarung dar, die die im Grundlagenvertrag getroffenen Strukturvereinbarungen weitergehend regelt und die Beziehungen der Vertragsparteien festlegt. Entscheidend für die Bewertung des Grundvertrags als zustimmungspflichtigen Vertrag gem. § 83 Abs. 1 Satz 2 AktG ist, ob der Vertrag nicht ohne den bzw. die anderen beiden gelten soll und somit nach den Parteiinteressen ein einheitliches Ganzes bildet (§ 139 BGB)<sup>719</sup>.

Die Aussage des BGH, das BCA bilde mit dem Unternehmensvertrag ein einheitliches Ganzes, ist in der Literatur auf Widerstand gestoßen<sup>720</sup>. Vielmehr soll von einer Zustimmung der Hauptversammlung abzusehen sein. Ausreichend sei, wenn die Hauptversammlung über das BCA rechtzeitig und umfassend informiert werde. Ein Sachzusammenhang besteht nur zu dem in dem BCA vorgesehenen Beherrschungsvertrag, der erst am Ende des Zusammenschlusses abgeschlossen wird<sup>721</sup>. Das BCA ist jedoch weder mit dem Beherrschungsvertrag vertraglich verknüpft, noch besteht zwischen beiden ein Bedingungs Zusammenhang. Dies wird daran deutlich, dass oftmals ein nicht unbeachtlicher Zeitraum zwischen dem Abschluss eines BCA und dem Abschluss des eigentlichen Unternehmensvertrags besteht. Zudem endet das BCA wegen Zweckfortfalls regelmäßig mit der erfolgreichen Vollziehung eines öffentlichen Übernahmeangebots. Aber auch wenn Teile des BCA nach dem öffentlichen Übernahmeangebot fortbestehen sollten, stellen sie keine Ergänzung des Unternehmensvertrags dar und bilden mit ihm auch kein einheitliches Ganzes. Darüber hinaus enthalten BCA bei einem *Merger of Equals* weder ein vertragliches Recht zur Durchsetzung zugunsten des einen Unternehmens noch eine Folgepflicht des anderen Unternehmens<sup>722</sup>.

---

<sup>715</sup> BGHZ 82, 188, 196.

<sup>716</sup> LG Nürnberg-Fürth, 1 HK O 4286/08 (n/v).

<sup>717</sup> BGHZ 82, 188, 196; *Schmidbauer/Kürten*, NZG 2021, 1150, 1153.

<sup>718</sup> BGHZ 82, 188, 196; *Schmidbauer/Kürten*, NZG 2021, 1150, 1153; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 83 Rn. 10.

<sup>719</sup> BGHZ 82, 188, 196; *Schmidbauer/Kürten*, NZG 2021, 1150, 1153.

<sup>720</sup> *Baums*, FS Zöllner, S. 73 ff.; *Decher*, FS Hüffer, S. 145, 149 ff.; *Reichert*, ZGR 2015, 1, 9 ff.

<sup>721</sup> *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 142.

<sup>722</sup> *Decher*, FS Hüffer, S. 145, 155.

In dem *Merger of Equals* Linde/Praxair sah das BCA die neue Holding- bzw. Konzernstruktur vor. Das LG München I und das OLG München verneinten eine Zustimmungspflicht der Hauptversammlung der Linde AG wegen Unbegründetheit<sup>723</sup> bzw. Unzulässigkeit<sup>724</sup> der Feststellungsklage. Eine Zustimmung der Hauptversammlung bedarf es in diesem Fall schon deshalb nicht, weil die neue Muttergesellschaft Linde plc nach dem öffentlichen Übernahmeangebot aufgrund der Mehrheitsverhältnisse von über 90 % einen verschmelzungsrechtlichen *Squeeze-Out* (§ 62 Abs. 5 UmwG) durchführen konnte<sup>725</sup>. Der dem BCA nachfolgende tatsächliche Verschmelzungsvorgang basiert auf einem gesonderten Hauptversammlungsbeschluss nach Vollzug der Fusion zwischen der Linde AG und Praxair Inc. Hinzukommt, dass sich die Änderung der Mehrheitsverhältnisse auch ohne den Abschluss eines BCA durch den Aktientausch der tauschwilligen Aktionäre an der neuen Linde plc vollzogen hätte. Es fehlt somit an einem rechtswidrigen Eingriff in den Bestand des Mitgliedschaftsrechts der Aktionäre der Linde AG<sup>726</sup>.

Der Unterschied zwischen den BCA Hoesch/Hoogovens und Linde/Praxair liegt darin, dass der Grundvertrag bei Hoesch/Hoogovens gleichzeitig mit den beiden anderen Verträgen abgeschlossen wurde, mit dem das BCA in einem Sachzusammenhang steht. Das BCA Linde/Praxair sah jedoch in dem BCA einen Beherrschungsvertrag vor, der erst in der Zukunft abgeschlossen werden sollte. Ein solcher Vorratsbeschluss würde der Hauptversammlung nur eine eingeschränkte Mitwirkung ermöglichen, da die wirtschaftliche und rechtliche Lage zum Zeitpunkt des Abschlusses des Beherrschungsvertrags ebenfalls zu berücksichtigen ist<sup>727</sup>. Hinzukommt, dass anders als bei dem BCA Amerigon Europe/W.E.T., das BCA im Fall Linde/Praxair nicht rechtsverbindlich die erforderliche Mehrheit für den Abschluss eines Beherrschungsvertrags absichert. Die erforderliche Kapitalmehrheit der neuen Muttergesellschaft Linde plc wurde vielmehr durch das öffentliche Übernahmeangebot gesichert, worauf das BCA keinen Einfluss hatte.

Es lässt sich somit festhalten, dass die Rechtsprechung eine Zustimmung der Hauptversammlung wegen Sachzusammenhangs in den Fällen bei einem BCA annimmt, in denen das BCA und der daran anschließende Unternehmensvertrag untrennbare Bestandteile einer Gesamtvereinbarung sind. Entscheidend ist, dass das BCA rechtsverbindliche Abreden enthält, deren Inhalt darauf schließen lässt, dass sie einen wichtigen Bestandteil des insgesamt Vereinbarten bilden. Derartige Abreden können z.B. Abreden in Verbindung mit der Vermögensübertragung auf eine Tochtergesellschaft sein<sup>728</sup>.

Keiner Zustimmungspflicht bedarf es bei einem *Merger of Equals* im Falle eines Aktientauschs, wenn die Aktien der einen Gesellschaft gegen die Aktien der neuen Muttergesellschaft getauscht werden<sup>729</sup>. Hier können die Aktionäre über die Annahme des Übernahmeangebots im Rahmen der Hauptversammlung entscheiden und werden somit hinreichend an der Entscheidung beteiligt.

---

<sup>723</sup> LG München I, NZG 2019, 384 ff.

<sup>724</sup> OLG München, NZG 2021, 1160 ff.

<sup>725</sup> OLG München, NZG 2021, 1160, 1164; Schmidbauer/Kürten, NZG 2021, 1150, 1155.

<sup>726</sup> OLG München, NZG 2021, 1160, 1164.

<sup>727</sup> Strohn, ZHR 182 (2018), 114, 142 f.

<sup>728</sup> BGHZ 82, 188, 196.

<sup>729</sup> LG München I, NZG 2019, 384; OLG München, NZG 2021, 1160 ff.

## (2) Ergebnis

Die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft hat dem BCA nach den Holzmüller-Grundsätzen aufgrund eines grundlegenden Eingriffs in die Struktur der Gesellschaft, kraft Sachzusammenhangs, wenn das BCA und der daran anschließende Unternehmensvertrag untrennbare Bestandteile einer Gesamtvereinbarung sind oder aufgrund einer vertraglichen Regelung in dem BCA, zuzustimmen.

### cc) Zustimmung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft

Ein weiteres Mittel des Konzerneingangsschutzes stellt der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft dar. Durch ihn wird eine weitere Kontrollinstanz eingeschaltet, die über das BCA abstimmen muss.

### dd) Mitteilungspflichten

Dem Schutz der abhängigen Gesellschaft dienen ebenfalls Mitteilungspflichten. Sie schaffen dabei insbesondere Transparenz und sollen dadurch ein Anschleichen des herrschenden Unternehmens verhindern.

§§ 20 ff. AktG verpflichten Unternehmen bei Überschreiten der 25 % Schwelle ihre Beteiligungsverhältnisse an der betroffenen Aktiengesellschaft offenzulegen. Alternativ hat es seine Beteiligung nach §§ 21 ff. WpHG der BaFin zu melden (§ 20 Abs. 8 AktG), wenn sich das Unternehmen an einer börsennotierten Aktiengesellschaft im Sinn des § 21 Abs. 2 WpHG beteiligt.

Mit einem Mehrheitserwerb wird in der Regel ein Zusammenschluss eingeleitet. Der Gefahrenpunkt für die künftig abhängige Gesellschaft liegt in dem Moment, in dem sie ihre potenzielle Selbständigkeit verliert. An dieser Stelle sollte sinnvollerweise der Interessenschutz der Minderheiten einsetzen<sup>730</sup>. Allerdings besteht bei börsennotierten Gesellschaften eine Schutzlücke. Nach § 20 Abs. 8 AktG findet ausschließlich § 21 WpHG Anwendung. Denn nach § 20 AktG knüpft § 21 WpHG nicht an die Kapitalquote, sondern an die Stimmrechte an. Wie die Fälle Porsche/VW und Schaeffler/Continental zeigen, können Vorschriften, die an Stimmrechte anknüpfen, durch Rechtsgestaltung umgangen werden. Verhindern lassen sich feindliche Übernahmen durch Anschleichen an der Börse also praktisch nicht. Sie lassen sich jedoch durch Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten erschweren. So hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die Fälle Porsche/VW und Schaeffler/Continental gehandelt und durch § 38 WpHG ein Anschleichen erschwert, indem durch eine Addition von Finanzinstrumenten Stimmrechtsschwellen schneller berührt werden (vergleiche insbesondere § 38 Abs. 4 Satz 1 WpHG). Dabei setzt § 38 WpHG die Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie (TRL-ÄndRL-UmsG zum 26. November 2015) um und überführt die bisher in den §§ 25 und 25a WpHG aF geregelten Mitteilungspflichten.

Zu berücksichtigen ist auch, dass sich die Zusammensetzung der Aktionärsstruktur derart schnell ändern kann, dass der Markt den Änderungen hinterherläuft. In diesem Fall können die §§ 21 ff. WpHG

---

<sup>730</sup> Lutter/Timm, NJW 1982, 409, 412 f.

nicht ihren Zweck erfüllen, den Markt und den individuellen Anleger<sup>731</sup> vor Missbrauch von Insiderinformationen zu schützen<sup>732</sup>. Die Mitteilungspflichten sind daher nur ein Teil des Konzerneingangsschutzes. Als alleiniger Konzerneingangsschutz wären sie unzureichend.

#### ee) Ad-hoc-Publizität

Die Publizitätsvorschriften ergänzen die Mitteilungspflichten und verstärken somit den Konzerneingangsschutz.

§ 15 WpHG regelt die kapitalmarktrechtliche Ad-hoc-Publizität. Die Norm stellt dem Markt die benötigten Informationen zur Verfügung und sorgt somit für informelle Chancengleichheit der Marktteilnehmer<sup>733</sup>. Anders als bei den Vorschriften zur Rechnungslegung will § 15 WpHG nicht nur die Gesellschafter und Gläubiger der Gesellschaft unterrichten. Vielmehr sollen auch die sonstigen Anleger diejenigen Informationen erhalten, die für ihre Kauf- oder Verkaufsentscheidung erforderlich sind<sup>734</sup>. Während früher der inhaltliche Schwerpunkt der Ad-hoc-Publizität bei Mitteilungen über den Jahresabschluss und den Zwischenberichten lag, liegt er heute bei strategischen Unternehmensentscheidungen<sup>735</sup>. Die Einbeziehung einer börsennotierten Aktiengesellschaft in einen Konzern beruht auf einer unternehmerischen Entscheidung und ist somit gem. § 15 Abs. 1 WpHG unverzüglich zu publizieren. Bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften ist der Einbezug in einen Konzern gem. § 285 Nr. 14 HGB als Pflichtangabe im Lagebericht zu erwähnen.

#### ff) Informations- und Ankündigungspflicht des herrschenden Unternehmens aufgrund Treuepflicht

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob sich aus der Treuepflicht des herrschenden Unternehmens gegenüber den Minderheiten der abhängigen Gesellschaft ein Konzerneingangsschutz ergibt. Dies setzt voraus, dass das herrschende Unternehmen auf Grundlage der Treuepflicht den Aktionären der abhängigen Gesellschaft informations- und auskunftspflichtig ist.

Nach früherer Ansicht bestand für das herrschende Unternehmen aus der Treuepflicht heraus die Pflicht, die Aktionäre der abhängigen Gesellschaft über die Konzernierung zu informieren und aufzuklären<sup>736</sup>. Die das Gesetz überlagernde Treuepflicht soll so die als missglückt geltende Regelung § 311 AktG ausgleichen.

Richtigerweise wird § 311 AktG gerade nicht von der Treuepflicht überlagert. Vielmehr ist in § 311 AktG eine gesetzgeberische Konkretisierung der Treuepflicht zu sehen<sup>737</sup>. Hinzukommt, dass das Konzernrecht bewusst konzernoffen formuliert ist<sup>738</sup>. Der Gesetzgeber hat in §§ 20, 21 WpHG, §§ 35 ff.

---

<sup>731</sup> strittig, so aber *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 22 Anh., § 21 WpHG Rn. 2; *Schneider*, in: Assmann/Schneider, WpHG, Vor § 21 Rn. 16.

<sup>732</sup> *Schneider*, in: Assmann/Schneider, WpHG, Vor § 21 Rn. 15 f.

<sup>733</sup> *Assmann*, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 2.

<sup>734</sup> *Schwark*, ZGR 1976, 294; *Wiedemann*, BB 1975, 1593.

<sup>735</sup> *Assmann*, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 24.

<sup>736</sup> *Burgard*, FS Lutter, S. 1033, 1044; *Emmerich*, AG 1991, 303, 305; *Tröger*, Treuepflicht, S. 210 ff.; *Wiedemann*, GesR Bd. I, S. 450 f.; *Zöllner*, FS Kropff, S. 333, 341; *ders.*, ZHR 162 (1998), 235, 241.

<sup>737</sup> *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 168; *Lutter*, AcP 180 (1990), 84, 114 f.; *Paschke*, FS Serick, S. 313, 326 f.; *Schneider/Burgard*, FS Ulmer, S. 579, 591.

<sup>738</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, Vor § 311 Rn. 5; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, § 311 Rn. 168; *Müller*, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor §§ 311 Rn. 52.

WpÜG einen hinreichenden Schutz zugunsten der Minderheiten der abhängigen Gesellschaft vor einer Konzernierung geschaffen<sup>739</sup>. Der Versuch, eine zusätzliche Treuepflicht der Minderheitsaktionäre anzunehmen, weicht somit vom geltenden Recht ab und stellt lediglich einen rechtspolitischen Wunsch dar<sup>740</sup>. Demnach ist von einem Informations- und Auskunftsrecht hinsichtlich einer Konzernierung aus der Treuepflicht abzusehen.

#### gg) Satzung

Ein weiteres Mittel des Konzerneingangsschutzes sind entsprechende Regelungen in der Satzung der zu übernehmenden Zielgesellschaft. Die Zielgesellschaft kann die Konzernbildung und/oder Konzernleitung durch entsprechende Bestimmungen in ihrer Satzung erschweren. Dabei wird der Gestaltungsfreiheit durch § 23 Abs. 5 AktG Grenzen gesetzt. Gem. § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG kann von Vorschriften des Gesetzes nur abgewichen werden, wenn dies ausdrücklich vorgesehen ist. Satzungsbestimmungen, die gegen § 23 Abs. 5 AktG verstoßen, sind nichtig<sup>741</sup>. Dies gilt insbesondere für Satzungsklauseln, die eine faktische Konzernierung oder anderweitigen Einfluss des herrschenden Unternehmens verhindern sollen<sup>742</sup>. Zulässig sind hingegen Bestimmungen, die vorsorglich eine Mehrheitsbestimmung verhindern oder beherrschenden Einfluss beschränken, wie etwa eine konzernfreundliche Besetzung des Aufsichtsrats oder Entsenderechte (§ 101 Abs. 2 AktG)<sup>743</sup>. In Betracht kommen auch (1) Höchststimmrechte und (2) die Vinkulierung von Namensaktien.

#### (1) Höchststimmrecht

Die satzungsmäßige Regelung eines Höchststimmrechts kann vor einer Konzernierung schützen. Das Höchststimmrecht ist seit der Verabschiedung des KonTraG<sup>744</sup> gemäß § 134 Abs. 1 Sätze 2-4 AktG jedoch nur noch bei nichtbörsennotierten Gesellschaften möglich<sup>745</sup>. Es kann nachträglich<sup>746</sup> und nach überwiegender Ansicht auch gegen den Willen der Aktionäre<sup>747</sup> eingeführt werden. Gegen die Einführung eines Höchststimmrechts gegen den Willen der Aktionäre spricht die Privatautonomie. Ihr zufolge kann eine Rechtsposition nicht ohne Zustimmung der Berechtigten eingeschränkt werden<sup>748</sup>. Die Einführung eines Höchststimmrechts kann demnach nur durch eine Änderung der Stimmgewichtung mit

---

<sup>739</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, Vor § 311 Rn. 5.

<sup>740</sup> Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, Vor § 311 Rn. 45.

<sup>741</sup> BGHZ 119, 1, 7; Bayer, ZGR 2002, 588 f.; Binnewies, Konzerneingangskontrolle, S. 291 ff.; Eckert, Konzerneingangsschutz im Aktienkonzernrecht, S. 28 ff.; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, Vor § 311 Rn. 2; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Anh. § 318 Rn. 26, 37; Krause, AG 2002, 133, 141; Liebscher, Konzernbildungskontrolle, S. 352 ff.; Mühlert, Unternehmensgruppe, S. 455; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 311 Rn. 39.

<sup>742</sup> BGHZ 119, 1, 7; Bayer, ZGR 2002, 588 f.; Binnewies, Konzerneingangskontrolle, S. 291 ff.; Eckert, Konzerneingangsschutz im Aktienkonzernrecht, S. 28 ff.; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, Vor § 311 Rn. 2; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Anh. § 318 Rn. 26, 37; Krause, AG 2002, 133, 141; Liebscher, Konzernbildungskontrolle, S. 352 ff.; Mühlert, Unternehmensgruppe, S. 455; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor § 311 Rn. 39.

<sup>743</sup> BGHZ 76, 191, 193 d.; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 311 Rn. 3; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 18; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Anh. § 318 Rn. 19; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor §§ 311-318 Rn. 43; a.A. Binnewies, Konzerneingangskontrolle, S. 291 f.; Raiser/Veiel, KapGesR, § 52 Rn. 25 f.; Weisner, Verteidigungsmaßnahmen, S. 224 ff.

<sup>744</sup> Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998, BgBl. I 1998, 786 ff.

<sup>745</sup> Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, Vor § 311 Rn. 65.

<sup>746</sup> Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, Vor § 311 Rn. 68.

<sup>747</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 134 Rn. 8; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor §§ 311-318 Rn. 42; Semler, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 38 Rn. 16; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 134 Rn. 19 aE; Volhard, in: MünchKomm-AktG, § 134 Rn. 22; Werner, AG 1975, 176, 179 f.; a.A. BGHZ 70, 117, 121 ff.; Holzborn, in: Bürgers/Körber, AktG, § 134 Rn. 7; Müller, in: Heidel, § 134 Rn. 12.

<sup>748</sup> Immenga, BB 1975, 1042 ff.; Meilicke, JW 1937, 2430, 2431; Zöllner, in: KölnKomm-AktG, § 134 Rn. 48; a.A. Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Anh. § 318 Rn. 23.

mindestens qualifizierter Mehrheit durch Beschluss in Form einer Satzungsänderung herbeigeführt werden<sup>749</sup>.

## (2) Vinkulierung von Namensaktien

Gem. § 68 Abs. 2 Satz 1 AktG kann die Satzung die Übertragung von Namensaktien an die Zustimmung der Gesellschaft binden (Vinkulierung). § 68 Abs. 2 Satz 3 Var. 2 AktG ermächtigt die Hauptversammlung über die Erteilung der Zustimmung zu beschließen. Grundsätzlich bestünde somit auch für den Veräußerer ein Stimmrecht<sup>750</sup>.

### (a) Satzungsmäßiges Verbot der Vinkulierung

Die Satzung darf die Zustimmung zu der Übertragung von Aktien nicht generell verbieten. Zwar kann die Satzung gem. § 68 Abs. 2 Satz 4 AktG Gründe bestimmen, aus denen die Zustimmung verweigert werden darf. Der Wortlaut der Norm („darf“) gewährt der Gesellschaft somit ein gewisses Maß an Entscheidungsfreiheit<sup>751</sup>. Demnach muss der Gesellschaft ein Spielraum verbleiben, ob sie der Übertragung der Aktien zustimmt oder nicht. Ein statuarisches Zustimmungsverbot würde demnach gegen den Wortlaut des § 68 Abs. 2 Satz 4 AktG verstoßen. Allerdings regelt § 68 Abs. 2 AktG eine Ausnahmesituation. Folglich verbietet sich eine extensive Auslegung der Norm, insbesondere spricht auch ihre Entstehungsgeschichte gegen die Regelung eines Zustimmungsverbots. Anhaltspunkte dafür, dass § 68 Abs. 2 Satz 4 AktG § 61 Abs. 3 Satz 3 AktG aF hin zu einem Zustimmungsverbot weiterentwickeln sollte, sind nicht ersichtlich<sup>752</sup>.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Hauptversammlung über die Zustimmung zu einer Übertragung von Aktien entscheiden kann. Ein statuarisches Zustimmungsverbot darf jedoch nicht satzungsmäßig festgeschrieben werden.

### (b) Satzungsmäßige Beschränkung der Vinkulierung

§ 68 Abs. 2 Satz 4 AktG stellt klar, dass einzelne Verweigerungsgründe in der Satzung festgelegt werden können<sup>753</sup>. Ob vinkulierte Aktien übertragen werden können, entscheidet der Vorstand (§ 68 Abs. 2 AktG). Dabei ist unklar, ob der Vorstand die Vinkulierung mit dem Argument versagen kann, dass sie eine Beherrschung der Aktiengesellschaft herbeiführe. Dagegen spricht, dass es nicht zum Aufgabenbereich des Vorstands gehört, die Zusammensetzung der Aktionärsmehrheiten maßgeblich zu gestalten. Zudem kann der Vorstand die Wahrung der Unabhängigkeit der Aktiengesellschaft nicht als Argument anführen, da das Konzernrecht bewusst konzernoffen konzipiert wurde<sup>754</sup>. Vielmehr hat der

---

<sup>749</sup> Holzborn, in: Bürgers/Körper, AktG, § 134 Rn. 7; Hüffer/Koch, AktG, § 134 Rn. 8; Lutter, ZGR 1981, 171, 176 f.; Semler, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 38 Rn. 16; Volhard, in: MünchKomm-AktG, § 134 Rn. 7.

<sup>750</sup> BGHZ 48, 163, 167 zur GmbH.

<sup>751</sup> Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 68 Rn. 62.

<sup>752</sup> Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 68 Rn. 62.

<sup>753</sup> Begr. RegE. zu § 311 AktG, in: Kropff, AktG, S. 88.

<sup>754</sup> Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, Vor § 311 Rn. 33, 44 ff., 57 ff.

Vorstand das Veräußerungsinteresse des Aktionärs gegen das Interesse der Aktiengesellschaft abzuwägen<sup>755</sup>. Eine Beschränkung der Vinkulierung ist somit zulässig<sup>756</sup>.

### (3) Ergebnis

Konzerneingangsschutz kann zum einen durch ein in der Satzung geregeltes Höchststimmrecht bei einer nicht börsennotierten Gesellschaft gewährleistet werden, vorausgesetzt die Aktionäre stimmen dem zu, zum anderen durch die Vinkulierung von Aktien.

### hh) Ergebnis

Der abhängigen Gesellschaft kann vor allem durch die Zustimmungspflicht der Hauptversammlung Konzerneingangsschutz gewährt werden. Diese kann sich aus einer vertraglichen Regelung im BCA, aus der Satzung oder von Gesetzes wegen ergeben. Kraft Gesetzes müssen die Aktionäre der abhängigen Gesellschaft dem BCA zustimmen, wenn

- wegen der Steigerung der Leitungsintensität des herrschenden Unternehmens eine Änderung des Gesellschaftszwecks bei der abhängigen Gesellschaft herbeigeführt wird,
- nach den Grundsätzen der "Holzmüller"-Doktrin eine grundlegende Strukturänderung herbeigeführt wird,
- eine freiwillige Übernahmehauptversammlung einberufen wird (§§ 29 ff. WpÜG),
- eine anschließende Verschmelzung stattfindet (§13 UmwG).

Weiteres Mittel zum Konzerneingangsschutz ist ein Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats hinsichtlich des Eingangs einer Konzernierung mit dem herrschenden Unternehmen. Aus Informationsgesichtspunkten sind als Konzerneingangsschutz noch die Mitteilungspflichten (§§ 20 ff. AktG, §§ 21 ff. WpHG) sowie die Ad-hoc-Publizität (§ 15 WpHG) zu nennen.

In vertraglicher Hinsicht kann die abhängige Gesellschaft zum Schutze vor einer Konzernierung Vorkehrungen in ihrer Satzung treffen. Dazu zählen bei nichtbörsennotierten Gesellschaften die Einführung eines Höchststimmrechts. Ansonsten ist noch an eine Vinkulierung von Aktien zu denken.

### b) Konzerneingangsschutz des herrschenden Unternehmens

Intensiver diskutiert wird sicherlich der Konzerneingangsschutz bei der abhängigen Gesellschaft. Allerdings führt eine Konzernierung auch bei dem herrschenden Unternehmen zu Konflikten. Der Konflikt ist vor allem in der Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Hauptversammlung zu sehen<sup>757</sup>. Als Schutzmechanismen kommen eine (aa) Ermächtigung in der Satzung und (bb) die Zustimmung der Hauptversammlung in Betracht.

---

<sup>755</sup> BGH, DB 1987, 679; Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 68 Rn. 68.

<sup>756</sup> Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 68 Rn. 58; Hüffer/Koch, AktG, § 68 Rn. 14.

<sup>757</sup> Knoll, in: Schüppen/Schaub, AktR, § 52 Rn. 37; Liebscher, in: BeckHdb AG, § 14 Rn. 42.

## aa) Ermächtigung in der Satzung, Konzernklausel

Als Konzerneingangsschutz kommt eine Klausel in der Satzung des herrschenden Unternehmens in Betracht, die den Vorstand des herrschenden Unternehmens ermächtigt, mit einer anderen abhängigen Gesellschaft einen Beherrschungsvertrag abzuschließen. Eine ausdrückliche Ermächtigung wäre sogar zwingend, wenn der Erwerb einer anderen Gesellschaft die Satzung des herrschenden Unternehmens ändern würde.

Nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG muss die Satzung den Unternehmensgegenstand bestimmen. Die Aktionäre sollen so vor Veränderungen des Unternehmens geschützt werden<sup>758</sup>. Eine Ermächtigung des Vorstands in der Satzung wäre demnach erforderlich, wenn sich durch den Erwerb eines anderen Unternehmens der Unternehmensgegenstand ändert. Dabei ist zwischen einer kapitalistischen und einer unternehmerischen Beteiligung zu unterscheiden<sup>759</sup>. Denn im Falle einer nur kapitalistischen Beteiligung und bei Bagatellfällen ist noch keine Änderung des Unternehmensgegenstands anzunehmen<sup>760</sup>. In den Fällen, in denen ein BCA abgeschlossen wird, verfolgt die herrschende Gesellschaft in der Regel unternehmerische Ziele und erlangt somit eine unternehmerische Beteiligung. Sie nimmt regelmäßig auf die abhängige Gesellschaft Einfluss, um mit dieser einen Unternehmensvertrag abzuschließen. Würde der Erwerb einer anderen Gesellschaft nicht zum Unternehmensgegenstand des herrschenden Unternehmens gehören, würde geleugnet, dass die Maßnahmen des Vorstands des herrschenden Unternehmens in der abhängigen Gesellschaft grundsätzlich geeignet sind, den Unternehmensgegenstand des herrschenden Unternehmens auszufüllen. Die Tätigkeit des Vorstands des herrschenden Unternehmens würde dabei auf einer isolierten Betrachtung fußen<sup>761</sup>. Für eine Regelung in der Satzung spricht zudem, dass die mittelbare Unternehmensführung einer abhängigen Gesellschaft in einem Konzern qualitativ eine andere ist als die unmittelbare Unternehmensführung in einer Einheitsgesellschaft<sup>762</sup>. Aufgrund dieses qualitativen Unterschieds bedarf es einer ausdrücklichen Regelung in der Satzung, ob die unternehmerische Tätigkeit des herrschenden Unternehmens auch durch die abhängige Gesellschaft ausgeführt werden darf. Sollte eine Konzernklausel fehlen, hat der Vorstand des herrschenden Unternehmens mit dem Beteiligungserwerb so lange zu warten, bis die Hauptversammlung der Aufnahme der Klausel mehrheitlich zugestimmt hat<sup>763</sup>.

## bb) Zustimmung der Hauptversammlung

### (1) Zustimmung der Hauptversammlung wegen Änderung des Gesellschaftszwecks, § 179 Abs. 1 AktG

§ 179 Abs. 1 Satz 1 AktG verlangt bei jeder Satzungsänderung die Zustimmung der Hauptversammlung. Unter einer Satzungsänderung im weiteren Sinn ist jedes Einwirken auf den Text der

---

<sup>758</sup> Henze, FS Ulmer, S. 211, 227; Pentz, in: MünchKomm-AktG, § 23 Rn. 78.

<sup>759</sup> Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 60 ff.; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor §§ 311 Rn. 57.

<sup>760</sup> Liebscher, Konzernbildungskontrolle, S. 67 f.; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor §§ 311 Rn. 57.

<sup>761</sup> Henze, FS Ulmer, S. 211, 227.

<sup>762</sup> ähnlich Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 64; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 5; Mertens, in: KölnKomm-AktG, § 82 Rn. 15; Wiedemann, in: GroßKomm-AktG, § 179 Rn. 64 f.; ders., ZGR 1975, 385, 416.

<sup>763</sup> Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 5; Müller, in: Spindler/Stilz, AktG, Vor §§ 311 Rn. 57.

Satzungsurkunde durch Einfügen oder Aufheben von Bestimmungen sowie deren inhaltliche oder formale Veränderung zu verstehen<sup>764</sup>.

§ 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG verlangt, dass der Unternehmensgegenstand in der Satzung bestimmt sein muss. Dabei ist der Begriff des Unternehmensgegenstands (vgl. § 179 Abs. 2 Satz 2 AktG) von dem des Gesellschaftszwecks abzugrenzen. Der Gesellschaftszweck wird im Aktiengesetz nicht näher angesprochen. In Anlehnung an § 705 BGB ist er als notwendiges Element des Gesellschaftsvertrages zu verstehen, der den kleinsten gemeinsamen Nenner der Interessen aller Gesellschafter darstellt<sup>765</sup>. Der Gesellschaftszweck bezeichnet somit den finalen Sinn des Zusammenschlusses<sup>766</sup>. Unter dem Unternehmensgegenstand werden die Art der Tätigkeit, welche die Gesellschaft zu betreiben beabsichtigt, gefasst<sup>767</sup>. Der Unternehmensgegenstand ist somit nur ein Mittel, um den von der Gesellschaft verfolgten Zweck zu erreichen<sup>768</sup>.

Fraglich ist, ob der Erwerb einer anderen Gesellschaft einer Satzungsänderung bedarf. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob der Erwerb als kapitalistische oder unternehmerische Beteiligung anzusehen ist. Bei einem Unternehmenserwerb mittels BCA und anschließendem Beherrschungsvertrag handelt es sich um den Erwerb einer unternehmerischen Beteiligung. Durch die Umsetzung des BCA ändert sich der Unternehmensgegenstand des herrschenden Unternehmens und somit auch der Gesellschaftszweck. Das herrschende Unternehmen verfolgt den Gesellschaftszweck von nun an zusammen mit der von ihm abhängigen Gesellschaft. Die Satzung des herrschenden Unternehmens erfährt dadurch eine Änderung. Folglich haben ihre Aktionäre der Änderung gem. § 179 Abs. 1 AktG zuzustimmen.

## (2) Zustimmung der Hauptversammlung wegen faktischer Konzernierung

Die Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens muss einer faktischen Konzernierung zustimmen. Zwar wurde diese Frage für die abhängige Gesellschaft grundsätzlich verneint, es sei denn, die Grenzen der §§ 311 ff. AktG werden überschritten. Bei dem herrschenden Unternehmen hat die Wertung jedoch anders auszufallen. Denn anders als bei dem abhängigen Unternehmen genießen die Aktionäre des herrschenden Unternehmens keinen Außenseiterschutz.

Gegen eine Zustimmungspflicht spricht, dass der Erwerb einer Tochtergesellschaft und somit erst recht die nur faktische Beherrschung als deren Minus eine gewöhnliche Handlung der Geschäftsführung darstellt<sup>769</sup>. Abgesehen davon, dass Erwerbe vorstellbar sind, die den gewöhnlichen Rahmen überschreiten<sup>770</sup>, ist auch zu berücksichtigen, dass die für die faktische Konzernierung aufgebrauchten Mittel auch zum Zwecke des organischen Wachstums des herrschenden Unternehmens hätten eingesetzt

---

<sup>764</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 179 Rn. 4; Stein, in: MünchKomm-AktG, § 179 Rn. 22.

<sup>765</sup> Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, § 1 Rn. 5.

<sup>766</sup> BGHZ 96, 245, 251 f.; OLG Hamburg, BB 1968, 267; Holzborn, in: Spindler/Stilz, AktG, § 179 Rn. 58; Hüffer/Koch, AktG, § 23 Rn. 22; Kraft, in: KölnKomm-AktG, § 23 Rn. 43; Kraft/Sailer-Coceani, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 9 Rn. 8; Reuter, ZHR 151 (1987), 237, 240; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 23 Rn. 34.

<sup>767</sup> Holzborn, in: Spindler/Stilz, AktG, § 179 Rn. 62; Stein, in: MünchKomm-AktG, § 179 Rn. 101; Wiedemann, in: GroßKomm-AktG, § 179 Rn. 54.

<sup>768</sup> Holzborn, in: Spindler/Stilz, AktG, § 179 Rn. 62; Zöllner, in: KölnKomm-AktG, § 179 Rn. 112 ff.

<sup>769</sup> BGHZ 83, 122, 132.

<sup>770</sup> Henze, FS Ulmer, S. 211, 229.

werden können<sup>771</sup>. Ferner hat die einem Unternehmensvertrag vorgeschaltete faktische Konzernierung mittels BCA Gemeinsamkeiten mit einer Ausgliederung<sup>772</sup>. In beiden Fällen hält die Gesellschaft Teile ihrer Ressourcen nicht mehr innerhalb ihrer eigenen Organisation. Vielmehr werden sie so eingesetzt, dass die Befugnisse der Hauptversammlung beeinträchtigt werden<sup>773</sup>. Durch den damit einhergehenden Mediatisierungseffekt<sup>774</sup> werden die mitgliedschaftlichen Herrschaftsbefugnisse verkürzt, indem das bislang eingesetzte Kapital der Kontrolle und Beteiligung der Aktionäre entzogen wird. Es gehört nun zu den Aufgaben des Vorstands, die Rechte aus der Beteiligung auszuüben.

Darüber hinaus besteht für die Aktionäre des herrschenden Unternehmens die Gefahr der Vermögensverlagerung<sup>775</sup>. Sollte das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft über Wert erworben haben, führt dies zu einer Subventionierung der außenstehenden Aktionäre der abhängigen Gesellschaft durch die Aktionäre des herrschenden Unternehmens<sup>776</sup>. Doch selbst bei einem Erwerb zum Marktwert kommt es zu einer Verwässerung der Anteile der Aktionäre des herrschenden Unternehmens. Für die Zustimmung der Hauptversammlung spricht darüber hinaus auch der Zweck des § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG. Er ist darin zu sehen, dass eine Änderung des Handlungsprogramms des Vorstands eine qualifizierte Zustimmung der Hauptversammlung erfordert.

Mit der faktischen Konzernierung verändert sich die Aufgabenstellung des Vorstands. Zudem verkomplizieren sich die Kontrollmöglichkeiten von Aufsichtsrat und Hauptversammlung. Der Einfluss der Aktionäre des herrschenden Unternehmens auf die Gewinnverwendung ihres Unternehmens reduziert sich<sup>777</sup>. Schließlich kann der Erwerb einer anderen Gesellschaft zu einer grundlegenden Veränderung des herrschenden Unternehmens führen. In diesem Fall handelt es sich bei der Tätigkeit des Vorstands nicht mehr um „Leitung“ und Vollzug der Satzung, sondern um deren „Umgestaltung“. Die „Umgestaltung“ der Satzung stellt eine Grundentscheidung dar und bedarf der Zustimmung der Hauptversammlung<sup>778</sup>. Wegen dieser einschneidenden Konsequenzen ist es geboten, vor einer faktischen Konzernierung die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen.

### cc) Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates

Ein weiteres Mittel des Konzerneingangsschutzes für das herrschende Unternehmen ist die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats.

---

<sup>771</sup> ähnlich *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 62.

<sup>772</sup> gegen die Anwendung der Holzmillergesetze auf den Beteiligungserwerb: *Joost*, ZHR 163 (1999), 164, 183; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 10; *Mertens*, in: KölnKomm-AktG, § 76 Rn. 51 f.; *Reichert*, in: BeckHdb AG, § 5 Rn. 49; *ders.*, AG 2005, 150, 155 f.; *Renner*, NZG 2002, 1091 ff.; *Timm*, ZIP 1993, 114, 117; *Werner*, ZHR 147 (1983), 429, 447; *Wollburg/Gehling*, FS Lieberknecht, S. 133, 152; dafür: LG Stuttgart, AG 1992, 236, 237 f.; *Geßler*, FS Stimpel, S. 771, 786; *Henze*, FS Ulmer, S. 211, 229 f.; *Hirte*, Bezugsrechtsausschluss, S. 177 f.; *Liebscher*, ZGR 2005, 1, 23 f.; *Wahlers*, AG, S. 94 ff.

<sup>773</sup> *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 62; zur Ausgliederung BGHZ 83, 122, 131.

<sup>774</sup> BGHZ 83, 122, 136 ff.; *Habersack*, AG 2005, 137, 142 ff.; *Hirte*, Bezugsrechtsausschluss, S. 180 ff.; *Kubis*, in: MünchKomm-AktG, § 119 Rn. 39 ff.; *Reichert*, AG 2005, 150, 152 ff.; *Wiedemann*, Unternehmensgruppe, S. 50 ff.; *Zimmermann/Pentz*, FS Müller, S. 151, 166 ff.

<sup>775</sup> *Mülbert*, in: GroßKomm-AktG, § 119 Rn. 33; ablehnend *Simon*, DSrR 2004, 1528 ff.

<sup>776</sup> BGH (Gelatine), BGHZ 159, 30 ff.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, Vor § 311 Rn. 34; zu § 253 Abs. 2 HGB: *Simon*, DSrR 2004, 1528 f.

<sup>777</sup> *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, Vor § 291 Rn. 62.

<sup>778</sup> *Lutter*, FS Stimpel, S. 825, 847.

#### dd) Ergebnis

Auch für die Aktionäre des herrschenden Unternehmens existieren Schutzinstrumente vor einer Konzernierung. So besteht die Möglichkeit, fakultativ eine Konzernklausel in der Satzung festzuschreiben. Unabhängig von einer möglichen Konzernklausel bedarf das BCA außerdem der Zustimmung der Hauptversammlung aufgrund einer Änderung des Gesellschaftszwecks sowie der Zustimmung des Aufsichtsrates aufgrund einer faktischen Konzernierung.

#### 5. Information der Hauptversammlung im Falle eines Hauptversammlungsbeschlusses

Die Aktionäre der abhängigen Gesellschaft als auch des herrschenden Unternehmens sind vor dem Hauptversammlungsbeschluss umfassend zu informieren. Die Informationspflicht besteht vor allem aus Bekanntmachungs-, Erläuterungs- und Auskunftspflichten. Ihr Umfang erstreckt sich auf sämtliche Vertragsbestandteile<sup>779</sup>.

#### a) Einberufung der Hauptversammlung

Entsprechend § 124 Abs. 2 Satz 2 AktG ist der Wortlaut der vorgeschlagenen Satzungsänderung oder der wesentliche Inhalt des Vertrags bekanntzumachen, wenn die Hauptversammlung über eine Satzungsänderung oder über einen Vertrag beschließen soll, der nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam werden kann.

Enthält das BCA eine Klausel in der Satzung, die den Unternehmensvertrag unter die Bedingung stellt, dass die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft diesem zustimmt, fällt das BCA in den Anwendungsbereich des § 124 Abs. 2 Satz 2 AktG. Der Unternehmensvertrag ist im Zeitpunkt der Einberufung der Hauptversammlung schwebend unwirksam. Dies ist in diesem Fall für die Anwendbarkeit des § 124 Abs. 2 Satz 2 AktG unschädlich<sup>780</sup>. In einigen BCA ist eine solche Klausel enthalten<sup>781</sup>, was zur Folge hat, dass § 124 Abs. 2 Satz 2 AktG zu beachten ist.

Fraglich ist, ob § 124 Abs. 2 Satz 2 AktG auch auf die BCA Anwendung findet, die keine entsprechende Satzungsklausel enthalten. § 124 Abs. 2 Satz 2 Var. 2 AktG setzt voraus, dass der Vertrag der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf. Das Aktiengesetz fordert für Satzungsänderungen oder bei einer diese gleichstehende Überlagerung des rechtlichen Statuts der Gesellschaft einen Beschluss der Hauptversammlung<sup>782</sup>. Der Abschluss eines BCA führt zu einer Satzungsänderung, sofern keine wirkungsvolle Konzernierungsklausel in die Satzung aufgenommen wurde, und bedarf in diesem Fall der Zustimmung der Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens. Der Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft bedarf es für den Fall, dass die Holz Müller-Grundsätze Anwendung finden.

---

<sup>779</sup> Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 44.

<sup>780</sup> OLG Schleswig, Der Konzern 2006, 294, 297 f.

<sup>781</sup> CFA France Telecom/Mobilcom Punkt 3; BCA Rhône-Poulenc/Hoechst 1.4 c).

<sup>782</sup> BGHZ 138, 136; OLG Schleswig, NZG 2008, 868, 874.

Folglich ist der Wortlaut der vorgeschlagenen Satzungsänderung beziehungsweise der wesentliche Inhalt des Vertrags bekanntzumachen. Im Folgenden wird dargestellt, welchen Inhalt der Vorstand der Gesellschaft den Aktionären vorab bekanntzugeben hat. Gem. §§ 293f. Abs. 1 Nr. 1, 293g AktG sind die Aktionäre über den Unternehmensvertrag zu informieren. Nach § 293f AktG sind der Unternehmensvertrag, die Jahresabschlüsse und ergänzenden Lageberichte der vertragsschließenden Unternehmen der letzten drei Geschäftsjahre und die nach § 293a AktG erstatteten Berichte der Vorstände und der Vertragspartner vor der Hauptversammlung auszulegen und auf Verlangen auch schriftlich mitzuteilen, (§ 293f Abs. 2 AktG).

#### aa) Vertragliche Verweigerung der Auskunft

Die genannten Auskünfte können den Aktionären aufgrund einer vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarung verweigert werden. Eine Vertraulichkeitsvereinbarung stellt eine Abrede dar, in der sich die Parteien verpflichten, über die zwischen ihnen geführten Verhandlungen und die im Rahmen der Gespräche wechselseitig ausgetauschten Informationen Stillschweigen zu bewahren<sup>783</sup>. Vertraulich sind nur nicht offenkundige Informationen<sup>784</sup>. Die Beweislast für das Fehlen der Vertraulichkeit liegt beim Erwerbsinteressenten, also dem zukünftig herrschenden Unternehmen.

Bei einer Verletzung der Vertraulichkeitsvereinbarung haftet der potenzielle Erwerber gegenüber dem Veräußerer auf Unterlassung bzw. Schadensersatz. Dadurch würde der verpflichteten Aktiengesellschaft ein Nachteil entstehen. Allerdings wird der Unterlassungsanspruch häufig wegen des fehlenden, durch den Vertraulichkeitsbruch entstandenen, irreparablen Schaden zu verneinen sein, während der Schadensersatzanspruch am Nachweis des entstandenen Schadens scheitern dürfte. Aus diesem Grund gibt der Erwerbsinteressent typischerweise ein Vertragstrafeversprechen ab. Die Preisgabe des Inhalts des BCA ist demnach geeignet, dem verpflichteten, herrschenden Unternehmen einen Nachteil zuzufügen, sodass dessen Vorstand wegen der Individualabrede nicht verpflichtet ist, den Aktionären über den Inhalt des BCA Auskunft zu erteilen.

#### bb) Gesetzliches Auskunftsverweigerungsrecht

Uneinigkeit besteht darüber, ob dem Vorstand auch kraft Gesetzes ein Auskunftsverweigerungsrecht gem. §§ 293f, 293g i.V.m. 131 Abs. 3 AktG zusteht. Nach einer Ansicht<sup>785</sup> findet § 131 Abs. 3 AktG auf § 293g Abs. 3 AktG Anwendung. Die Gegenansicht<sup>786</sup> lehnt ein Auskunftsverweigerungsrecht ab.

Der Wortlaut des § 293g Abs. 3 AktG in Verbindung mit § 131 Abs. 3 AktG spricht gegen ein Auskunftsverweigerungsrecht. § 293g Abs. 3 AktG nimmt keinerlei Bezug auf § 131 Abs. 3 AktG. Zudem steht einem Auskunftsverweigerungsrecht der Zweck des Auskunftsrechts entgegen. Dieser liegt in der vollständigen Unterrichtung der Aktionäre über die möglichen Auswirkungen des Unternehmensvertrags

---

<sup>783</sup> Schlitt, in: Semler/Volhard, Arb.Hdb.Unternehmensübernahmen, Bd. 2, § 6 Rn. 3.

<sup>784</sup> Schlitt, in: Semler/Volhard, Arb.Hdb.Unternehmensübernahmen, Bd. 2, § 6 Rn. 13.

<sup>785</sup> BT-Drs. 12/6699 (1994), S. 103 liSp; BSG, NJW 1974, 208, 212; Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 48; Spitze/Diekmann, ZHR 158 (1994), 447, 450; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293g Rn. 13.

<sup>786</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar, § 293g Rn. 23; Tendenz: BGHZ 110, 1, 16 f.

auf die Gesellschaft<sup>787</sup>. Ferner ist es nicht einsichtig, warum die Aktionäre des verpflichten Unternehmens berechtigt sein sollen, uneingeschränkte Auskunft über die Verhältnisse des anderen Vertragsteils zu erlangen<sup>788</sup>. Allerdings steht die Gesetzssystematik einem Auskunftsverweigerungsrecht nicht entgegen. § 293g Abs. 3 AktG stellt systematisch eine Erweiterung des Auskunftsrechts gem. § 131 Abs. 1 AktG dar und zudem darf das Auskunftsrecht Dritter nicht weitergehen als das Auskunftsrecht des Vertragspartners<sup>789</sup>.

Überzeugend ist eine dritte, vermittelnde Ansicht<sup>790</sup>. § 293a Abs. 2 AktG enthält eine Sonderregelung zu § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG und erweitert seinen Anwendungsbereich<sup>791</sup>. Ein Geheimhaltungsinteresse des Vorstands besteht demnach nur in dem Umfang, in dem Tatsachen nach § 293a Abs. 2 AktG von der Berichtspflicht ausgenommen werden. Gleichwohl muss der Vorstand der abhängigen Gesellschaft geheimhaltungsbedürftige Tatsachen nicht an die Aktionäre weitergeben, die er während der Verhandlungen über den Unternehmensvertrag erhalten hat. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass „sensible“ Daten dem Vorstand gar nicht erst mitgeteilt würden<sup>792</sup>. Allerdings muss der Vorstand entsprechend § 293a Abs. 2 AktG die Auskunftsverweigerung in der Hauptversammlung begründen. Er muss darlegen, welche konkreten Nachteile sich aus den geheim gehaltenen Informationen ergeben können<sup>793</sup>.

cc) Verschwiegenheitspflicht des Vorstands, § 93 Abs. 1 Satz 3 Var. 2 AktG

§ 93 Abs. 1 Satz 3 Var. 2 AktG verpflichtet den Vorstand über Geheimnisse der Gesellschaft Still-schweigen zu bewahren. Geheimnisse sind Tatsachen, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind, die nach dem – geäußerten oder mutmaßlichen – Willen der Gesellschaft geheim gehalten werden sollen und hinsichtlich derer ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung besteht<sup>794</sup>. Als Beispiele sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu nennen. Während unter Erstere technische Informationen fallen, werden unter Letztere kaufmännische Informationen subsumiert, zu welchen auch die Unternehmensplanung zählt<sup>795</sup>. Folglich gehören zu den Geschäftsgeheimnissen auch Informationen, die im Zusammenhang mit M&A-Verhandlungen erlangt werden, sowie Inhalte und Ergebnisse von Vorstands- und Aufsichtsratssitzungen<sup>796</sup>. Ob eine Tatsache im Rahmen eines M&A-Prozesses als Geschäftsgeheimnis einzuordnen ist, richtet sich objektiv nach dem Unternehmensinteresse. Dabei ist der Vorstand „Herr der Geschäftsgeheimnisse“<sup>797</sup>. Er kann

---

<sup>787</sup> Begr. RegE. zu § 293 AktG, in: Kropff, AktG, S. 382.

<sup>788</sup> Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293g Rn. 13.

<sup>789</sup> Krieger, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 71 Rn. 49.

<sup>790</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 293g Rn. 21; Hüffer/Koch, AktG, § 293a Rn. 19 f.; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 293g Rn. 22; Langenbacher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 293g Rn. 10.

<sup>791</sup> Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293g Rn. 13.

<sup>792</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 293g Rn. 21; Grunewald, in: Lutter, UmwG, § 64 Rn. 8.

<sup>793</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, § 293g Rn. 21; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, § 293g Rn. 22; Langenbacher, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 293g Rn. 10.

<sup>794</sup> BGHZ 64, 325, 329; Hefermehl/Spindler, in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 46; Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 30; Krieger/Sailer, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 18.

<sup>795</sup> Krieger/Sailer, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 18.

<sup>796</sup> BGHZ 64, 325, 332; Hopt, in: GroßKomm-AktG, § 93 Rn. 191; Körber, in: Fleischer/Ekkenga, Hdb. Vorstandsrecht, § 10 Rn. 5; Spindler, in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 100.

<sup>797</sup> BGHZ 64, 325, 329.

festlegen, ob eine Tatsache als Unternehmensgeheimnis einzustufen ist und ob es im Unternehmensinteresse liegt, diese geheim zu halten<sup>798</sup>.

dd) Verschwiegenheitspflicht gem. § 21 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, Art. 14 lit. a MMVO, § 14 Abs. 1 Nr. 2, 13 Abs. 1 Nr. 1 WpHG aF

Gem. Art. 14 lit. a MMVO ist es verboten, ein Insidergeschäft zu versuchen oder zu tätigen, anderen eine Insiderinformation unbefugt mitzuteilen oder zugänglich zu machen. Eine Insiderinformation wird gem. Art. 7 Abs. 1 lit. a MMVO als eine Information über nicht öffentlich bekannte Umstände definiert, die sich auf einen oder mehrere Emittenten von Insiderpapieren oder auf die Insiderpapiere selbst beziehen und die geeignet sind, im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens den Börsen- oder Marktpreis der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen. Eine Insiderinformation ist insbesondere auch eine Information über nicht öffentlich bekannte Umstände, die sich auf Aufträge von anderen Personen über den Kauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten beziehen, Art. 7 Abs. 1 lit. a MMVO. Gem. Art. 8 Abs. 4 lit. a MMVO ist der Vorstand Primärinsider. Vor einer Übernahme in Form eines Share Deals erlangt er Kenntnis von Aufträgen anderer Personen über den Kauf von Finanzinstrumenten seines Unternehmens. Dabei genügt nicht jeder noch so geringe oder von einem beliebigen Kunden stammende Auftrag über den Kauf von Finanzinstrumenten<sup>799</sup>, vielmehr muss die Tatsache geeignet sein, eine „erhebliche“ Kursbeeinflussung zu ermöglichen.

Gem. Art. 7 Abs. 2 MMVO sind Umstände im Sinne des Art. 7 Abs. 1 MMVO auch solche, bei denen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass sie in Zukunft eintreten werden. Von der Norm werden also auch zukünftige Umstände und Ereignisse erfasst. Dazu zählen insbesondere Informationen über Pläne, Vorhaben, Absichten oder einzelne Schritte im Rahmen gestreckter Sachverhalte oder mehrstufiger Entscheidungsprozesse<sup>800</sup>. Ein Kurspotenzial kann umso eher angenommen werden, je höher die Wahrscheinlichkeit ist, dass das unternehmerische Vorhaben erfolgreich abgeschlossen werden kann bzw. das Ergebnis eintreten wird<sup>801</sup>. Es erfolgt somit eine zweistufige Prüfung. Zum einen muss bei der Prüfung, ob eine konkrete Information vorliegt, eine Wahrscheinlichkeitsprüfung hinsichtlich des Eintritts des zukünftigen Umstands erfolgen. Wird dies bejaht, ist zu untersuchen, welche Auswirkungen das Vorhaben bzw. das Ereignis auf den Börsen- oder Marktpreis des entsprechenden Unternehmens hätte, wenn es realisiert werden würde<sup>802</sup>. Bei einem Übernahmehorhaben lassen sich hinsichtlich der Kurserheblichkeit folgende Annahmen treffen: Wird durch das Vorhaben die Unternehmensstruktur umfassend umgestaltet, so ist die Kursbeeinflussung auf einer frühen Realisierungsstufe anzunehmen. Bei Veränderungen im allgemeinen Geschäftsverlauf erfolgt eine Kursbeeinflussung erst zu einem späteren Zeitpunkt<sup>803</sup>. Allerdings müssen bei allen Vorhaben ernsthafte Realisierungschancen bestehen<sup>804</sup>. Etwas anderes gilt, wenn der Vorstand einen

---

<sup>798</sup> Spindler, in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 102.

<sup>799</sup> Assmann, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 13 Rn. 70.

<sup>800</sup> Assmann, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 13 Rn. 27; Kumpan/Misterek, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 7 VO (EU) 596/2014 Rn. 20 ff.

<sup>801</sup> Kumpan/Misterek, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 7 VO (EU) 596/2014 Rn. 21; Schwark, FS Bezzenberger, S. 771, 790.

<sup>802</sup> Assmann, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 13 Rn. 61; Kumpan/Misterek, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 7 VO (EU) 596/2014 Rn. 30; Mennicke/Jakovou, in: Fuchs, WpHG, § 13 Rn. 72.

<sup>803</sup> Kumpan/Misterek, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 9 VO (EU) 596/2014 Rn. 62 ff.

<sup>804</sup> Assmann, AG 1997, 50, 51; Dierlamm, NSiZ 1996, 519, 521; Schwark, ZBB 1996, 261, 261.

entsprechenden Beschluss fasst oder wenn konkrete Verhandlungen durchgeführt werden und erst-hafte Aussichten auf einen erfolgreichen Abschluss der Gespräche bestehen, wobei zwischen den Be-teiligten noch kein vollständiges Einvernehmen herrschen muss<sup>805</sup>. Nicht zu veröffentlichen sind lau-fende Übernahmeverhandlungen gem. Art. 9 Abs. 4 MMVO. Denn bei einer laufenden Übernahmever-handlung überwiegt das Emittenteninteresse gegenüber dem Interesse der Kapitalmarktteilnehmer<sup>806</sup>. Der Erwerber hat ein berechtigtes Interesse daran, die Verhandlungen bis zum Zeitpunkt ihrer Veröf-fentlichung nach Erwägungsgrund Art. 49 MMVO geheim zu halten. Damit sollen negative Auswirkun-gen auf die Verhandlungen, die Informationen von Wettbewerbern oder erhebliche Kurssteigerungen vermieden werden<sup>807</sup>. Wettbewerbsnachteile können dadurch entstehen, dass es einem Konkurrenten des Kaufinteressenten durch die frühzeitige Veröffentlichung ermöglicht wird, ein besseres Kaufangebot abzugeben. Er würde somit den Erwerb durch den Kaufinteressenten vereiteln<sup>808</sup>. Ferner kann es zu Kostensteigerungen kommen, wenn der Verkäufer mit einem anderen Interessenten in Verhandlungen steht<sup>809</sup>. Gerade diese Situation will das BCA vermeiden. In ihm wird regelmäßig explizit erwähnt, dass der Verkäufer sich nicht nach anderen Interessenten umsehen darf. Es besteht für den Vorstand somit eine Verschwiegenheitspflicht nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, Art. 14 lit. a MMVO.

## b) Ergebnis

Bei der Frage, ob den Aktionären der wesentliche Inhalt des BCA bekannt gemacht werden muss, ist auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen. Sollte in dem BCA der Passus enthalten sein, dass seine Wirksamkeit unter der aufschiebenden Bedingung steht, dass die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft diesem zustimmt, ist von einer Bekanntmachung des wesentlichen Vertragsinhalts abzu-sehen.

Anders ist der Fall gelagert, in denen in dem BCA keine aufschiebende Bedingung geregelt ist. Gleichwohl lässt sich die Preisgabe des wesentlichen Vertragsinhalts des BCA damit verhindern, dass der Vorstand der abhängigen Gesellschaft eine Vertraulichkeitserklärung unterzeichnet und ihm auf-grund dessen eine Preisgabe des Inhalts verwehrt ist. Ferner lässt sich eine Geheimhaltungspflicht des Vorstands auch aus dem Gesetz, namentlich aus § 293a Abs. 2 AktG, § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG und aus den § 21 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, Art. 14 lit. a MMVO ableiten.

## 6. Zustimmungsbeschluss

### a) Zustimmungsbeschluss bei Hauptversammlungskompetenz

Hinsichtlich des Mehrheitserfordernisses forderte der BGH in seiner Gelatine-Entscheidung eine Dreiviertelmehrheit des vertretenen Grundkapitals. Dieses Mehrheitserfordernis gilt unabhängig von

---

<sup>805</sup> AG Köln, EWIR 2000, 885 Anm. *Marxen/Müller*; BaFin: Emittentenleitfaden Ziff. IV.2. 2.14, S. 63 f.

<sup>806</sup> BT-Drs. 15/3174 (2004), S. 35.

<sup>807</sup> *Assmann*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, § 15 Rn. 150; *Harbarth*, ZIP 2005, 1898, 1904; *Kumpan/Misterek*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, Art. 17 VO (EU) 596/2014 Rn. 215 ff.; *Pfüller*, in: *Fuchs*, WpHG, § 15 Rn. 361; *Tollkühn*, ZIP 2004, 2215, 2218; *Zimmer*, FS Schwark, S. 669, 673.

<sup>808</sup> *Kumpan/Misterek*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, Art. 9 VO (EU) 596/2014 Rn. 62 ff.

<sup>809</sup> *Assmann*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, § 15 Rn. 153; *Harbarth*, ZIP 2005, 1898, 1905; *Kumpan/Schmidt*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, Art. 9 VO(EU) 596/2014 Rn. 59f.; *Veith*, NZG 2005, 254, 256;

einer Konzern- oder Satzungsklausel, die nur eine einfache Mehrheit vorsieht<sup>810</sup>. Im Zusammenhang mit dem Zustimmungsbeschluss stellt sich die Frage der Zustimmungsberechtigten. Dies sind grundsätzlich gem. § 134 AktG alle Aktionäre. Ausnahmsweise können jedoch Zustimmungsverbote bestehen. Im Folgenden wird untersucht, ob das herrschende Unternehmen einem solchen Stimmrechtsverbot unterliegt.

aa) Zustimmungspflicht des herrschenden Unternehmens wegen Treupflicht

Das herrschende Unternehmen kann im Einzelfall in seiner Rolle als Aktionär bei der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft aufgrund seiner Treupflicht bzw. seines Schädigungsverbots, § 826 BGB, zur Zustimmung des BCA verpflichtet sein. Eine Zustimmungspflicht ist zu bejahen, wenn der Vertragskonzern (§ 291 AktG) im dringenden Interesse der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter steht und der Aktionär durch seine Stimmenverweigerung der Aktiengesellschaft bewusst einen Schaden zufügt<sup>811</sup>. Dann wäre der Hauptversammlungsbeschluss wegen einer vorsätzlichen Schädigung anfechtbar. Verweigert ein Aktionär seine Zustimmung, so kann darin ein Stimmenmissbrauch liegen. Die Stimmenabgabe wäre nichtig und somit nicht mitzuzählen<sup>812</sup>.

bb) Stimmrechtsverbot des herrschenden Unternehmens wegen § 136 Abs. 1 AktG

Fraglich ist ferner, ob dem Vertragspartner des BCA ein Stimmrechtsverbot nach § 136 Abs. 1 AktG aufzuerlegen ist. § 136 Abs. 1 AktG will den Verbandswillen vor Sonderinteressen der Aktionäre schützen<sup>813</sup>. Der Vertragspartner des BCA, der gleichzeitig Aktionär der verpflichteten, d.h. zukünftig abhängigen Gesellschaft ist, verfolgt in der Regel das Ziel, die verpflichtete Gesellschaft durch eine Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss faktisch einzugliedern. Den Aktionären der verpflichteten Gesellschaft verbleiben zwei Möglichkeiten. Sie können entweder ihre bisherigen Aktien gegen Aktien des herrschenden Unternehmens eintauschen oder gegen eine Abfindung aus der Gesellschaft ausscheiden.

In seiner Rolle als Aktionär liegt das Interesse des herrschenden Unternehmens in einem möglichst hohen Umtauschverhältnis bzw. einer möglichst hohen Barabfindung. Als herrschendes Unternehmen verfolgt es hingegen genau das gegenteilige Interesse. Ihn interessiert ein möglichst niedriges Umtauschverhältnis bzw. eine geringe Barabfindung. Wegen dieses Interessenkonflikts ist an einen Ausschluss des Stimmrechts des herrschenden Unternehmens gem. § 136 Abs. 1 AktG zu denken.

Gegen einen Stimmrechtsausschluss spricht die Konzernoffenheit des deutschen Konzernrechts. Außerdem werden die Aktionäre durch das Aktiengesetz bereits hinreichend geschützt. Für eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen mit Bezugsrechtsausschluss bedarf es einer Kapitalmehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Darüber hinaus wird wegen der Schwere des Eingriffs in das Mitgliedschaftsrecht im Rahmen des § 243 Abs. 1 AktG überwiegend

---

<sup>810</sup> BGHZ 159, 30.

<sup>811</sup> BGHZ 129, 136, 142 ff.; *Flume*, ZIP 1996, 161 ff.; *Henze*, ZHR 162 (1998), 186 ff.; *Lutter*, ZHR 162 (1998), 164 ff.

<sup>812</sup> *Hüffer/Koch*, AktG, § 179 Rn. 31; *Zöllner*, in: *KölnKomm-AktG*, § 179 Rn. 213.

<sup>813</sup> RGZ 60, 172, 173; OLG Frankfurt/Main, GmbHR 1990, 79, 81; *Hüffer/Koch*, AktG, § 136 Rn. 1.

eine sachliche Rechtfertigung als ungeschriebene materielle Voraussetzung verlangt, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegt<sup>814</sup>. Der differenzierende Ansatz des BGH lässt sich allerdings auch auf § 293 AktG übertragen. Schließlich hat der Gesetzgeber die Entscheidung über den Vertragsschluss bewusst nicht in die Hand der Minderheit gelegt<sup>815</sup>. Zu bedenken ist, dass die Minderheitsaktionäre der abhängigen Gesellschaft von der organisatorischen Veränderung besonders stark betroffen sind. Es wäre damit unangemessen, gerade sie von der Abstimmung auszuschließen<sup>816</sup>. Die organisatorischen Veränderungen in der abhängigen Gesellschaft stehen zwar im Interesse des herrschenden Unternehmens, dennoch werden sie in ihrer eventuellen Rolle als Minderheitsaktionäre von diesen besonders stark betroffen sein. Auch wenn dies anders gesehen werden sollte, bleibt zu bedenken, dass für den Zustimmungsbeschluss gem. § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG eine Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich ist. Diese Mehrheit kann ein Minderheitsaktionär selbst bei einer nur geringen Teilnahme an der Abstimmung in der Regel nicht erreichen. Hinzukommt, dass die Minderheitsaktionäre durch einen schriftlichen Bericht des Vorstands nach § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG einen weiteren Schutz vor einem Ausbluten ihrer Gesellschaft erfahren. Zunächst hat der Vorstand gem. § 186 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 AktG vorzulegen, warum die Aktionäre vom Bezugsrecht (§ 186 Abs. 1 AktG) ausgeschlossen sind. Dazu begründet der Vorstand entsprechend § 186 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 AktG seinen vorgeschlagenen Ausgabebetrag, und sollte er unangemessen niedrig sein, berechtigt dies die Aktionäre zur Anfechtung der Kapitalerhöhung nach § 255 Abs. 2 Satz 1 AktG. Die Norm schützt die Aktionäre vor einer vermögensmäßigen Entwertung ihrer Mitgliedschaftsrechte<sup>817</sup>. Um einem missbräuchlichen Gebrauch dieses Rechtsschutzes entgegenzuwirken, kann die kapitalerhöhende Gesellschaft gem. §§ 255 Abs. 3, 246a AktG ein Freigabeverfahren anstrengen.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass von einem Stimmrechtsverbot des herrschenden Unternehmens abzusehen ist.

## b) Ergebnis

Eine Zustimmungspflicht des herrschenden Unternehmens zu dem BCA in der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft ist im Einzelfall zu bejahen, wenn bei einer Verweigerung der Zustimmung der abhängigen Gesellschaft ein Schaden zugefügt werden würde. Für das herrschende Unternehmen besteht darüber hinaus kein Stimmrechtsverbot gem. § 136 Abs. 1 AktG. Die Aktionäre der abhängigen Gesellschaft werden hinreichend durch § 255 Abs. 2 Satz 1 AktG geschützt, der ihnen ein Anfechtungsrecht für den Fall gewährt, dass der Ausgabe-/Mindestbetrag der Kapitalerhöhung unangemessen niedrig ausgefallen sein sollte.

---

<sup>814</sup> BGHZ 71, 40, 43 ff.; *Emmerich*, AG 1991, 303, 307; *Martens*, FS Fischer, S. 437, 446; *Wiedemann*, ZGR 1980, 147, 156 f.

<sup>815</sup> Begr. RegE. Zu § 293 AktG, in: *Kropff*, AktG, S. 380 f.

<sup>816</sup> *Immenga*, BB 1970, 629, 632; *a.A. Duden*, BB 1957, 1230, 1234 f.

<sup>817</sup> OLG München, AG 2007, 37, 41; *a.A. Burwitz*, NZG 2007, 497, 499 f., 503 f.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 255 Rn. 2; *Stilz*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 255 Rn. 1; *J. Vetter*, ZHR 168 (2004), 8, 29 ff; *Winter*, FS Happ, S. 363, 376 ff.

## 7. Abschließende Bewertung des faktischen Konzerns

Die außenstehenden Aktionäre werden durch das Recht des faktischen Konzerns nicht schutzlos gestellt. Verglichen mit dem Vertragskonzern sind die Rechtsfolgen im faktischen aus der Sicht von Forderungsinhabern und außenstehenden Aktionären sogar noch schärfer. Denn anders als im Vertragskonzern muss das herrschende Unternehmen unabhängig vom Jahresfehlbetrag der abhängigen Gesellschaft einen Nachteilsausgleich leisten. Zudem haften die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens persönlich für den Nachteilsausgleich.

Im Rahmen der Vertragsfreiheit obliegt es Unternehmen sich im Vorfeld vor möglichen Konzernsituationen zu schützen. So können sie in ihrer Satzung die Vinkulierung von Namensaktien und, um eine Einflussnahme durch die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern in die abhängige Gesellschaft zu erschweren, besondere persönliche Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder festschreiben.

Im Übrigen werden Unternehmen durch die Pflicht zur Unterbreitung eines Übernahmeangebots (§§ 29 ff. WpÜG), der Zustimmung der Hauptversammlung bei einer dem BCA nachfolgenden Verschmelzung (§§ 13, 69 ff. UmwG) sowie nach den Holz Müller Grundsätzen im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen zustimmen.

Die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft mit einer analogen Anwendung des Spruchverfahrensgesetz anstelle der Regelungen über den faktischen Konzern widerspricht dem Willen des Gesetzgebers. Im Falle eines verdeckten Beherrschungsvertrags hat der Gesetzgeber ausdrückliche und abschließende Regelungen getroffen. Zudem ist es legitim, dass ein Mehrheitsaktionär mit seinen Stimmrechten die Minderheitsaktionäre in einen faktischen Konzern drängt.

## IV. Qualifiziert faktischer Konzern

### 1. Definition und Rechtsfolgen

Ein qualifiziert faktischer Konzern liegt vor, wenn das herrschende Unternehmen seine Leitungsmacht ohne Rücksicht auf die Belange der abhängigen Gesellschaft ausübt und sich der ihr dadurch zugefügte Nachteil nicht im Wege eines Einzelausgleichs kompensieren lässt<sup>818</sup>. Als Rechtsfolge finden unter anderem §§ 302, 303 AktG analoge Anwendung, was zu einer Verlustübernahme des herrschenden Unternehmens führt. Zudem stünde den außenstehenden Aktionären gem. § 305 AktG analog ein Abfindungsanspruch zu, der gem. §§ 305 Abs. 5 AktG i.V.m. SpruchG vom Gericht festgesetzt wird.

---

<sup>818</sup> BGHZ 122, 123, 130 f. dazu *Altmeyden*, EWiR 1993, 327; *Cahn*, ZIP 2001, 2159; *Altmeyden*, in: MünchKomm-AktG, Anh. § 317 Rn. 1 ff.; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlussanhang I GmbH-Konzernrecht Rn. 74; *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG, Anh. 77 Rn. 147 ff.; *Emmerich*, in: Scholz, GmbHG Bd. 1, Anh. 13 Rn. 91, 99; *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 141; *ders.*, ZGR 1994, 375, 383; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 25 ff.; *Mülbert*, Unternehmensgruppe, S. 485 f.

## 2. Rechtsprechungsentwicklung im GmbH-Recht

In den siebziger Jahren wandte der BGH in seiner „Autokran“-Entscheidung<sup>819</sup> § 303 AktG entsprechend, unter dem Vorbehalt des § 317 Abs. 2 AktG, für den Fall an, dass das herrschende Unternehmen die Geschäfte der abhängigen Gesellschaft dauernd und umfassend selbst führt. In seiner „Tiefbau“-Entscheidung<sup>820</sup> ersetzte der BGH die entsprechende Anwendung des § 317 Abs. 2 AktG durch einen Kausalitätsgegenbeweis und bejahte als Rechtsfolge eine Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens. Dem herrschenden Unternehmen wurde von nun an der Einwand zugestanden, dass die abhängige Gesellschaft die Verluste zurückzuführen hat, die unabhängig von der einheitlichen Leitung entstanden sind. Zudem wurde der Anwendungsbereich der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns auf Einzelunternehmen erweitert. Eine weitere Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs auf eine Einmann-GmbH erfolgte in dem „Video“-Urteil<sup>821</sup> des BGH. In seinem „TBB“-Urteil<sup>822</sup> vollzog der BGH einen Wandel von einer Zustandshaftung zu einer Verhaltenshaftung<sup>823</sup>. Von nun an war nicht mehr eine dauernde und umfassende Leitung der abhängigen Gesellschaft erforderlich, vielmehr genügte bereits ein objektiver Missbrauch der Leitungsmacht. Ein objektiver Missbrauch der Leitungsmacht liegt vor, wenn das herrschende Unternehmen auf die Belange der abhängigen Gesellschaft nicht angemessen Rücksicht nimmt und eine Kompensation durch Einzelausgleich unmöglich ist. Die Darlegungs- und Beweislast eines objektiven Missbrauchs der Leitungsmacht liegt beim Kläger.

## 3. Übertragung der GmbH-Rechtsprechung auf das Aktienrecht

Die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns und mithin die Anwendung der §§ 304 ff. AktG sind nicht auf das Aktienrecht übertragbar. Die Voraussetzungen, namentlich eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenslage, liegen nicht vor.

### a) Planwidrige Regelungslücke

Sinn und Zweck der §§ 302 ff. AktG ist vornehmlich der Gläubigerschutz<sup>824</sup>. Während § 302 AktG die Gläubiger durch eine Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens absichert und das Beherrschungsverhältnis beendet, gewährt § 303 AktG einen Anspruch auf Sicherungsleistung und einen direkten Zahlungsanspruch gegen das ehemals herrschende Unternehmen.

### aa) Börsennotierte Gesellschaften

Für börsennotierte Gesellschaften im Sinn des § 3 Abs. 2 AktG besteht keine Regelungslücke. Seit dem Jahr 2002 müssen sie gem. §§ 35 Abs. 2, 29 Abs. 2 WpÜG ein Pflichtangebot abgeben. Ab Abgabe dieses Pflichtangebots durch den Bieter besteht ein effektiver Schutz der Aktionäre der in Abhängigkeit

---

<sup>819</sup> BGHZ 95, 330, 339, 345 ff.

<sup>820</sup> BGHZ 107, 7, 15 ff.

<sup>821</sup> BGHZ 115, 187, 189.

<sup>822</sup> BGHZ 122, 123.

<sup>823</sup> OLG Köln, AG 2009, 416, 421; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, Anh. § 318 Rn. 54; *Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 317 Rn. 48.

<sup>824</sup> *Krieger*, in: MünchHdb.GesR Bd. 4, § 70 Rn. 142.

geratenen Zielgesellschaft<sup>825</sup>. Hieraus wird ersichtlich, dass sich das Konzernrecht und das Kapitalmarktrecht ergänzen<sup>826</sup>.

#### bb) Nicht börsennotierte Gesellschaften

Auf nichtbörsennotierte Gesellschaften ist das WpÜG nicht analog anwendbar, da das WpÜG vom Gesetzgeber bewusst als kapitalmarktrechtliche Regelung ausgestaltet wurde<sup>827</sup>. Auch §§ 302 ff. AktG finden keine analoge Anwendung. Denn anders als das GmbH-Gesetz enthält das Aktiengesetz in §§ 311 ff. AktG Regelungen für den Fall eines fehlenden Beherrschungsvertrags. Es fehlt somit schon aus diesem Grund an einer Regelungslücke<sup>828</sup>. Zudem unterscheidet der Gesetzgeber in systematischer Hinsicht zwischen dem Vertragskonzern und dem außervertraglichen Konzern. Eine Anwendung der vertragskonzernrechtlichen Regelungen in §§ 302 ff. AktG, auf einen nicht auf vertraglicher Grundlage gestellten qualifiziert faktischen Konzern, wäre somit systemwidrig<sup>829</sup>. Schließlich noch eignet sich der Zweck des § 302 Abs. 1 AktG nicht zur Lückenfüllung. § 302 Abs. 1 AktG ist Folge des § 291 Abs. 3 AktG, der die Vorschriften der Kapitalbindung für unanwendbar erklärt. § 311 AktG modifiziert die Vorschriften über die Kapitalbindung. Sollte ein Ausgleich der zugefügten Nachteile nicht möglich sein, leben die Vorschriften über die Kapitalbindung wieder auf<sup>830</sup>.

#### cc) Zwischenergebnis

Weder bei börsennotierten noch bei nicht börsennotierten Gesellschaften besteht eine planwidrige Regelungslücke als Grundlage für eine Analogie zu §§ 302 ff. AktG.

#### b) Vergleichbare Interessenlage

Zwischen den §§ 302 ff. AktG und der Situation bei einem qualifiziert faktischen Konzern besteht auch keine vergleichbare Interessenlage. Zum einen führt eine qualifiziert faktische Beherrschung, anders als der Abschluss eines Beherrschungsvertrags, nicht zwingend zu einem Marktversagen<sup>831</sup>. Zum anderen würde eine analoge Anwendung der §§ 302 ff. AktG zu einer ungerechtfertigten Anspruchshäufung zu Lasten des herrschenden Unternehmens führen. Die §§ 302 ff. AktG berücksichtigen nicht den in §§ 311 ff. AktG vorgenommenen Interessenausgleich<sup>832</sup>. Nach §§ 311 ff. AktG können außenstehende Aktionäre eine Unterlassung der qualifiziert faktischen Beherrschung verlangen, während sie nach § 305 AktG zudem noch eine Abfindung verlangen können.

---

<sup>825</sup> *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, Anh. § 318 Rn. 46; *Mülbert/Schneider*, WM 2003, 2301 ff.; skeptisch *Schneider*, AG 2002, 125, 127.

<sup>826</sup> *Altmeppen*, ZIP 2001, 1073, 1082; *Balthasar*, NZG 2008, 858, 860; *Fleischer*, NZG 2002, 545 f.; *Kalss/Fleischer/Vogt*, GesR u. KapMktR, S. 28 f.; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, Anh. § 318 Rn. 46; *Krause*, AG 2002, 186; *Mühle*, Schnittfeld, S. 422 ff.; *Reul*, Konzernrecht, S. 285, 302; *Wackerbarth*, WM 2001, 1741, 1745 f.

<sup>827</sup> *Kleindiek*, ZGR 2002, 546, 558 ff.; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, Anh. § 318 Rn. 47; *Versteegen*, in: *KölnKomm-WpÜG*, § 1 Rn. 4; *a.A. Mülbert*, ZIP 2001, 1221, 1226 f.

<sup>828</sup> im Ergebnis auch *Altmeppen*, in: *MünchKomm-AktG*, Anh. § 317 Rn. 14; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, Anh. § 318 Rn. 64.

<sup>829</sup> so auch: *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, Anh. § 318 Rn. 64.

<sup>830</sup> *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, Anh. § 318 Rn. 64.

<sup>831</sup> *Balthasar*, NZG 2008, 858, 860; *a.A. Lieb*, FS Lutter, S. 1151, 1155.

<sup>832</sup> *Balthasar*, NZG 2008, 858, 860.

## c) Ergebnis

Mangels planwidriger Regelungslücke und vergleichbarer Interessenlage finden die §§ 302 ff. AktG bei einer qualifiziert faktischen Beherrschung keine analoge Anwendung.

## VI. Existenzvernichtender Eingriff, § 826 BGB

### 1. Rechtsprechung zur GmbH

In seiner „Bremer-Vulkan“-Entscheidung<sup>833</sup> hat sich der BGH erstmals von der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns abgewandt und stattdessen auf die allgemeine Haftung für existenzvernichtende Eingriffe zurückgegriffen. Die „KBV“-Entscheidung<sup>834</sup> gestaltet die Haftung wegen existenzvernichtendem Eingriff als Durchgriffshaftung (Außenhaftung), wegen Verlust des Haftungsprivilegs gem. § 13 Abs. 2 GmbHG, aus. Von dieser Rechtsprechung nahm der BGH in seiner „Trihotel“-Entscheidung<sup>835</sup> wieder Abstand. Die Haftung wegen existenzvernichtendem Eingriff soll von nun an als deliktische Innenhaftung ausgestaltet sein. Sie ist, gestützt auf § 826 BGB, eine Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung. Die Abkehr von der Durchgriffshaftung soll „unangemessen harten Ergebnissen“ entgegenwirken<sup>836</sup>. Das bedeutet, dass die außenstehenden Aktionäre im Rahmen der Innenhaftung einen direkten Anspruch gegen die abhängige Kapitalgesellschaft haben.

### 2. Übertragbarkeit auf die Aktiengesellschaft

Die „Trihotel“-Rechtsprechung ist auf die Aktiengesellschaft übertragbar. Die Rechtsprechung zur GmbH zeigt, dass sich die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns überholt ist<sup>837</sup>. Zudem fehlt es, wie oben gezeigt, an einer planwidrigen Regelungslücke für die Anwendung der §§ 302 ff. AktG. Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften begegnet auch der praktisch unbrauchbaren Formulierung des Tatbestandes des qualifiziert faktischen Konzerns<sup>838</sup>. Durch die Anwendung des § 826 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz sind die außenstehenden Aktionäre hinreichend geschützt. Zudem werden die unangemessen harten Ergebnisse der Durchgriffshaftung vermieden<sup>839</sup>. Der Schadensersatzanspruch kann in Einzelfällen sogar noch über einen Verlustausgleichsanspruch nach § 302 AktG hinausgehen, so z.B. bei Insolvenz einer Einmann-AG. Dies wäre der Fall, wenn der addierte Verlust höher ist, als die zur Beseitigung der Überschuldung erforderliche Summe. Bei einer mehrgliedrigen Aktiengesellschaft wäre ein bloßer Verlustausgleich für die Minderheitsaktionäre nicht ausreichend. Der Verlustausgleich würde nämlich nicht vor der Aushöhlung stiller Reserven und der Vereitelung der Gewinnchancen schützen<sup>840</sup>.

---

<sup>833</sup> BGHZ 149, 10, 16 f.

<sup>834</sup> BGHZ 151, 181, 187.

<sup>835</sup> BGHZ, 173, 246.

<sup>836</sup> Goette, DStR 2007, 1586, 1594.

<sup>837</sup> OLG Stuttgart, AG 2007, 633, 636; Decher, ZHR 171 (2007), 126, 137; Henze, AG 2004, 405, 415; Hüffer/Koch, AktG, § 1 Rn. 26; Koppensteiner, in: KölnKomm-AktG, Anh. § 318 Rn. 72 ff.; Liebscher, in: BeckHdb AG, § 14 Rn. 97.

<sup>838</sup> Hüffer/Koch, AktG, § 1 Rn. 26.

<sup>839</sup> Goette, DStR 2007, 1586, 1594.

<sup>840</sup> Altmeppen, in: MünchKomm-AktG, Vor § 317 Rn. 32 (im Ergebnis aber §§ 311, 317 AktG).

Richtigerweise ist die Haftung nach § 826 BGB als vorsatzabhängige Innenhaftung auszugestalten<sup>841</sup>. Das bedeutet, dass die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger einen direkten Anspruch gegen die Gesellschaft haben. Für diese Lösung spricht § 117 AktG. Diese Norm sieht ebenfalls eine Innenhaftung vor und ist zudem deliktischen Ursprungs. Dabei schließt § 117 AktG die Anwendung von § 826 BGB nicht aus. Beide Normen sind vielmehr konkurrierend zueinander anzuwenden<sup>842</sup>. Denn eine Innenhaftung nach § 826 BGB entspricht dem allgemeinen und in § 117 Abs. 1 Satz 2 AktG geregelten Grundsatz, dass im Zusammenhang mit der Haftung gegenüber Gesellschafter/Aktionären, mittelbare Schäden auch mittelbar, durch das Wiederauffüllen des Gesellschaftsvermögens, auszugleichen sind<sup>843</sup>.

### 3. Voraussetzungen des existenzvernichtenden Eingriffs

Haftungsvoraussetzung für einen existenzvernichtenden Eingriff ist das Vorliegen eines die Insolvenzreife herbeiführenden oder vertiefenden Eingriffs. Dieser ist durch einen Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen gekennzeichnet, der die „auf Grund der Zweckbindung dieses Vermögens gebotenen angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maß vermissen“<sup>844</sup> lässt.

Als Eingriff in das Gesellschaftsvermögen kommen folgende Handlungen in Betracht:

- ein bilanziell nicht erfassbarer Abzug betriebsnotwendiger Liquidität<sup>845</sup>;
- den Zusammenbruch der Gesellschaft verursachende, in ihren Folgen für die Gesellschaft und deren Gläubiger nicht oder nicht gänzlich durch die Kapitalerhaltungsregeln zu bewältigende Entnahmen;
- der Entzug von Geschäftschancen oder von Führungspersonal;
- die Veranlassung von spekulativen und mit unangemessenen Risiken versehenen Geschäften<sup>846</sup>;
- nachteilige Maßnahmen der Konzernintegration, z.B. Rückzug vom Markt oder von Teilmärkten, Einbindung in ein zentrales Cash Management, Verlagerung von Geschäftsfeldern auf andere Konzerngesellschaften, prozessuale Vereitelung der Durchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen Gesellschafter<sup>847</sup>;
- die Verschmelzung eines insolvenzreifen Rechtsträger, wenn sie die Insolvenz der übernehmenden Gesellschaft herbeiführt oder vertieft<sup>848</sup>.

---

<sup>841</sup> *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, Anh. § 317 Rn. 13, 54 ff.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 1 Rn. 27; *a.A. Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG, Anh. § 318 Rn. 72 (Durchgriffshaftung).

<sup>842</sup> *Hüffer/Koch*, AktG, § 1 Rn. 27; *ders.*, AktG, § 117 Rn. 2.

<sup>843</sup> BGH, NJW 1987, 1077; BGH, NJW 1992, 3167, 3177; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 31 Rn. 21.

<sup>844</sup> BGHZ 151, 181, letzte Leitsatz.

<sup>845</sup> BGHZ 195, 42, Rn. 10 ff.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 31 Rn. 13; zu weitgehend *Nasall*, NJW 2010, 2305; dagegen *Gloger/Goette/Japing*, ZInSO 2008, 1051, 1053 f.

<sup>846</sup> BGH ZIP 2000, 493, 494.

<sup>847</sup> BGHZ 179, 344 Rn. 17 ff.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 31 Rn. 13.

<sup>848</sup> BGH, NZG 2019, 187 Rn. 25 ff.; *Priester*, ZIP 2019, 646.

Als weitere Voraussetzung muss der Eingriff in das Gesellschaftsvermögen eine Beeinträchtigung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten und damit die Insolvenzreife bzw. deren Vertiefung der Gesellschaft zur Folge haben<sup>849</sup>. Anknüpfungspunkt für die Haftung ist die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft. Das bedeutet, dass für den existenzvernichtenden Eingriff dann kein Raum mehr besteht, wenn die Fähigkeit der Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen anderweitig wiederhergestellt wird, z.B. durch Rückgewähr empfangener Leistungen<sup>850</sup>.

Schließlich noch muss der Eingriff in das Gesellschaftsvermögen vorsätzlich erfolgen<sup>851</sup> und kausal für den Ausfall des Gläubigers sein<sup>852</sup>. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Insolvenzreife auf andere Ursachen, wie etwa auf konjunkturelle Gegebenheiten, zurückzuführen ist<sup>853</sup>.

#### 4. Ergebnis

Die Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern im Recht der GmbH ist nicht auf die Aktiengesellschaft übertragbar. Stattdessen ist auf die allgemeinen Regeln zurückzugreifen, insbesondere auf § 826 BGB.

#### V. Ergebnis

Ein BCA kann, je nach Ausgestaltung, als verdeckter Beherrschungsvertrag zu werten sein. Im Hinblick auf die Rechtsfolge werden die Regelungen über die fehlerhafte Gesellschaft regelmäßig nicht anwendbar sein. Typischerweise wird es an der Erfüllung ihrer Voraussetzung fehlen. Nach der hier vertretenen Auffassung sind für die Anwendbarkeit der Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft die Zustimmung der Aktionäre als willensbildendes Element, die Eintragung ins Handelsregister für die Invollzugsetzung der fehlerhaften Gesellschaft und eine Regelung von Abfindungs- und Ausgleichsansprüchen im BCA erforderlich.

Somit sind die Regelungen über den faktischen Konzern anzuwenden. Das bedeutet, dass der abhängigen Gesellschaft ihre Nachteile gemäß § 317 AktG auszugleichen sind. Darüber hinaus kommt eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs nach § 826 BGB in Betracht.

Die vorstehende Darstellung zeigt, dass die außenstehenden Aktionäre dadurch nicht schutzlos gestellt sind.

Dieses Ergebnis ist auch sachgerecht. Der Gesetzgeber hat genau für die Fälle, in denen zwischen Aktiengesellschaften kein (wirksamer) Beherrschungsvertrag abgeschlossen wurde die Regelungen über den faktischen Konzern entwickelt. Diese ausdrücklichen und abschließenden Regelungen würden leerlaufen, wenn stattdessen die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft mit einer analogen Anwendung des Spruchverfahrensgesetz Anwendung fände.

---

<sup>849</sup> OLG Celle, ZIP 2008, 433 Rn. 13; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 31 Rn. 16.

<sup>850</sup> BGHZ 173, 246, Rn. 52 ff.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 31 Rn. 16.

<sup>851</sup> Trihotel, BGHZ 173, 246 Rn. 30 f.

<sup>852</sup> BGHZ 173, 246 Rn. 41; *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1686 f.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Kommentar, § 31 Rn. 17.

<sup>853</sup> BGH, ZIP 2005, 117, 118; BGHZ 173, 246, Rn. 27 ff.

Die außenstehenden Aktionäre sind zusätzlich zu den Regelungen über den faktischen Konzern und des existenzvernichtenden Eingriffs im Vorwege einer Konzernierung geschützt. Beim Konzerneingangsschutz ist zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen zu unterscheiden. Die abhängige Gesellschaft wird vor einer Konzernierung im Einzelfall durch eine Zustimmungspflicht der Hauptversammlung sowie des Aufsichtsrats geschützt. Zudem verhindern Mitteilungspflichten sowie die Ad-hoc Publizität ein Anschleichen des herrschenden Unternehmens und schaffen Transparenz. Schließlich noch kann die abhängige Gesellschaft in ihrer Satzung die Vinkulierung von Namensaktien vorsehen, einer nicht börsennotierten Gesellschaft steht zudem noch die Möglichkeit eines Höchststimmrechts offen.

Neben der abhängigen Gesellschaft werden auch die Aktionäre des herrschenden Unternehmens vor einer Konzernierung geschützt. Zu nennen sind eine Konzernklausel, die Zustimmungspflicht der Hauptversammlung wegen Änderung des Gesellschaftszwecks sowie der Zustimmung des Aufsichtsrates aufgrund einer faktischen Konzernierung.

## E. Zusammenfassung

### I. Vertragsinhalt

Das BCA ist als Vorvertrag zu einem Unternehmensvertrag zu verstehen. Demnach stellt sich die Frage, inwieweit die Regelungen über Verbundene Unternehmen, §§ 291 ff. AktG, Anwendung finden. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft unter seine fremde Leitung stellt. Anhand der ausgewerteten Regelungen im BCA können folgende Fallgruppen gebildet werden:

#### 1. Keine Unterstellung unter fremder Leitung

Die folgenden Gestaltungen in einem BCA führen zu keiner Leitungsunterstellung:

- Eine reinen Aktionärsvereinbarung;
- die Unterstellung nur einzelner Betriebe beziehungsweise einzelner Leitungsfunktionen;
- eine Verzichtvereinbarung;
- die Ausübung des Vorkaufsrechts des Hauptaktionärs;
- ein Zustimmungsvorbehalt, sofern durch diesen in das Leitungsermessen des Vorstands der abhängigen Gesellschaft nicht in einer Intensität eingegriffen wird, dass der Eingriff einem Weisungsrecht gleichkommt;
- die Entsendung von Kandidaten des einen Unternehmens in den Vorstand oder Aufsichtsrat des anderen Unternehmens, solange nachgewiesen werden kann, dass nur „isolierte Einzelmaßnahmen“ veranlasst wurden, die weder für sich allein noch zusammengenommen „dauernden und dichten Einfluss“ darstellen. Es ist zu empfehlen, ein Stimmrechtsverbot des Kandidaten in dem BCA zu regeln sowie eine genaue Dokumentation der entsprechenden Sitzungen zu führen;
- der Verantwortlichkeit der Bereichsleiter für das Nettoergebnis und deren Berichtspflicht sowie die Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung der regionalen Einheiten für die Zusammenführung und Konsolidierung der Nettoergebnisse;
- die Änderung der Gruppenstruktur, solange die abhängige Gesellschaft keine bloße „Betriebsabteilung“ wird;
- ein einseitiges Kündigungsrecht des herrschenden Unternehmens;
- die Entscheidung über den Fortbestand der abhängigen Gesellschaft.

#### 2. Unterstellung unter fremde Leitung

Die Unterstellung unter fremde Leitung kann durch folgende vertragliche Gestaltungen mittels BCA erfolgen:

- Einen Koordinationsausschuss;
- einen Teilbeherrschungsvertrag, wenn durch ein wenngleich auch nur eingeschränktes Weisungsrecht der Schutz der Gläubiger und außenstehenden Aktionäre aufgehoben wird, wie etwa im Finanzbereich;

- eine Entsendung eines Vorstandsmitglieds/Aufsichtsmitglieds des herrschenden Unternehmens in den Vorstand der abhängigen Gesellschaft (Doppelmandat). Dies kann als Indiz für die Unterstellung unter fremde Leitung angesehen werden.
- einen Zustimmungsvorbehalt/Vetorecht, wenn eine mit einem Weisungsrecht gleichzusetzende Intensität angenommen werden kann.

### 3. Empfehlung

Rechtsanwendern ist zur Vermeidung eines Über-/Unterordnungsverhältnis und mithin eines Konzernverhältnisses zu empfehlen, von

- Zustimmungsvorbehalten zugunsten des Hauptaktionärs;
- Doppelmandaten;
- Änderung der Gruppenstruktur dahingehend, dass das herrschende Unternehmen die Führungsspitze in der abhängigen Gesellschaft übernimmt

abzusehen.

## II. Vertragsdurchführung

### 1. Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates

Bei der Vertragsdurchführung ist zu beachten, dass der Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG dem Abschluss eines BCA zuzustimmen hat. Eine Zustimmungspflicht besteht immer dann, wenn das Geschäft für die abhängige Gesellschaft von grundlegender Bedeutung ist. Für die abhängige Gesellschaft ist ein geplanter Zusammenschluss mit einem anderen Unternehmen von grundlegender Bedeutung, da dieser mit einer Änderung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage einhergeht.

Bei dem herrschenden Unternehmen richtet sich die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats wie bei der abhängigen Gesellschaft danach, ob die Unternehmensübernahme zu einer grundlegenden Veränderung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage führt. Dies ist im Einzelfall zu prüfen.

### 2. Zustimmungspflicht der Hauptversammlung

Die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft hat dem BCA zuzustimmen. Die Zustimmungspflicht kann aufgrund einer vertraglichen Regelung bestehen, aufgrund der Leitungsintensität des herrschenden Unternehmens, auf Grundlage der Holz Müller-Rechtsprechung und wegen Sachzusammenhangs.

Die Aktionäre des herrschenden Unternehmens haben dem BCA dann zuzustimmen, wenn der Vertrag keine Konzernklausel enthält. Unabhängig davon ergibt sich die Zustimmungspflicht wegen der mit dem BCA erfolgten Änderung des Gesellschaftszwecks sowie aus der faktischen Konzernierung als solcher.

### 3. Sachliche Rechtfertigung

Das BCA unterliegt keiner sachlichen Rechtfertigung. Dies liegt daran, dass eine qualifizierte Mehrheit autonom über den Unternehmensvertrag entscheidet und dem Minderheitenschutz von Gesetzes wegen hinreichend Rechnung getragen wird. Etwas anderes gilt für die außenstehenden Aktionäre des herrschenden Unternehmens, wenn das herrschende Unternehmen die Abfindung der außenstehenden Aktionäre der abhängigen Gesellschaft mit eigenen Aktien leistet. Die damit verbundene Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss unterliegt einer sachlichen Rechtfertigung.

### III. Rechtsfolgen eines fehlerhaften BCA

Ein BCA kann materiell einen Beherrschungsvertrag darstellen. Werden bei dem BCA die formalen Voraussetzungen, wie beispielsweise die Zustimmungen der Hauptversammlungen, nicht eingehalten, handelt es sich um einen verdeckten Beherrschungsvertrag. Nach hiesiger Auffassung zieht ein verdeckter Beherrschungsvertrag die folgenden Konsequenzen nach sich:

- Die Ausübung von Konzernleitungsmacht führt, anders als beim GmbH-Konzern, zu keinem konkludent abgeschlossenen Unternehmensvertrag.
- Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist auf ein BCA nicht anwendbar, wenn es nicht im Handelsregister eingetragen wurde, die Hauptversammlungen nicht zugestimmt haben und keine Ausgleichregelung vertraglich vereinbart wurde.
- Ein BCA in Form eines verdeckten Beherrschungsvertrags bildet einen faktischen Konzern, wenn das Kriterium der Abhängigkeit erfüllt ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das herrschende Unternehmen die Möglichkeit hat in der abhängigen Gesellschaft Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan zu bestellen und abzuberufen. Als Folge ist das herrschende Unternehmen verpflichtet von ihm veranlasste, für die abhängige Gesellschaft nachteilige Rechtsgeschäfte auszugleichen, § 311 Abs. 1 AktG;
- Stimmbindungs- und Konsortialverträge führen dann zu einer Abhängigkeit und mithin zu einem faktischen Konzern, wenn mittels derartiger Verträge die Mehrheit der Stimmrechte in der abhängigen Gesellschaft kontrolliert werden.

Für die Bildung eines faktischen Konzerns ist auf Seiten der abhängigen Gesellschaft keine Konzernierungserklärung erforderlich. Allerdings kann im Einzelfall dennoch eine Zustimmungspflicht bestehen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das BCA eine entsprechende vertragliche Regelung enthält. Wegen einer faktischen Konzernierung als solcher oder wegen einer Überschreitung der Grenzen der §§ 311 ff. AktG ist keine Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft erforderlich. Dies würde dem Gedanken des Gesetzgebers widersprechen das Konzernrecht konzernoffen zu gestalten. Auch eine Einschränkung der Gewinnerzielungsabsicht der abhängigen Gesellschaft oder eine Aufhebung des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung hat keine Zustimmungspflicht zur Folge.

Bei den Aktionären des herrschenden Unternehmens besteht eine Zustimmungspflicht zur Beherrschung der abhängigen Gesellschaft, wenn dem Vorstand nicht mittels einer sog. Konzernklausel zum Beteiligungserwerb ermächtigt ist, was in der Praxis routinemäßig der Fall ist. Darüber hinaus kann eine

Zustimmungspflicht wegen einer Änderung des Gesellschaftszwecks sowie wegen faktischer Konzentration bestehen.

Die Lehre von dem qualifiziert faktischen Konzern, die für die GmbH entwickelt wurde, ist auf die Aktiengesellschaft nach hiesiger Auffassung nicht übertragbar und mithin nicht anwendbar. Ebenso wenig anwendbar ist die analoge Anwendung des Spruchverfahrensgesetzes. Allerdings können die außenstehenden Aktionäre die Möglichkeit mit der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs Schadensersatz zu verlangen.