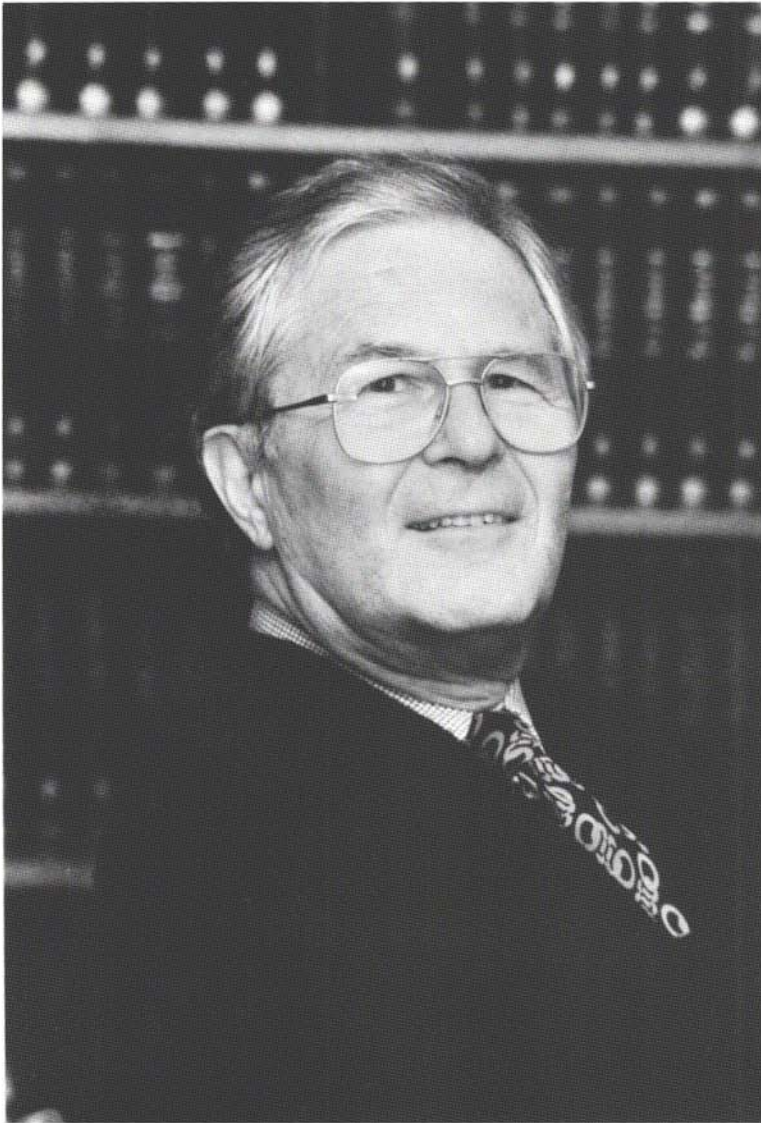


Festschrift für Ernst Steindorff
zum 70. Geburtstag



Kurt Steindorf

Festschrift für
ERNST STEINDORFF
zum 70. Geburtstag
am 13. März 1990

Herausgegeben
von

Jürgen F. Baur · Klaus J. Hopt · K. Peter Mailänder

in Verbindung mit

Rolf O. Belke · Helmut Köhler · Eberhard Körner
Hans-Georg Koppensteiner · Hagen Lichtenberg
Wulf Henning Roth · Hanns Ullrich



1990

Walter de Gruyter · Berlin · New York

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. [siebzigsten]
Geburtstag am 13. März 1990 / hrsg. von Jürgen F. Bauer ... in
Verbindung mit Rolf O. Belke ... – Berlin ; New York : de
Gruyter, 1990**

ISBN 3-11-011985-4

NE: Baur, Jürgen F. [Hrsg.]; Steindorff, Ernst: Festschrift

© Copyright 1990 by Walter de Gruyter & Co., D-1000 Berlin 30.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, D-1000 Berlin 36

Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, D-1000 Berlin 61

Vorwort

Am 13. März 1990 vollendet *Ernst Steindorff* sein 70. Lebensjahr. Herausgeber und Autoren widmen ihm aus diesem Anlaß diese Festschrift als Zeichen der Wertschätzung seiner Verdienste um Rechtswissenschaft und Rechtspolitik in Deutschland und Europa und als Ausdruck ihres Dankes für viele berufliche und private Anregungen und Gespräche.

Ernst Steindorff ist am 13. März 1920 in Frankfurt a. M. geboren und hat in Hoechst a. M. Volksschule und Gymnasium besucht. Unmittelbar an das Abitur im Jahre 1937 schlossen sich Arbeitsdienst, dann Kriegseinsatz in Frankreich und Rußland an. Als Hauptmann wurde er 1944 verwundet und geriet in amerikanische Gefangenschaft. Dies war seine erste Begegnung mit den USA.

Nach Kriegsende studierte er von 1946 bis 1949 Jurisprudenz in Frankfurt a. M., zugleich mit seinen späteren Kollegen *Jauernig*, *Lüke*, *Mestmäcker*, *Geck* und *Biedenkopf*. Nach sechs Semestern, darunter einem als ASTA-Vorsitzender, legte er die erste juristische Staatsprüfung ab. Von 1949 bis 1953 war er Referendar in Frankfurt, Königstein und Bad Homburg. 1950/51 unterbrach er seine Ausbildung für eine Tätigkeit im Bundeskanzleramt als Sekretär der Schuman-Plan-Delegation. Es folgten in kürzester Zeit die Promotion in Frankfurt 1952 bei *Hallstein*, das zweite Staatsexamen 1953 in Frankfurt, die Assistentenzeit an der dortigen Universität von 1953 bis 1957 und die Habilitation Anfang 1957 bei *Kronstein* und *Coing* mit den Venien für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung.

Der wissenschaftliche Berufsweg von *Ernst Steindorff* war glanzvoll. Nach Vertretungen 1957 und 1958 in Tübingen und Saarbrücken erhielt er 1959 gleichzeitig Rufe nach Tübingen, Mainz und Saarbrücken. Er entschied sich für Tübingen, wo er als ordentlicher Professor von 1959 bis 1964 lehrte. 1963 erhielt er ehrenvolle Rufe nach Bochum, Hamburg und München. Er folgte der Berufung nach München und lehrte dort als ordentlicher Professor von 1964 bis zu seiner Emeritierung. In dieser Zeit wurde dort das Institut für Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht neu eingerichtet, das später im Institut für Internationales Recht aufging und welches dank seiner Aufbauarbeit und unter seiner Leitung, später zusammen mit *Wolfgang Fikentscher*, aufblühte. In München trug er die Würde und Bürde eines Dekans und war vier Jahre Mitglied im Haushaltsausschuß der Universität. Von *Eugen Ulmer* übernahm er

das Amt des Vorsitzenden im Verlagsausschuß der Deutschen Forschungsgemeinschaft. Die Anfrage, deren Präsident zu werden, lehnte er ab, um sich voll seinen rechtspolitischen, rechtswissenschaftlichen und rechtspraktischen Aufgaben und Neigungen widmen zu können.

Am einflußreichsten, wenn vielleicht auch besonders mühsam, war sein Einsatz als Herausgeber und Schriftleiter der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ursprünglich Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht). *Ernst Steindorff* übernahm diese Aufgabe als Nachfolger von *Julius von Gierke* und stellte sich ihr zunächst mit *Kurt Ballerstedt*, später mit *Peter Ulmer* und zuletzt auch mit *Karsten Schmidt* für insgesamt 25 Jahrgänge. Rechtspolitische Grundlagenarbeit leistete er als Mitglied der Arbeitsgesetzbuch-Kommission. Im Beirat des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg übernahm er den Vorsitz. Gemeinsam mit *Hans Peter Ipsen* gründete er die Wissenschaftliche Gesellschaft für Europarecht. Bei der *Common Market Law Review* (Leiden) und dem *JUS Letter* (Brüssel) ist er bis heute Mitglied im Advisory Board. Über die Jahre hinweg lagen die Hauptinteressen von *Ernst Steindorff* über das deutsche Wirtschaftsrecht hinaus im Europarecht. Als Rechtsberater der EG-Kommission konnte er die Herausbildung des europäischen Gemeinschaftsrechts prägend beeinflussen. Doch wußte er sehr wohl um die geistige und politische Verbindung zwischen dem alten und dem neuen Kontinent. Zeichen davon sind Gastprofessuren 1962 an der Georgetown University Law School in Washington, D. C., und 1985 an der University of Chicago Law School.

Das wissenschaftliche Oeuvre von *Ernst Steindorff* ist hier nicht im einzelnen nachzuzeichnen. Es ist von beeindruckender Fülle und zeugt von einer ganz ungewöhnlichen Breite der Interessen. Diese reichen vom Privat-, Handels- und Versicherungsrecht über das internationale Privatrecht und das Arbeitsrecht bis zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, in dem insgesamt wohl der Schwerpunkt lag. Mit seinen Arbeiten, die immer methodisch besonders reflektiert waren und meistens ganz neue, literarisch noch nicht aufgearbeitete und häufig noch nicht einmal erkannte Probleme aufgegriffen, gehörte er in seiner Generation zu denen, welche die entscheidenden gedanklichen Anstöße gegeben haben – weit über Deutschland hinaus nach Europa und bis hin in die USA.

Ernst Steindorff habilitierte in München sechs Schüler. Diese und drei weitere Schüler haben heute Lehrstühle inne. 134 Schüler hat er promoviert.

Die Schüler, Kollegen und Freunde aus Wissenschaft und Praxis wünschen *Ernst Steindorff* von Herzen Gesundheit und noch viele Jahre die einfallsreiche Schaffenskraft, die sein wissenschaftliches Leben ausgezeichnet hat.

Inhalt

HANS F. ZACHER, Dr. jur., o. Professor an der Universität München, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht: Zur Emeritierung von Ernst Steindorff	1
I. Gesellschafts- und Konzernrecht	
RICHARD M. BUXBAUM, LL.B., LL.M., Professor an der School of Law (Boalt Hall), University of California, Berkeley (U. S. A.): Institutional ownership and the restructuring of corporations – With special reference to takeovers	7
WALTHER HADDING, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mainz: Verfugungen über Mitgliedschaftsrechte	31
GÖTZ HUECK, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Minderheitenschutz bei der Ergebnisverwendung in der GmbH – Zur Neuregelung des § 29 GmbHG durch das Bilanzrichtlinien-Gesetz . . .	45
UWE HÜFFER, Dr. jur., o. Professor an der Ruhr-Universität Bochum: Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als richterrechtlicher General- klausel	59
HANS-GEORG KOPPENSTEINER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Salzburg: Abhängige Aktiengesellschaften aus rechtspolitischer Sicht – Eine Skizze.	79
HAGEN LÜDERITZ, Dr. jur., Chefsyndikus der BMW AG, München: Effizienz als Maßstab für die Größe des Aufsichtsrats	113
MARCUS LUTTER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bonn: Vermögensveräußerungen einer abhängigen Aktiengesellschaft – Haftungsrisiken beim ‚asset-stripping‘	125
KLAUS-PETER MARTENS, Dr. jur., o. Professor an der Universität Ham- burg: Der Bezugsrechtsausschluß anlässlich eines ausländischen Beteili- gungserwerbs	151
HANS-JOACHIM MERTENS, Dr. jur., o. Professor an der Universität Frankfurt a. M.: Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern	173

RUDOLF NIRK, Dr. jur., Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe, Honorarprofessor an der Universität Heidelberg: Der Verschmelzungsbericht nach § 340 a AktG – Gedanken zur Har- monisierung des Gesellschaftsrechts in Europa	187
THOMAS RAISER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Gießen: Führungsstruktur und Mitbestimmung in der Europäischen Aktien- gesellschaft nach dem Verordnungsvorschlag der Kommission vom 25. August 1989	201
ECKARD REHBINDER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Frankfurt a. M.: Ein Umweltschutzdirektor in der Geschäftsführung der Großunter- nehmen?	215
DIETER REUTER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Kiel: Der Beirat der Personengesellschaft	229
HELMUT SCHIPPEL, Dr. jur., Notar, München, Präsident der Bundesnotar- kammer, Honorarprofessor an der Universität München: Die Leistung der Bareinlage bei der Erhöhung des Kapitals von Aktien- gesellschaften	249
GUNTHER TEUBNER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bremen und am Europäischen Hochschulinstitut, Florenz: Die ‚Politik des Gesetzes‘ im Recht der Konzernhaftung – Plädoyer für einen sektoralen Konzerndurchgriff	261
HANS ULLRICH, Dr. jur., M.C.J. (N.Y.U.), Professor an der Universität der Bundeswehr München: Geschäftsrisiko und Unternehmenskooperation	281
WINFRIED WERNER, Dr. jur., Rechtsanwalt, Frankfurt a. M., Honorar- professor an der Universität Göttingen: Die Behandlung von Verbundeffekten bei Abfindungen nach den §§ 305 und 320 AktG	303

II. Bank- und Börsenrecht

CARSTEN P. CLAUSSEN, Dr. jur., Rechtsanwalt, Düsseldorf, Honorarpro- fessor an der Universität Hamburg: Gesellschaftsrecht und Sparkassenrecht	323
KLAUS J. HOPT, Dr. jur., Dr. phil., M.C.J. (N.Y.U.), o. Professor an der Universität München: Änderungen von Anleihebedingungen – Schuldverschreibungsgesetz, § 796 BGB und AGBG	341

JOHANNES KÖNDGEN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg: Die Sicherheitenleihe – Kreditsicherungsinstrument oder Gläubiger- gefährdung?	383
WERNER LORENZ, Dr. jur., Dr. jur. h. c. (Kopenhagen), em. o. Professor an der Universität München: Kollisionsrechtliche Betrachtungen zum Rembours beim Dokumenten- akkreditiv	405
WERNHARD MÖSCHEL, Dr. jur., o. Professor an der Universität Tübingen: Internationaler Freihandel in Bankdienstleistungen.	427
DIETRICH RÜMKER, Dr. jur., Generalbevollmächtigter, Syndikus, West- deutsche Landesbank, Girozentrale, Düsseldorf: Probleme der Vereinigung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute.	449
EBERHARD SCHWARK, Dr. jur., o. Professor an der Ruhr-Universität Bochum: Spekulation – Markt – Recht. Zur Neuregelung der Börsentermin- geschäfte.	473

III. Zivilrecht mit Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

FRITZ BAUR, Dr. jur., Dr. jur. h. c. mult., em. o. Professor an der Universität Tübingen: Vermögensrecht – Skizze einer Vorlesung.	497
JÜRGEN F. BAUR, Dr. jur., o. Professor an der Universität zu Köln: Wirtschaftsklauseln	509
CLAUS-WILHELM CANARIS, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Rege- lungen	519
THORWALD HELLNER, Dr. jur., Stellv. Hauptgeschäftsführer des Bundes- verbandes deutscher Banken, Köln: Quo vadis AGB-Recht?	573
ULRICH HÜBNER, Dr. jur., Licencié en droit, o. Professor an der Universi- tät zu Köln: ,Der gerechte Preis‘ – Preisfreiheit und rechtliche Instrumente der Preiskontrolle in der sozialen Marktwirtschaft	589
HELMUT KÖHLER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Augsburg, Richter am Oberlandesgericht München: Rückwirkende Vertragsanpassung bei Dauerschuldverhältnissen?	611
HEIN KÖTZ, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privat- recht: Ziele des Haftungsrechts.	643

INGO KOLLER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Regensburg, Richter am Oberlandesgericht München: Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäfts- bedingungen.....	667
FRIEDRICH KÜBLER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Frankfurt a. M. und an der University of Pennsylvania, Philadelphia, USA: Effizienz als Rechtsprinzip? – Überlegungen zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente	687
MANFRED LIEB, Dr. jur., o. Professor an der Universität zu Köln: Personalkosten als Schaden.....	705
DIETER MEDICUS, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Zur Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen.....	725
HERBERT MESSER, Dr. jur., Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karls- ruhe: Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen der Verletzung für den Vertragsinhalt wesentlicher vorvertrag- licher Pflichten	743
JÜRGEN PRÖLSS, Dr. jur., o. Professor an der Freien Universität Berlin: Der Nachweis des Versicherungsfalles in der Diebstahlversicherung. . . .	755
HANS-JÜRGEN SONNENBERGER, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Neue Wege der Produzentenhaftung im französischen Recht	777
PETER ULMER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Heidelberg: Offene Fragen zu § 139 BGB – Vorteilsregel und ‚Politik des Gesetzes‘ . .	799
HARM PETER WESTERMANN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Tübingen: Das Transparenzgebot – ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskon- trolle?.....	817

IV. Wirtschaftsverfassungs- und -verwaltungsrecht, Gewerblicher Rechtsschutz

PETER BADURA, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und die neue Sicht des Gesetzesvorbehalts.....	835
OLIVER C. BRÄNDEL, Dr. jur., Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe: Werbeverbote für gesundheitsgefährdende Genussmittel.....	857

EBERHARD KÖRNER, Dr. jur., M.C.J. (N.Y.U.), Rechtsanwalt, Stuttgart: Schadensausgleich bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte und bei ergänzendem Leistungsschutz.	877
PETER LERCHE, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Zur Bindung der Tarifnormen an Grundrechte, insbesondere an das Grundrecht der Berufsfreiheit.	897
GERHARD RIEHLE, Dr. jur., LL.M. (Austin), Wirtschaftsjurist, Stuttgart: Geschmacksmusterschutz für Kraftfahrzeugteile – Barriere für einen europäischen Binnenmarkt?	911

V. Deutsches und europäisches Kartellrecht

WERNER BENISCH, Dr. jur., Geschäftsführer des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V., Köln: Die Kartellrechtspraxis zum ‚Geheimwettbewerb‘	937
VOLKER EMMERICH, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bayreuth, Richter am Oberlandesgericht Nürnberg: Europäische Fusionskontrolle nach dem Zigaretten-Urteil	951
ULRICH IMMENGA, Dr. jur., o. Professor an der Universität Göttingen: Nationale Ausnahmeregelungen vom Recht der Wettbewerbsbeschrän- kungen als Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht?	967
SIEGFRIED KLAUE, Dr. jur., Direktor beim Bundeskartellamt, Honorar- professor an der Freien Universität Berlin: Einige Bemerkungen über die Zukunft der Zweischrankentheorie	979
ALBRECHT KRIEGER, Dr. jur. h. c., Ministerialdirektor im Bundesministe- rium der Justiz, Bonn: Zum Geheimnisschutz im Kartellverfahren.	989
HANS-CHRISTOPH LEO, Rechtsanwalt, Hamburg: Das Überlebensrisiko des §22 Abs.1 Nr.2 GWB in einer ‚großen‘ Reform dieses Gesetzes.	1005
K. PETER MAILÄNDER, Dr. jur., M.C.J. (N.Y.U.), Rechtsanwalt, Stuttgart: Aufgabenteilung zwischen den Wettbewerbsbehörden in der Europäi- schen Wirtschaftsgemeinschaft	1021
ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c., Professor, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg: Marktzugang und Monopolmißbrauch auf deregulierten Märkten	1045

- NORBERT REICH, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bremen,
Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Europäische Rechts-
politik (ZERP):
Die Bedeutung der Binnenmarktkonzeption für die Anwendung der
EWG-Wettbewerbsregeln 1065
- KARSTEN SCHMIDT, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg:
Klagebefugnis und Beschwerdebefugnis verfahrensbeteiligter Dritter im
europäischen und im nationalen Kartellrecht. 1085

VI. Europäisches und internationales Wirtschaftsrecht

- FRIEDRICH-KARL BEIER, Dr. jur., Dres. h. c., Professor an der Universität
München, Geschäftsführender Direktor des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbs-
recht:
Die Vereinheitlichung des gewerblichen Rechtsschutzes und der freie
Warenverkehr im Europäischen Binnenmarkt. 1109
- NINON COLNERIC, Dr. jur. habil., Präsidentin des Landesarbeitsgerichts
Schleswig-Holstein, Kiel:
Gemeinschaftsrechtliche Informations- und Konsultationspflichten
beim Betriebsübergang 1129
- ULRICH DROBNIG, Dr. jur., Professor, Direktor am Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg:
Ein Vertragsrecht für Europa 1141
- ULRICH EVERLING, Dr. jur., Honorarprofessor an der Universität Bonn,
ehem. Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften:
Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen
Binnenmarktes 1155
- WOLFGANG FIKENTSCHER, Dr. jur., LL.M. (Michigan), o. Professor an der
Universität München:
Was bedeutet ‚self executing‘? – Überlegungen zur Rechtsnatur des
GATT im Blick auf einen GATT-Immaterialgüterschutz 1175
- MARCEL FONTAINE, Dr. jur., o. Professor an der Université Catholique de
Louvain, Louvain-La Neuve:
Das Recht des internationalen Warenkaufs – Das Wiener Übereinkom-
men und die Standardvertragsbedingungen 1193
- REINHARD GOERDELER, Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c., Rechtsanwalt und
Wirtschaftsprüfer, Frankfurt a. M.:
Überlegungen zum künftigen Gesellschaftsrecht in der EG. 1211

EBERHARD GRABITZ, Dr. jur., o. Professor an der Freien Universität Berlin: Über die Verfassung des Binnenmarktes	1229
CHRISTIAN JOERGES, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bremen und am Europäischen Hochschulinstitut, Florenz: Die Verwirklichung des Binnenmarktes und die Europäisierung des Produktsicherheitsrechts	1247
HAGEN LICHTENBERG, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bremen: Freizügigkeit und Bildungswesen in der Europäischen Gemeinschaft an der Schwelle zum gemeinsamen Binnenmarkt	1269
HEINRICH MATTHIES, Dr. jur., Generaldirektor e. h. der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Honorarprofessor an der Universität Saarbrücken: Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG (Art. 100 b EWG-Vertrag)	1287
GERT MEIER, Dr. jur., Leitender Justitiar, Köln: Die ‚Mitteilung‘ der Kommission: Ein Instrument der Normensetzung der Gemeinschaft?	1303
WULF-HENNING ROTH, Dr. jur., LL.M. (Harvard), o. Professor an der Universität Bonn: Versicherungsmonopole und EWG-Vertrag	1313
ROLF SACK, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mannheim: Kollisions- und europarechtliche Probleme des Arbeitnehmererfinderrechts	1333
HENRY G. SCHERMERS, Dr. jur., o. Professor an der Universität Leiden und PATRICK J. PEARSON, Fonctionnaire, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel: Some comments on Art. 5 of the EEC-Treaty	1359
PETER SCHLOSSER, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Sonderanknüpfungen von zwingendem Verbraucherschutzrecht und europäisches Prozeßrecht – Eine Studie unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Rechtsprechung zu Differenzeinwand und Börsentermingeschäftsfähigkeit	1379
UWE H. SCHNEIDER, Dr. jur., o. Professor an der Technischen Hochschule Darmstadt: Die Sanierung von Kreditinstituten und die Angleichung des aufsichtsrechtlichen Sanierungsrechts in der Europäischen Gemeinschaft	1393
RUPERT SCHOLZ, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Der europäische Rechtsstaat	1413

GERHARD SCHRICKER, Dr. jur., Dres. h. c., o. Professor an der Universität München, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht: Zur Harmonisierung des Urheberrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft	1437
MARTIN SEIDEL, Dr. jur., Ministerialrat im Bundesministerium für Wirtschaft, Bonn, Honorarprofessor an der Universität zu Münster: Die Vollendung des Binnenmarkts der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsetzungsprozeß	1455
BRUNO SIMMA, Dr. jur., o. Professor an der Universität München und SABINE BENNIGSEN, München: Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Völkerrecht – Der Internationale Pakt von 1966 und sein Kontrollverfahren	1477
ROLF WÄGENBAUR, Dr. jur., Licencié ès lettres, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel, Honorarprofessor an der Universität Tübingen: Grundsatzfragen des Stahlquotenregimes	1503

Bibliographie

Verzeichnis der Schriften von Ernst Steindorff	1525
--	------

Zur Emeritierung von Ernst Steindorff

HANS F. ZACHER

Lieber Herr Steindorff! Vor fünfzehn Jahren kam ich in diese Fakultät. Wenn ich mich erinnere: Sie waren damals keiner von denen, die schnell auf mich zugehen; und Sie waren keiner von denen, von denen ich gleich dachte, ich müßte schnell auf sie zugehen. Nicht einmal Ihre Souveränität drängte sich meinem ersten Blick auf, und auch nicht jener Schimmer heiteren Hochmuts, der, eigentümlich genug, Ihre Souveränität ins Freundliche verfremdet. Und weil Sie so zurückhaltend und so selbstverständlich waren, lernte ich erst nach und nach, wie besonders Sie sind. So begann meine Geschichte Ihrer Entdeckung eher unversehens. Aber wenn ich sie heute bedenke, weiß ich, daß sie gelohnt hat.

Da entdeckte ich Jahr für Jahr mehr den akademischen Lehrer Steindorff, dem die Studenten anvertraute und sich anvertrauende Menschen sind wie nur wenigen von uns. Den akademischen Lehrer Steindorff, dem es ebenso darauf ankommt, richtig zu lehren wie richtig verstanden zu werden. Den akademischen Lehrer Steindorff, der für seine Studenten Zeit hat. Aber auch den akademischen Lehrer Steindorff, dessen Zuwendung zu den Studenten und dessen Hilfe für sie nie den Preis der Qualität und des Anspruchs zahlt. Und was der Lehrer Steindorff so für seine Studenten ist, ist er auch für seine Doktoranden, für seine Mitarbeiter und für alles sonst, was man so „Schüler“ nennt. So wird er vielen eine Orientierung, ja ein Stück geistiger Heimat für das ganze Leben.

Da entdeckte ich immer mehr auch den Gelehrten Steindorff. Der Autor Steindorff drängt sich weder mit dicken Büchern noch mit flinken Artikeln auf. Er ist, um ein Bild aus der Kunst zu gebrauchen, ein Graphiker. Weder das Üppige des Öls noch das Ungefähre des Aquarells sind sein Metier. Sein Fach sind der sicher gesetzte gültige Strich und die Transparenz der Radierung. Um so erstaunlicher ist, wie weit dieses Werk in der Sache reicht. Wie oft erlebte ich, wenn ich Neues zu verstehen suchte, daß Steindorff da schon Wesentliches gezeichnet hatte. Ich fand bei ihm aber auch die selten gewordene Tugend, nicht nur selbst zu reden und zu schreiben, sondern nicht minder zu hören und zu lesen – kritisch und bewertend, empfangend und antwortend.

Da entdeckte ich den *civis academicus* Steindorff. Den Fakultätskollegen Steindorf, dem der Zusammenhalt der Fakultät viel bedeutet. Darin, daß die Fakultät, lieber Herr Steindorff, Ihren sechzigsten Geburtstag mit Ihnen feiern durfte, fand das besonders erinnerungsträchtigen Ausdruck. Ich entdeckte aber auch den Fakultätskollegen, der in der Fakultät immer wieder Aufgaben und Maßstäbe anmahnt. Den Professor, der nicht nur dem Recht, sondern auch der Sache nach „Bürger“ der ganzen Universität ist. Endlich das Mitglied der wissenschaftlichen Gemeinde, das weit über die Universität hinaus in anderen wissenschaftlichen Institutionen – wie etwa der Max-Planck-Gesellschaft – seinen Verantwortungssinn, seine Autorität und seine Unabhängigkeit zur Geltung bringt.

Da entdeckte ich den umfassenden Juristen Steindorff, dem wissenschaftliche und praktische Erfahrung des Rechts, wissenschaftliche und praktische Verantwortung für das Recht und wohl auch der wissenschaftliche und praktische Nutzen, den es hat, *iuris prudens* zu sein, so gleichermaßen wichtig sind, der deshalb der Praxis so vielfältig verbunden ist: von den vielen eigenen Engagements in der Praxis bis zum Einbezug der Praktiker in die Lehre – seine Lehre und die der Fakultät.

Da entdeckte ich den gesellschafts-gewandten Steindorff, der, so sehr er Kollege und einer der unseren ist, zugleich und gerne in der ganz anders verfaßten Gesellschaft derer lebt, die gelten und sich gelten lassen, weil sie intelligent sind, in dieser Welt etwas leisten und darin anerkannt werden. Den Steindorff, der ohne alle Grenzen des Fachs und des Berufs Persönlichkeit respektiert und als Persönlichkeit respektiert wird. Den unabhängigen Steindorff, der sich frei hält von Gruppen und offen bleibt für alle, die zu dieser Gesellschaft beitragen. Den Steindorff etwa, der den Unternehmern so unverdächtig ist wie den Gewerkschaften.

Da entdeckte ich den Europäer Steindorff, dem es schon als jungem Mann gegönnt war – wenn ich recht weiß: an Hallsteins Seite – an den Europäischen Gemeinschaften mitzubauen und dem Europa eine Aufgabe blieb – bis heute. Und ich entdeckte den weltläufigen Steindorff, der sprachenkundig mit Menschen in aller Welt verbunden und an vielen Plätzen dieser Welt zuhause ist.

Am wenigsten wohl entdeckte ich den privaten Menschen Steindorff. Was weiß ich von ihm? Daß er seinen Wohlstand in Schlichtheit trägt. Daß er so viel von Kunst versteht wie er Kunst besitzt. Daß er Sinn und Muße für den Garten hat. Daß er Christ ist und sogar in die Kirche geht. Welche Kollegen er im Urlaub trifft. Und dies und jenes mehr. Alles in allem so wenig nicht. Dennoch ist mir dieses Bild des privaten Steindorff bis heute fragmentarisch und ungewiß geblieben. Aber ich habe gerade damit wohl Wichtigeres entdeckt. Vermutlich muß ein anderer vom Menschen Steindorff vor allem dieses wissen: daß Steindorff es liebt, sich

selbst für sich zu behalten; daß Distanz ihm wesentlich ist. Vielleicht, Herr Steindorff, war es neben der pädagogischen Hoffnung, mich unter der Last des Dekansamtes noch reifen zu sehen, gerade das Motiv Ihres Wunsches, ich sollte über Sie reden, daß Sie sich das Experiment gönnen wollten, zu erleben, wie so ein distanzarmer Mensch wie ich über einen so distanzhaften Menschen wie Sie redet.

Nun würde es mich reizen, dieser Geschichte meiner Entdeckung Steindorffs eine zweite Geschichte folgen zu lassen: die meiner geistigen Entdeckung des alten Frankfurt – des alten Frankfurt, das, bis weit in dieses Jahrhundert, ja bis in die Zeit des Nationalsozialismus hinein, bis der Krieg sein Gesicht und der Wiederaufbau seine Seele zerstörten, ein so einzigartiges Beispiel weltoffenen, freien, republikanischen, souveränen und doch stets dem ganzen Deutschland zugewandten, Fortschritt und Tradition, Freiheit und Ordnung, Eigennutz und Gemeinwohl versöhnenden, verantwortlichen Bürgersinnes gab. Des alten Frankfurt, in dem Bürgertum und Kultur, Bürgertum und Wissenschaft ohne alle monarchische Bevormundung oder Verwöhnung einander angenommen haben wie wohl in kaum einer anderen deutschen Stadt. Natürlich will ich mich nicht in diesen Essay über Frankfurt verlieren. Aber lassen Sie mich doch erklären, warum ich überhaupt davon rede. Je mehr ich Steindorff entdeckte und je mehr ich das alte Frankfurt entdeckte, desto mehr staunte ich darüber, wie sehr dieser Steindorff, ohne je davon zu reden, in unsere Fakultät eben jene Werte und Horizonte einbringt, die das alte Frankfurt auszeichneten, in dem er zuhause ist.

Nun habe ich Sie, Herr Steindorff, ehrlich aber auch reichlich gelobt. Und so kommt mir ein Bedenken. Lassen Sie mich dieses Bedenken zu Ihrer Überraschung mit einem Zitat von Frau Berghofer-Weichner begründen. Sie sagte einmal, eine Rede auf einen Lebenden müsse sich von einer Rede auf einen Toten dadurch unterscheiden, daß diese die Fehler verschweigt. Nun will dies durchaus eine Rede auf einen Lebenden sein. So muß ich, um Sie und uns alle Ihrer Lebendigkeit zu versichern, eilends das Bild trüben. Leicht fällt es nicht. Daß unter den Studenten und Doktoranden, die sich Ihnen ganz besonders anvertrauen, so viele charmante junge Damen sind, mag zwar Neider finden – Ihr Fehler ist es nicht. Daß das Zutrauen Ihrer Studenten Sie zu einem recht seltsamen Beichtvater macht, wenn Ihnen Ihre Beichtkinder nicht so sehr ihre eigenen Sünden, sondern die Sünden Ihrer Kollegen beichten, mag Sie zuweilen in die Versuchung führen, das allzu gerne zu hören – Ihre Schuld ist das, was es da zu beichten gibt, nicht. Daß Ihr Freimut Ihren Vorurteilen nicht weniger gilt als Ihren Urteilen, daß Sie in einen Irrtum nicht weniger verliebt sein können als in eine Wahrheit, beweist nur das Tröstliche, daß auch Sie – entgegen allem gelegentlichen Anschein – „kein ausgeklügeltes Buch“ sind, sondern „ein Mensch mit

seinem Widerspruch“. Gleichwohl: es gibt auch den unbehaglichen Steindorff, der um so unbehaglicher wird, je mehr er sich selbst darüber freut, unbehaglich zu sein. Und es gibt den schlimmen Steindorff, der sich drei Jahre zu früh aufs Altenteil zurückzieht. Doch damit sage ich wohl schon mehr als nötig, um zu garantieren, daß dies eine Rede unter Lebenden ist.

Lassen Sie mich, wie es sich gehört, zum Schluß an den Ausgangspunkt meiner Rede zurückkehren. Als ich in die Fakultät kam, war diese noch bestimmt, ja beherrscht von unseren großen Altvorderen. Es war ein großartiger Geist des wissenschaftlichen Ranges, der Disziplin und der Kollegialität. In den anderthalb Jahrzehnten seither ist die Verantwortung auf uns übergegangen. Ich glaube, alle die, welche die Fakultät um 1970 noch erlebt haben, stimmen mit mir in der Sorge überein, daß die Fakultät in unseren Händen – um es mit einem bayerischen Euphemismus zu sagen – nicht besser geworden ist. Zu denen, die in all diesen Jahren dem alten Anspruch am nächsten geblieben sind, haben in meinen Augen, Herr Steindorff, immer Sie gezählt.

Darum widerstrebt es mir, daß ich Ihnen heute eine Abschiedsrede halten soll. Ich will Ihnen im Gegenteil zurufen: bleiben Sie dem Leben der Fakultät verbunden, so weit das nur immer möglich ist. Ich hoffe, ich spreche im Namen der ganzen Fakultät, wenn ich unseren Dank und unsere Wünsche in die Worte fasse: wir brauchen Sie noch, Herr Steindorff, gerade Sie!

I. Gesellschafts- und Konzernrecht

Institutional Ownership and the Restructuring of Corporations

With Special Reference to Takeovers

RICHARD M. BUXBAUM

Hostile takeovers, friendly mergers, recapitalizations, and management buyouts are much in the news today, both as events and as possibilities. Developments parallel to those rampant in the United States have occurred in at least the one European country, the United Kingdom, in which existing legal rules as well as business and financial customs most closely approximate the American ones¹. The *Société Générale* story and similar, more recent reports of more or less successful hostile takeover attempts especially in the European financial services industry suggest that similar events might occur under less hospitable legal and business regimes². Even in the Federal Republic of Germany – the Japan of Europe so far as these underlying issues of economic culture are concerned – commentators have begun to ask whether and how these American and other European events may bear on the national scene³.

This paper attempts to identify those elements of the relationship between corporate ownership, corporate governance, and corporate finance that are relevant to and in turn affected by these restructuring phenomena. It is limited to the institutional elements. Underlying objective economic phenomena and macroeconomic responses thereto, phenomena and responses that may well be more important to these developments in the long run, are not discussed.

¹ See *Panel on Take-overs and Mergers, The City Code on Take-overs and Mergers and The Rules Governing Substantial Acquisition of Shares*, 1988.

² See *Hirte, Der Kampf um Belgien – Zur Abwehr feindlicher Übernahmen*, ZIP 1989, 1233.

³ See, e. g., *Hauschka/Roth, Übernahmeangebote und deren Abwehr im deutschen Recht*, AG 1988, 181; *Peltzer, Prophylaktische Verteidigungsstrategien gegen unerwünschte Übernahmeversuche*, Kreditwesen 1988, 577. See also the related study of *Meier-Schatz, Aktienrechtliche Verteidigungsvorkehren gegen unerwünschte Unternehmensübernahmen*, SAG 1988, 106.

In order to open a comparative discussion, a factual as much as a legal presentation is unavoidable. It is true that presentations of the corporate restructuring phenomena in the United States, not only, as noted, of their legal treatment, appear in European publications with some frequency⁴. Nevertheless, two critical moving forces behind these American developments, developments potentially important also in Europe, have not received adequate attention and therefore are emphasized here: the structure and functions of certain financial intermediaries, and the growth and role of new types of institutional investors, in particular of public pension funds. Other elements affecting these developments also are described but, given their more obvious role, less extensively.

I. The Institutional Forces Behind the Restructure of Firms

The four most important forces bearing on the corporate takeover scene are:

- the firm or entity structure of the economy
- the legal rules
- the financial intermediation structure
- the nature of stock ownership.

1. *The economic-organizational structure*

a) In the United States, close to 8,000 firms are potential takeover targets, if we take as the threshold a firm listed on a national exchange or in the National Market System of the National Association of Securities Dealers (NASD), a firm traded in the supplemental over-the-counter market, or an unlisted firm subject to § 12 (g) of the Securities Exchange Act of 1934 (that is, one with at least one class of stock held by at least 500 shareholders)⁵.

b) A substantial public “float” and a low percentage of stock held by private interests not under pressure to tender are needed to make a potential takeover bid feasible. It is a factual issue hard to settle, but in the United States a fair judgment call would categorize perhaps 75 % of these firms as meeting these prerequisites. Founder and family blocs of the size needed to prevent an end run around their holders – e. g., the

⁴ See *Meier-Schatz*, supra note 3; *Schiessl*, *Neue Erfahrungen mit Unternehmenskäufen und Unternehmensübernahmen in den USA*, RIW 1988, 522; *Ebenroth/Eyles*, *Die Beschränkung von Hostile Takeovers in Delaware*, RIW 1988, 413.

⁵ See generally *R. Jennings / N. Marsh*, *Securities Regulation* (6th ed. 1987).

German “control package” of 25 % – are seldom found under one disciplined control⁶.

c) What is the possible change in these two conditions over time? The question is mainly relevant in Europe, where the liberalization of capital movements and the growth and changing nature of the financial intermediation sector in time may lead owners of privately held firms to find attractive alternatives to current options in the increased liquidity and increased ascription of value that market-funded management buyouts and public stock ownership may bring them⁷. It seems to be a commonly-held notion among investment bankers that a substantial discount from “intrinsic market value” exists in the German stock markets, with perhaps 30 % or more marked off to account for the double burden of relative illiquidity and the absence of a market for control. The relative discount of German stocks against comparable American stocks, on a cash-flow basis, has been stated to be at that figure as well⁸.

2. *The legal rules*

The legal rules are a complex element among this play of institutional forces. Their single most important characteristic, for the specific purpose of the present speculation, may be not their content but their relative capacity for or resistance to change under the pressure both of underlying economic and of more contingent institutional forces. A second category for potential comparative purposes is the distinction between background rules of general corporation law, such as the rules concerning the internal division of powers or those concerning basic behavioral characteristics of care or loyalty on the one hand, and rules immediately relevant to our discussion, such as tender offer regulations or defensive maneuver rights, on the other.

Since these respective legal rules and strategies are, of these four elements, the best known, there is little need to review them

⁶ While I am neither competent nor informed enough to comment on the analogous quantitative situation in Germany, one gets the impression from secondary reports of market studies that of the perhaps 500 or so publicly-held *Aktiengesellschaften* even available as takeover candidates, almost 20 % are essentially subsidiary firms with a minimal public float, and that even for the others the average percentage of bloc holdings not immediately available to a potential bidder is over 40 % for the entire group. Only the very largest 10 or so entities, which however comprise about 50 % of the market's share values, are overwhelmingly – perhaps to 85 % of stock issuance – in public float.

⁷ See, e. g., *Zimmer*, in *Handelsblatt*, 19. 4. 1989 (Suppl.), p. B 2.

⁸ See *Wanger*, *West German Capital Markets: The View From Wall Street* (ms. 1987), p. 11.

here⁹. It should suffice to identify the major elements of the American set, in conscious contrast to the several European ones, and to do so in a rough order of abstraction.

The most abstract is also the most important as well as the most difficult element; to wit, the treatment of the mission or purpose of firm-specific economic activity as this bears on both the legitimacy of and the response to takeover activity. The American law, despite the limited inroads of some specific state anti-takeover statutes¹⁰, continues to equate the interests of the shareholders *ipso facto* with the interests of the enterprise and, so far as no external (public) law norm specifically bids otherwise, with the interests of society¹¹. Admittedly the situation is complicated both by the uncertain legitimacy of collective shareholder decisions to take their firm "out of play" by permitting voting restrictions, stiff poison pills, and other preemptive devices, and by the even more uncertain legitimacy of directors' devices to achieve that same goal (as distinct from devices to enforce an optimal auction procedure or to favor a "legitimate" or an "illegitimate" bidder¹²). Nonetheless, the rhetoric of judicial decisions, and certainly the rhetoric of the legal literature, remains anchored in the identity of enterprise and owner interests¹³.

The German situation on this point is, to an outside observer, more congenial to the distinction between enterprise and owner interests, if only because of the internalization of some aspects of labor interests within the firm's decisionmaking processes. (In an institutional sense,

⁹ In addition to the authorities cited in note 3, *supra*, see in particular *Meier-Schatz*, *Unternehmenszusammenschlüsse mittels Übernahmeangebot*, WuR 1987, p. 16.

¹⁰ Of these the most significant is § 203 of the Delaware General Corporation Law, enacted in 1988: 66 Del. Laws, ch. 204 § 1. These statutes, the so-called "third-generation statutes" which follow upon the Supreme Court's decision in *CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America*, 481 U.S. 69 (1987), were also the fruit of the kind of argument exemplified by *Lipton*, *Corporate Governance in the Age of Finance Corporatism*, Vol. 136, U. Pa. Law Rev. 1 (1987).

Recently, an even more exorbitant statute, authorizing directors alone to create a similar barrier to the exercise of a new controlling owner's power to effect a second-stage merger, was held constitutional at the federal appellate level; see *Amanda Acquisition Corp. v. Universal Foods Corp.*, 877 F.2d 496 (7th Cir. 1989).

¹¹ See generally *Buxbaum*, *Corporate Legitimacy, Economic Theory, and Legal Doctrine*, Vol. 45, Ohio St. Law J. 515 (1984).

¹² See generally *Buxbaum*, *The Internal Division of Powers in Corporate Governance*, Vol. 73, Calif. Law Rev. 1671 (1985).

¹³ This is best demonstrated by the common ground in the debate between *Easterbrook/Fischel*, *The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer*, Vol. 94, Harv. Law Rev. 1161 (1981) and *Gilson*, *The Case Against Shark Repellent Amendments*, Vol. 34, Stan. Law Rev. 775 (1982).

indeed, that literal internalization – the inescapable number and role of labor representatives on the *Aufsichtsrat* – may turn out to be the single most significant barrier to undesired takeovers.) In addition, one still current reading of Rathenau's ambivalent assertion of the primacy of the *Unternehmen an sich* is open to this distinction¹⁴. In both the American and German cases, of course, the fact that the enterprise speaks only through its respective management organs focuses the legal formulation of the abstract concept on the procedures and motives of these organs when they manifest this enterprise interest in the context of specific situations, transactions, and decisions.

Beyond this relatively abstract though central point concerning the normative legal basis for takeover-related issues, differences between the legal systems both in the legal framework of bidding procedures and – more significantly – in the legal or enabling framework of target firm responses, also are important. Thus, the clear acceptance of maximum voting limitations under German law¹⁵ (*pace* the possible effect of European law thereon, discussed below) contrasts with the mentioned novelty and fragility of their American treatment¹⁶; and, to take a reverse example, so does the relaxed American view of a defensive corporate repurchase of its own shares by management decision¹⁷ with its much more restrictive treatment under German law¹⁸.

The legal treatment of the decision of some stock exchanges that various anti-takeover attributes of stock are compatible with listing and thus with liquid market-suitability standards deserves separate mention. Vivid examples are the current battle over dual-class (i. e., non-voting common) stock issuance in the United States¹⁹, and the analogous battle over the Amsterdam Exchange's position of benevolent neutrality towards an enthusiastic industry practice of parking a class of stock, possessing a veto power over undesired takeover proposals, with four-

¹⁴ See *Netter*, *Das Unternehmen an sich* (1934).

¹⁵ See generally *Hefermehl/Bungeroth*, in *Gessler, et. al., Aktiengesetz Kommentar*, Anno. to § 68.

¹⁶ See the discussion in *Providence & Worcester Co. v. Baker*, 378 A.2d 121 (Del. 1977) and, for general background, *Ratner*, *The Government of Business Corporations: Critical Reflections on the Rule of "One Share, One Vote"*, Vol. 56 *Cornell Law Rev.* 1 (1970).

¹⁷ See especially *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985).

¹⁸ See generally *Lutter*, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Anno. to § 57 (2d ed. 1988).

¹⁹ See the full discussion in *Seligman*, *Equal Protection in Shareholder Voting Rights: The One Common Share, One Vote Controversy*, Vol. 54, *Geo. Wash. Law Rev.* 687 (1986); see also the current regulatory treatment thereof by the Securities Exchange Commission in its Rule 19c(4) (1988), and the economic analysis of this treatment in *Gilson*, *Evaluating Dual Class Common Stock*, Vol. 73, *Virg. Law Rev.* 807 (1987).

dations and other groups allied with management²⁰. Even here significant differences, consistent with the already mentioned difference of rhetorical (and objective) attitudes towards the basic purpose and mission of the corporation, can be noted. Thus, while the Securities and Exchange Commission's recently adopted Rule 19c-4, limiting the right of national exchanges to list non-voting common stock, is full of exceptions, the cheese if not the holes represents a general position of hostility towards these defensive developments, in the name of the primacy of shareholders vis-à-vis management.

The same cannot be said of current European Community, let alone German, positions on analogous issues. An example is the specific case of shareholder-approved maximum vote limitations currently finding a renewed foothold among large and publicly-held German *Aktiengesellschaften*²¹. Like shareholder-approved dual-class stock, they pose a dilemma for the European policymaker since they are at once legitimate under the suggested division of competences between owners and managers, yet also more chilling of potential bidder activity than almost any conceivable measure short of the intrusion of public law into the market for corporate acquisitions. In this situation, their traditional, even explicitly legislative acceptance over almost two centuries may become their new legitimation.

The preceding reference to European Community law of course introduces two separate legal factors: the comparatively interesting federal aspect of the respective American and German situations, but also the possible substantive reformulation of German (or other Member State) law under the preemptive effect of Community regulations and directions. As Justice (then-Professor) Frankfurter said of the right of individual states to regulate interstate commerce, "if Congress chose not to regulate, laissez faire was the regulator²²." Nowhere is the force of this aphorism more apparent on the American scene than in this mixed field of securities regulation, capital market law, and corporation law; but even there it should not be forgotten that the same result is reached even more directly if the federal legislation already has tipped the scales explicitly in that direction. The preemptive effect of the Williams Act on

²⁰ See the discussion in *Vellekoop*, Hostile Takeovers in The Netherlands, Int'l Fin. Law Rev. (Oct. 1988), p. 11 and the report, id. (March 1989), p. 42.

²¹ See, e.g., FAZ, 23.5.1989, p. 17. For analysis of this barrier, see *Lutter/Schneider*, Die Beteiligung von Ausländern an inländischen Aktiengesellschaften, Vol. 4, ZGR, p. 182 (1975) and *Gamerding/Saupe*, Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen in der Bundesrepublik, Vol. 21, AG, pp. 1, 29 (1976).

²² *Frankfurter*, The Commerce Clause Under Marshall, Taney and Waite (1937), p. 100.

the effort of the individual states to regulate the conduct of bidders is well-known²³, but it is worth emphasizing the former's judicial interpretation as "laissez faire regulation," if that paradox is acceptable, as the substantive issue that sharpens the dilemma for the states.

If we transpose this combination of federal and substantive factors to the European scene, some interesting if so far only potential consequences may be suggested. As does this American legal regime, the proposed Tender Directive of the European Community separates bidder and target conduct fairly sharply and, with two admittedly significant exceptions, leaves the exact scope of the latter to the vagaries of (still) national company law²⁴. Unlike the American case, it does not suggest that target company shareholder action is more legitimate than target company management action (again, with the important exception of the just-mentioned prohibition on heat-of-battle management action prejudicial to a takeover transaction). It should not be forgotten, however, that Community jurisprudence also has developed its own mild version of a "negative Commerce Clause" jurisprudence, and that the Court of Justice has, under its precedents, the power to invalidate Member State regulation it finds incompatible with the premises of the Treaty of Rome²⁵. If in its review of a national law or doctrine authorizing the arrogation of anti-takeover power by a target firm's management, as distinct from a target firm's owners, the Court were to read into the Directive's architecture a structural bias – were to resolve the "European/bidder-Member State/target" federal tension by limiting the latter's power of contradiction to shareholder-generated conflicts only – much of the current Member State legal structure seemingly authorizing much of the current management-generated blocking strategy would be put in question.

It is the other two elements bearing on the future of the takeover situation – the financial intermediaries and the changing nature of stock ownership – on which much of the future debate will rest, however, and it is to these that the balance of this discussion is devoted.

²³ See generally *Meier-Schatz*, Disclosure Rules in the U.S., Germany and Switzerland, Vol. 34, Am. J. Comp. Law 271 (1986).

²⁴ OJEC, No. C 65/8, 14.3.1989. Article 8 directly affects the Member-State-law created right of a board or council to take otherwise legitimate operational decisions of they would materially affect a takeover bid then in process. Article 14 requires the target company (management) to disseminate a reasoned, supported statement concerning the value of any bid, even a hostile bid. This indirectly but substantially constrains that management's freedom of reaction since it sharpens the contradiction between shareholder value maximization and other interests. See generally Grunewald, Was bringt der Vorschlag einer 13. EG-Richtlinie über Übernahmeangebote für das deutsche Recht?, WM 1989, 1233.

²⁵ See generally *Buxbaum*, Federalism and Company Law, Vol. 82, Mich. Law Rev. 163 (1984).

3. *The financial intermediation sector*

It is the element of financial intermediation, or to be more precise the element of financial intermediaries, that is the one force among these four demonstrating the greatest difference between Anglo-American and continental European systems and the fastest rate of change within the latter.

Financial intermediaries are a driving force behind the takeover movement, but their importance and sheer number predate and extend beyond that one market for their services. The fifty million American savers who have direct investment accounts and the myriad institutional investors, saving groups which interact with the mentioned 8,000 or so firms and their nearly \$3 trillion in equity capitalization and \$1 trillion in debt capitalization, provide a large customer base for traditional investment banking services²⁶. Nonetheless, for over a decade the money, so to speak, has been not in the steady-state work of traditional brokerage, underwriting, and investment analysis and advice activity, but in fee-generating structural transactions.

Of course, some specific macroeconomic phenomena underlie this phenomenon. Inflation and technology combined to induce and to allow every generator of surplus (saver) to consider any monetized investment opportunity as fungible with every other²⁷. With this increase in interest-rate sensitivity, savings, however invested, became mobile and thus the object of investment offers that in turn depended on high-yielding and high-risk exploitation of these resources to achieve their own promised return. In this climate, aggressive financial intermediation via merger and acquisition activity, among other activities, not only became the norm within the traditional sector of investment banking, but quickly drew commercial bankers into its spell²⁸.

Today the level of the rewards reaped by this new form of financial intermediation can be inferred alone from the advertisements for these services, as a glance at the fascinating supplements to the *Handelsblatt* of April 19, 1989 and the *Frankfurter Allgemeine Zeitung* of May 23, 1989 touting the pleasures and rewards of buyouts for the owners of firms demonstrates. The earnings of the sector are important not only as an indirect confirmation of the volume and rate of increase of merger and

²⁶ See The Institutional Investor Project (Columbia University School of Law), *The Growth of Institutional Investors in U. S. Capital Markets*, November 1988, pp. 3, 9.

²⁷ See *Buxbaum*, supra note 14, pp. 521 f.

²⁸ See, e. g., *Wall St. Journal*, 9. 4. 1986, p. 6.

acquisition activity, but also as a warrant for the energy and drive that a focused intermediary market of this magnitude brings to the corporate scene.

Not that the overall figures are unimpressive. Fifty-three of 1988's mergers and takeovers were valued at over \$1 billion each, for a total value of roughly \$120 billion, and this in a year when total M & A activity pushed towards the \$400 billion mark²⁹. One investment banking firm alone, ranking perhaps sixth in the nation, handled transactions valued at over \$80 billion³⁰. Indeed, perhaps the most telling anecdotal story is that one of America's largest conglomerate empires is owned not by an industrial enterprise but by an investment banking house which has funneled its own and its private clients' money into this holding company form³¹.

It is not possible to provide analogous information about the European and especially the German situation, in major part because the described American scene has not yet developed here. That is in any event not the purpose of this exercise. Only one lesson need be drawn for now: A major surge of human and institutional energy is available and motivated to descend on the Europe of 1992 and to focus on a microeconomic, firm restructure of the European economy.

4. *The nature of corporate ownership*

This energy requires fuel, the fuel of investible savings. Their current generation is the explanation for the fourth element to be discussed, the emergence of institutional investment. For this story, the American experience will suffice. It is for the reader to decide whether it has or can in time develop an analogue in Europe.

Institutional investment is not a unitary concept. A first important category is the mutual fund and other investment company intermediaries, intermediaries chosen by investors for portfolio-distribution purposes and typically available in more or less liquid unit participations which themselves are often traded as actively as other corporate shares. In *Clark's* well-known formulation, they represent a separation of the savings from the investment function, one step away from the already typical separation within the investment function of ownership and control functions³².

²⁹ See American Lawyer, Corporate 1988 Scorecard, April 1989.

³⁰ Press Release, Wasserstein, Perella & Co., 6.3.1989.

³¹ N. Y. Times, 5.8.1985, p. 21.

³² *Clark*, The Four Stages of Capitalism, Vol. 94 Harv. Law 561 (1981).

A second major type of institutional investor is the private insurance company which increasingly offers the saver a mixed insurance and investment package – the variable annuity – that combines the two motives for the purpose of a deferred payout. Of course, it also invests straight premium-derived assets to generate further investment income.

The third major institutional investor is the pension fund to which the saver, now in the capacity of employee, makes involuntary contributions, at least in the sense that the voluntary employment decision brings with it a collectively (via union) or unilaterally (via employer) created participation in an automatic pension system funded on an ongoing basis by employee wage withholdings (a supplemental component of which may in fact be voluntary) or by employer contributions. In either case a portion of current wages is withheld to fund in whole or in part, via these premia and their investment-derived accretions, future pension payments. These private and public sector plans now typically supplement, sometimes by a multiple, the public social security pensions which are not thus endowed but are funded more or less on current account via fiscal withholdings and employer contributions³³.

The magnitude of these institutionally invested savings and their rate of increase are staggering: \$2.1 trillion in 1981 have more than doubled to \$4.6 trillion in 1987³⁴. The following table breaks these asset holdings down by specific institutional categories for the latter year, in rounded-off billions of dollars.

<i>Pension Funds</i>	
Private	\$1,443
Public	521
<i>Investment Companies</i>	790
<i>Insurance Companies</i>	\$1,011
<i>Bank (Non-Pension) Trusts</i>	693
<i>Foundations and Endowments</i>	131

The percentage of total assets invested in equities varies considerably and requires a slightly more defined table.

<i>Pension Funds</i>	
Private trustee	48.6 %
Private insured	9.1
Public	32
<i>Investment Companies</i>	28

³³ See *Ippolito, Pensions, Economics and Public Policy* (1986), pp. 151 ff.

³⁴ See *The Growth of Institutional Investors in U.S. Capital Markets*, supra note 26, pp. 6 ff. for this and the tabulations in the immediately following text.

Insurance Companies

Life	9.7
------	-----

Property and Casualty	21.7
-----------------------	------

<i>Bank Trusts</i>	48.7
--------------------	------

<i>Foundations and Endowments</i>	50 % (est.)
-----------------------------------	-------------

As of the end of 1986 the asset value of these equity investments comprised 42.7 % (\$1,327.5 billion) of the total market value (\$3,109 billion) of all equities traded in the already described US markets. Indeed, it comprised almost 20 % of all US financial assets!

Those are the structural dynamics, if that concept is legitimate. The behavioral dynamics and economic motivations are no less interesting and no less important; indeed, they are more directly relevant from the legal perspective.

a) The first behavioral variable with possible implications for the institutional investor-firm manager relationship is the former's investment behavior, a topic difficult to capture because of relatively recent and relatively large behavior shifts in this area. All in all, however, whether these investors engage in active investment strategies that try to outperform market averages or in passive strategies that try to reflect the market, they are driven by both strategies to invest substantial amounts in the equities of the largest firms. Given their asset size, these investments in turn can comprise substantial percentages of those firms' outstanding capitalization. Thus, while as mentioned the overall percentage of listed-firm equities' value held by these investors was just under 43 % at yearend 1986, they held just under 50 % of that of the top 50 US corporations, and over 60 % of eight of them with one outlier over 75 %³⁵.

Even taken singly, these can be large blocs. For example, Wells Fargo Investment Advisors, the nation's largest investment manager of indexed portfolios (of which more later), alone currently controls – and votes – roughly \$55 billion of corporate equities³⁶. Given the market-reflecting nature of index strategy, this results in an average holding by this one firm of over one per cent of the stock of the firms in the portfolio, which as indicated by definition includes the largest. Because the fund also manages Wells Fargo's personal trust portfolio (which is not included in the \$55 billion aggregate), its holdings in fact run to two per cent or more of some firms' equities.

b) But these holdings should not be taken singly, and therein lies a second behavioral variable with legal implications. The same Wells Fargo

³⁵ Id. at 21.

³⁶ Private communication.

Investment Advisors, for example, was a founding member of an association, the Council of Institutional Investors, an interest group formed by the late Jesse Unruh, who as Treasurer of the State of California had supervising responsibility for its Public Employee Retirement System (PERS), a fund whose current asset value of over \$50 billion makes it the second-largest pension fund in the United States³⁷. The Council's current membership, comprised largely of public pension funds but including, in addition to the powerful Wells Fargo group, quite a few private trustee (multi-employer) funds, controls over \$500 billion in financial assets, or almost 25 % of the entire institutional sector's holdings³⁸.

The main purposes of this association are, first, to discuss and identify the appropriate posture of these investors, as voters, towards both operational and, in larger measure, structural decisions of managers and owners of portfolio firms respectively; and, second, to increase the chance that these postures, or policies, in fact will influence if not determine outcomes. It will surprise no one that the immediate motivation behind this development was the concern of large, especially of public institutional investors with the increasing ability and willingness of boards of directors to arrogate to themselves the right or at least the power to forestall or defeat hostile takeover efforts that could represent substantial profits over current market values to these shareholder/investors³⁹. While the "Chicago-School" characterization of hostile takeovers as efficiency-promoting checks on suboptimally performing management was a welcome bit of rhetorical support, large portfolio holders would have demonstrated this same insistence on opening the market for control even if takeover bid premia represented only a redistribution of assets from bidder-company owners to target-company owners⁴⁰.

Thus, the last half-decade has seen the emergence of a conscious pro-takeover position among at least those institutional investors whose portfolios are not within the control of target company management or of financial affiliates or advisors of (or even of lenders to) that manage-

³⁷ See Sacramento Bee, 18. 8. 1988, p. F 5; Golden State Report, March 1989, p. 31; *Ruder*, The Impact of Institutional Investors on Large Corporations, SEC News Release, 11. 10. 1988, p. 2.

³⁸ See The Public Policy Institute of New York State, *The \$600 Billion Burden*, 1988, p. 1.

³⁹ See Wall St. Journal, 4. 1. 1985, p. 4; N. Y. Times, 10. 2. 1985, p. 6; Pension World, May 1985, p. 24.

⁴⁰ See generally the discussions in U.S. House of Rep., Comm. on Energy and Commerce, Subcomm. on Telecomm., Cons. Protection, and Fin., Report, *Corporate Takeovers: Public Policy Implications for the Economy and Corporate Governance*, 99th Cong., 2d Sess., Dec. 1986.

ment. In very recent times this general position has led to the establishment of specific guidelines bearing on specific forms and variants of takeover-related measures, at least to the extent these measures implicate a shareholder vote or are otherwise open to shareholder input. Perhaps the most vivid demonstration of this development are the "Proxy Voting Guidelines" promulgated by the mentioned Wells Fargo Investment Advisors for the information of investors whose portfolios are selected and managed by that firm. These are guidelines, it should be emphasized, that are authoritative in that the firm, presumably because of trust law as well as efficiency principles, does not permit clients to countermand or vary them⁴¹.

There are institutional and economic reasons for this proactive development, although some differentiation and even one significant countervailing consideration appear when those reasons are examined in detail. First and foremost undoubtedly is the "performance"-oriented need of fund holders and fund manager/advisors to maximize fund asset value. The investment company, itself a listed or quoted investment vehicle in many cases, gains investment (and market) value largely on the basis of this so-called performance; i. e., its periodic per-unit increase in portfolio value. Both as an entity and as the expression of its advisors'

⁴¹ "(It is our) policy to take a position designed to advance the economic value of the companies whose securities are held, within the boundaries of responsible social policy..."

Routine Management Proposals

Establish Employee Stock Ownership Plan ...	Approve
Increase Authorized Preferred (Non-voting or one vote per share)	Approve
Limitation of Directors' liability under various state laws	Approve
Indemnification of Directors and Officers	Approve

Anti-Takeover Proposals

<i>Corporate Governance</i>	
Classified Board / Staggered Term	Approve
Require More Than 2/3 Vote to Amend or Repeal By-Laws	Oppose
Eliminate Shareholders' Right to Call Special Meeting ...	Oppose
Anti-Greenmail Provision	Approve
<i>Other Anti-Takeover</i>	
Require more than 2/3 Vote to Approve Merger, Sale, etc.	Oppose
Fair Price in Two-Tier Offers (Details omitted)	
"Poison Pill" Rights	Oppose
"Blank Check" Preferred	
Stand-Alone Proposal ...	Approve
Part of a Package (of Anti-Takeover Defenses)	Oppose
<i>Differential Voting Power</i>	
Authorize a Class of Common having Superior Voting Rights	
Over the Existing Common on Entitled to Elect a Majority of the Board	Oppose

and promoters' interests, thus, the mutual fund is driven to support or at least not to obstruct an active takeover market, given the premia over stock market quotations these takeovers typically represent.

In the case of the insurance company investing its premium income (in other words, not acting as manager of purposely pooled savings) this correlation of market value and short-term performance orientation is far less direct. Nevertheless, the same agency problems – i. e., the performance-driven compensation of its external and even its internal investment advisors and managers – apply pressure on these companies to take a similar aggressive stance on the takeover questions.

The pension fund situation is slightly more complicated. The private pension funds are, overwhelmingly, pooled funds under trustee management. If the fund is permitted to invest in the particular employer's own stock, as is the case with the "ESOP" (Employee Stock Option Plan), it is of course subject to management – i. e., target company – pressure not only to eschew but actively to defend against hostile takeover activity⁴². A recent, highly controversial case involving the use of such an ESOP to ward off a takeover bid by issuing a blocking percentage of stock to it as its pension-investment fund, vividly illustrates this possibility⁴³. If, however, the fund is a typical multi-employer (or even a single-employer) pension vehicle, it is statutorily required to follow a prudently diversified portfolio strategy⁴⁴, leading to investment in the equities of many firms and thus also to some of the same agent-related performance pressures. It is true that the actual trustees of the fund may be management-related persons sharing in general a target company-oriented perspective, but emerging normative rules, next described, are beginning to force a contrary, aggressive perspective even there.

The public pension funds, finally, are in perhaps the most interesting situation so far as these perspectives are concerned. Their investment and portfolio practices generally are contracted out to investment advisors, sector portfolio by sector portfolio. These advisors are rewarded, indeed continued in office or not, primarily on the basis of the "performance" of the portfolio under their control; i. e., as in the case of the investment company, by the percentage of gain in market value as compared with the market and with their competitors' performance. Furthermore, as

⁴² See e. g., N. Y. Times, 2. 1. 1985, p. 21, N. Y. Times, 20. 4. 1985, p. 20.

⁴³ See *Shamrock Holdings, Inc. v. Polaroid Corp.*, A.2d (Del. Ch. 1989); N. Y. Times, 24. 2. 1989, p. 17.

⁴⁴ See *Cummings*, Purposes and Scope of Fiduciary Provisions Under the Employee Retirement Income Security Act of 1974, Vol. 31, Bus. Lawyer 15 (1975); *Stein*, Trust Law and Pension Plans, in *Proxy Voting of Pension Plan Equity Securities* 1 (D. McGill, ed., 1989).

with the investment of insurance premium income, the projected investment income and capital gain is an important component both of the size of the employer's and employee's pension contribution and, more indirectly, of the level of current and projected pension payouts⁴⁵.

The one important countervailing consideration arises from the (diminishing) tendency of institutional investors to consider the exercise of the franchise connected with their investment portfolios as an unproductive chore, and to delegate it to their investment advisors. These may be employees of financial institutions which have other relationships with target companies, such as being their underwriters or lenders. As a result, these franchise wielders may be subject to conflicting pressures concerning both their voting and their tendering postures vis-à-vis potential or actual takeover situations. It has been argued that much if not all of the apparently paradoxical behavior of actual vote-casters, voting, e. g., for poison-pill defenses when it would be in the interest of the fund holding the stock in its portfolio to oppose them, can be explained by this kind of internal conflict of interests⁴⁶.

c) A third behavioral variable bears on this situation. As already suggested, the very size of these institutional savings dictates an investment policy that seeks to reflect existing markets rather than to outperform

⁴⁵ See generally *Ippolito*, supra note 33, and the study of the different conflictual posture of public as against private pension fund asset managers in *Langbein*, "The Conundrum of Fiduciary Investing under ERISA," in *Proxy Voting of Pension Plan Equity Securities*, supra note 44, at 128.

⁴⁶ For a review of these conflict of interests problems see *Conard*, "Fiduciary Obligation of the Asset Manager," in *Proxy Voting of Pension Plan Equity Securities*, supra note 44, at 86; and generally, *Coffee*, "Shareholders Versus Managers: The Strain in the Corporate Web," 85 *Michigan Law Rev.* 1 (1986). An evidentiary review of this issue (and the proposed strategies to avoid the danger) is found in *Institutional Shareholder Services, Inc.*, *ISS Corporate Ownership Manual* (1989).

One major operational problem is the present practices of leaving the exercise of the voting franchise to the investment managers as an unpaid chore; see *Greenwich Associates, Large Corporate Pensions* (1987). Indeed, according to a thorough English study, many United Kingdom institutional intermediaries simply do not exercise the franchise at all. See *Federation of British Industry, Working Party on Pension Fund Investment Management, Pension Fund Investment Management*, Oct. 1987, p. 65.

On the other hand, the growing importance attached to this aspect of institutional ownership is perhaps best expressed by the appearance of studies chronicling the exact exercise by the surveyed investment fund managers of specific votes on specific issues appearing on the ballot of specific firms. See, e. g., *Investor Responsibility Research Center, Voting by Institutional Investors on Corporate Governance Issues in the 1987 Proxy Season* (1987). A proposed "Shareholder Rights" Bill, S. 1244, introduced in the current session of the U. S. Congress, and intended to protect asset manager employees from these conflicts by requiring confidential proxy voting, is another indication of the public importance this issue has gained.

them. Experience has shown that appropriate investment distribution by sectors, ranging from short-term government notes to illiquid real estate holdings, as well as within sectors, ranging in the case of equity investment from blue-chip market stalwarts to initial public (even pre-public) offerings of startup companies, is a critical feature of the overall portfolio strategy of large holdings⁴⁷. By the same token, efforts to outperform any given market sector – especially listed equities – when a pool is so large as itself to be a market factor by its very act of investment or disinvestment, result in risks that may outrun available rewards over the long run – in short, a “gigantism” exaggeration of the random-walk theory⁴⁸. Under these circumstances, the so-called index-fund investment strategy has become an increasingly important component of investment strategy, supported (one hopes) by appropriate financial-futures strategies.

A major consequence of this development, however, is to lock the investor into the given market-weighted portfolio of equities, with trading occurring only at the margins to adjust these weights⁴⁹. Under these circumstances, the Wall Street rule – selling the stock because of disagreement with management policies – no longer applies and the investor *nolens volens* becomes a voter, in confirmation of *Hirschmann's* exit-voice-loyalty paradigm⁵⁰. As a voter, the institutional investor not only has a need and a duty to express its concerns over operational issues, but an even more compelling need and duty to safeguard the one avenue to portfolio value improvement open despite, and consistent with, an index investment policy: the potential takeover bid. It is no digression from this narrative to recall that a stock's market value is a clearing price only, expressing “at the margin” today's willing seller's minimum requirement and vice versa. It says nothing about the price

⁴⁷ See, e.g., *Langbein/Posner*, Market Funds and Trust-Investment Law, 1976 Am. Bar Research Journal 1 and 1977 Am. Bar Research Journal 1.

⁴⁸ See, e.g., *Pozen*, Money Managers and Securities Regulation, Vol. 51, NYU Law Rev. 923 (1976). For a critical view of the effort to create normative rules out of these still debatable economic research products, however, see *Gordon/Kornhauser*, Efficient Markets, Costly Information, and Securities Research, Vol. 60, NYU Law Rev. 761 (1985).

⁴⁹ There is much discussion and uncertainty about institutional turnover rates. The detailed review in *Ruder*, supra note 37, at 13, suggests that they continue to be high: as does the summary overview in *Lowenstein*, What's Wrong with Wall Street, 1988, ch. 3. According to data currently being compiled by the Council of Institutional Investors, however, the largest funds' turnover rates are quite low, due in large part to the mentioned index-investment strategies.

⁵⁰ See *Hirschmann*, Exit, Voice, and Loyalty, 1970; and, specifically on the application to shareholder behavior, same, Essays in Trespassing, 1981, p. 218.

needed to “clear the market;” i. e., to assume control⁵¹. Put another way, the market price is the price of a share shorn of control, and only through the existence of a separate market for control – takeover activity – can the share price come to approximate the value of the company to its hypothetical single or collectively acting owner⁵². Unlike the individual, personal investor, the institutional investor, and especially all institutional investors acting rationally if not concertedly, can see to it, through their collective power to keep this second market open, that control remains a collective asset shared by all owners.

For all of these reasons, therefore, it is no surprise that institutional investment structurally correlates with liberal views of takeover activity, despite the aberrational support of antitakeover efforts occasioned by the opportunistic behavior of some of these institutions’ agents.

II. Political and Legal Responses to the Institutional Developments

In the long run institutional investment represents a paradigmatic change in the factual and legal relationship of ownership, finance, and control. The classical assumptions are called into question: The emerging owners of publicly-held firms are large, powerful, and knowledgeable.

Their emerging power and their already demonstrated capability to exercise it inevitably creates political responses from the organized sector of management. Especially public pension funds, whose creation and maintenance is a matter of governmental involvement, raise significant issues concerning their own internal governance, and the relation of that governance to their governance of firms.

1. *Legal Framework of Institutional Investment*

Norms of corporation law addressing the duties of collectively or individually acting shareholders are not unknown⁵³, but are based on factual settings that stop well short of the specifically new element, the intermediate nature of institutional owners. More relevant are norms derived from the law of trusts and of agency, whether the legal form of the specific institutional owner is that of trustee or not.

It is from the public law sector that a first effort to characterize the exercise of the franchise as an aspect of a trustee’s duty to manage an asset under its control prudently has been generated. The Employee

⁵¹ See generally *Gilson/Kraakman*, *The Mechanisms of Market Efficiency*, Vol. 70, *Virg. Law Rev.* 549 (1984).

⁵² For a thorough analytical review of these difficult issues, see *Kraakman*, *Taking Discounts Seriously*, Vol. 88, *Colum. Law Rev.* 891 (1988).

⁵³ See, e. g., *R. Clark*, *Corporate Law* 389 ff. (1986).

Retirement and Income Security Act of 1978 ("ERISA") regulates the investment and control of private trustee pension plans. The agency responsible for its implementation, the Department of Labor, in February of 1988 released a letter addressed to a party subject to its jurisdiction, the so-called *Avon Letter*⁵⁴, which provided loose "guidelines" (the exact legal characterization and significance thereof is a matter of intensive debate) which made exactly this point, and strongly suggested that it would not be prudent for trustees subject thereto to vote shares under their control in favor of measures, such as poison pills, that might constrain the ability of the funds to realize full value on their investment. While the same rule does not automatically apply to the ESOP, funded with the employer corporation's stock and controlled by its management, this document undoubtedly has some impact upon the freedom of ESOP trustees to use their investment in the management-supportive role previously mentioned.

At first the position of other agencies exercising similar powers over other sectors of the "trustee economy" was the same. Both the Office of the Comptroller of the Currency⁵⁵ and the SEC⁵⁶ went on public record during 1988 that they held a similar view of the duties of their sectoral institutions (e.g., the trust departments of national banks) and thus a similar view of the activist shareholder position. Recently, however, a slightly different tone is emanating from these agencies. Thus both the Chairman of the SEC⁵⁷ and even an official of the Treasury Department have reminded institutional owners of the costs of "short-termism." The latter agency's approach is of particular significance⁵⁸:

"The Administration has been giving a great deal of thought to how to support and encourage U.S. managers to take a long term view in their management decisions . . . There has been a great deal of discussion about the role of pension plans . . . ERISA is designed to give trustees and managers maximum flexibility within the constraints of their fiduciary obligations . . . Nevertheless, within the context of the current ERISA law, the Administration seeks to encourage a balanced time horizon investment approach by pension funds. For example, recently the Department of Labor and Treasury held a press conference to underline that pension funds are not required to

⁵⁴ Letter of February 23, 1988, Pension and Welfare Benefits Administration, US Department of Labor, reprinted in *Proxy Voting of Pension Plan Equity Securities*, supra note 44, at 147.

⁵⁵ Letter of November 23, 1988, Deputy Comptroller of the Currency, summarized in *Institutional Shareholder Services, Inc.*, ISS Issue Alert No. 19, Jan. 1989, p. 1.

⁵⁶ See *McGrath*, Remarks to the 1989 Mutual Funds and Investment Management Conference, March 13, 1989, p. 15 (SEC, News Release).

⁵⁷ See *Ruder*, supra note 37, at p. 6.

⁵⁸ Department of the Treasury, Treasury News, Speech by Dep. Sec'y McPherson, April 4, 1989, *Relationships Between Pension Funds and Corporate Management*, pp. 1, 4f.

automatically tender when a tender offer exceeds the market price ... (There) surely is no ERISA obligation to take a short term view ... (Pension) plans ... are in an ideal position to help assure that American management takes a balanced time horizon approach to running their companies ... If a pension plan determines that generally a balanced time horizon view of corporate performance is likely to maximize the return for the participants and the beneficiaries, then the pension plan manager should undertake such a strategy."

For an administration dedicated to a liberal economic regime, and in addition requiring a substantial inflow of foreign investment capital to redress balance of payments problems (occasioned by a deficit-budget strategy), this is delicate stuff. That already this much is being said is an indication of the scope and strength of the countervailing forces developing in this debate. Whether the cited examples are the harbingers of specific legal rules concerning the delicate and fact-specific nature of a trustee's fiduciary duties in this field is doubtful, but they do suggest that legal rules may not in the future be the refuge for institutional investors faced with political challenges that they may be at present.

2. *The Political Debate Over Institutional Activism*

"Pension systems ... are emerging as the *de facto* owners of corporate America ... Perhaps the greatest burden ... (of this ownership) falls on the trustees of pension systems created for state and local government employees. These *government officials* find that they are in charge of ... a \$600 billion burden, which requires them, like it or not, to bear a substantial share of the responsibility for the course of the American economy⁵⁹."

While there were earlier exchanges, the pamphlet from which this excerpt is taken, published by an affiliate of The Business Council of New York State (self-proclaimed to be the state's largest broad-based business group) suggests the political strategy that can be expected to develop in the near future. It will question the need and the right of the trustees of pension funds, not only of public sector ones, to challenge the introduction by corporate management of forestalling (or at least of auction-deferring) defenses not only on the merit of the issues but on the legitimacy of the agents and, indeed, of the beneficiaries of these funds. Two more excerpts should suffice:

"(The) movement among some public pension funds to reject any and all takeover defenses is informed not so much by economic considerations – as by the transfer of axioms which the funds' trustees have learned in the political and legal arenas, into the corporate arena. The very words used ('shareholder democracy,' 'one share, one vote,' or 'shareholder bill of rights') point to this explanation⁶⁰."

⁵⁹ The \$600 Billion Burden, *supra* note 51, at p. 1 (emphasis partly supplied, partly in original).

⁶⁰ *Id.* at p. 24.

"The pension benefits of public employees in New York State, for example, are defined benefits . . . and may not be impaired or reduced once earned. A superb rate of return on the pension funds' investments will not increase the benefits for retirees, and a poor one will not reduce them. Therefore, the 'beneficiaries' have no tangible 'interest' one way or another in whether the pension fund makes a few extra dollars on a takeover play⁶¹."

The quoted commentator, as well as other writers, already have drawn the operational consequences from these characterizations: Institutional investors, as least of this type, should not oppose proposed defenses as shareholders or oppose their creation by a board of directors, and these investors should not engage in proxy solicitations for the election of directors nominated by them⁶². More generally, the operational consequence is the elimination or reduction of the voting power that otherwise would inhere in these blocks of shareholdings. They have also added one other powerful argument to support this line of thought, though one may ask in which direction the argument in fact runs. Increasingly, the funds are being not particular firm participations, but the economy as such:

"They are buying into the American economy. If the American economy does well over the long term, so will the funds, and their beneficiaries . . . Sooner or later, the pension funds, and American corporations, are going to have to find ways to put their common interest together, to meet their common objective⁶³."

So long as ownership was fragmented, the question of who owns the corporation, and who (therefore?) had the power to determine its path, could be avoided. Profit maximization, filtered through the discretionary power of the agents of large firms which themselves disposed of more power than classical welfare economic theory would allot them (though never over so much as their agents believed was needed for them to function effectively, let alone wished for them), was the modern version of a hand sufficiently invisible to provide the political legitimacy for this decisionmaking process⁶⁴. The rise of a market for control – the takeover process – spelled the end of this accommodation; the rise of institutional ownership makes a new and perhaps more articulate accommodation that will provide legitimacy to these owners and to managers necessary.

⁶¹ Id. at p. 12.

⁶² Id. at p. 29 ("The matter of board seats raises even more difficulties. Perhaps on the surface, the CII's idea . . . sounds simple enough. In practice, it raises a whole host of questions . . .").

⁶³ Id. at p. 31.

⁶⁴ See generally *Buxbaum*, supra note 14.

3. *The Governance of Institutional Investors*

Uncertainty about the merits of the foregoing debate cannot obscure the fact that the beneficiary/owner of much of the private economy sector now has hired, or has suffered the hire, of two potentially conflicting agents: the holders of the legal titles to these firms, and the managers of the firms. The traditional ranking of owners and managers does not dispose of this conflict, since the current system by which each set of agents is invested with their respective powers is questionable as a matter of intention or expression of will, and the discretion vested in each by that questionable investiture in any event remains uncertain so long as the issues mooted under the *Unternehmen an sich* rubric remain unresolved.

Three avenues to the resolution might be propounded: elimination of the franchise associated with institutional investment; legitimation of institutional owners through market choices; and legitimation through reformation of their own internal governance processes.

a) While the management participants in the debate seem to be toying with the promises of the first approach, the vacuum it creates would be filled by an unknown and, I believe, unstable species of corporatist origin with problematical implications for even the internal aspects of firm governance, let alone for the external aspects of government-industry, -finance, and -labor relations. In any event, I leave this large issue unexplored here⁶⁵.

b) The approach to legitimation through market choices requires some differentiation of the institutional ownership spectrum. Two criteria seem important, both singly and in their interaction: the correspondence between the primary saver's investment with the institutional investor and the latter's investment portfolio; and the primary saver's right to move between institutional investment choices at meaningful (market-derived) value ascriptions.

The spectrum, thus, can be seen to run from the voluntary investment in a listed investment company whose shares are themselves traded actively to the more or less mandated withholding of wages for investment by pension fund for the eventual payment of pension benefits that are based on but not necessarily correlated to the later aggregate value of that pooled investment. In between lie investments in a bank trust fund, whose exit is hostage to legal (contractual) constraints, or in an insurance company fund, with their exit hostage to the straight insurance component of the pool.

⁶⁵ See *Buxbaum*, Juridification and Legitimation Problems in Enterprise Law, in *Juridification of Social Spheres* 241 (G. Teubner, ed., 1987).

In the first, best case it is conceivable that among the choices of a competitively structured supply of investment opportunities could be the offering of a palette of “governance choices” (i. e., philosophies of how the institutional intermediary uses the various franchises arising from its investments) analogous to basic investment choices. Without pursuing this concept through the entire spectrum, however, I believe it possible to conclude that for reasons both of voluntariness and market valuation most investment channels are not good candidates for this approach to legitimation. In short, the pass-through or “voice” issue has to be considered.

c) Franchise pass-through systems exist for traditional indirect stock ownership (the American nominee or street-name system or its German *Depot* counterpart)⁶⁶, but cannot be directly transposed. One obstacle is the lack of direct correspondence between the legal title of the trustee and the equitable title of the beneficiary. A larger one is the technical problem of fitting a constantly shifting institutional portfolio to an equally fluid number of owners (of the institutional vehicle) whose individual investment levels are even volatile over time. At the most, therefore, either “guideline” voting, or voting for competitive slates of special agents with different franchise philosophies, is feasible.

As in the case of the market exit option, the more voluntary and capable of valuation the investment, the easier would be the shaping of this option of voice. Indeed, it could be devised even for investment structures with legal or contractual exit constraints of the type previously mentioned. Even in the case of pension funds, the different levels of contributions could be matched with weighted voting based on past contributions or surrogates like years of service⁶⁷.

The difficult, though perhaps not intractable problem lies in the fact that the pooled investment is dedicated to a purpose (insurance payouts or pension benefit payouts) that does not distinguish, in its levels of benefits, between the different franchise power-exercise forms that split voting creates. Split voting by common agents for different beneficiaries of course is normal in traditional nominee systems, but there it leads simply to a collective, majoritarian policy line for the firm. Its consequences, to dissidents, are mitigated not only by exit possibilities at market prices, but by the fact that the original investment is fully

⁶⁶ See generally *Jennings/Buxbaum, Corporations – Cases and Materials*, 5th ed. 1979, pp. 288 f.

⁶⁷ The analogy to producers’ cooperatives is close enough that voting procedures operationalized in that sector might be considered. See *I. Packel, The Organization and Operation of Cooperatives* 108 (4th ed. 1970); for an example, see *Scott County Tobacco Warehouses, Inc. v. Harris*, 214 Va. 508, 201 S.E. 2d 780 (1974).

voluntary and involves only "surplus," not "essential" savings. This voluntarily assumed deference to a majority will cannot reasonably be transposed to the involuntary, especially the pension situation⁶⁸.

Rather, the pools themselves would have to be split. A likely outcome might be a profit-maximization pension pool dominated by older employees, and one for job protection with lower immediate returns, dominated by younger employees. If employee age, employee preferences, and investment augmentation all "mature" in linear fashion, the pressure to restock an underproducing pool would be small; under other assumptions, large. Either way, however, they would be expressed politically; i. e., through collective bargaining or legislative channels. This consequence would not discredit the legitimation experiment, but does point out the diminishing separability of private-sector firm governance from public-sector social governance in this arriving era of institutional ownership of firms.

An alternative approach is to obtain from the employee sector a consent to the collective, majoritarian expression of franchise-exercise choices by the appropriate employee units. Union-run pension funds come close to this with workers' election of business agents⁶⁹. I do not develop this scenario in its sectoral variations here, except to close with the obvious point that this alternative, too, leads to the mentioned systemic conclusion.

In short, we have come to a juncture at which old issues about the basic organization of economic activity are due to be reopened, this time not as primary choices between liberal, mercantilist, corporatist, or socialist modes, but as tonal tendencies overlaying a liberal economic order marked by large economic units. To a European reader that conclusion should not be surprising.

⁶⁸ See *Buxbaum*, supra note 65, at 260.

⁶⁹ A first step is the development of specialized intermediary institutions, with a heightened right of obtaining information from the corporate sector; see the recently enacted § 703 of the California Corporations Code concerning trustees' duty of disclosure of voting records to representatives of beneficiaries.

Verfügungen über Mitgliedschaftsrechte

WALTHER HADDING

I. Fragestellungen

In der Bundesrepublik Deutschland sind unzählige Mitglieder an zivil- und handelsrechtlichen Gemeinschaften beteiligt, vor allem als Gesellschafter von Handelsgesellschaften (OHG, KG, GmbH, AG, KGaA, eG, VVaG). Daher liegt es nahe, daß in unterschiedlichen Zusammenhängen sich immer wieder die Frage stellt, ob und unter welchen Voraussetzungen sowie mit welchen Rechtswirkungen *Verfügungen* über einzelne Mitgliedschaftsrechte oder sogar die Mitgliedschaft insgesamt getroffen werden können. Entsprechend dem allgemeinen Grundbegriff der „Verfügung“ geht es um Rechtsgeschäfte, die auf den Bestand eines Rechts unmittelbar einwirken, sei es daß ein Recht übertragen, inhaltlich geändert, belastet oder aufgehoben wird¹.

1. Bei einzelnen Mitgliedschaftsrechten oder der Mitgliedschaft insgesamt kommt namentlich ihre *Übertragung* auf einen Erwerber in Betracht. Ein solcher rechtsgeschäftlich bewirkter Übergang einzelner Mitgliedschaftsrechte oder der ganzen Mitgliedschaft wirft zahlreiche Fragen auf. Nur beispielhaft seien für die OHG und die KG genannt: Welche gegenwärtigen oder künftigen Mitgliedschaftsrechte kann der Gesellschafter auf einen Dritten übertragen? Angesichts der gesetzlichen Regelung (§§ 717 Satz 1 und Satz 2 BGB, 105 Abs. 2; 161 Abs. 2 HGB),

¹ Vgl. RGZ 90, 395, 399; BGHZ 1, 294, 304; 75, 221, 226; von Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, 1914, § 54 I (S. 238 f.); Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Bearb. Bd. II, 1960, § 143 II; Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl. 1966, § 15 II 1 (S. 113); Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 11, 5 a, b; Hadding, in: Studienkomm. z. BGB, 1.-3. Buch, 2. Aufl. 1979, §§ 135-137 Anm. II 1 a; Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1982, § 11 A I; Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, 1985, Rdn. 232; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 1988, Rdn. 208; Dieter Schwab, Einführung in das Zivilrecht, 8. Aufl. 1989, Rdn. 404-406. Siehe ferner Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1983, § 18 II c (S. 311, 313), der freilich auch Verfügungen über ein „Rechtsverhältnis“ für zulässig hält.

die für nicht vermögensrechtliche Ansprüche die Übertragbarkeit ausschließt, wird hierzu das sogenannte Abspaltungsverbot und seine Reichweite erörtert². Welche Wirkung hat die Vorausabtretung z. B. des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben, wenn der Gesellschafter zwischenzeitlich seine gesamte Mitgliedschaft übertragen oder vererbt oder durch Zwangsvollstreckung verloren hat³? Darüber hinaus ist zweifelhaft, unter welchen Voraussetzungen der Gesellschafter seine Mitgliedschaft insgesamt auf einen Dritten übertragen kann. Welche tatbestandlichen Anforderungen sind gegebenenfalls zu erfüllen? Ist § 413 BGB anwendbar, weil ein „Recht“ übertragen werden soll? Dann würde grundsätzlich die Einigung des bisherigen Gesellschafters und des Erwerbers (Abtretung) genügen, um den Übergang der Mitgliedschaft herbeizuführen (§ 398 BGB). Oder müssen die übrigen Gesellschafter schon vom „Objekt“ her ihr rechtsgeschäftliches Einverständnis erklären, weil bei der Mitgliedschaft nicht nur über „ein Recht“ verfügt, sondern die gesamte „Rechte- und Pflichtenstellung“ eines Beteiligten im Gesellschaftsverhältnis übergehen soll (sog. Vertragsübernahme; vgl. auch §§ 414, 415 BGB)⁴? Können einzelne „Bestandteile“ der Mitgliedschaft, z. B. ein bestimmter vermögensrechtlicher Anspruch oder ein bestimmtes Mitverwaltungsrecht, etwa die Geschäftsführungsbefugnis, vom Übergang auf den neuen Gesellschafter ausgenommen sein⁵?

2. Entsprechende Fragen ergeben sich, wenn ein *Treuhandverhältnis* hinsichtlich einzelner Mitgliedschaftsrechte, z. B. bei der Sicherungsabtretung von Ansprüchen auf Gewinnanteile, oder hinsichtlich der Mit-

² Vgl. dazu *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1: Die Personengesellschaft, 1977, § 14 IV (S. 220 f.); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, § 7 (S. 362, 372 f.); *Soergel/Hadding*, Komm. z. BGB, 11. Aufl. 1985, § 717 Rdn. 6, 20 ff.; MünchKomm.-*Ulmer*, BGB, 2. Aufl. 1986, § 717 Rdn. 7, 9 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1986, § 19 III 4 (S. 414 f.).

³ Vgl. dazu BGHZ 88, 205, 206/207 = NJW 1984, 492 = WM 1983, 1235 = JZ 1984, 99 = ZIP 1983, 1326 (Vorausabtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben vor Übertragung der Mitgliedschaft bei GmbH); zustimmend zitiert in BGHZ 97, 392, 394 = WM 1986, 719 = WuB VI E. § 829 ZPO 7. 86 (*Messer*) = NJW 1986, 1991 (betreffend Pfändung des Anteils am Vermögen einer GbR) sowie bestätigt und ergänzt in BGH WM 1988, 1747 = WuB II C. § 15 GmbHG 1. 89 (*Koller*) = JZ 1989, 252 m. Anm. *Münzberg* = ZIP 1988, 1546 m. ausführl. Besprechungsaufsatz *Marotzke*, ZIP 1988, 1509 (betreffend GmbH). Siehe auch BGHZ 98, 48 = JZ 1987, 880 m. Anm. *Ulmer* = NJW-RR 1987, 989 m. Besprechungsaufsatz *Flume*, NJW 1988, 161 = DNotZ 1988, 46 m. Besprechungsaufsatz *Götte*, DNotZ 1988, 603 = JR 1988, 205 m. Besprechungsaufsatz *Marotzke*, JR 1988, 184 = ZIP 1987, 1042 (Vermächtnis der Mitgliedschaft bei anderweitiger Vererbung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben bei KG).

⁴ Vgl. für letztere Auffassung *Hadding*, in: Festschr. f. Reinhardt, 1972, S. 249, 257.

⁵ Vgl. BGHZ 45, 221; *Teichmann*, NJW 1966, 2336; *Ganssmüller*, DB 1967, 891; *Hadding*, aaO (Fn. 4), S. 257.

gliedschaft insgesamt, z. B. im Rahmen einer Sanierung, begründet werden soll⁶.

3. Neben der Übertragung kommt als Verfügung über einzelne Mitgliedschaftsrechte oder die Mitgliedschaft insgesamt die eine oder andere Art ihrer *Belastung* in Frage. Um mitgliedschaftlich gebundene Vermögensteile als Kreditsicherheit einzusetzen, wird z. B. ihre *Verpfändung* erwogen. Ähnlich wie bei der Übertragung sehen die Beteiligten sich vor die Frage gestellt, ob z. B. bei einer OHG oder KG eine Verpfändung oder Nießbrauchbestellung hinsichtlich einzelner Mitgliedschaftsrechte oder der gesamten Mitgliedschaft überhaupt rechtlich zulässig ist⁷. Nur wenn man die Mitgliedschaft insgesamt als ein übertragbares „Recht“ qualifiziert, kann der Gesellschafter anscheinend ohne weiteres ein Pfandrecht (vgl. § 1274 Abs. 2 BGB) oder einen Nießbrauch (§ 1069 Abs. 2 BGB) an ihr bestellen. Falls man die rechtliche Zulässigkeit allgemein oder unter bestimmten Umständen bejaht, bleibt zu klären, wie diese Verfügungen wirksam vorgenommen werden und welche Rechtsstellung der Pfandgläubiger oder der Nießbraucher im einzelnen erhält. Die rechtlichen Antworten hängen nach den gesetzlichen Vorschriften (vgl. nur §§ 1274 Abs. 1; 1069 Abs. 1 BGB) weithin von den Ergebnissen ab, die man zur Übertragbarkeit und zu den Anforderungen an eine wirksame Übertragung einzelner Mitgliedschaftsrechte oder der Mitgliedschaft insgesamt für zutreffend erachtet.

II. Rechtssystematische Grundlagen

1. An dieser Stelle kann es selbstverständlich nicht die Aufgabe sein, auf alle möglichen Verfügungen über einzelne Mitgliedschaftsrechte oder die Mitgliedschaft insgesamt bei allen zivil- und handelsrechtlichen Gemeinschaften auch nur annähernd einzugehen. Hierzu sind überdies für bestimmte Gesellschaftsformen und Arten von Verfügungen manche detaillierten Stellungnahmen vorhanden⁸. Auffällig ist jedoch, daß bislang in der Rechtsprechung und Rechtslehre zu den anstehenden Fragen nur selten halbwegs einhellige Ergebnisse vertreten werden, auf denen

⁶ Vgl. zur Treuhand an Gesellschaftsanteilen *Beuthien*, ZGR 1974, 26; *John* und *Mühl*, in: *Hadding/U.H. Schneider* (Hrsg.), *Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit*, 1979, S. 83 (Personengesellschaften) und S. 129 (GmbH); *Soergel/Hadding*, aaO (Fn. 2), § 719 Rdn. 20; *MünchKomm.-Ulmer*, aaO (Fn. 2), § 705 Rdn. 72 ff.; § 717 Rdn. 11.

⁷ Vgl. zu Pfandrecht und Nießbrauch an der Mitgliedschaft in einer OHG oder KG: *Hadding*, in: *Hadding/U.H. Schneider*, aaO (Fn. 6), S. 37; zum Nießbrauch am OHG (KG)-Anteil: *Ulmer*, in: *Festschr. f. Fleck* (ZGR-Sonderheft 7), 1988, S. 383.

⁸ Vgl. grundlegend *Wiedemann*, *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*, 1965; ferner die Beiträge in: *Hadding/U.H. Schneider* (Hrsg.), *Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit*, 1979 (m. Nachw. bis 1978).

die Praxis aller Beteiligten ohne allzu große Unsicherheit aufbauen könnte. Deshalb soll hier das Augenmerk allein darauf gerichtet werden, daß in diesem Problemfeld der Verfügungen über Mitgliedschaftsrechte nur dann einheitliche und überzeugende Lösungen erwartet werden können, wenn man sich allgemein dazu versteht, *rechtssystematische Grundlagen* des geltenden Zivilrechts zu beachten. Bei näherem Zusehen tritt nämlich zutage, daß man offenbar gerade bei Verfügungen über einzelne Mitgliedschaftsrechte oder die gesamte Mitgliedschaft nur allzu leicht geneigt ist, sich über zivilrechtliche Grundlagen hinwegzusetzen oder sie jedenfalls nicht hinreichend zu berücksichtigen.

2. Im Folgenden sollen als knappe Zusammenfassung diejenigen rechtssystematischen Grundlagen skizziert werden, die auch für Verfügungen über einzelne Mitgliedschaftsrechte und die Mitgliedschaft insgesamt maßgeblich bleiben sollten.

(1) Das geltende Zivilrecht unterscheidet zwischen dem einzelnen „*subjektiven Recht*“ und dem „*Rechtsverhältnis*“, aus dem die einzelnen subjektiven Rechte und Rechtspflichten der Beteiligten hervorgehen⁹. Wenn man „subjektives Recht“ und „Rechtsverhältnis“ ineinssetzt, wird eine Unterscheidung aufgegeben, die – wie schon *von Tuhr*¹⁰ treffend bemerkt hat – „systematisch unentbehrlich“ ist. Dann würden (Entstehungs-)Tatbestand: „Rechtsverhältnis“ und Rechtsfolge: „subjektives Recht“, d. h. Ursache und Wirkung, als identisch angesehen, die Gesamtheit und ein Bestandteil gleichgesetzt. Das würde jedem Bemühen um sachliche und logische Differenzierung widersprechen.

(2) Das einzelne „subjektive Recht“ und das „Rechtsverhältnis“ als sein Entstehungstatbestand sind ferner von der „*Stellung eines Beteiligten*“ im Rechtsverhältnis zu trennen, die in aller Regel mehrere subjektive Rechte und vor allem auch Rechtspflichten umfaßt¹¹.

(3) Schließlich unterscheidet das geltende Zivilrecht ebenso zwischen dem einzelnen „subjektiven Recht“ und einer „*Sach- oder Rechtsgesamtheit*“ („Inbegriff von Gegenständen“, vgl. § 260 BGB), die mehrere Sachen oder/und Rechte im Hinblick auf einen Zweck zusammenfaßt, z. B. ein Unternehmen.

(4) Den genannten Unterscheidungen entspricht der Grundbegriff der „*Verfügung*“ (vgl. eingangs), der nach geltendem Zivilrecht zugleich das

⁹ Vgl. *Achterberg*, Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung, Rechtslehre 1978, 385; *Ernst Wolf*, aaO (Fn. 1), § 2 B (S. 106) und § 2 F (S. 155); *Larenz*, aaO (Fn. 1), § 12 I und II.

¹⁰ AaO (Fn. 1), Bd. I 1910, § 5 II (S. 125/126).

¹¹ Vgl. *Larenz*, aaO (Fn. 1), § 12 III.

Spezialitätsprinzip enthält: Ein Rechtsgeschäft kann als Verfügung nur „ein Recht“ in seinem Bestand unmittelbar beeinflussen. Demnach ist eine Verfügung nur über „ein einzelnes subjektives Recht“ möglich¹². Hingegen kann nicht über ein „Rechtsverhältnis“ (vgl. oben [1]) oder über die „Stellung eines Beteiligten“ in einem Rechtsverhältnis (vgl. oben [2]) oder über eine „Rechtsgesamtheit“ (vgl. oben [3]) eine Verfügung getroffen werden.

3. Im Recht der Schuldverhältnisse werden die dargelegten Unterscheidungen i. S. rechtssystematischer Grundlagen augenscheinlich allgemein anerkannt. So wird – um ein *Beispiel* vor Augen zu führen – bei der *Veräußerung eines Unternehmens* niemand die Unterscheidung zwischen dem Anspruch des Verkäufers auf den vereinbarten Kaufpreis nach § 433 Abs. 2 BGB (einzelnes „subjektives Recht“) und dem Kauf als Schuldverhältnis i. w. S. zwischen beiden Beteiligten („Rechtsverhältnis“) leugnen. Der Anspruch auf den Kaufpreis (§ 433 Abs. 2 BGB) ist ferner nur ein Bestandteil der gesamten Stellung des Verkäufers, die noch andere Rechte und vor allem auch Rechtspflichten (vgl. insbesondere § 433 Abs. 1 BGB) umfaßt. Der Kaufpreisanspruch des Verkäufers kann durch schuldrechtliche Verfügung abgetreten werden (vgl. §§ 398–400 BGB). Soll hingegen jemand nach dem wirksamen Abschluß des Kaufvertrags in die gesamte Rechte- und Pflichtenstellung des Verkäufers eintreten, kann dies nicht durch eine Verfügung herbeigeführt werden; es bedarf vielmehr einer rechtsgeschäftlichen sog. Vertragsübernahme, d. h. eines dreiseitigen Rechtsgeschäfts zwischen den bisherigen Beteiligten des Schuldverhältnisses Kauf und dem Nachfolger in die Stellung des Verkäufers (vgl. § 305 BGB)¹³. Zur Erfüllung der Pflicht des Verkäufers, das kaufmännische Unternehmen zu verschaffen (entsprechend § 433 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB), kann das Unternehmen als Sach- und Rechtsgesamtheit nicht durch nur *eine* Verfügung übertragen werden. Vielmehr sind rechtlich alle einzelnen Gegenstände (Sachen und Rechte, vgl. § 90 BGB) einzeln nach den jeweils für sie maßgeblichen Vorschriften zu übertragen (*Spezialitätsprinzip*).

III. Die Tragweite der allgemeinen rechtssystematischen Grundlagen im Gesellschaftsrecht

1. Nach der bisherigen Darstellung muß es verwundern, daß im Bereich der zivil- und handelsrechtlichen Gemeinschaften die grundlegenden allgemeinen Unterscheidungen (vgl. oben II. 2.) ohne Not weithin aufge-

¹² Vgl. die in Fn. 1 Angegebenen.

¹³ Vgl. zur Vertragsübernahme insbesondere *Pieper*, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, 1963.

geben werden. Das gilt für die rechtliche Beurteilung von Verfügungen über einzelne Mitgliedschaftsrechte, namentlich aber bei „Verfügungen“ über die Mitgliedschaft insgesamt. Um solche „Verfügungen“ zu ermöglichen, wird insbesondere die Mitgliedschaft als solche kurzerhand zum „subjektiven Recht“ erhoben¹⁴ und/oder als „Stammrecht“ qualifiziert¹⁵. Dabei wird u. a. folgendes außer acht gelassen: In § 38 BGB wird für den Verein als Grundmodell aller körperschaftlich aufgebauten zivilrechtlichen Gemeinschaften klar zwischen der „Mitgliedschaft“ insgesamt (Satz 1) und den einzelnen „Mitgliedschaftsrechten“ (Satz 2) unterschieden. In § 717 BGB wird für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundmodell aller nicht körperschaftlich aufgebauten Personalgesellschaften die Unübertragbarkeit oder Übertragbarkeit von einzelnen Ansprüchen der Gesellschafter „aus dem Gesellschaftsverhältnis“ geregelt. In diesen Vorschriften ist mithin auch für die zivil- und handelsrechtlichen Gemeinschaften die Unterscheidung von einzelnen „Mitgliedschaftsrechten“ (subjektives Recht) und „Gesellschaftsverhältnis“ (Rechtsverhältnis) sowie der „Mitgliedschaft“ insgesamt (Stellung eines Beteiligten im Rechtsverhältnis) als maßgebliche rechtliche Regelung enthalten.

2. Berücksichtigt man um der zu fördernden Rechtssicherheit willen diese rechtssystematischen Grundlagen, so entsteht zunächst Klarheit, was hier bei genauer rechtlicher Beurteilung allein den „Gegenstand“ von Verfügungen bilden kann: Das Mitglied kann nur über *einzelne übertragbare Mitgliedschaftsrechte* verfügen, insbesondere einzelne vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis. Demgegenüber ist die *Mitgliedschaft insgesamt* als solche nach geltendem Zivilrecht (Spezialitätsprinzip) *kein* tauglicher Gegenstand von Verfügungen. Denn die gesamte Mitgliedschaft ist kein einzelnes subjektives Recht. Diese Feststellung bedarf angesichts des Diskussionsstandes einiger Erläuterungen:

a) Die *Mitgliedschaft* ist die Stellung eines Beteiligten als Mitglied im Rechtsverhältnis zu der Gesellschaft und u. U. den anderen Gesellschaf-

¹⁴ Vgl. namentlich *Wiedemann*, aaO (Fn. 8), S. 39 f. und *passim* (z. B. schon S. 24; insbesondere S. 60/61); *ders.*, aaO (Fn. 2), § 2 I 1 b) bb), S. 95; *U. Huber*, Vermögensanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 164 und *passim* (z. B. S. 372 m. Fn. 11; S. 369 ff.: „Der Gesellschaftsanteil als übertragbares Recht“); *Flume*, aaO (Fn. 2), § 9 (S. 127); *ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/2: Die juristische Person, 1983, § 8 I; *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 101 f.; *K. Schmidt*, aaO (Fn. 2), § 19 I 3.

¹⁵ Vgl. *U. Huber*, aaO (Fn. 14), S. 163. Von „Stammrechten“ in bezug auf den „Anteil am Gesellschaftsvermögen“ ist die Rede in BGHZ 98, 48 (weitere Fundstellen Fn. 3); vom „Stammrecht der Mitgliedschaft“ in OLG Hamburg ZIP 1989, 298, 299. In BGHZ 97, 392, 394 (weitere Fundstellen Fn. 3) wird der „Anteil am Gesellschaftsvermögen“ einer GbR gekennzeichnet als „das Wertrecht, das die zum Gesellschaftsanteil gehörenden Vermögensrechte repräsentiert“.

tern¹⁶. Sie umfaßt (aktuell) die Gesamtheit der einzelnen Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflichten, die durch Beteiligung an der Gründung oder den späteren Beitritt aufgrund des Gesellschaftsvertrags und kraft Gesetzes für das Mitglied aus dem Rechtsverhältnis zu der Gesellschaft und u. U. den anderen Gesellschaftern entstanden sind. Außerdem können aus dem Gesellschaftsverhältnis für das Mitglied (potentiell) fortlaufend neue Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflichten entstehen, wenn die jeweils erforderlichen Tatbestandselemente gegeben sind. Die Mitgliedschaft kann daher als aktuelle und potentielle Inhaberschaft der Gesamtheit von Rechten und Pflichten des einzelnen Mitglieds aus dem Rechtsverhältnis zu der Gesellschaft und u. U. den anderen Gesellschaftern qualifiziert werden.

b) Unter den inzwischen vorliegenden Stellungnahmen in der *Rechtsprechung* und in der *Rechtslehre* kann somit nur denjenigen zugestimmt werden, die die Mitgliedschaft als „Stellung im Gesellschaftsverhältnis“ beurteilen¹⁷. Soweit die Mitgliedschaft als „Rechtsverhältnis“ und zugleich oder allein als „subjektives Recht“ gekennzeichnet wird¹⁸, ist dazu kritisch folgendes festzustellen:

(1) Die Mitgliedschaft ist *nicht* selbst ein Rechtsverhältnis, weil ein solches immer nur *zwischen* zwei oder mehreren Beteiligten (hier Mitglied und Gesellschaft sowie u. U. den anderen Gesellschaftern) bestehen kann. Es handelt sich vielmehr um die Stellung als Beteiligter dieses Rechtsverhältnisses, aus dem für das Mitglied Rechte und Pflichten entstanden sind und entstehen können, die insgesamt jene Stellung bilden. Die Mitgliedschaft kann nicht mit dem Rechtsverhältnis des Mitglieds zu der Gesellschaft und u. U. den anderen Gesellschaftern gleichgesetzt werden. Allerdings kann ohne das Gesellschaftsverhältnis selbstverständlich keine Mitgliedschaft bestehen; sie umfaßt aber nur die aus dem Rechtsverhältnis sich ergebende Stellung *eines* Beteiligten¹⁹.

¹⁶ Vgl. schon *Hadding*, aaO (Fn. 4), S. 255, 262; *Soergel/Hadding*, aaO (Fn. 2), § 705 Rdn. 46; 12. Aufl. Bd. 1, 1988, § 38 Rdn. 2.

¹⁷ Vgl. z. B. *Pieper*, aaO (Fn. 13), S. 69, 70; *E. E. Hirsch*, Leitfaden für das Studium des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 1970, § 38 I (S. 227); *Fabricius*, Grundbegriffe des Handels- und Gesellschaftsrechts, 2. Aufl. 1971, S. 116; *Marotzke*, ZIP 1988, 1509: „Bündel von zum Teil sehr persönlichen Rechten und Pflichten“. Siehe aus der Rechtsprechung BGHZ 44, 229, 231 unten: „Erwerber als neue Vertragspartei“, S. 232: „Anteil – mit allen Rechten und Pflichten“; BGHZ 65, 79, 82; 81, 82, 84; 98, 48, 50: „Inbegriff seiner Rechtsbeziehungen aus dem Gesellschaftsverhältnis zu der Gesellschaft, zu deren Vermögen und zu den übrigen Gesellschaftern“.

¹⁸ Vgl. vor allem die in Fn. 14 Angegebenen.

¹⁹ Nicht aus der Mitgliedschaft als Teilhabe an einem Verband „resultiert ... das mitgliedschaftliche Rechtsverhältnis“ (so *K. Schmidt*, aaO [Fn. 2], § 1913 a), sondern

(2) Die Mitgliedschaft ist *kein* subjektives Recht; denn sie ist nicht ein einzelnes Recht des Mitglieds (wie etwa ein Anspruch auf einen Gewinnanteil oder ein Mitverwaltungsrecht, z. B. das Stimmrecht), sondern eine Gesamtheit mehrerer Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflichten. Wenn die Mitgliedschaft „eine Fülle von Rechten und Pflichten in einem Verband“ vermittelt, also eindeutig eine Gesamtheit mehrerer Rechte *und* Pflichten ist, läßt sich nicht der Bereich subjektiver Rechte nach geltendem Zivilrecht „ganz offen um die Mitgliedschaft erweitern“²⁰. Auch die Kennzeichnung als „ein in sich geschlossenes Rechtsinstitut“²¹ erlaubt es nicht, die Mitgliedschaft als ein subjektives Recht zu qualifizieren. Darüber hinaus umfaßt die Mitgliedschaft – wie schon gesagt – die Möglichkeit, daß für das Mitglied aus dem Gesellschaftsverhältnis neue Mitgliedschaftsrechte und/oder Mitgliedschaftspflichten entstehen. Aus einem einzelnen subjektiven Recht können aber, auch wenn man von einem „Mutterrecht“ („Quellrecht“, „Stammrecht“) spricht²², keine anderen subjektiven Rechte („Tochterrechte“, „Folgerechte“) und erst recht keine Rechtspflichten ganz anderen und sehr unterschiedlichen Inhalts für den Rechtsinhaber (hier Mitglied) entstehen („fließen“)²³. Denn die Entstehungsgrundlage der einzelnen Rechte und Rechtspflichten der Beteiligten ist das Rechtsverhältnis (hier Gesellschaftsverhältnis), das entweder durch Rechtsgeschäft (hier Gesellschaftsvertrag, Beitritt i. S. von Aufnahmevertrag) oder kraft Gesetzes entstanden ist.

3. Aus den bisher vorgenommenen Unterscheidungen und Klarstellungen lassen sich für Verfügungen über Mitgliedschaftsrechte einige grundlegende *Folgerungen* herleiten.

a) Wenn die Mitgliedschaft insgesamt stets mehrere (aktuelle und potentielle) einzelne Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflichten umfaßt, ist sie – wie dargelegt – eine Gesamtheit, nicht ein Gegenstand. Es ist nach geltendem Zivilrecht nicht haltbar, daß die Mitgliedschaft „als Gegenstand verselbständigt“²⁴ oder ein „einheitlicher Rechtsgegenstand“²⁵ („einheitliches Rechtsgebilde“²⁶) sei. Dafür gibt es keinen

umgekehrt aus dem Rechtsverhältnis zur Gesellschaft und u. U. den anderen Gesellschaftern entsteht die Mitgliedschaft als Stellung eines Beteiligten.

²⁰ So aber *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 102.

²¹ So *K. Schmidt*, aaO (Fn. 2), § 19 I 3 b.

²² So *Wiedemann*, aaO (Fn. 8), S. 39, 301; 296; *U. Huber*, aaO (Fn. 14), S. 163; auch *Staudinger/Coing*, BGB, 12. Aufl. Bd. 1, 1980, § 38 Rdn. 3.

²³ Vgl. aber *Wiedemann*, aaO (Fn. 8), S. 296, 301; *U. Huber*, aaO (Fn. 14), S. 163 f.

²⁴ So *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 98, 99.

²⁵ So *K. Schmidt*, aaO (Fn. 2), § 19 IV 1.

²⁶ So *Teichmann*, NJW 1966, 2336, 2337; weitere Nachw. zur angeblichen Qualität der Mitgliedschaft als „einheitlicher Gegenstand“ („selbständiges Rechtsgut“) bei *Hadding*, aaO (Fn. 4), S. 251/252.

gesetzlichen Anhaltspunkt. Ist aber die Mitgliedschaft insgesamt unbezweifelbar eine Gesamtheit von Rechten und Pflichten, sind nach dem Spezialitätsprinzip „Verfügungen“ über sie nicht ohne weiteres möglich²⁷.

aa) Soweit bei den Personalgesellschaften (GbR, OHG, KG) ein *Übergang der Mitgliedschaft* insgesamt, also der „Stellung im Gesellschaftsverhältnis“, rechtsgeschäftlich herbeigeführt werden soll, kann dies nur durch eine sog. *Vertragsübernahme* bewirkt werden, d. h. durch rechtsgeschäftliche Vertragserklärungen grundsätzlich aller am Gesellschaftsverhältnis (als „Rechtsverhältnis“) Beteiligten (§ 305 BGB)²⁸. Im Ergebnis entspricht es auch einhelliger Auffassung, daß bei einem Gesellschafterwechsel in Personalgesellschaften die übrigen Gesellschafter in irgendeiner Weise ihr Einverständnis erklären müssen²⁹. Befürwortet man freilich die „Abtretbarkeit“ der Mitgliedschaft (als angeblich subjektives Recht; „Stammrecht“), so ist fragwürdig, aus welcher Regelung das in den §§ 413, 398 BGB gerade *nicht* enthaltene Erfordernis einer Zustimmung hergeleitet werden kann. Die hierzu angeführten Gründe (z. B. „Arbeits- und Haftungsgemeinschaft“, „gegenseitiges Vertrauen“, „höchstpersönlicher Charakter des Zusammenschlusses“) gelten nicht allgemein bei allen Ausgestaltungen von Personalgesellschaften und vermögen daher nicht zu überzeugen³⁰.

bb) Nur so erklärt es sich auch, daß für den „Geschäftsanteil“ bei einer *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (vgl. § 14 GmbHG), also für die Mitgliedschaft in einer solchen Gesellschaft, im Gesetz ausdrücklich u. a. die „Abtretbarkeit“ vorgesehen ist (§ 15 Abs. 1 GmbHG). Wäre die Mitgliedschaft zumindest bei der GmbH ein ein-

²⁷ Diese Problematik tritt z. B. bei *Ulmer*, aaO (Fn. 7), nicht ins Blickfeld. Bei einem Nießbrauch an einem Geschäftsanteil geht es weniger darum, das sog. Abspaltungsverbot als angebliche rechtsdogmatische Hürde zu überwinden, als vielmehr um die Beachtung des Spezialitätsgrundsatzes als geltendes Recht (vgl. § 1069 BGB); vgl. dazu schon *Hadding*, aaO (Fn. 4), S. 258 ff.; *ders.*, aaO (Fn. 7), S. 40 f., 67 f. Bei diesen Überlegungen, die bemüht bleiben, die allgemeinen zivilrechtlichen Grundlagen zu wahren, handelt es sich nicht um eine „auf die mitgliedschaftlichen Vermögensrechte bezogene Ersatzkonstruktion“, auf die „auszuweichen“ empfohlen werde (so aber *Ulmer*, aaO [Fn. 7], S. 384, 385 m. Fn. 9, 389/390, 397 f.). Wenn als „Nießbrauchsgegenstand“ bei dem propagierten „Anteilsnießbrauch“ die „Mitgliedschaft“ angesehen wird, kommt man nicht so leicht über § 1069 Abs. 2 BGB hinweg, wie *Ulmer*, aaO (Fn. 7), S. 390 unter III. 1. meint. Auch wenn die Mitgliedschaft insgesamt im konkreten Fall durch Gesellschaftsvertrag oder Zustimmung der übrigen Gesellschafter übertragbar ist, wird sie doch nicht zu „einem Recht“ i. S. von § 1069 BGB!

²⁸ Vgl. dazu *Pieper*, aaO (Fn. 13), S. 191 ff.

²⁹ Vgl. BGHZ 13, 179, 184; 24, 106, 114; BGH WM 1961, 303, 304 = BB 1961, 347; BGHZ 44, 229, 231; 98, 48, 55.

³⁰ Vgl. im einzelnen *Hadding*, aaO (Fn. 4), S. 256.

zernes subjektives Recht³¹, wäre die Vorschrift des § 15 Abs. 1 GmbHG insoweit überflüssig, weil sich die Abtretbarkeit der Mitgliedschaft in der GmbH als eines (angeblich) subjektiven Rechts schon aus § 413 BGB ergeben würde! Diese rechtliche Beurteilung wird durch eine nur selten ins Blickfeld gerückte Stellungnahme des Bundesgerichtshofs eindrucksvoll bestätigt. Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs³² hat für den Fall der Pfändung des „Geschäftsanteils“ einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer Offenen Handelsgesellschaft zum „Pfändungsobjekt“ ausgeführt: „Den Begriff ‚Geschäftsanteil‘ kennt das Gesetz bei Personengesellschaften nicht, wohl aber beispielsweise bei der GmbH. Bei ihr bedeutet ‚Geschäftsanteil‘ die – nach dem Betrage der übernommenen Stammeinlage bezeichnete (§ 14 GmbHG) – Gesamtheit der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters. Dieselbe Bedeutung hat der Begriff, wenn er im Verkehr auf eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder eine offene Handelsgesellschaft angewandt wird. Auch dann bezeichnet er die Gesamtheit der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters (Gesellschaftsanteil).“

cc) Was der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs völlig zutreffend für die GbR und die OHG (damit auch für die KG) sowie für die GmbH dargelegt hat, gilt auch die die *Aktiengesellschaft*³³. Die Mitgliedschaft des Aktionärs ist seine Stellung im Rechtsverhältnis zu der AG, d. h. die Gesamtheit der gegenwärtigen und künftigen Rechte und Pflichten als Gesellschafter (vgl. §§ 11, 12 AktG). Im einzelnen umfaßt die Mitgliedschaft die vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten sowie die Mitverwaltungsrechte des Aktionärs. Auch die Mitgliedschaft des Aktionärs ist also kein einzelnes subjektives Recht³⁴. Um aber dem Liquiditätsinteresse des Aktionärs durch leichte Veräußerbarkeit der Mitgliedschaft entgegenzukommen, ist im Aktiengesetz nicht etwa nur ihre Abtretbarkeit (wie für die Mitgliedschaft bei einer GmbH in § 15 Abs. 1 GmbHG), sondern darüber hinaus ihre wertpapierrechtliche Verkörperung in einer Aktienurkunde vorgesehen worden (vgl. § 13 AktG). Dieser rechtstech-

³¹ Vgl. dazu *Hachenburg/Schilling*, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl. Bd. 2, 1979, § 14 Rdn. 4; *Scholz/Winter*, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl. Bd. 1, 1986, § 14 Rdn. 2 m. Nachw.; irrig hingegen Rdn. 7.

³² WM 1972, 81, 82 = BB 1972, 10, 11 = MDR 1972, 414 = LM Nr. 5 zu § 859 ZPO = NJW 1972, 259 (nur Leitsatz). In diesem Sinne auch zutreffend *K. Schmidt*, JR 1977, 177, 178: „... die Pfändung des ‚Anteils‘ ist in Wahrheit nichts als eine globale Pfändung derjenigen Ansprüche, die nach § 717 S. 2 BGB übertragbar, mithin auch pfändbar sind“. Ebenso ausdrücklich für die Verpfändung. And. Ans. offenbar der II. Zivilsenat in BGHZ 97, 392, 394 (weitere Fundstellen Fn. 3); *Flume*, aaO (Fn. 2), § 17 III (S. 355).

³³ Vgl. dazu *Würdinger*, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl. 1981, § 11.

³⁴ Vgl. *Hadding*, Die HGB-Klausur, 1980, § 17, 1.

nische Weg erlaubt namentlich bei Inhaberaktien sachenrechtliche Verfügungen über die Aktienurkunden (als bewegliche Sachen), die sich – wie stets bei Inhaberpapieren – auch auf die verkörperte Mitgliedschaft auswirken. An der rechtlichen Qualifizierung der Mitgliedschaft des Aktionärs ändert sich dadurch nichts. Vielmehr läßt erst die Differenzierung unter den einzelnen Mitgliedschaftsrechten des Aktionärs, insbesondere zwischen vermögensrechtlichen Ansprüchen und Mitverwaltungsrechten, eine nähere Klärung zu, welche Rechtsstellung etwa bei einer Verpfändung von Inhaber- oder Namensaktien der Pfandgläubiger erlangt³⁵.

b) In diesem Zusammenhang ergibt sich für die Rechtspraxis aus den getroffenen Feststellungen ein wichtiger *Auslegungsmaßstab*: Ist aufgrund wirtschaftlicher Betrachtung in einem konkreten Fall die „Mitgliedschaft“ insgesamt zum ‚Objekt‘ einer Verfügung in Gestalt einer *Belastung* gemacht worden (z. B. durch Verpfändung oder Nießbrauchbestellung), so bedeutet dies rechtlich gesehen, daß die Beteiligten das zivilrechtlich Zulässige erstrebten, nämlich eine Verfügung über sämtliche *einzelnen übertragbaren Vermögensrechte*, die für den Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis entstanden sind und noch entstehen werden³⁶. Niemand wird ernstlich die Auffassung vertreten, daß z. B. bei einer Verpfändung oder Nießbrauchbestellung hinsichtlich der „Mitgliedschaft“ in einer OHG oder KG die Belastung etwa auch die einzelnen *Pflichten* (Verbindlichkeiten) des Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis erfassen könnte³⁷. Ebenso wenig kann dies für *unübertragbare* Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis (vgl. §§ 717 Satz 1 BGB; 105 Abs. 2; 161 Abs. 2 HGB) gelten. Denn Rechte, die nicht übertragbar sind, können nicht Gegenstand eines Pfandrechts oder eines Nießbrauchs sein (§§ 1274 Abs. 2; 1069 Abs. 2 BGB). Entsprechendes gilt für die Pfändbarkeit (vgl. §§ 851 Abs. 1 ZPO; 400, 413 BGB). Wenn gleichwohl von einer Verpfändung der „Mitgliedschaft“ (des „Gesellschaftsanteils“, des „Geschäftsanteils“) oder der Bestellung eines Nießbrauchs an der „Mitgliedschaft“ (oder ähnlich) gesprochen wird, so hat diese abkürzende Umschreibung den Vorzug, daß hierdurch in der Tat *alle* einzelnen (gegenwärtigen und künftigen) übertragbaren Vermögensrechte des Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis von der Belastung erfaßt werden. Es wird die langwierige und möglicherweise unvollständige Aufzählung dieser Rechte bei der Bestellung dieser

³⁵ Vgl. dazu näher *Kraft/Hönn*, in: Hadding/U. H. Schneider (Hrsg.), aaO (Fn. 6), S. 163 ff.

³⁶ Vgl. *Hadding*, in: Hadding/U. H. Schneider (Hrsg.), aaO (Fn. 6), S. 40.

³⁷ Insoweit zutreffend *Marotzke*, ZIP 1988, 1509, 1513/1514 m. Nachw. Fn. 57.

beschränkten Sachenrechte erspart. Das für Verfügungen geltende Spezialitätsprinzip und die Vorschriften der §§ 1274 Abs. 2; 1069 Abs. 2 BGB ergeben jedoch eindeutig den Umfang der Belastung: Nur die einzelnen übertragbaren Vermögensrechte werden erfaßt; andere Bestandteile der Mitgliedschaft sind von der Belastung ausgenommen³⁸. Dem entspricht es, daß hinsichtlich einer *Verwertung* stets nur von einem Zugriff auf die übertragbaren Vermögensrechte des Gesellschafters, insbesondere den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben oder Ansprüche auf Gewinnanteile die Rede ist³⁹. So fährt auch der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in dem erwähnten Urteil⁴⁰ fort: „Pfändet ein Gläubiger den ‚Geschäftsanteil‘ des Gesellschafters einer Personengesellschaft, so pfändet er damit die Gesellschaftsrechte seines Schuldners, soweit sie pfändbar sind. Das ist nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes (§ 859 ZPO) ‚der Anteil des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen‘. Die Pfändung dieses Anteils ergreift ‚die Ansprüche auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt‘ (vgl. § 717 BGB), also auf das Auseinandersetzungsguthaben“. Entsprechendes gilt für die rechtsgeschäftliche Verpfändung der „Mitgliedschaft“ oder Bestellung eines Nießbrauches an der „Mitgliedschaft“.

c) Schließlich kann von den systematischen Grundlagen her zu der eingangs erwähnten Fragestellung eine Antwort gefunden werden, welche Wirkung einer *Vorausverfügung* über einzelne künftige (übertragbare) Mitgliedschaftsrechte zukommt, wenn der Verfügende im Zeitpunkt der aktuellen Entstehung solcher vermögensrechtlichen Ansprüche selbst nicht mehr Gesellschafter ist, also die Mitgliedschaft insgesamt nicht mehr besteht oder auf einen anderen (Erwerber) unter Lebenden oder von Todes wegen übergegangen ist oder infolge von Maßnahmen der Zwangsvollstreckung nicht mehr zur Disposition des Mitglieds steht. Die Übertragung künftiger oder bedingter Ansprüche i. S. des § 717 Satz 2 BGB durch Vorausabtretung ist zwar zulässig und gegen abweichende Zwischenverfügungen über diese Ansprüche geschützt

³⁸ Vgl. *Hadding*, in: Hadding/U.H. Schneider (Hrsg.), aaO (Fn. 6), S. 49 ff., 72 ff., demgegenüber für eine „Aufteilung“ der Verwaltungsrechte (trotz ihrer gesetzlichen Unübertragbarkeit): *Ulmer*, aaO (Fn. 7), S. 393 ff.

³⁹ Vgl. etwa *Flume*, aaO (Fn. 2), § 17 II (S. 368): „Auch wenn die Verpfändung die Mitgliedschaft betrifft, so ist ... Befriedigungsobjekt für den Gläubiger doch nur der Anspruch auf den Gewinnanteil und – nach Kündigung – auf das Auseinandersetzungsguthaben“. Mit dieser zutreffenden Feststellung ist es schwerlich vereinbar, daß *Flume* zuvor (§ 9 Fn. 9 [S. 127]) meint, der Auffassung, daß es sich um ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch an den einzelnen Rechten handelt, sei „nicht zu folgen“.

⁴⁰ Vgl. Fn. 32.

(§ 161 BGB; vorbehaltlich der §§ 404–406 BGB⁴¹). Die Vorausabtretung geht aber ins Leere, wenn das „Rechtsverhältnis“, aus dem die künftige Forderung entstehen soll, vor deren Entstehung beendet wird oder auf seiten des Verfügenden auf einen anderen Beteiligten übergeht (z. B. durch sog. Vertragsübernahme oder Gesamtrechtsnachfolge). Sind künftige Ansprüche des Gesellschafters auf Gewinnanteile oder auf ein Auseinandersetzungsguthaben im voraus abgetreten worden, so muß im Zeitpunkt ihrer Entstehung die Mitgliedschaft dieses Gesellschafters als Stellung im Gesellschaftsverhältnis und damit die Rechtsgrundlage für diese Ansprüche noch bestehen. Ist hingegen die Mitgliedschaft des Gesellschafters, der die künftigen Ansprüche abgetreten hat, in seiner Person zwischenzeitlich weggefallen (z. B. durch Übergang auf einen Erwerber), so können die Ansprüche nicht mehr für den (Voraus-) Abtretungsempfänger entstehen. Hierzu hat der Bundesgerichtshof⁴² zutreffend darauf abgestellt, daß das „Rechtsverhältnis, das die künftige Forderung begründen soll“, im Zeitpunkt der Forderungsentstehung noch mit der Person des (Voraus-)Abtretenden bestehen muß. Diese Argumentation „erscheint“ nicht nur „auf den ersten Blick bestehend“⁴³, sondern sie entspricht geltendem deutschen Zivilrecht, wenn man seine rechtssystematischen Grundlagen ernst nimmt. Eine „Kritik“ wird erst dann möglich, wenn man diese Argumentation als angebliches „Dogma vom ‚Vorrang der Stammrechtsverfügung‘“ diskreditiert⁴⁴. Hier wird erneut deutlich, welche verwirrenden Auswirkungen es hat, wenn die Mitgliedschaft insgesamt nicht als „Stellung im Rechtsverhältnis“, sondern als ein „Stammrecht“ angesehen wird, über das „Verfügungen“ möglich sein sollen. Bei dem angesprochenen Problem geht es überhaupt nicht um den Vorrang einer von mehreren „Verfügungen“; vielmehr ist allein entscheidend, daß die Vorausverfügung über ein künftiges einzelnes Recht keinen Gegenstand erlangt und deshalb ins Leere geht, wenn der Verfügende im maßgeblichen Zeitpunkt nicht mehr Beteiligter des Rechtsverhältnisses ist, aus dem das Recht für ihn und damit z. B. für den Abtretungsempfänger entstehen sollte⁴⁵. Entsprechendes gilt, wenn ein Vollstreckungsgläubiger des Gesellschafters den „Anteil an dem Gesellschaftsvermögen“ hat pfänden lassen (§ 859 Abs. 1 ZPO), um den Weg einer Kündigung z. B. der GbR beschreiten zu können (§ 725 BGB). Eine solche Pfändung des „Anteils an dem

⁴¹ Vgl. BGH NJW 1982, 2371 = WM 1982, 690 zu II 2 a.

⁴² BGHZ 88, 205, 207 für Geschäftsanteil bei GmbH (weitere Fundstellen Fn. 3).

⁴³ So *Marotzke*, ZIP 1988, 1509, 1514.

⁴⁴ *Marotzke*, ZIP 1988, 1509.

⁴⁵ Der umfangliche Begründungsaufwand, mit dem *Marotzke*, aaO (Fn. 43) sich gegen dieses Ergebnis wendet, vermag nicht zu überzeugen.

Gesellschaftsvermögen“ überspielt eine vorherige Abtretung einzelner künftiger Ansprüche z. B. auf Gewinnanteile oder das Auseinandersetzungsguthaben⁴⁶. Denn auch hier kann infolge der Pfändung des gesamten „Anteils an dem Gesellschaftsvermögen“ kein einzelner vermögensrechtlicher Anspruch zur freien Disposition des Gesellschafters mehr entstehen. Die Figur eines angeblichen „Stammrechts“ („Vermögensstammrecht“⁴⁷ oder „Gewinnstammrecht“⁴⁸) kann allenfalls zu der Fehlvorstellung verleiten, als sei in Gestalt der Mitgliedschaft oder des Anteils an dem Gesellschaftsvermögen ein „subjektives Recht“ gegeben, über das „Verfügungen“ möglich seien.

⁴⁶ Vgl. BGH WM1988, 1747 (weitere Fundstellen Fn. 3); ebenso schon *Flume*, aaO (Fn. 2), § 17 III; MünchKomm.-*Ulmer*, § 717 Rdn. 35 a. E.; *Soergel/Hadding*, aaO (Fn. 2), § 717 Rdn. 16.

⁴⁷ So noch MünchKomm.-*Ulmer*, 1. Aufl., § 717 Rdn. 35.

⁴⁸ So seinerzeit *Siebert*, BB 1956, 1126, um einen Nießbrauch zu ermöglichen; dagegen zutreffend *Ulmer*, aaO (Fn. 7), S. 399 f.

Minderheitsschutz bei der Ergebnisverwendung in der GmbH

Zur Neuregelung des § 29 GmbHG durch das Bilanzrichtlinien-Gesetz

GÖTZ HUECK

Es ist ein recht spezielles Thema, zu dem hier einige Beobachtungen und Gedanken mitgeteilt werden sollen, freilich ein sehr aktuelles Thema, zugleich eines, das auch an Grundsätzliches rührt. Darum widme ich diese Ausführungen mit besonderer Freude *Ernst Steindorff*, dessen wissenschaftliches Werk sich durch die meisterhafte Verbindung von theoretisch tiefgehender Problemdurchdringung mit klarem Blick für praktische Relevanz und Aktualität auszeichnet. Ich denke dabei dankbar an viele Jahre freundschaftlich-kollegialer und persönlicher Verbundenheit, an Gedankenaustausch und viele wertvolle Anregungen in den gemeinsamen oder sich berührenden Interessengebieten. Durch Betrachtungen zu § 29 GmbHG mag der Wirtschafts- und Gesellschaftsrechtler *Steindorff* mehr angesprochen sein als der Europarechtler, doch ist nicht zu verkennen, daß wir hier – auch – eine Reaktion nationalen Rechts auf die europäische Rechtsangleichung im Bereich des Bilanzrechts vor uns haben und damit eine Fernwirkung der betreffenden EG-Richtlinien im von ihnen nicht unmittelbar geregelten Bereich, ein im Zuge fortschreitender Rechtsangleichung häufig beobachteter Effekt.

I. Grundlagen

1. Das Bilanzrichtlinien-Gesetz¹ hat die gesetzliche Regelung der Ergebnisverwendung für die GmbH in § 29 GmbHG wesentlich umgestaltet. Ziel der Änderung war ausweislich der insoweit recht kargen Gesetzesmaterialien² die Anpassung an das neue Bilanzrecht. Diese liegt allerdings auf zwei verschiedenen Ebenen mit durchaus unterschiedlicher Qualität:

¹ BiRiLiG vom 19. 12. 1985, BGBl. I S. 2355.

² Vor allem Begründung zum RegE des BiRiLiG BT-Drucks. 10/317 vom 26. 8. 1983 S. 70, 109, 112 f., 136 zur Neuregelung und zur Überleitung; ferner Bericht des Rechtsaussch. BT-Drucks. 10/4268 vom 8. 11. 1985 S. 123 f., 129 ff., 150.

Im wesentlichen technischen Charakter hat die nähere Festlegung des Gegenstands der Ergebnisverwendung durch Bestimmung der Verwendungsmasse in Angleichung an die nunmehr maßgebenden Begriffe und Positionen des Jahresabschlusses³. Hierher gehört vor allem die Ausrichtung auf den um Gewinn- bzw. Verlustvortrag ergänzten Jahresüberschuß in Abs. 1 Satz 1 bzw. in Satz 2 statt dessen auf den Bilanzgewinn, wenn die Bilanz gem. § 268 Abs. 1 HGB unter Berücksichtigung teilweiser Ergebnisverwendung aufgestellt ist oder Rücklagen aufgelöst worden sind. Gleichfalls technisch bedingt ist auch noch in Satz 1 die Berücksichtigung zusätzlichen Aufwands infolge des Ergebnisverwendungsbeschlusses, denn dadurch wird nur den notwendigen Folgen für die Höhe der Körperschaftsteuer bei gespaltenem Steuersatz und gegebenenfalls auch für dividendenabhängige Rechte Dritter Rechnung getragen, falls der Beschluß hinsichtlich des Verhältnisses von Gewinnausschüttung und Thesaurierung von den bei Aufstellung des Jahresabschlusses zugrundegelegten Erwartungen abweicht⁴. Nicht wesentlich über technische Konsequenzen aus dem Bilanzrecht hinaus geht schließlich die Sonderregelung in Abs. 4 für Gewinnrücklagen aus Wertaufholungen und bestimmten bei der steuerlichen Gewinnermittlung gebildeten Passivposten. Zwar wird hier die Rücklagenbildung zu Lasten eines sonst ausschüttungsfähigen Gewinns erleichtert und damit auch materiell das Ergebnisverwendungsrecht gestaltet, doch bleibt das auf wenige ganz spezielle Vorgänge beschränkt als Folge bilanztechnischer Regeln in bezug auf Beträge, die nach altem Recht regelmäßig als stille Reserven gleichfalls einer Gewinnausschüttung entzogen gewesen wären⁵.

In eine ganz andere Dimension führt hingegen der neu eingefügte Abs. 2 über den Ergebnisverwendungsbeschluß, der den wesentlichen Kern der Neuregelung des § 29 bildet. Anders als bei den zuvor genannten primär technisch-formellen Angleichungen handelt es sich dabei um eine gravierende materielle Änderung des Rechts der Ergebnis- bzw. Gewinnverwendung. Sie setzt an die Stelle des früher geltenden Vollaussahlungsanspruchs der Gesellschafter einen eingeschränkten Gewinnausschüttungsanspruch, der inhaltlich jeweils von einer einfachen Mehrheitsentscheidung über den Umfang der Gewinnausschüttung und Reservenbildung durch Gewinnrücklagen oder Gewinnvortrag beruht. Dadurch wird die Möglichkeit eröffnet, auch ohne entsprechende Sat-

³ Übersicht bei *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck, GmbHG* 15. Aufl. § 29 Rdn. 10 ff.

⁴ Näher *Schulze-Osterloh*, *ZHR* 150 (1986) S. 550; allgemein *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 29 Rdn. 17; *Scholz/Emmerich*, *GmbHG* 7. Aufl. § 29 nF Rdn. 187.

⁵ Dazu Bericht des Rechtsaussch. (Fn. 2) S. 123 f., 130 l. Sp. zur entsprechenden Regelung in § 58 Abs. 2 a AktG; allgemein zu § 29 Abs. 4 *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 29 Rdn. 18 ff.; *Fischer/Lutter/Hommelhoff*, *GmbHG* 12. Aufl. § 29 Rdn. 30 f.

zungsbestimmung oder einstimmigen Gesellschafterbeschuß⁶ Gewinn teilweise, u. U. sogar ganz zur Eigenkapitalbildung durch Selbstfinanzierung zu verwenden. Das soll nach der Begründung des Gesetzes⁷ einen Ausgleich dafür eröffnen, daß das Bilanzrecht des BiRiLiG die früher nach verbreiteter, wenn auch durchaus umstrittener Auffassung⁸ bei der GmbH mögliche, zumindest aber tatsächlich viel praktizierte Bildung stiller Reserven nunmehr durch strengere Bewertungsregeln⁹ weitgehend beschränkt. Die Neuregelung trägt damit zugleich auch dem Umstand Rechnung, daß die am Bild des Klein- und Mittelunternehmens zur Zeit der Schaffung des GmbHG um die Jahrhundertwende orientierte Vollausschüttung des erwirtschafteten Gewinns praktisch durch die Entwicklung schon lange überholt und mit modernen betriebswirtschaftlichen Erfordernissen nicht mehr vereinbar war. Die weite Verbreitung vom Vollausschüttungsgebot abweichender Satzungsbestimmungen, die typischerweise eine erhöhte Reservenbildung zum Ziel haben, macht das deutlich. Dabei sollten die Vorzüge einer solchen individuellen, sozusagen maßgeschneiderten Lösung ganz unabhängig vom Stand der gesetzlichen Regelung nicht gering geachtet werden. Sie ist auch unter der Geltung des reformierten § 29 zulässig und ermöglicht die Anpassung an die besonderen Bedürfnisse der einzelnen Gesellschaft. Das ist gerade im Hinblick auf die nachfolgend zu besprechenden – und manche anderen – Probleme wichtig, angesichts derer auch weiterhin Satzungsregeln zur Konkretisierung der Ergebnisverwendung sehr zu empfehlen sind¹⁰.

2. § 29 GmbHG gilt in der Neufassung durch das BiRiLiG uneingeschränkt für Gesellschaften, die seit dessen Inkrafttreten am 1. 1. 1986 durch Handelsregistereintragung als GmbH entstanden sind. Früher eingetragene sog. Altgesellschaften unterliegen im Grundsatz einer

⁶ So die freilich im einzelnen umstrittenen Voraussetzungen nach altem Recht, auch heute noch aktuell für Altgesellschaften, wenn und solange sie der Übergangsregelung in Art. 12 § 7 GmbHG-ÄnderungsG i. d. F. des BiRiLiG unterliegen; dazu ausführlich *Scholz/Emmerich* (Fn. 4) § 29 Rdn. 79 ff.; *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 29 Rdn. 101 ff.; *Scholz/Schmidt*, GmbHG 7. Aufl. § 46 Rdn. 34; *Hachenburg/Goerdeler/Müller*, GmbHG 7. Aufl. § 29 Rdn. 42 ff.; alle m. w. N.

⁷ Oben Fn. 2.

⁸ Zum Meinungsstand nach altem Recht *Schulze-Osterloh* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG 14. Aufl. § 42 Rdn. 77 m. w. N.; ferner *Scholz/Emmerich* (Fn. 4) § 29 Rdn. 46 ff. m. w. N.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1986 S. 881.

⁹ Insbesondere §§ 279, 280 i. Vbdg. mit §§ 253, 254 HGB.

¹⁰ Der Gestaltungsrahmen ist weit und die Praxis sehr vielfältig; dazu ausführlich *Hachenburg/Goerdeler/Müller* (Fn. 6) § 29 Rdn. 48 ff.; *Scholz/Emmerich* (Fn. 4) § 29 Rdn. 87 ff.; – Regelungs- und Formulierungsvorschläge auch bei *Hommelhoff/Hartmann/Hillers*, DNöZ 1986 S. 323 ff.; *Hommelhoff/Priester*, ZGR 1986 S. 509 ff.

Übergangsregelung in Art. 12 § 7 GmbHG-ÄnderungsG¹¹. Danach gilt die Neufassung des § 29 im Ganzen nur unter bestimmten Voraussetzungen¹² ohne weiteres auch für Altgesellschaften, im übrigen hinsichtlich Abs. 1 und 2 erst nach einer Überleitung; hingegen sind der gegenüber Abs. 2 a. F. ohnehin unveränderte Abs. 3 sowie die oben erwähnte Sonderregelung des Abs. 4 von vornherein auf alle Gesellschaften anwendbar.

Die Übergangsregelung hat doppelte Funktion: Zum einen regelt sie in Abs. 1 für Altgesellschaften die Ergebnisverwendung übergangsweise, und zwar materiell übereinstimmend mit § 29 a. F., also i. S. einer Weitergeltung des früheren Vollausschüttungsgebots, jedoch in sachlicher und terminologischer Anpassung an das Bilanzrecht des auch für Altgesellschaften maßgebenden BiRiLiG. Zum anderen betreffen Abs. 2 und 3 die Überleitung der Altgesellschaften in das neue Recht der Ergebnisverwendung im Wege einer entsprechenden Satzungsanpassung, deren Vornahme einerseits durch eine Sperre des Handelsregisters für die Eintragung sonstiger Satzungsänderungen mittelbar erzwungen, andererseits durch eine einmalige Herabsetzung der für die Satzungsanpassung erforderlichen Beschlußmehrheit – einfache statt qualifizierter Mehrheit – erleichtert wird.

II. Wertung

1. Die Neuregelung der Ergebnisverwendung ist in der Literatur auf vielfache, zum Teil recht dezidierte Kritik gestoßen¹³. Diese betrifft bei der Übergangsregelung des Art. 12 § 7 GmbHG-ÄnderungsG vor allem das unnötig komplizierte, zudem keineswegs eindeutig geregelte Überleitungsverfahren nach Abs. 2 im allgemeinen sowie im besonderen dort in Satz 2 die die Stellung der Minderheit gefährdende Möglichkeit einer Satzungsanpassung durch einfachen Mehrheitsbeschluß¹⁴. In der Tat hat sich alsbald ergeben, daß die praktische Durchführung auf Schwierigkeiten stößt und in vielen Einzelheiten nicht nur in der Literatur, sondern

¹¹ Vom 4. 7. 1980, BGBl. I S. 836; Art. 12 § 7 eingefügt durch Art. 11 Abs. 2 BiRiLiG vom 19. 12. 1985, BGBl. I S. 2355.

¹² Dazu statt anderer *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 29 Rdn. 96 f.; *Fischer/Lutter/Hommelhoff* (Fn. 5) § 29 Rdn. 58; beide m. w. N.; nunmehr auch BGHZ Bd. 105 S. 206; danach ist der Kreis der nicht der Überleitung unterliegenden Altgesellschaften relativ weit zu fassen.

¹³ So vor allem *Geffler*, BB 1986 S. 227; *Emmerich* in FS Seuß, 1987 S. 137; s. auch *Scholz/Emmerich* (Fn. 4) § 29 Rdn. 9 ff., 162, 164; auch im übrigen finden sich in der sehr umfangreichen Literatur zu diesem Komplex im einzelnen zahlreiche kritische Äußerungen. – Literaturübersichten bei *Scholz/Emmerich* (Fn. 4) § 29 Rdn. 160; *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 29 Rdn. 2, 95.

¹⁴ Zu beiden Punkten statt vieler *Geffler* und *Emmerich* (beide Fn. 13).

auch in der inzwischen vorliegenden Rechtsprechung der Instanzgerichte kontrovers behandelt wird¹⁵. Darauf soll hier jedoch nicht weiter eingegangen werden.

2. An der Neuregelung des §29 selbst wird nicht selten gleichfalls die Gefährdung der Minderheitsinteressen kritisiert, die mit dem Ersatz des früheren Vollausschüttungsgebots durch den mit einem einfachen Mehrheitsbeschluß über Reservenbildung gekoppelten eingeschränkten Gewinnausschüttungsanspruch einhergeht¹⁶. Daß aus diesem Grund der Schutz der Gesellschaftsminderheiten gegenüber Benachteiligungen durch ungerechtfertigte Gewinnthesaurierung seitens der Mehrheit besonderer Aufmerksamkeit bedarf, ist evident und wird ungeachtet der sonstigen Bewertung der Regelung ganz allgemein betont; darauf ist anschließend (III.) einzugehen. Angesichts solcher Einmütigkeit über das Erfordernis eines wirksamen Minderheitsschutzes bedarf es an sich keiner allgemeinen Würdigung der an §29 n.F. geübten Kritik mehr. Lediglich zur Verdeutlichung der Ausgangslage erscheinen einige Bemerkungen angebracht.

a) Mit dem Übergang vom Prinzip der Vollausschüttung zur einfachmehrheitsabhängigen Reservenbildung hat der Gesetzgeber, wie oben bereits erwähnt, nicht nur das weitgehende Verbot stiller Reserven durch das BiRiLiG ausgeglichen, sondern er hat vor allem auch dem betriebswirtschaftlichen Erfordernis einer angemessenen Selbstfinanzierung im Interesse der Erhaltung und Fortentwicklung eines gesunden Unternehmens Rechnung getragen. Trotz etwas anderer Gewichtung in der Begründung zum BiRiLiG ist letzteres der allgemeine und eigentlich tragende Gesichtspunkt; er entspricht seit langem gesicherter Erkenntnis und hatte bereits 1939 in einem im Krieg nicht mehr verwirklichten Entwurf des Reichsjustizministeriums für ein neues GmbHG und vor allem dann in den Regierungsentwürfen von 1971 und 1973 für die gescheiterte sog. große GmbH-Reform, der heutigen Regelung ganz entsprechend, Ausdruck gefunden¹⁷. Die praktische Relevanz der Reservenbildung, aber auch die Schwierigkeiten ihrer Realisierung nach altem Recht, falls ohne entsprechende Satzungsbestimmung unter den Gesellschaftern keine volle Einigung erzielt werden konnte, macht die ausgedehnte und bis zuletzt kontroverse Diskussion hierüber eindrucksvoll

¹⁵ In zentralen Fragen gerade auch des Minderheitsschutzes klärend nunmehr BGHZ Bd. 105 S. 206; dazu *Hepting*, BB 1989 S. 393.

¹⁶ Auch dazu und zum Folgenden statt anderer *Geßler* und *Emmerich* (beide Fn. 13).

¹⁷ Ausführlich zu dieser Entwicklung *Hachenburg/Goerdeler/Müller* (Fn. 6) §29 Rdn. 3 ff.; *Scholz/Emmerich* (Fn. 4) §29 Rdn. 5 ff.; *Emmerich* in FS Seuß, 1987 S. 139 f. m. w. N.

deutlich¹⁸. In dem Widerstreit zwischen dem Interesse der Mehrheit, die Bildung unternehmerisch für erforderlich gehaltener Reserven gegen eine womöglich widerstrebende Minderheit durchsetzen zu können, und dem Interesse der Minderheit an einem sicheren Schutz vor Dividendenverkürzung durch ungerechtfertigte Reservenbildung seitens der Mehrheit hat der Gesetzgeber nunmehr dem ersteren den Vorrang gegeben. Im Hinblick auf das im Prinzip ganz offensichtliche allgemeine unternehmerische Erfordernis einer angemessenen Selbstfinanzierung (auch) aus Unternehmensgewinnen erscheint es konsequent, die Bestimmung hierüber in einer grundsätzlich am Mehrheitsprinzip ausgerichteten Gesellschaftsform der Mehrheit zu überlassen, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt.

Allerdings muß sich diese gesetzgeberische Entscheidung auch daran messen lassen, welche Möglichkeiten bestehen, den nach den beiden gegensätzlichen Lösungsmodellen unterschiedlich zurückgesetzten Interessen, der Minderheit im einen, der Mehrheit im anderen Fall, gleichwohl jeweils hinreichende Berücksichtigung zu sichern. Dabei ist wesentlich, welche Chancen deren konkrete Durchsetzung hat, falls sich die jeweils andere Seite mißbräuchlich darüber hinwegsetzt. Hierfür mag zunächst die Feststellung genügen, daß die Schranken für die aus der Treuepflicht herzuleitende Erzwingung eines bestimmten Abstimmungsverhaltens einzelner Gesellschafter, erst recht einer ganzen (Minderheits-)Gruppe allgemein hoch anzusetzen sind und daß das gerade auch hinsichtlich der Zustimmung zu einem Beschluß über Reservenbildung unter Durchbrechung des Vollausschüttungsgebots nach § 29 a. F. bzw. Art. 12 § 7 Abs. 1 GmbHG-ÄnderungsG für Altgesellschaften gilt¹⁹. Daraus ergibt sich, wie die bisherigen Erfahrungen bestätigen, daß nach dem Modell der Vollausschüttungspflicht eine von der Mehrheit für erforderlich gehaltene Reservenbildung gegen eine (auch nur kleine) widerstrebende Minderheit nur ausnahmsweise durchzusetzen ist, falls ihre Notwendigkeit im Unternehmensinteresse ganz unabweisbar ist; bloße Erforderlichkeit oder gar Zweckmäßigkeit würden keineswegs genügen, um die Abstimmungsfreiheit der widersprechenden Gesell-

¹⁸ Vgl. die in Fn. 6 Genannten m. w. N.

¹⁹ G. Hueck in Baumbach/Hueck (Fn. 3) § 29 Rdn. 103; Scholz/Emmerich (Fn. 4) § 29 Rdn. 84 a. E.; gerade die darin liegende Schwierigkeit war wesentlicher Anlaß für die ausgedehnte Diskussion über die Anforderungen an eine Reservenbildung trotz Vollausschüttungsgebots, dazu oben Fn. 6; – allgemein zur Stimpfpflicht kraft Treuepflicht Zöllner in Baumbach/Hueck (Fn. 3) § 47 Rdn. 76 a; G. Hueck ebendort § 13 Rdn. 30; Scholz/Schmidt (Fn. 6) § 47 Rdn. 26, 31; Hachenburg/Ulmer, GmbHG 7. Aufl. § 53 Rdn. 65; Rowedder/Koppensteiner, GmbHG, 1985 § 47 Rdn. 17; Fischer/Lutter/Hommelhoff (Fn. 5) § 14 Rdn. 10; alle m. w. N.; grundlegend schon Zöllner, Die Schranken mitglied-schaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963 S. 353 f.

schafter zu durchbrechen. Hinzu kommt die Notwendigkeit der Durchsetzung in einem u. U. langwierigen Rechtsstreit. Das ist insgesamt ausgesprochen unbefriedigend, selbst wenn man auch noch andere rechtliche und tatsächliche Vorgehensweisen gegen sich ungerechtfertigt sperrende Gesellschafter in Betracht zieht bis hin zum Ausschluß aus wichtigem Grund als ultima ratio bei schwerer Schädigung der Gesellschaft.

Dem steht freilich gegenüber, daß umgekehrt auch die Wahrung der Minderheitsinteressen gegenüber einem Mehrheitsmißbrauch beim nunmehr in § 29 n. F. verwirklichten Modell der Reservenbildung Probleme aufwirft. Die anschließend (III.) zu skizzierenden Instrumente des Minderheitsschutzes sind jedoch zumindest so weit entwickelt, daß die mehrheitsfreundliche Neuregelung des § 29 schwerlich als gesetzgeberische Fehlleistung beurteilt werden kann, sondern doch eher positiv als Vollzug einer schon lange angebahnten Entwicklung²⁰.

b) Eher berechtigt mag die Kritik am Verzicht auf eine flankierende Gewährleistung von Mindestdividenden im Interesse der Minderheit sein. Eine solche war in allen oben erwähnten Gesetzentwürfen, so auch in § 42 h des RegE zum BiRiLiG vorgesehen, doch ist sie im Gesetzgebungsverfahren auf Empfehlung des Rechtsausschusses entfallen²¹. Allerdings konnte man auch daran zweifeln, ob die vorgeschlagene, am Vorbild des § 254 AktG orientierte Regelung – Anfechtbarkeit des Ergebnisverwendungsbeschlusses unter bestimmten weiteren Voraussetzungen, wenn die Dividende 4 % nicht erreicht – zur Verallgemeinerung für die in der Praxis überwiegend mehr personalistisch gestaltete GmbH wirklich geeignet war; und bei rein kapitalistisch strukturierten GmbH kann man sie auch so zumindest als Orientierung bei der Bestimmung angemessener Mindestdividenden heranziehen²². Im übrigen aber hätte es nahegelegen, statt der bloßen Streichung eine flexiblere GmbH-spezifische Lösung zu suchen²³.

III. Minderheitsschutz

1. Bei der Erörterung des Minderheitsschutzes im Rahmen der Ergebnisverwendung nach § 29 n. F. GmbHG steht mit Recht die Reservenbildung durch Mehrheitsbeschluß nach Abs. 2 ganz im Vordergrund.

²⁰ Insoweit a. A. vor allem *Emmerich* in FS Seuß, 1987 S. 137; auch *Geßler*, BB 1986 S. 227, allerdings mehr mit Blick auf die Überleitungsregelung.

²¹ Oben Fn. 2; zur Entwicklung im einzelnen die in Fn. 17 Genannten.

²² Dazu auch unten III, 2 bei Fn. 39.

²³ Vielleicht in ähnlicher Richtung wie die allerdings neueren Vorschläge von *Hommelhoff*, ZGR 1986 S. 427 ff.

Sicher sind hier am ehesten Differenzen unter den Gesellschaftern möglich, die dann auch die Gerichte beschäftigen werden. Doch sollte man darüber nicht ganz außer acht lassen, daß das Interesse der Minderheit an einer Gewinnausschüttung auch schon im Vorfeld der Ergebnisverwendung dadurch beeinträchtigt werden kann, daß die Beschlußfassung hierüber entgegen § 42 a Abs. 2 GmbHG ungebührlich verzögert wird oder ganz unterbleibt. Gewiß spielt das im Vergleich zum Streit über die Reservenbildung die geringere Rolle und wird schon deshalb praktisch nur selten vorkommen, weil der Ergebnisverwendungsbeschluß typischerweise zusammen mit dem gleichfalls § 42 a Abs. 2 unterliegenden Beschluß über die Feststellung des Jahresabschlusses gefaßt wird, dessen Unterbleiben aus tatsächlichen wie rechtlichen Gründen höchst unwahrscheinlich ist. Immerhin ist die Verbindung beider Beschlüsse keineswegs notwendig²⁴, und schon aus der Praxis nach früherem Recht sind durchaus Fälle unterlassener Gewinnverteilungsbeschlüsse bekannt. § 29 n. F. hat demgegenüber die Bedeutung des Ergebnisverwendungsbeschlusses als formelle Voraussetzung für die Entstehung des konkreten Anspruchs auf Gewinnauszahlung noch verstärkt und ihm zudem materiell die entscheidende Funktion für die Bestimmung der Ausschüttungshöhe zugewiesen. Den Möglichkeiten, gegebenenfalls auf eine Beschlußfassung hinzuwirken, kommt seither erhöhte Bedeutung zu.

Dabei erweist sich einerseits das Minderheitsrecht des § 50 GmbHG auf Einberufung einer Gesellschafterversammlung, ganz abgesehen von seiner Bindung an mindestens 10 % des Stammkapitals, als nur mäßig hilfreich, weil es keineswegs dann auch eine Beschlußfassung gewährleistet. Andererseits gehen die ohnehin nur äußerstenfalls eingreifenden Behelfe der Auflösungsklage nach § 61 GmbHG und des Austrittsrechts aus wichtigem Grund²⁵ regelmäßig weit über die Ziele einer an Gewinnausschüttung interessierten Minderheit hinaus und sind, zumal angesichts ihrer engen Voraussetzungen, auch nur selten als Druckmittel gegenüber einer beschlußunwilligen Mehrheit geeignet.

Deshalb schenkt die neuere Literatur der Frage mehr Aufmerksamkeit, ob auch der einzelne Gesellschafter unabhängig von der Beteiligungshöhe einen – notfalls klagbaren – Anspruch auf Beschlußfassung hat. Im Gegensatz zur älteren Auffassung, die, freilich mehr mit Blick

²⁴ Statt anderer *G. Hueck* in Baumbach/Hueck (Fn. 3) § 29 Rdn. 38; *Scholz/Schmidt* (Fn. 6) § 46 Rdn. 10.

²⁵ Allgemein dazu, auch zur Dividendenverweigerung als wichtigem Grund, statt anderer *G. Hueck* in Baumbach/Hueck (Fn. 3) Anh. § 34 Rdn. 15 ff., insbes. 16; *Hachenburg/Ulmer* (Fn. 19) Anh. § 34 Rdn. 43 ff., 48.

auf die Bilanzfeststellung, derartige Ansprüche grundsätzlich ablehnte²⁶, ist nunmehr die Tendenz zur Zuerkennung eines solchen Anspruchs jedenfalls hinsichtlich des Ergebnisverwendungsbeschlusses so eindeutig²⁷, daß man das als h. M. bezeichnen kann. In den Einzelheiten gehen die Meinungen freilich auseinander. Ganz überwiegend wird ein klagbarer Anspruch des einzelnen Gesellschafters gegen die Gesellschaft als solche auf Fassung eines Ergebnisverwendungsbeschlusses angenommen. Dabei handelt es sich um einen Anspruch des Gesellschafters aus eigenem Recht, der seine Grundlage unmittelbar in dessen mitgliederschaftlichem Gewinnrecht, d. h. in dem aus der Mitgliedschaft fließenden allgemeinen Recht auf Teilhabe am Unternehmensgewinn nach Maßgabe des jeweiligen Jahresabschlusses hat²⁸. Oft wird daneben, vereinzelt auch nur allein, ein Anspruch des einzelnen Gesellschafters gegen die sich weigernden Mitgesellschafter auf Mitwirkung bei der Beschlußfassung über die Ergebnisverwendung befürwortet; er wird als gleichfalls klagbarer Anspruch aus eigenem Recht auf die gesellschaftliche Treuepflicht gestützt²⁹. Deshalb scheidet er in den eher seltenen Fällen einer rein kapitalistisch strukturierten GmbH gegenüber bloßen

²⁶ Vgl. RGZ Bd. 49 S. 141, 145; auch BGHZ Bd. 26 S. 25 (betr. OHG); A. Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG 13. Aufl. § 46 A. 2 A; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970 S. 338.

²⁷ Das zeigt allein schon ein Blick auf die neuere Kommentarliteratur: G. Hueck in Baumbach/Hueck (Fn. 3) § 29 Rdn. 39 ff.; Schulze-Osterloh ebendort § 42 a Rdn. 41; Zöllner ebendort § 46 Rdn. 8, 13; Fischer/Lutter/Hommelhoff (Fn. 5) § 29 Rdn. 29, auch § 46 Rdn. 4 a. E.; Roth, GmbHG 2. Aufl. § 29 A.5.2, § 46 A.2.2; zu § 29 a. F. bereits Hachenburg/Goerdeler/Müller (Fn. 6) § 29 Rdn. 44 mit Rdn. 23 ff.; Rowedder, GmbHG, 1985 § 29 Rdn. 26 f.; für Bilanzfeststellung auch Hachenburg/Schilling, GmbHG 7. Aufl. § 46 Rdn. 7; – abl. Scholz/Emmerich (Fn. 4) § 29 Rdn. 29 ff. unter Hinweis auf Vorrang von §§ 50, 61 GmbHG, jedoch i. E. den vorausgehend Genannten angenähert in Fn. 33, Beschlußmitwirkung als Schadenersatz bei Treuepflichtverletzung; – ganz abl. aber Scholz/Schmidt (Fn. 6) § 46 Rdn. 33; – ausführlich zum Ganzen unter Betonung der dogmatischen Grundlagen Zöllner, ZGR 1988 S. 392 ff., insbes. S. 416 ff.

²⁸ Näher Zöllner, ZGR 1988 S. 392, 418 f.; ebenso teils ausdrücklich, teils aus dem Zusammenhang erkennbar die Ableitung bei der Mehrzahl der oben Fn. 27 Genannten; allgemein zum mitgliederschaftlichen Gewinnrecht statt anderer G. Hueck in Baumbach/Hueck (Fn. 3) § 29 Rdn. 48, § 14 Rdn. 12 ff.; Hachenburg/Goerdeler/Müller (Fn. 6) § 29 Rdn. 8.

²⁹ Für Nebeneinander von Ansprüchen aus Mitgliedschaft gegen die Gesellschaft und aus Treuepflicht gegen die Mitgesellschafter G. Hueck in Baumbach/Hueck (Fn. 3) § 29 Rdn. 40, 41; Schulze-Osterloh ebendort § 46 Rdn. 20, 41; Zöllner ebendort § 46 Rdn. 8, 13; Fischer/Lutter/Hommelhoff (Fn. 5) § 29 Rdn. 29 einerseits, § 46 Rdn. 4 a. E. andererseits; Hachenburg/Goerdeler/Müller (Fn. 6) § 29 Rdn. 44 mit Rdn. 23, 25; wohl auch Roth (Fn. 27) § 46 A.2.2, dazu § 29 A.5.2; – nur für den letzteren Anspruch Hachenburg/Schilling (Fn. 27) § 46 Rdn. 7; auch Scholz/Emmerich (Fn. 4) § 29 Rdn. 33, nur als Schadenersatz wegen Treuepflichtverletzung.

Anlagegesellschaftern aus³⁰. Im übrigen hat der Gesellschafter die Wahl zwischen dem Anspruch gegen die Gesellschaft als solche und demjenigen gegen die einzelnen Mitgesellschafter; letzterer kommt vor allem in Betracht, wenn die Beschlußfassung nur durch den Widerstand eines einzigen oder einiger weniger Gesellschafter gehindert wird; gegenüber einer größeren Gruppe ist er unzweckmäßig. Weitere Ansprüche, etwa gegen ein einzelnes Gesellschaftsorgan, hat der Gesellschafter hingegen nicht.

Inhaltlich ist der Anspruch nach überwiegender Ansicht gegenüber der Gesellschaft auf Fassung eines Ergebnisverwendungsbeschlusses, gegen den einzelnen Mitgesellschafter auf Mitwirkung bei diesem gerichtet. Dementsprechend soll die Vollstreckung nach klageweiser Durchsetzung gem. § 888 ZPO erfolgen³¹. Dadurch soll die Entscheidungsfreiheit der Mehrheit bei der Beschlußfassung gewahrt werden; Ausnahmen werden dementsprechend nur vereinzelt in Betracht gezogen, falls kein Entscheidungsspielraum mehr besteht.

Das greift jedoch zu kurz. Denn zum einen ist zu bedenken, daß so, von solchen auch noch streitigen Ausnahmen abgesehen, dem Gesellschafter zugemutet wird, notfalls mit Zwangsgeld gegen seine Gesellschaft bzw. seine Mitgesellschafter vorzugehen. Zum anderen bleibt diese Vorgehensweise umständlich und unsicher hinsichtlich des Erfolges. Deshalb ist dem Gesellschafter – übrigens durchaus im Sinne eines wirksameren Minderheitsschutzes – die Klage nicht nur auf Beschlußfassung als solche, sondern auf einen bestimmten Beschlußinhalt zuzugestehen und damit zugleich die Möglichkeit der Vollstreckung nach § 894 ZPO zu eröffnen³².

Der einklagbare Beschlußinhalt ergibt sich aus § 29 Abs. 1 und 3: die Gewinnausschüttung ist unter Berücksichtigung der durch Gesetz und Satzung vorgeschriebenen Ergebnisverwendung, gegebenenfalls auch eines zusätzlichen Aufwands i. S. von § 29 Abs. 1 S. 1 bzw. eines entsprechenden Ertrags (Aufwandsminderung) zu berechnen und im Verhältnis der Geschäftsanteile oder nach abweichender Satzungsregelung auf die Gesellschafter zu verteilen. Dagegen entfällt hier in der Regel eine Reservenbildung nach Abs. 2, da der dafür vorausgesetzte Gesellschaf-

³⁰ Zur unterschiedlichen Tragweite der Treupflicht bei der GmbH in Abhängigkeit von der jeweiligen Struktur der Gesellschaft statt anderer *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 13 Rdn. 21 ff., insbes. Rdn. 23 m. w. N.

³¹ Vgl. *Fischer/Lutter/Hommelhoff* (Fn. 5) § 29 Rdn. 29; *Hachenburg/Goerdeler/Müller* (Fn. 6) § 29 Rdn. 44 mit Rdn. 23; *Rowedder* (Fn. 27) § 29 Rdn. 27; *Roth* (Fn. 27) § 29 A.5.2.

³² Dazu *Zöllner*, ZGR 1988 S. 392, 416 ff.; *derselbe* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 46 Rdn. 8, 13; *G. Hueck* ebendort § 29 Rdn. 41.

terbeschuß gerade nicht gefaßt worden ist; etwas anderes hat nur dann zu gelten, wenn insoweit ein Mehrheitswille feststeht, z. B. bezüglich des Mindestbetrages einer Gewinnrücklage, bei der nur über einen weitergehenden Betrag Uneinigkeit besteht. Der Beschlusshalt ist somit ganz oder doch weitgehend objektiv bestimmbar. Nur soweit ausnahmsweise noch Beschlussteile fehlen sollten oder ihre genaue Berechnung zweifelhaft ist, sind sie vom Gericht nach billigem Ermessen analog §§ 315 ff. BGB zu ergänzen³³. Da die Gesellschaftermehrheit jederzeit auch noch während des Prozesses den fehlenden Ergebnisverwendungsbeschuß fassen und dadurch den Rechtsstreit in der Hauptsache zur Erledigung bringen kann, läßt sich gegen die hier vertretene Lösung nicht einwenden, daß sie die Entscheidungsfreiheit der Mehrheit unzumutbar beeinträchtigt. Dazu ist daran zu erinnern, daß ein Minderheitsgesellschafter die Beschlusfassung erst dann einklagen kann, wenn die Mehrheit sie in für ihn unzumutbarer Weise verzögert oder ganz unterlassen hat; auch er ist dabei an die Treupflicht gebunden.

2. Praktisch viel bedeutsamer als die Beschlusserzwingung ist der Minderheitsschutz gegenüber ungerechtfertigt hoher Reservenbildung durch Mehrheitsbeschuß. Er ist, wie oben betont, zentrales und vielbehandeltes Thema bei der Erörterung der Ergebnisverwendung nach § 29 n. F.³⁴ Darum mögen hier einige zusammenfassende Bemerkungen genügen.

Mit dem Verzicht auf die noch im RegE zum BiRiLiG vorgesehene Gewährleistung einer Mindestdividende³⁵ hat der Gesetzgeber die Reservenbildung durch Gewinnrücklagen oder Gewinnvortrag im Ergebnis-

³³ Zur Berechnungsweise *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* § 29 Rdn. 41 mit Rdn. 14 ff., 22 ff., 51 ff.; zur Heranziehung von §§ 315 ff. BGB *Zöllner* wie Fn. 32; dort auch zur wesentlich schwierigeren Problematik in dem allerdings praktisch unwahrscheinlichen Fall einer Klage auf Beschlusfassung über die Feststellung des Jahresabschlusses; dazu ferner *Schulze-Osterloh* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 42 a Rdn. 20. – Allgemein zur Frage des einstweiligen Rechtsschutzes bei Klagen auf Beschlusfassung von *Gerkan*, ZGR 1985 S. 167 ff., insbes. 179 ff.

³⁴ Aus der umfangreichen Literatur vor allem ausführlich m. w. N. *Hommelhoff*, ZGR 1986 S. 418 ff., mit Beiträgen zu einschlägigen Satzungsfragen von *Hommelhoff/Priester*, ZGR 1986 S. 463 ff. und *Hommelhoff/Hartmann/Hillers*, DNotZ 1986 S. 323 ff. zusammengefaßt in *Hommelhoff/Priester*, Bilanzrichtliniengesetz und GmbH, ZGR-Sonderausgabe 1986; ferner etwa *Ehlke*, DB 1987 S. 671, 677 f.; *Liebs*, DB 1986 S. 2421, auch *GmbHR* 1986 S. 145; *Renkl*, DB 1986 S. 1108, 1109; *Woltmann*, DB 1986 S. 1861, 1862; *Hartmann*, Das neue Bilanzrecht und der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 1986 S. 199 ff., insbes. 202 f.; – in den Kommentaren insbes. *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 29 Rdn. 29 ff.; *Fischer/Lutter/Hommelhoff* (Fn. 5) § 29 Rdn. 23 ff.; *Roth* (Fn. 27) § 29 A.2.4.3; *Scholz/Emmerich* (Fn. 4) § 29 nF Rdn. 189, 191; *Scholz/Schmidt* (Fn. 6) § 46 Rdn. 189, 191 f.; – sehr zurückhaltend dagegen *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, GmbHG 1987 § 29 Rdn. 10.

³⁵ Oben II, 2, b.

verwendungsbeschuß nach Abs. 2 besonders nachdrücklich in das freie unternehmerische Ermessen der Gesellschaftermehrheit gestellt. Schrankenlos ist diese Ermächtigung gleichwohl nicht; darüber besteht Einigkeit. Allerdings ist der Minderheitsschutz nunmehr ganz auf allgemeine Grundsätze verwiesen. So sichert die in § 29 Abs. 3 ausdrücklich geregelte Gleichbehandlung für alle Gesellschafter die gleichmäßige Berücksichtigung bei der Gewinnverteilung³⁶. Das ist unproblematisch, hilft aber nicht weiter, wenn eine sachlich ungerechtfertigte Gewinnthesaurierung die Ausschüttung als solche beeinträchtigt oder verhindert.

Insoweit ist die Bindung der Mehrheit an die Treuepflicht wichtig. Deren Schrankenfunktion bei der Ausübung von Mehrheitsmacht bildet hier die Grundlage für einen wirksamen Minderheitsschutz. Das ist im Prinzip allgemein anerkannt³⁷; Schwierigkeiten bietet jedoch die Konkretisierung im einzelnen. Denn es geht ja nicht nur um den in der Literatur allenthalben hervorgehobenen Extremfall des gezielten Aushungerns der Minderheit durch jahrelanges Vorenthalten einer Dividende; das ist als Rechtsmißbrauch relativ leicht faßbar. Tatbestandlich viel problematischer und dabei praktisch wesentlich häufiger, zumindest wahrscheinlicher, sind Fälle mit weniger ausgeprägtem Mißverhältnis.

Hier liegt es nahe, nach festen Anhaltspunkten für das „richtige“ Verhältnis von Thesaurierung und Ausschüttung zu suchen. Dafür bietet sich zunächst eine Parallele zu § 254 Abs. 1 AktG an; sie wird jedoch von der h. M. vor allem in Hinblick auf die Streichung einer entsprechenden Regelung für die GmbH im Gesetzgebungsverfahren generell abgelehnt³⁸. Demgegenüber sollte jedoch differenziert werden: eine entsprechende Anwendung, zumindest aber die Heranziehung als Maßstab, ist bei rein kapitalistisch strukturierten, insbesondere auf Anlegerinteressen der Gesellschafter ausgerichteten und damit AG-ähnlichen GmbH durchaus zu erwägen, ohne daß das eine weitergehende Geltendmachung treuwidrigen Mehrheitsmißbrauchs auszuschließen brauchte; auch die Streichung von § 42 h RegE zum BiRiLiG steht dem nicht entgegen³⁹. Dagegen ist die Heranziehung nicht möglich bei der – zahlenmäßig freilich weit überwiegenden – personalistischen GmbH, die angesichts der stärkeren persönlichen Bindung und der auch im übrigen

³⁶ Dazu statt anderer *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 29 Rdn. 51 sowie zur Gleichbehandlung als allgemeinem Grundsatz § 13 Rdn. 35 ff. m. w. N.

³⁷ So die meisten der oben Fn. 34 Genannten; – allgemein zu dieser Schrankenfunktion, gerade auch als Minderheitsschutz *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 13 Rdn. 21 ff., insbes. 25; *Scholz/Winter*, *GmbHG* 7. Aufl. § 14 Rdn. 54 ff.; beide m. w. N.

³⁸ So *Scholz/Emmerich* (Fn. 4) § 29 Rdn. 190; *Meyer-Landrut/Müller/Niehus* (Fn. 34) § 29 Rdn. 10; *Hommelhoff*, *ZGR* 1986 S. 423; *Ehlke*, *DB* 1987 S. 677.

³⁹ *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 29 Rdn. 31; auch *Zöllner* ebendort Anh. § 47 Rdn. 55.

dank größerer Variationsbreite vom Modell der AG abweichenden Ausgestaltung andere, flexiblere Maßstäbe für eine Mindestdividende oder die Zumutbarkeit von Opfern im Gesellschaftsinteresse erfordert. – Einen bemerkenswerten Vorschlag für ein flexibleres, gleichwohl schematisiertes System der Beurteilung hat *Hommelhoff* entwickelt⁴⁰; jedoch hat sich das aus ganz ähnlichen Gründen bisher nicht durchsetzen können⁴¹.

So bleibt insgesamt doch nur die für die Feststellung von Treuepflichtverstößen typische Einzelfallbeurteilung des Verhaltens der Mehrheit im Verhältnis zur Minderheit nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit. Das führt hier zur Abwägung zwischen Gesellschafts- bzw. Unternehmensinteresse an der Reservenbildung und Gesellschafterinteresse an einer Gewinnausschüttung unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse der betroffenen Gesellschaft. Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der sich an einer verständigen kaufmännischen Beurteilung orientiert⁴². Eine danach bei Gesamtwürdigung kaufmännisch nicht gerechtfertigte Reservenbildung ist nur möglich, wenn alle Gesellschafter zustimmen, da darin ein entsprechender Dividendenverzicht liegt. Anderenfalls ist sie unzulässig. Wird ein entsprechender Ergebnisverwendungsbeschluß gleichwohl nur mit, sei es auch qualifizierter, Mehrheit gefaßt, so ist er wegen Treuepflichtverletzung entsprechend § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar⁴³.

Der so gewährte Minderheitsschutz gegen übermäßige Gewintheaurierung erscheint theoretisch durchaus angemessen. Praktisch werden sich für die Minderheitsgesellschafter freilich erhebliche Schwierigkeiten bei der Ermittlung der wesentlichen tatbestandlichen Voraussetzungen ergeben, auch wenn ihnen dafür das Auskunftsrecht nach § 51 a GmbHG zustatten kommt. Entsprechend schwierig gestaltet sich die Beweislage im Prozeß; zudem wird die Entscheidung über unternehmerische Fragen nicht ohne zeit- und kostenaufwendige Sachverständigen-gutachten auskommen. Vergleicht man jedoch diese Schwierigkeiten mit denjenigen für die Gesellschaftermehrheit, wenn sie unter der Geltung des früheren Vollausschüttungsgebots eine erforderliche Reservenbil-

⁴⁰ ZGR 1986 S. 423 ff., insbes. 427 ff.; auch *Fischer/Lutter/Hommelhoff* (Fn. 5) § 29 Rdn. 25.

⁴¹ Dazu *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 29 Rdn. 30; *Scholz/Schmidt* (Fn. 6) § 46 Rdn. 31; *Ehlke*, DB 1987 S. 677 f.; *Liebs*, DB 1986 S. 2421; – eine andere Frage ist, ob die von *Hommelhoff* (Fn. 40) entwickelten Gedanken de lege ferenda richtungweisend sein können, s. oben bei Fn. 23.

⁴² Zum Ganzen in Übereinstimmung mit der h. M. näher *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) § 29 Rdn. 32 ff.; *Scholz/Emmerich* (Fn. 4) § 29 nF Rdn. 191 f.; beide m. w. N.

⁴³ Zur Anfechtung bei Treuepflichtverletzung statt anderer *Zöllner* in *Baumbach/Hueck* (Fn. 3) Anh. § 47 Rdn. 50 ff.

dung gegen widerstrebende Minderheitsgesellschafter durchzusetzen hatte, so spricht doch, wie oben dargelegt⁴⁴, viel für die Neuregelung des § 29 GmbHG. Ein adäquater Minderheitsschutz ist möglich und kann trotz der genannten Schwierigkeiten bei sinnvoller Handhabung durchaus effektiv sein und nicht zuletzt auch eine präventive Wirkung entfalten.

⁴⁴ Oben II, 2, a a. E.

Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als richterrechtlicher Generalklausel

UWE HÜFFER

I. Grundlagen

1. Einleitung

Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht* ist ein Leitgedanke, der in der Rechtsprechung ständig wiederkehrt und auch im Schrifttum einen festen Platz einnimmt. Seine kaum zu überschätzende Bedeutung verdankt er der Tatsache, daß der Normbedarf der Gesellschaftspraxis vom Gesetzgeber nicht gedeckt wird und wegen der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse auch nicht gedeckt werden kann. Ihrer Funktion nach ist die Treupflicht also dasjenige Rechtsprinzip, dessen Konkretisierung es erlaubt, die fehlenden Einzelnormen zu gewinnen.

Die besondere Perspektive, aus der die Treupflicht im Rahmen dieses Beitrags untersucht werden soll, geht auf eine Formulierung von Walter Stimpel zurück. *Stimpel* hat in einem gut zwanzig Jahre zurückliegenden Vortrag vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe über die gesellschaftsrechtliche Treupflicht ausgeführt¹: „Wir haben hier einen Fall, in dem sich durch eine Reihe von Einzelentscheidungen allmählich eine richterliche Generalklausel gebildet hat, die nun ihrerseits von Fall zu Fall der Konkretisierung bedarf und sich allmählich systematisch in Untergruppen aufzugliedern beginnt“. Wenn man die nicht gänzlich problemfreie Vorstellung einer allmählichen Entwicklung von Richterrecht ausklammert², trifft dieser Satz als Zustandsbeschreibung den Kern der Sache.

2. Untersuchungsziel

Es ist reizvoll, wenn auch nicht einfach, das von *Stimpel* formulierte Thema aufzugreifen und zum Gegenstand näherer Überlegungen zu

* Sie bildete den Gegenstand einer Gastvorlesung, zu der ich im Januar 1989 in Heidelberg eingeladen war; ich bedanke mich für Einladung und Diskussion.

¹ In: Pehle/Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung (Jur. Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 87/88), 1969, S. 18; ähnlich *Stimpel*, in: Festschrift 25 Jahre BGH, 1975, S. 19.

² Zu den revisionsrichterlichen Methoden der Rechtsfortbildung vgl. *Hüffer*, ZHR 151 (1987), 396, 420 m. w. N.

machen. Sie sollen sich auf drei Fragen konzentrieren. Erstens geht es um die Basis der Treupflicht, genauer darum, ob sie ihre Grundlage in der rechtsgeschäftlich getroffenen Gründungs- oder Beitrittsentscheidung findet oder ob sie dem Gesellschafter ohne Rücksicht auf seine privatautonome Erklärung durch Rechtssatz auferlegt wird. Zweitens ist klärungsbedürftig, ob und wie die als Generalklausel verstandene Treupflicht aus dem Gesetz abgeleitet werden kann und welche Funktion ihr zukommt. Und schließlich stellt sich die Aufgabe, für die Konkretisierung der Generalklausel Leitlinien zu entwickeln, die ihrerseits für die Bildung von Einzelnormen wenigstens die Richtung vorgeben. Die damit skizzierten Fragestellungen sind sämtlich nicht neu³. Ein Überblick über den bisherigen Diskussionsverlauf zeigt jedoch, daß über die Antworten kein Konsens besteht.

Der Verfasser hofft, mit der Erörterung des vorgestellten Fragenkomplexes das Interesse von *Ernst Steindorff* zu gewinnen, der das Gesellschaftsrecht sowie benachbarte Gebiete durch eigene Beiträge (so etwa in den Festschriften für Fischer, für Kronstein und für Stimpel) und überdies durch seine langjährige Tätigkeit als Herausgeber der ZHR vielfältig gefördert hat.

II. Entwicklung und Stand der Diskussion

Die Rechtsprechung zur Treupflicht reicht bis in die Zeit vor dem ersten Weltkrieg zurück⁴. Die wissenschaftliche Diskussion des Themas umfaßt mehr als fünf Jahrzehnte⁵. Die Bestandaufnahme kommt deshalb nicht ohne Vergrößerungen aus. Wenn man das in Kauf nimmt, ergeben sich jedoch relativ klare Konturen. Zunächst sind vier thematische Schwerpunkte zu unterscheiden, die der vorgeschlagenen Problemgliederung allerdings nur teilweise entsprechen: Geltungsgrund der als Rechtssatz verstandenen Treupflicht; Abstufung der Pflichtenintensität nach fremd- oder eigennützigem Charakter des ausgeübten Rechts; Zustimmung zu Änderungen des Gesellschaftsvertrags als Sonderproblem; schließlich die Frage, ob es Treupflichten auch in der GmbH und

³ Monographisches Schrifttum aus jüngerer Zeit: *Häuser*, Unbestimmte „Maßstäbe“ als Begründungselemente richterlicher Entscheidungen, 1981; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988; *Worch*, Treupflichten von KapitalgeSELLSCHAFTERN untereinander und gegenüber der Gesellschaft, 1983.

⁴ Erste Entscheidungen, die sich noch auf den Grundsatz von Treu und Glauben stützen: RG Warn. 1908, Nr. 511; RG LZ 1912, 545; RG JW 1913, 29.

⁵ Erste größere Arbeiten: *A. Hueck*, in: Festschrift für Hübner, 1935, S. 72; *Fechner*, Die Treubindungen des Aktionärs, 1942; *A. Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht (Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Phil.-hist. Klasse, Heft 7), 1947.

in der Aktiengesellschaft gibt und in diesem Rahmen die weitere Frage nach der vertraglichen Grundlage von Treubindungen der Gesellschafter untereinander. Im einzelnen ist zu diesen Punkten festzuhalten:

(1) Die Judikatur praktiziert die Treupflicht, ohne sich zum Geltungsgrund näher zu äußern⁶. Anders das Schrifttum, das hier ein zentrales Thema findet. Die Auskünfte sind allerdings unterschiedlich. Während *Alfred Hueck*⁷ und *Robert Fischer*⁸ die rechtliche Grundlage der Treupflicht „in dem vom gegenseitigen Vertrauen getragenen Gemeinschaftsverhältnis“ zwischen den Gesellschaftern fanden, erörtert das aktuelle Schrifttum drei Lösungen. Teils wird angenommen, die Treupflicht sei nichts anderes als die gesellschaftsrechtliche Verdichtung des allgemeinen Prinzips von Treu und Glauben (§ 242 BGB)⁹. Nach der Gegenthese soll sie aus der mitgliedschaftlichen Förderpflicht des § 705 BGB abgeleitet werden¹⁰. Die dritte Meinung will je nach Problemlage auf das eine oder das andere abstellen¹¹. Schließlich wird die Fragestellung auch als nicht weiterführend empfunden und von einer im Kern schon gewohnheitsrechtlichen Basis der Treupflicht gesprochen¹².

(2) Soweit es um die Intensität der aus dem Treuegedanken ableitbaren Pflichten geht, gehören Übersteigerungen, wie sie noch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anzutreffen waren¹³, der Vergangenheit an. In der Judikatur des BGH¹⁴ hat sich unter Zustimmung des Schrifttums¹⁵

⁶ Vgl. z. B. BGHZ 44, 40, 41 f (OHG); BGHZ 64, 253, 257 f (KG); BGHZ 65, 15, 18 f (GmbH-ITT); BGH WM 1988, 325, 329 (AG).

⁷ Der Treuegedanke im modernen Privatrecht (Fn. 5), S. 12 f.

⁸ In: Großkomm. HGB, 3. Aufl., Bd. II 1 1973, § 105 Anm. 31 a (dort a. E. das im Text anschließende wörtliche Zitat).

⁹ *Schmiedel*, ZHR 134 (1970), 173 ff, 182; weithin auch die Kommentare zum BGB, vgl. z. B. *Roth*, in: MünchKomm. BGB, 2. Aufl., Bd. 11 1985, § 242 Rdn. 117 und *Staudinger/Kessler*, BGB, 12. Aufl. 1980, Vorbem. zu § 705 Rdn. 42.

¹⁰ *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 102 ff; wohl auch *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 143.

¹¹ *Häuser*, Unbestimmte „Maßstäbe“ (Fn. 3), S. 176 ff; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen (Fn. 3), S. 13 ff; *Soergel/Hadding*, Komm. BGB, 11. Aufl., Bd. IV 3 1985, § 705 Rdn. 58.

¹² *Ulmer*, in: Großkomm. HGB, 4. Aufl., 12. Lfg. 1988, § 105 Rdn. 233 a. E.

¹³ Vgl. RGZ 146, 76; RGZ 146, 395; RGZ 158, 254; dazu *A. Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht (Fn. 5), S. 14: „Hypertrophie des Treuebegriffs“ sowie *Ulmer*, in: MünchKomm. BGB, 2. Aufl., Bd. III 2, § 705 Rdn. 181. Siehe auch die Zitate bei *Schmiedel*, ZHR 134 (1970), 173.

¹⁴ Vgl. auch die erste Nachkriegs-Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in OGHZ 4, 66 f, 73. Neuere Entscheidungen: BGH NJW 1986, 584 f; BGH NJW 1986, 844; weitere Nachweise bei *Stimpel*, in: Festschrift 25 Jahre BGH, 1975, S. 19 Fn. 19.

¹⁵ Statt vieler: *Soergel/Hadding* (Fn. 11) § 705 Rdn. 59; *Ulmer*, in: Großkomm. HGB (Fn. 12) § 105 Rdn. 239 f.

die Unterscheidung zwischen gesellschaftsbezogenen und eigennützigen Mitgliedsrechten durchgesetzt. Während erstere durch die Treubindung zu Pflicht-Rechten werden, deren Ausübung durch das Gesellschaftsinteresse geleitet sein muß, ergeben sich in der zweiten Gruppe nur aus der Pflicht zur Rücksichtnahme Ausübungsschranken. Paradigma für das Pflichtrecht ist die Geschäftsführungsbefugnis, für das eigennützige Recht der Gewinnanspruch. Man wird feststellen können, daß die an dieser Unterscheidung orientierte Konkretisierung der Treupflicht das eigentliche Anliegen und die wesentliche Leistung der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in den beiden ersten Jahrzehnten des BGH war.

(3) Auch im dritten Punkt, also bei der Frage nach einer Zustimmungspflicht bei Vertragsänderungen, geht es darum, das Prinzip der Gesellschaftstreue durch Ableitung von Einzelpflichten zu konkretisieren. Dieser Anwendungsfall weist aber schon deshalb besondere Züge auf, weil es um die Änderung der Vertragsgrundlage der Gesellschaft selbst geht. Eine solche Zustimmungspflicht wird in der Rechtsprechung in Ausnahmefällen bejaht, nämlich dann, wenn die Vertragsänderung im Gesellschaftsinteresse erforderlich ist und sie dem widersprechenden Gesellschafter zugemutet werden kann¹⁶, so etwa, wenn die Rechtsstellung des geschäftsführenden Gesellschafters auf seinen durch eine Nachfolgeklausel begünstigten Erben im Wege lebzeitiger Gesellschaftsnachfolge übergehen soll, um für die Zukunft des Gesellschaftsunternehmens Vorsorge zu treffen¹⁷. Diese Judikatur findet im Schrifttum deutlich überwiegende¹⁸, wenn auch nicht ungeteilte¹⁹ Zustimmung.

(4) Treupflichten im Recht der Kapitalgesellschaften sind seit der ITT-Entscheidung²⁰ für die GmbH²¹ und seit einer Entscheidung des II. Zivil-

¹⁶ BGH LM HGB § 105 Nr. 8; BGH WM 1961, 301; BGHZ 64, 253, 257 f.; BGH WM 1985, 195 = WuB II G. §§ 109, 119 HGB 1.85 (Poble); BGH WM 1985, 256 = WuB II F. §§ 119, 161 HGB 1.85 (Hüffer); BGH WM 1987, 133 = WuB II E. § 119 HGB 1.87 (Hüffer).

¹⁷ BGH WM 1987, 133 (Fn. 16).

¹⁸ Soergel/Hadding (Fn. 11) § 705 Rdn. 63; Ulmer, in: Großkomm. HGB (Fn. 12), § 105 Rdn. 244 f.; Zöllner, Anpassung von Personengesellschaftsverträgen an veränderte Umstände, 1979, S. 25 ff.

¹⁹ Ablehnend Kollbosser, z.B. in: Festschrift für Westermann, 1974, S. 275 ff.; grundsätzlich auch Flume, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, Bd. 11 (= Die Personengesellschaft), 1977, § 15 IV (S. 278, 280 f.); Reuter, ZHR 148 (1984), 523, 542 f.

²⁰ BGHZ 65, 15, 18 f.; dazu zuletzt ausführlich Stimpel, AG 1986, 117 f mit Parallelfundstellen und Anmerkungen in Fn. 4.

²¹ Zur Rechtsprechung vor der ITT-Entscheidung vgl. Stimpel aaO (Fn. 20); ferner die Zusammenfassung von Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (Fn. 3), S. 41 f sowie zur Entwicklung in 100 Bänden BGHZ: Raiser, in: ZHR 151 (1987), 422 ff.

senats von Anfang 1988²² auch für die Aktiengesellschaft im Grundsatz anerkannt. Die Einzelheiten sind jedoch weiterhin nicht voll geklärt. Das gilt schon für die Begründung der Treupflicht zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, obwohl es insoweit keine Schwierigkeiten bereiten sollte, die Treupflicht aus dem Organisationsvertrag²³ abzuleiten, der zwischen den Gesellschaftern geschlossen wird (vgl. noch III 2). Streitig ist insbesondere die Frage nach der Grundlage der zwischen den Gesellschaftern bestehenden Treupflicht. Drei Ansätze sind denkbar und werden vertreten²⁴: Die Treupflicht kann vertraglicher Natur sein²⁵; sie kann eine allgemeine Verhaltenspflicht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sein²⁶; und sie kann schließlich als Pflicht im Rahmen einer Sonderrechtsbeziehung eingestuft werden²⁷, bei der sich allerdings wiederum die Frage stellt, ob sie vertraglicher oder außervertraglicher Natur oder ein Drittes sein soll. Innerhalb des vertraglichen Ansatzes sind wiederum drei Lösungskonzepte zu unterscheiden: Nach dem ersten wurzeln die Treupflichten in dem Organisationsvertrag der Gesellschaftsgründer, der die Entstehung der juristischen Person durch Registereintragung überdauert und nicht nur die Beziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, sondern auch zwischen den Mitgliedern bestimmt²⁸. Daneben begegnet zweitens die Vorstellung – wiederum mit Nuancen im einzelnen – eines neben der

²² BGH WM 1988, 325, 329. Ablehnend für das Verhältnis der Aktionäre untereinander zuvor BGHZ 18, 350, 365; BGH JZ 1976, 561 f (Audi/NSU) m. abl. Anm. *Lutter* sowie als Vorinstanz OLG Celle WM 1974, 1013. Die seit der Kali + Salz-Entscheidung (BGHZ 71, 40, 44 ff) etablierte Beschlußkontrolle wird vom BGH ohne ausdrückliche Rückkoppelung zur Treupflicht praktiziert. Zum Schrifttum vgl. *Hüffer*, in: *Gesler/Hefermehl*, Komm. AktG, 9. Lfg. 1984, § 243 Rdn. 47; seither *Hefermehl/Bungeroth*, ebd., 8. Lfg. 1984, vor § 53 a Rdn. 22; *Zöllner*, in: *Kölner Komm. AktG*, Einl. 1984, Rdn. 169; vgl. auch die folgenden Fußnoten.

²³ Dazu *Ulmer*, in: *Hachenburg, GmbHG*, 7. Aufl., II. Bearbeitung 1985, § 2 Rdn. 4; eingehend *Winter*, *Mitgliedschaftliche Treubindungen* (Fn. 3), S. 63 ff.

²⁴ Einen Überblick bietet *Winter*, *Mitgliedschaftliche Treubindungen* (Fn. 3), S. 46 ff.

²⁵ Nachweise in Fn. 28–30.

²⁶ So der Ansatz von *Mertens*, der die Mitgliedschaft als absolutes Recht nach § 823 Abs. 1 BGB schützen will, vgl. namentlich seinen Beitrag in: *Festschrift für Rob. Fischer*, 1979, S. 461 ff.

²⁷ Von einer „zivilrechtlichen Sonderverbindung“ spricht *Lutter*, *AcP* 180 (1980), 84, 122 ff; zur Sonderrechtsbeziehung (auch der Mitglieder untereinander) siehe *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 1986, § 19 III 1; ein Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern (Aktionären) nimmt auch *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, Bd. I 1980, § 2 I 1 b) bb), an. Differenzierend *Winter*, *Mitgliedschaftliche Treubindungen* (Fn. 3), S. 63 ff, 67 ff (vertragliche Treupflicht zur GmbH; dagegen auf Gesetz beruhende organisationsrechtliche Sonderverbindungen zwischen den Gesellschaftern).

²⁸ *Ulmer*, in: *Hachenburg GmbHG* (Fn. 23), § 2 Rdn. 4 f; ähnlich *ders.*, in: *Festschrift für Werner*, 1984, S. 911, 912; für die Beziehung Gesellschafter-GmbH auch *Winter aaO* (vor Fn.).

juristischen Person herlaufenden zusätzlichen Gesellschaftsverhältnisses²⁹. Und schließlich gibt es noch die Theorie der schuldrechtlichen Nebenabrede, nach der zwischen den Gesellschaftern einer GmbH obligatorische Bindungen bestehen können, die das korporationsrechtliche Verhältnis ergänzen³⁰.

Zusammenfassend kann zum gegenwärtigen Diskussionsstand festgehalten werden, daß über die Existenz von Treupflichten Einigkeit besteht, und zwar weitgehend auch für das Recht der Kapitalgesellschaften. Auch bei der praktischen Umsetzung des Rechtsgedankens durch die Formulierung bestimmter Verhaltenspflichten sind wesentliche Fortschritte erzielt worden. Nicht ausdiskutiert sind dagegen die grundsätzlichen Fragen nach der gesellschaftsvertraglichen Basis der Treupflichten und nach ihrer Grundlage im Gesetz.

III. Mitgliedschaft und Treupflicht

1. Grundlagen

a) Die Frage nach dem vertraglichen Fundament der Treupflichten bereitet heute Schwierigkeiten, weil man sie früher unterschätzt hat. Das hat wiederum zwei Ursachen. Die erste liegt im lange Zeit herrschenden unvollkommenen Verständnis der Gesamthandsgesellschaften. Solange man die Gesamthandsgesellschaft als die mit einem Sondervermögen ausgestattete Vertragsgemeinschaft der Gesellschafter einstufte³¹, konnte man als Subjekte der Treupflichtbeziehungen jedenfalls in erster Linie die Gesellschafter ansehen und die Grundlage wie selbstverständlich im Gesellschaftsvertrag finden. Nach heute herrschender und zutreffender Lehre ist die Gesamthandsgesellschaft jedoch eine als Personenverband strukturierte Wirkungseinheit und als solche, also unabhängig von den Gesellschaftern, das Bezugsobjekt für Rechte und Pflichten³². Damit stellt sich die Frage nach der Grundlage der Treupflicht schon für das

²⁹ Personalistische GmbH als „Vertragsgesellschaft“ (im Gegensatz zur „Satzungsgesellschaft“) ihrer Mitglieder; vgl. *Martens*, Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, 1970, S. 134 ff, 142 ff, 151 ff; *Reuter*, in: MünchKomm. BGB, 2. Aufl., Bd. I 1984, § 38 Rdn. 1.

³⁰ So im jüngeren Schrifttum *Verhoeven*, GmbH-Konzern-Innenrecht, 1978, Rdn. 195 ff (Innengesellschaft bürgerlichen Rechts zwecks Förderung des GmbH-Unternehmens).

³¹ So die traditionelle Auffassung, vgl. *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 61 ff; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht (Fn. 27), § 512 vor a).

³² Grundlegend *Flume*, Die Personengesellschaft (Fn. 19), §§ 4 und 5; vgl. auch schon *dens.*, ZHR 136 (1972), 177, 184 ff, 193 ff; ferner z. B. *Soergel/Hadding* (Fn. 11) § 705 Rdn. 43; *Ulmer*, in: MünchKomm. BGB, 2. Aufl., Bd. III 2 1986, § 795 Rdn. 43; *Ulmer*, in: MünchKomm. BGB, 2. Aufl., Bd. III 2 1986, § 705 Rdn. 127 ff, 130; *dens.*, in: Großkomm. HGB (Fn. 12), § 105 Rdn. 41 f; zur Rechtsprechung vgl. *Hüffer*, ZHR 151 (1987), 396, 397 ff.

Recht der Personengesellschaften doppelt, was allerdings eine einheitliche Antwort nicht ausschließt. Es geht erstens um die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zur Gesellschaft und erst in zweiter Linie um die Beziehungen der Gesellschafter untereinander³³.

b) Die zweite Ursache des nicht befriedigenden dogmatischen Entwicklungsstands ist darin zu finden, daß man Treupflichten für das Recht der Kapitalgesellschaften vor der ITT-Entscheidung³⁴, also noch vor rund 15 Jahren, verbreitet ablehnte³⁵. Deshalb zog die Frage nach der Begründung solcher Pflichten nur wenig Interesse auf sich. Zudem wirkte sich der eben skizzierte frühere Entwicklungsstand des Personengesellschaftsrechts dahin aus, daß man auch für die Kapitalgesellschaft nach einem Vertragsband zwischen den Gesellschaftern suchte, die Vertragsbindung aber nicht oder nicht ohne weiteres finden konnte³⁶. Man ging nämlich davon aus, daß sämtliche Rechtsbeziehungen auf die juristische Person zentriert seien. In diesem Sinne ist etwa formuliert worden, daß AG und GmbH als Zurechnungssubjekt jede direkte Verbindung zwischen den Gesellschaftern zerschneiden³⁷. Der gegenwärtige Stand des Personengesellschaftsrechts führt jedoch zu der Überlegung, ob die Begründungsprobleme des Kapitalgesellschaftsrechts wirklich neu oder prinzipiell mit den entsprechenden Fragen bei OHG oder KG identisch sind. Zwar bestehen zwischen der Gesamthandsgesellschaft einerseits und der juristischen Person andererseits strukturelle Unterschiede. Hier wie dort geht es aber im Kern darum, ob der Gesellschaftsvertrag Treupflichtbeziehungen zur Gesellschaft und zwischen den Gesellschaftern begründen kann.

2. Treupflicht zur Gesellschaft

Die Treubindungen der Gesellschafter zur Gesellschaft, auf die zunächst einzugehen ist, folgen jedenfalls für die Personengesellschaften aus dem Gesellschaftsvertrag³⁸. Nach richtiger Ansicht³⁹ gilt das auch

³³ Vgl. unten V 3 b).

³⁴ BGHZ 65, 15, 18 f. (Fn. 20).

³⁵ Nachweise in Fn. 22. Gegen Treupflicht im Aktienrecht besonders auch A. Hueck, *Der Treuegedanke im modernen Privatrecht* (Fn. 5), S. 14 f.; siehe ferner die Literaturzusammenstellung bei Zöllner, *Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, 1963, S. 336 f. Fn. 3 und 4. Zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. auch Raiser, in: ZHR 151 (1987), 422, 430 ff.

³⁶ BGHZ 18, 350, 365; Meyer-Landrut, in: *Großkomm. AktG*, 3. Aufl., Bd. I 1973, § 1 Anm. 34; weitere Nachweise in Fn. 26 ff.

³⁷ Immenga, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, 1970, S. 271.

³⁸ Soergel/Hadding (Fn. 11) § 705 Rdn. 58; Ulmer, in: *Großkomm. HGB* (Fn. 12), § 105 Rdn. 233.

³⁹ Siehe Nachweise in Fn. 23.

dann, wenn es sich um eine AG oder GmbH oder eine andere juristische Person handelt. Denn die Satzung, auf der AG oder GmbH beruhen, entsteht ihrerseits nur durch den Organisationsvertrag der Gründer. Die Gründer schaffen also durch ihren vertraglichen Konsens die rechtsgeschäftliche Basis für die Gesellschaft als Zurechnungssubjekt und zugleich für ihre Beziehungen zu diesem Subjekt⁴⁰. Weil sie die Gesellschaft wollen, erstreckt sich ihr Konsens notwendig auch auf die Begründung von Mitgliedschaften und damit auf Treubindungen gegenüber der Gesellschaft.

3. Treupflichten zwischen den Gesellschaftern

a) Mehr Schwierigkeiten bereitet es, die Basis für die Treupflicht zwischen den Gesellschaftern genau zu erfassen. Dabei steht ihre vertragliche Natur zwar für das Recht der Personengesellschaften zu Recht außer Streit⁴¹. Wenig geklärt ist jedoch, ob es sich auch dabei um organisationsrechtliche oder vielmehr um schuldrechtliche Vertragspflichten handelt. Die Frage stellt sich schon deshalb, weil der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften nach der zutreffenden Theorie von seiner Doppelnatur⁴² auch schuldrechtliche Pflichten erzeugt.

Soweit das angesprochene Problem überhaupt Beachtung findet, werden die Treupflichten zwischen den Gesellschaftern wohl als schuldrechtlich qualifiziert⁴³. Daran ist richtig, daß zwischen ihnen obligatorische Pflichten bestehen können. Die Annahme, daß sie diesen Charakter notwendig haben, überzeugt dagegen nicht. Vielmehr ist nach dem Inhalt der jeweiligen Pflicht zu differenzieren. Sie ist als organisationsrechtlich einzustufen, wenn es gerade um die Wirkungseinheit selbst geht, dagegen als schuldrechtlich, wenn die Mitgliedsinteressen einzelner Gesellschafter betroffen sind. In die organisationsrechtliche Gruppe ist namentlich die sonst nicht einfach zu begründende Pflicht einzuordnen, einer Änderung des Gesellschaftsvertrags zuzustimmen⁴⁴, etwa durch das Ausscheiden eines nicht mehr tragbaren bisherigen Gesellschafters⁴⁵ oder durch die Übertragung der Rechtsstellung des persönlich haftenden Gesellschafters im Wege vorweggenommener Erbfolge zwecks Siche-

⁴⁰ Klare Formulierung bei *Ulmer*, in: Festschrift für Werner, 1984, S. 911, 912.

⁴¹ *Soergel/Hadding* (Fn. 11), § 705 Rdn. 58; *Ulmer*, in: Großkomm. HGB (Fn. 12), § 105 Rdn. 233; ferner vor allem die auf § 705 BGB abstellende Ansicht (Fn. 10).

⁴² *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht (Fn. 27), § 59 I 2 c; *Soergel/Hadding* (Fn. 11), § 705 Rdn. 43; *Ulmer*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 32), § 705 Rdn. 125 f.

⁴³ *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen (Fn. 3), S. 10 f.

⁴⁴ Vgl. Nachweise in Fn. 16 ff.

⁴⁵ BGH NJW 1961, 724.

zung des Gesellschaftsunternehmens⁴⁶. Demgegenüber sollte die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die mitgliedschaftlichen Belange der Mitgesellschafter in die schuldrechtliche Kategorie eingereiht werden. Ein Beispiel dafür gibt das Verbot ab, sich auf Kosten anderer Gesellschafter bei der Liquidation Sondervorteile zu verschaffen⁴⁷.

Zusammenfassend: Die Kennzeichnung eines Rechtsverhältnisses als organisationsbezogen oder obligatorisch hängt nicht entscheidend davon ab, ob auf der Aktivseite des Rechtsverhältnisses die Gesellschaft oder ein Gesellschafter steht. Maßgeblich ist vielmehr der Inhalt des Rechtsverhältnisses selbst.

b) Der vorgetragene Grundgedanke kann auch für das Recht der Kapitalgesellschaften fruchtbar gemacht werden. Die Meinungsvielfalt, die in der Frage nach Treubindungen der Gesellschafter untereinander insoweit besteht (vgl. (4) unter II), dürfte durch die Vorstellung mitbedingt sein, daß die Satzung als Organisationsvertrag keine Rechtswirkung zwischen den Verbandsmitgliedern erzeugen kann. Dem ist nicht beizupflichten. Die Satzung bestimmt nicht nur das Rechtsverhältnis zwischen Verband und Mitglied, sondern auch dasjenige der Mitglieder untereinander⁴⁸. Die Eintragung in das Handelsregister und die damit einhergehende Entstehung der juristischen Person ändern daran entgegen früher verbreiteter Ansicht nichts Grundsätzliches⁴⁹. Sie bewirken, daß die Aktivposition aus der Treubindung von der Vor-AG oder Vor-GmbH auf die juristische Person übergeht. Daß Treubindungen zwischen den Gesellschaftern deshalb untergehen, ist jedoch nicht tragfähig begründbar. Die Entscheidungen zur materiellen Beschlußkontrolle beweisen das Gegenteil: Die Prüfung, ob strukturändernde Mehrheitsbeschlüsse, vor allem eine Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluß⁵⁰, erforderlich und verhältnismäßig sind⁵¹, schließt unausgesprochen die Feststellung ein, daß es eine Verpflichtung der Gesellschafter untereinander gibt, die Regelung ihrer Angelegenheiten am Gesellschaftsinteresse und am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszurichten.

⁴⁶ BGH WM 1987, 133 = WuB II E. § 119 HGB 1. 87.

⁴⁷ BGH LM HGB § 142 Nr. 10; vgl. auch BGHZ 76, 352, 357 (GmbH) und BGH WM 1988, 325, 328 f. (AG).

⁴⁸ *Scholz / H. Winter*, GmbHG, 6. Aufl. 1978/83, § 2 Rdn. 5; *Ulmer*, in: *Hachenburg GmbHG* (Rdn. 23), § 2 Rdn. 4.

⁴⁹ *Schilling*, in: *Hachenburg GmbHG*, 7. Aufl., Bd. II 1975, § 13 Rdn. 6 f; zuletzt *Hueck*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 15. Aufl. 1988, § 13 Rdn. 20.

⁵⁰ BGHZ 71, 40, 43 ff; BGHZ 83, 319, 321 (genehmigtes Kapital); vgl. auch BGH WM 1988, 325, 327 re. Sp.

⁵¹ Grundlegend dazu *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht (Fn. 35), S. 339 ff; zusammenfassend *Hüffer*, in: *Geßler/Hefermehl* (Fn. 22), § 243 Rdn. 40 ff.

Weil sich diese Verpflichtung auf die Satzung bezieht, ist sie organisationsrechtlicher Natur. Es muß hier nicht vertieft werden, ob es daneben, wie in der Personengesellschaft, auch schuldrechtliche Rücksichtspflichten geben kann. Durchgreifende Bedenken gegen ihre Bejahung dürften nicht bestehen.

Im Ergebnis sind also die Treupflichten zwischen den Gesellschaftern durchgängig als Pflichten vertraglichen Ursprungs anzuerkennen. Wenn darüber in der Sache Einigkeit besteht, wird die terminologische Einkleidung des Resultats nachrangig. Am besten spricht man von Mitglieds Pflichten⁵², weil jede Mitgliedschaft im Gesellschaftsvertrag wurzelt. Wegen der Mehrdeutigkeit des Begriffs weniger empfehlenswert ist dagegen die Eingliederung der Treupflichten in eine Sonderrechtsbeziehung⁵³.

IV. Treupflicht als Rechtssatz: Generalklausel

1. Funktion und Inhalt

a) Mit der Feststellung, daß die Treupflichten in ihren verschiedenen Varianten sämtlich vertraglichen Ursprungs sind, ist die Frage nach ihrer rechtlichen Begründung erst teilweise beantwortet, und zwar, soweit es um die praktische Rechtsanwendung geht, erst zum kleineren Teil. Wenn man nicht zu bloßen Willensfiktionen Zuflucht nehmen will, muß man einen Schritt weitergehen und die Treupflicht auch als Inhalt eines Rechtssatzes anerkennen⁵⁴. Dies zunächst in dem unproblematischen Sinne, daß die vertraglich übernommene Pflicht wegen der generellen Geltung von Verträgen zur Rechtspflicht wird. Dies ferner in dem Sinne, daß die Rechtsordnung den Beteiligten vorschreibt, wie sie sich vertragsgemäß zu verhalten haben, und überdies die Rechtsfolgen vertragswidrigen Verhaltens ordnet. Eine derartige rechtliche Begleitung und Unterstützung des Gesellschaftsvertrags ist notwendig, weil seine Regelung nicht bis in alle Einzelfragen des Rechtsverhältnisses vordringt, und die Konsensfähigkeit der Gesellschafter überfordert wird, wenn sie noch zu einer einverständlichen Regelung kommen sollen, nachdem in ihrem Verhältnis bereits Fehlentwicklungen aufgetreten sind. Die Verhältnisse im Gesellschaftsrecht liegen damit allerdings nicht prinzipiell anders als im allgemeinen Vertragsrecht, das etwa den Kaufvertrag der Parteien durch eine subtile Regelung für den Fall von Leistungsstörungen stabilisieren muß.

⁵² *Ulmer*, in: Großkomm. HGB (Fn. 12), § 105 Rdn. 233.

⁵³ Vgl. bei Fn. 27 und die Nachweise dort.

⁵⁴ *Stimpel*, in: *Pehle/Stimpel* (Fn. 1), S. 18; *Ulmer*, in: Großkomm. HGB (Fn. 12), § 105 Rdn. 233; darin zustimmend *Schmiedel*, ZHR 134 (1970), 173, 182.

b) Die eigentliche Schwierigkeit der Treupflicht im Gesellschaftsrecht besteht darin, daß das Gesetz die Innenbeziehungen zwischen Gesellschaft und Mitglied und der Mitglieder untereinander nur rudimentär geordnet hat und eine auch nur der Idee nach vollständige Ordnung dieser Beziehungen wegen ihres komplexen Charakters, wegen ihrer Dauer und der damit verbundenen tatsächlichen Veränderungen weder möglich noch wünschenswert erscheint. Der Versuch, den Regelungsbedarf durch einzelne Rechtssätze zu erschöpfen, müßte deshalb fehlschlagen. Erforderlich ist statt dessen zunächst eine Norm, die den Beteiligten und der Judikatur die Richtung vorgibt, die es aber der Rechtsprechung überläßt, die benötigten Einzelrechtssätze durch Konkretisierung selbst zu entwickeln. Das ist die Funktion einer Generalklausel, die durch ihre Richtungsvorgabe Sachnorm, aber zugleich Ermächtigungs- oder Delegationsnorm ist⁵⁵. Delegationsnorm ist die Generalklausel, weil sie es durch ihren Verzicht auf konkrete Regelung zur Aufgabe der Rechtsprechung macht, die erforderlichen Rechtssätze selbst zu finden.

Eine solche Generalklausel läßt sich in verschiedener Weise formulieren. Dem bisherigen Diskussionsstand entspricht etwa folgende Fassung: Die Gesellschafter sind verpflichtet, in Ausübung ihrer im Gesellschaftsinteresse begründeten mitgliedschaftlichen Befugnisse diejenigen Handlungen vorzunehmen, die der Förderung des Gesellschaftszwecks dienen, und zuwiderlaufende Maßnahmen zu unterlassen. Bei der Ausübung eigennütziger Mitgliedsrechte sind die Schranken einzuhalten, die sich aus dem Verbot einer willkürlichen oder unverhältnismäßigen Rechtsausübung ergeben. Auf die mitgliedschaftlichen Interessen anderer Gesellschafter ist angemessen Rücksicht zu nehmen.

2. Die Generalklausel als Rechtsfortbildungsergebnis

Die vorgeschlagene oder eine sinngleiche Generalklausel ist vom Gesetzgeber nicht normiert worden. Sie entspricht aber einer richterlichen Praxis, die fast bis zur Jahrhundertwende zurückgeht⁵⁶. Das ist zunächst nur eine Tatsache. Ob sich aus der praktischen Übung auch eine Rechtsnorm entwickelt hat, ist weniger einfach zu beurteilen. Die Frage ist jedenfalls dann zu bejahen⁵⁷, wenn die Prämissen richterlicher

⁵⁵ Dazu *Rittner*, in: *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters* (= Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Heft 24), 1964, S. 41; *Schmiedel* aaO (Fn. 54); *Wank*, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1978, S. 132 ff, 145 ff; *Wieacker*, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB* (Recht und Staat Heft 193/194), 1956, S. 10, 15. Vgl. auch *Roth*, in: *MünchKomm. BGB* (Fn. 9), § 242 Rdn. 113 ff (mit Beispielen).

⁵⁶ Rechtsprechungsnachweise vor allem in Fn. 4, 6, 13 f, 16, 20, 22, 50.

⁵⁷ Die Begründungsalternative liegt in der Annahme einer schon gewohnheitsrechtlichen Bildung, vgl. *Ulmer*, in: *Großkomm. HGB* (Fn. 12), § 105 Rdn. 233 a. E.

Rechtsfortbildung erfüllt sind. Die Entwicklung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht muß sich also als notwendig erweisen und im gesetzlich normierten Gesellschaftsrecht eine ausreichende Legitimationsbasis finden⁵⁸.

3. Notwendigkeit der Generalklausel

Die Frage nach der Notwendigkeit läßt sich weiter aufspalten. Fraglich ist erstens, ob die Generalklausel sachlich erforderlich ist. Die positive Antwort ergibt sich schon aus den Überlegungen zu ihrer Funktion (VI 1 b); sie bedürfen keiner nochmaligen Vertiefung. Zu klären bleibt aber zweitens, ob die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen den sachlichen Erfordernissen nicht schon genügend Rechnung tragen. Das ist die bis heute nicht ausgestandene Frage nach der Tragweite des § 242 BGB oder der mitgliedschaftlichen Förderpflicht des § 705 BGB oder eines beide Rechtsgedanken umfassenden differenzierenden Lösungsansatzes (dazu [1] unter II).

Weitgehend Einigkeit besteht darin, daß mit der mitgliedschaftlichen Förderpflicht allein nicht auszukommen ist⁵⁹. Dieser Ansicht ist beizutreten; denn der Gesellschafter hat nicht nur Pflichtrechte, sondern auch eigennützige Rechte, und die Rücksichtspflichten im Verhältnis der Gesellschafter untereinander lassen sich ebenfalls nicht auf die Förderpflicht zurückführen.

Wesentlich schwieriger ist die Frage nach der Tragweite des § 242 BGB. Dazu muß zunächst festgehalten werden, daß die Diskussion infolge des von *Alfred Hueck* und *Robert Fischer* vorgestellten Begründungsansatzes⁶⁰ nicht glücklich verlaufen ist. Denn das von ihnen postulierte vertrauensgetragene Gemeinschaftsverhältnis war mangels Normqualität für eine rechtssatzmäßige Begründung von vornherein nicht geeignet⁶¹ und hätte deshalb dem Prinzip von Treu und Glauben nicht entgegengesetzt werden dürfen. Außerdem liest sich das von *Hueck* und *Fischer* zusammengetragene Fallmaterial durchaus so, daß seine Lösung

⁵⁸ *Ulmer*, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971–1985 (Heidelberger Forum Heft 45), 1986, S. 47 ff; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Fn. 55), S. 257 (Ergebnis).

⁵⁹ *Soergel/Hadding* (Fn. 11) § 705 Rdn. 58; *Ulmer*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 32), § 705 Rdn. 182; *Zöllner*, in: Kölner Komm. AktG, Einl. 1984, Rdn. 169; zur Gegenansicht vgl. Fn. 10.

⁶⁰ Vgl. Rdn. 7 und 8.

⁶¹ Zutreffend *Hadding*, GesRZ 1984, 32, 39 (Rechtspflichten entstehen aus Vertrag oder Gesetz, nicht aber aus einem persönlichen Vertrauensverhältnis); *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen (Fn. 3), S. 44.

auf der Basis des § 242 BGB möglich gewesen wäre⁶². Die von mir in anderem Zusammenhang gestellte Frage, ob die Entwicklung, die der Rechtsgedanke des § 242 BGB genommen hat, im Gesellschaftsrecht voll zu Kenntnis genommen worden ist⁶³, möchte ich deshalb verneinen.

Ob der gesellschaftsrechtliche Normbedarf von § 242 BGB abgedeckt wird, entscheidet sich letztlich nicht an der (zu bejahenden) Frage nach der pflichtbegründenden Funktion des allgemeinen Prinzips, auch nicht an der etwas vordergründigen Unterscheidung von Haupt- und Nebenpflicht⁶⁴. Maßgeblich ist vielmehr, ob die spezifisch gesellschaftsbezogenen Rechtsfolgen der Treupflichtverletzung in § 242 BGB zwanglos Platz finden, und diese Frage kann in wichtigen Bereichen nicht positiv beantwortet werden. Erstens: Die Norm kann nicht erklären, daß und warum Ansprüche aus der Verletzung von Treupflichten nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft zustehen, und das nicht ausnahmsweise, sondern, wie noch darzulegen, prinzipiell und in erster Linie. Zweitens: § 242 BGB ist überfordert, soweit Eigenbelange der Organisation auf dem Spiel stehen, die über die Summe der Gesellschafterinteressen hinausweisen. Wenn man anerkennt, daß in der Gesellschaft als Rechtseinrichtung Interessen mitgeschützt werden, die nicht notwendig auch die Interessen der Gesellschafter sind⁶⁵, also jedenfalls die Belange der Gläubiger, vielleicht auch das Interesse am Bestand lebensfähiger Gesellschaftsunternehmen⁶⁶, bedeutet das den Abschied von der auf den Individualschutz ausgerichteten Norm des § 242 BGB. Drittens: Die Pflicht, einer Änderung des Gesellschaftsvertrags gerade in strukturelevanten Fragen zuzustimmen, kann dem § 242 BGB nicht ohne weiteres entnommen werden, weil damit die von der Norm vorausgesetzte Rechtsbeziehung selbst verändert wird. Das allgemeine Prinzip von Treu und Glauben erweist sich also gerade dann als nicht hinreichend leistungsfähig, wenn es um die für das Gesellschaftsrecht spezifischen organisationsrechtlichen Belange geht.

Es ist auch nicht angezeigt, insoweit ersatzweise auf § 705 BGB zurückzugreifen. Zwar kann eingeräumt werden, daß diese Vorschrift

⁶² Vgl. auch *A. Hueck*, Das Recht der OHG, 4. Aufl. 1971, § 13, der unter der Überschrift „Treupflicht“ den größeren Teil der Darstellung dem Wettbewerbsverbot (§§ 112, 113 HGB) widmet.

⁶³ *Hüffer*, in: *Geßler/Hefermehl* (Fn. 22), § 243 Rdn. 49.

⁶⁴ Insoweit nicht überzeugend *Rob. Fischer*, in: *Großkomm. HGB* (Fn. 8), § 105 Anm. 31 a; auch nicht *Stimpel*, in: *Pehle/Stimpel* (Fn. 1), S. 18.

⁶⁵ Verbreitet wird ein derart verstandenes Gesellschaftsinteresse bei personalistisch strukturierten Gesellschaften allerdings abgelehnt (vgl. z. B. *Joost*, ZGR 1984, 71, 76 ff). Das dürfte, ohne daß die Frage hier vertieft werden kann, nicht gerechtfertigt sein.

⁶⁶ Skeptisch vor dem Hintergrund der bisherigen Judikatur *Ulmer*, Richterrechtliche Entwicklungen (Fn. 58), S. 32.

den sachnäheren Anknüpfungspunkt ergibt⁶⁷. Sie führt aber wegen ihrer den Vertragstyp nur beschreibenden Funktion⁶⁸ letztlich nicht weiter als die vertragliche Begründung der Treupflicht selbst⁶⁹.

4. Gesetzliche Ableitung

Die noch verbleibende Frage nach einer gesetzlichen Legitimationsbasis führt zunächst wiederum zu § 242 BGB und zu § 705 BGB. Daß diese Vorschriften der gesellschaftsrechtlichen Prinzipienbildung nicht genügen können, schließt nämlich nicht aus, auf sie als Teilelemente eines weitergreifenden Rechtsgedankens zurückzukommen. Nur ist dieser Ansatz von unnötiger Enge⁷⁰. Die Treupflicht kann sich zusätzlich auf eine Reihe weiterer Rechtsgedanken und Vorschriften stützen. So zunächst auf ihren speziellen gesetzlichen Ausdruck im Wettbewerbsverbot der §§ 112, 113 HGB. Hinzuweisen ist weiter auf das Prinzip der Gleichbehandlung, das längst vor seiner Verankerung in § 53 a AktG anerkannt war⁷¹ und dessen funktionale Vergleichbarkeit mit der Treupflicht auch diejenigen anerkennen, die dem Verbot willkürlicher Ungleichbehandlung eine selbständige Bedeutung beimessen⁷², sowie auf das Verbot unzulässiger Verfolgung von Sondervorteilen in § 243 Abs. 2 AktG⁷³, schließlich auf die offene Formulierung des Anfechtungsstatbestands in § 243 Abs. 1 AktG; denn die dort angesprochene Gesetzesverletzung hat stets den Verstoß gegen Generalklauseln eingeschlossen⁷⁴. Die Reihe ließe sich noch fortsetzen.

Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht, so bleibt festzuhalten, ist die gedankliche und sprachliche Zusammenfassung im Gesetz vorhandener Teilelemente. Damit ist nicht eine bloße Addition gemeint, sondern eine

⁶⁷ So Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (Fn. 3), S. 14.

⁶⁸ Zur erläuternden Funktion des § 705 BGB (und der anderen Spitzenvorschriften des besonderen Vertragsrechts) vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 248.

⁶⁹ An dieser Stelle wäre die Paraphrasen-Kritik von Flume, Die Personengesellschaft (Fn. 19), § 151 (S. 261) gerechtfertigt.

⁷⁰ Ähnlich K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 27), § 20 IV 2 d).

⁷¹ BGHZ 33, 175, 186; BGHZ 44, 245, 256; Hüffer, NJW 1979, 1065, 1068; Lutter, in: Festschrift für Ferid, 1978, S. 599, 605 ff.

⁷² Hueck, in: Baumbach/Hueck (Fn. 49), § 13 Rdn. 35; für Gleichbehandlung als Unterfall der Treupflicht z. B. Meyer-Landrut, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, 1987, § 14 Rdn. 18; dagegen nicht mehr (anders Voraufgabe) Fischer/Lutter/Hommelhoff, Komm. GmbHG, 12. Aufl. 1987, § 14 Rdn. 14.

⁷³ BGHZ 76, 352, 357; BGH WM 1988, 325, 328 f; Hüffer, in: Geßler/Hefermehl (Fn. 22), § 243 Rdn. 112; Schilling, in: Großkomm. AktG, 3. Aufl., Bd. III 1973, § 243 Anm. 21; Zöllner, in: Kölner Komm. zum AktG, 1970, § 243 Rdn. 241.

⁷⁴ Hüffer, in: Geßler/Hefermehl (Fn. 22), § 243 Rdn. 14 f; Schilling, in: Großkomm. AktG (Fn. 73), § 243 Anm. 18 f; Zöllner, in: Kölner Komm. zum AktG, § 243 Rdn. 69 ff.

Verknüpfung und Fortführung von Einzelregelungen, die am Ende ein neues Prinzip ergeben.

V. Treupflicht als Rechtssatz: Zur Bildung von Einzelnormen

1. Grundlagen

Akzeptiert man die gesellschaftsrechtliche Treupflicht als Generalklausel des Richterrechts, so bleibt die Aufgabe, aus der Klausel Einzelnormen mit Tatbestand und Rechtsfolge zu entwickeln, die zur Entscheidung der verschiedenen Konfliktlagen geeignet sind. Wenn man den bisher besprochenen Vorgang, also die Entwicklung der Generalklausel aus den Teilelementen des Gesetzes, als Rechtsfortbildung erster Stufe bezeichnen will, wird mit ihrer Konkretisierung die Rechtsfortbildung zweiter Stufe erreicht. Soweit es um die Legitimität der Rechtsfortbildung geht, befindet sich die Judikatur hier auf ebenso gesichertem Boden wie bei der Konkretisierung der allgemeinen zivilrechtlichen Generalklauseln. Insoweit kann man zwar streiten, ob dieser oder jener Satz des Richterrechts gelungen ist; aber die Kompetenz der Gerichte steht außerhalb ernsthaften Zweifels⁷⁵.

2. Doppelzweck der Treupflicht

a) Weil die gesellschaftsrechtliche Treupflicht den Inhalt eines Rechtssatzes bildet, muß eine rational nachvollziehbare Konkretisierung von dem Zweck ausgehen, der dem Rechtssatz in seiner Bedeutung als Sachnorm zukommt. Wer den Diskussionsstand unter diesem Gesichtspunkt aufarbeitet, stößt zunächst wiederum auf die zitierten Äußerungen von *Hueck* und *Fischer*⁷⁶. Sie haben ihre Aussage zum Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Gesellschaftern, das vom gegenseitigen Vertrauen getragen sei, zwar als Aussage zum Geltungsgrund der Treupflicht formuliert und haben damit eine Position eingenommen, die so nicht überzeugen kann. Als Auskunft über den Zweck der Generalklausel enthält ihre Annahme jedoch einen richtigen Kern; denn so verstanden zielt sie darauf ab, die Treupflicht aus dem Zweck des Vertrauensschutzes sachlich zu rechtfertigen⁷⁷.

⁷⁵ *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 68), S. 276 ff; *ders.*, NJW 1965, 1 f; *F. Müller*, in: Festschrift der Jur. Fakultät Heidelberg, 1986, S. 65, 68 ff (Ergebnis: S. 83); *Ulmer*, Richterrechtliche Entwicklungen (Fn. 58), S. 33.

⁷⁶ Siehe Fn. 7 und 8.

⁷⁷ In diesem Sinne, also als Angabe des Sachgrundes oder Zwecks, dürften auch BGHZ 65, 15, 18 f (Fn. 20) und BGH WM 1988, 325, 328 li. Sp. zu verstehen sein.

Einen anderen, in seiner Tragweite zunächst vielleicht nicht voll erkannten Aspekt hat *Wolfgang Zöllner* schon 1963 aufgezeigt⁷⁸. Danach geht es bei der Treupflicht um das rechtliche Gegengewicht für die gesteigerten Einwirkungsmöglichkeiten, die Gesellschafter infolge ihrer Mitgliedsposition erlangen. Die Treupflicht wird also als Inbegriff von Verhaltensschränken verstanden. Folgt man diesem Ansatz, so kann man den Zweck der Treupflicht als Einwirkungskontrolle schlagwortartig charakterisieren. Dieser Gesichtspunkt hat in Rechtsprechung⁷⁹ und Schrifttum⁸⁰ in jüngerer Zeit zunehmend Bedeutung erlangt, ohne daß es bisher voll gelungen wäre, sein Verhältnis zur Hueck/Fischer-Formel zu definieren.

b) Mit den Stichworten Einwirkungskontrolle und Vertrauensschutz sind die Zwecke der als Rechtssatz verstandenen Treupflicht richtig bezeichnet. Es gibt also nicht einen einzigen Zweck der Treupflicht, sondern einen doppelten Zweck. Nicht erforderlich ist aber, daß der Bruch einer Vertrauensbeziehung und der mißbräuchliche Gebrauch von Einwirkungsmöglichkeiten zusammentreffen, um Treupflichten zu aktualisieren. Ein solches Zusammentreffen ist zwar möglich, etwa dann, wenn der geschäftsführende Gesellschafter das Gesellschaftsunternehmen seines Vorteils wegen gezielt schädigt und gerade dadurch die Vertrauensbasis unter den Gesellschaftern zerstört⁸¹. Beide Aspekte haben aber auch isolierte Bedeutung. So kann sich der in der Einwirkungskontrolle liegende Zweck allein bewähren, wenn zwischen den Gesellschaftern nach der tatsächlichen Struktur des Verbands kein Vertrauensverhältnis besteht oder eine derartige Beziehung verlorengegangen ist⁸². Umgekehrt darf in der Verletzung von Rücksichtspflichten auch dann ein treuwidriges Verhalten gefunden werden, wenn damit keine nachteilige Einwirkung auf das Gesellschaftsunternehmen oder die Mitgliedsrechte anderer Gesellschafter verbunden ist.

Für den Zweck der Einwirkungskontrolle ist noch die Frage nach dem Einwirkungsgegenstand zu beantworten. Einwirkungsgegenstand kann sowohl das Gesellschaftsunternehmen wie auch das Mitgliedschaftsrecht der anderen Gesellschafter sein. Dieser Aspekt hat also für die Treu-

⁷⁸ Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht (Fn. 35), S. 339 ff.

⁷⁹ Vgl. die Nachweise in Fn. 77 und insbesondere die Entscheidungen zur Beschlußkontrolle seit BGHZ 71, 40, 43 ff (zusammengestellt in BGH WM 1988, 325, 327 re. Sp.).

⁸⁰ Zuletzt *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen (Fn. 3), S. 16 ff und *passim*.

⁸¹ Beispiele: BGHZ 31, 295, 303 f; BGH NJW 1986, 584.

⁸² Auf den nicht selten fiktiven Charakter des Vertrauensverhältnisses zwischen den Gesellschaftern weist schon *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht (Fn. 35), S. 341, hin.

pflicht zur Gesellschaft ebenso Bedeutung wie für die Treupflichten der Gesellschafter untereinander. Sein Anwendungsbereich ist damit erheblich breiter als der des Vertrauensschutzes⁸³, weil ein vertrauensbezogenes Gemeinschaftsverhältnis nur unter den Gesellschaftern bestehen kann, soweit es überhaupt vorhanden ist.

3. *Folgerungen aus dem Doppelzweck der Treupflicht: rechtsformübergreifende Fragen*

a) Welche rechtlichen Folgerungen sich für die Konkretisierung der Treupflicht aus ihrem Doppelzweck ableiten lassen, soll wenigstens exemplarisch aufgezeigt werden. Der zweckorientierte Ansatz erweist sich zunächst als fruchtbar, soweit es um den Anwendungsbereich der Treupflicht geht. Insoweit machen seit jeher die Kapitalgesellschaften Schwierigkeiten. So konnte der BGH den Bestand von Treupflichten zwischen den Aktionären erst in seiner Entscheidung vom 1. 2. 1988 anerkennen⁸⁴, und zwar, wie schon in der ITT-Entscheidung⁸⁵, mit dem für die Urteilsfindung nicht unbedingt relevanten Hinweis, daß die organisatorische Ausgestaltung der AG derjenigen einer Personengesellschaft nahekommen könne⁸⁶.

Wenn man den Doppelzweck der Treupflicht anerkennt, ergibt sich das zutreffende Ergebnis zwanglos aus einer funktionalen Bestimmung ihres Anwendungsbereichs. Das bedeutet: Treupflichten sind rechtsformübergreifend anzuerkennen, soweit die Mitgliedschaft in der Gesellschaft kontrollbedürftige Einwirkungsmöglichkeiten⁸⁷ begründet oder soweit nach der Realstruktur der Gesellschaft eine schutzbedürftige Vertrauensbeziehung besteht. In den Kapitalgesellschaften steht die Einwirkungskontrolle im Vordergrund. Die bislang entschiedenen aktienrechtlichen Fälle betreffen die Einwirkung auf die Mitgliedschaft, etwa ihre Verwässerung durch Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsaus-schluß⁸⁸; es geht also um die Treupflicht der Aktionäre in ihrem Verhältnis zueinander. Ihre Anerkennung erlaubt es namentlich, die vom BGH praktizierte Beschlussskontrolle nach den Maßstäben der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit dogmatisch einzuordnen. Auch der von mir an

⁸³ Deutlich für den Vorrang der Einwirkungskontrolle deshalb *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen (Fn. 3), S. 16 ff.

⁸⁴ BGH WM 1988, 325, 328.

⁸⁵ BGHZ 65, 15, 18 f (Fn. 20).

⁸⁶ Kritisch insoweit zur ITT-Entscheidung auch *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen (Fn. 3), S. 44 f.

⁸⁷ Allgemein zur funktionalen Methode *Brem*, in: St. Galler Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1981, S. 87; *Jahr*, Schriften des Vereins für Socialpolitik n. F. Bd. 33 (1964), 14.

⁸⁸ BGHZ 71, 40, 43 ff; BGHZ 83, 319, 321 (genehmigtes Kapital).

anderer Stelle eingeführte Gedanke des institutionellen Rechtsmißbrauchs⁸⁹ findet hier den richtigen Standort. Kontrollbedürftige Einwirkungen auf das Gesellschaftsunternehmen sind dagegen, von Konzernverhältnissen abgesehen, ein Problem der GmbH⁹⁰. Das hat seinen Grund in der Weisungsabhängigkeit des Geschäftsführers (§§ 37 Abs. 1, 45 GmbHG), also in der divergierenden rechtlichen Ausgestaltung der Innenbeziehungen der beiden Kapitalgesellschaften.

b) Als weiterführend erweist sich die am Doppelzweck der Treupflicht orientierte Betrachtung auch, soweit es um die Subjekte der Treubindungen geht, genauer: um die Rolle der Gesellschaft als Inhaberin von Ansprüchen aus der Verletzung von Treupflichten. Daß die Gesellschaft selbst Trägerin solcher Ansprüche ist, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform, wenn die nachteiligen Auswirkungen von Treupflichtverletzungen das Gesellschaftsunternehmen treffen⁹¹, ist mit der Denkvorstellung eines zwischen den Gesellschaftern bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses nicht gut erklärbar. Dagegen trägt der Gedanke der Einwirkungskontrolle das notwendige Resultat. Etwa die OHG als die Berechtigte anzusehen, wenn Gesellschafter ihre Einwirkungsmöglichkeiten zum Nachteil des Vermögens der OHG nutzen, ist nur folgerichtig. Das gilt namentlich für Ansprüche aus der treuwidrigen Ausnutzung von Geschäftschancen für Privatzwecke⁹², aber auch für Forderungen wegen der schädlichen Auswirkungen eines treuwidrigen Widerspruchs gegen Geschäftsführungsmaßnahmen und findet schließlich in der speziellen Regelung des § 113 Abs. 1 HGB eine Bestätigung; danach stehen nämlich die aus einer Verletzung des Wettbewerbsverbots folgenden Ansprüche der Gesellschaft und nicht den Gesellschaftern zu.

4. Folgerungen aus dem Doppelzweck der Treupflicht: Vertragsänderungen bei Personengesellschaften

a) Die Lehre vom Doppelzweck bewährt sich nicht nur in der großen Linie rechtsformübergreifender Fragen, sondern auch im Detail. Das zu dokumentieren, eignen sich die nicht einfachen Probleme der Vertragsänderungen im Personengesellschaftsrecht am besten. Insoweit ist, wie schon eingangs betont, zunächst eine Pflicht widerstrebender Gesell-

⁸⁹ Hüffer, in: Geßler/Hefermehl (Fn. 22), § 243 Rdn. 50.

⁹⁰ Eingehend Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (Fn. 3), S. 99 ff.

⁹¹ BGH NJW 1987, 1637 f (AG); BGH NJW 1985, 1900 (Publikums-KG); zur GmbH vgl. Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (Fn. 3), S. 86 ff, 306 ff mit Analyse der anders konzipierten ITT-Entscheidung auf S. 308 f; zur OHG Ulmer, in: Großkomm. HGB (Fn. 12), § 105 Rdn. 215, 251.

⁹² Vgl. z. B. BGH NJW 1986, 584 f.

schafter anerkannt, Vertragsänderungen in Ausnahmefällen zuzustimmen (vgl. [3.] unter II). Der Doppelzweck der Treupflicht erlaubt es, diese Fallgruppe weiter zu strukturieren.

aa) Eine Untergruppe für sich bilden die Sachverhalte, in denen der Gesellschafter durch seine Weigerung, einer Vertragsänderung zuzustimmen, den gegenwärtigen oder künftigen Bestand des Gesellschaftsunternehmens in Frage gestellt, ohne sich dabei von hinreichend schutzwürdigen Eigeninteressen leiten zu lassen. Hierher gehört aus der jüngeren Rechtsprechung z. B. der Fall, daß der Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern Zinsen zusagt, die das Gesellschaftsunternehmen in der versprochenen Höhe nicht erwirtschaften und nicht verkräften kann⁹³. Fälle dieses Typs sind strukturell dem treuwidrigen Widerspruch gegen Geschäftsführungsmaßnahmen vergleichbar; hier wie dort zeigt sich nämlich, daß auch durch das Unterlassen bestimmter Maßnahmen auf die Gesellschaft und ihr Unternehmen treuwidrig eingewirkt werden kann.

bb) In eine zweite Untergruppe gehören die Fälle, in denen ein Gesellschafter untragbar geworden ist und deshalb aus der Gesellschaft ausgeschlossen oder jedenfalls von der Geschäftsführung entbunden werden soll⁹⁴. Die Verpflichtung widerstrebender Gesellschafter, den jeweils geeigneten Maßnahmen zuzustimmen, ist hier auf den Zusammenbruch der Vertrauensbasis zurückzuführen. Es geht also primär um den Schutz der noch verbleibenden intakten Gemeinschaft. Zugleich zeigt sich, daß die beiden Funktionen der Treupflicht nicht als Gegensätze gedacht werden dürfen; denn vielfach, wenngleich nicht notwendig, ist die Vertrauensbasis gerade deshalb verlorengegangen, weil ein Gesellschafter zuvor die Förderung seines privaten Nutzens für wichtiger gehalten hat als die des gemeinsamen Zwecks.

b) Das Thema Vertragsänderung und Treupflicht steht schließlich auch umgekehrt zur Diskussion, nämlich, ähnlich wie im Recht der Kapitalgesellschaften, bei der inhaltlichen Kontrolle vertragsändernder Mehrheitsbeschlüsse. Dabei handelt es sich um jene Sachverhalte, denen die bisherige Rechtsprechung mit dem sog. gesellschaftsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz beikommen will oder wollte⁹⁵. Das bedeutet:

⁹³ BGH WM 1985, 195 = WuB II G. §§ 109, 119 HGB 1.85 (*Poble*); BGH WM 1985, 256 = WuB II F. §§ 119, 161 HGB 1.85 (*Hüffer*).

⁹⁴ BGHZ 31, 295, 303 f.; BGH NJW 1986, 584.

⁹⁵ Ständige Rechtsprechung des RG und BGH seit RGZ 91, 166, 168; einschränkend, aber unter weitergehender Berücksichtigung der Treupflicht, die jüngeren Entscheidungen: BGHZ 71, 53, 58 f.; BGHZ 85, 350, 355 ff.; BGH NJW-RR 1987, 285 f.; vgl. die Übersicht bei *Brändel*, in: Festschrift für Stimpel, 1985, S. 95 ff.

Gesellschaftsvertragliche Klauseln, nach denen eine Vertragsänderung durch Mehrheitsbeschluß erfolgen kann, werden zwar als gültig angesehen, aber einschränkend ausgelegt. Das gewünschte Ergebnis ist, daß die zwischen den Parteien streitige Vertragsänderung, etwa eine Beitragserhöhung, von der Mehrheitsklausel nicht gedeckt wird und deshalb ohne die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters nicht wirksam ist. Inzwischen setzt sich im Schrifttum zu Recht die Ansicht durch, daß dieses Konzept weder hinreichend effizient noch dogmatisch fundiert ist und daher durch eine Beschlußkontrolle nach dem Vorbild der Kali-+Salz-Entscheidung⁹⁶ abgelöst, jedenfalls aber ergänzt werden muß⁹⁷. Wenn der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft mehrheitliche Änderungen zuläßt, unterwirft er damit die Mitgliedschaft der Minderheit der Einwirkung durch die Mehrheit. Dieses Einwirkungsrecht bedarf der inhaltlichen Beschränkung durch die Treupflicht.

VI. Fazit

Zusammenfassend ergibt sich: Die Treupflicht ist in ihren sämtlichen Varianten eine Pflicht vertraglichen Ursprungs. Sie ist zugleich Inhalt eines Rechtssatzes, und zwar zunächst in Gestalt einer Generalklausel, die ihre Entstehung richterlicher Rechtsfortbildung verdankt; deren Basis liegt wiederum in der Summe einschlägiger Vorschriften und Grundsätze einschließlich des Gleichbehandlungsgebots. Die Generalklausel legitimiert ihrerseits die Bildung von Einzelnormen durch Konkretisierung. Die Einzelnormen sind an den Zwecken der Treupflicht auszurichten. Sie dient einem Doppelzweck, nämlich der Einwirkungskontrolle und dem Vertrauensschutz. Entgegen den ursprünglichen Vorstellungen über die Treupflicht geht es meistens um die Einwirkungskontrolle. Die am Doppelzweck der Treupflicht orientierte Betrachtung erlaubt namentlich die rechtsformübergreifende Bestimmung ihres Anwendungsbereichs. Nur sie läßt es ferner zu, auch und gerade die Gesellschaft als Subjekt von Treubindungen anzusehen. Im Recht der Personengesellschaften bewährt sich die Annahme eines Doppelzwecks namentlich, aber nicht nur, wenn es um die Änderung der Vertragsgrundlage geht.

⁹⁶ BGHZ 71, 40, 43 ff.

⁹⁷ Vgl. schon Hüffer, ZHR 151 (1987), 396, 407 m.w.N. in Fn.72; seither zur OHG Ulmer, in: Großkomm. HGB (Fn.12), §109 Rdn.41 ff; zur GmbH Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (Fn.3), S. 135 ff.

Abhängige Aktiengesellschaften aus rechtspolitischer Sicht

Eine Skizze

HANS-GEORG KOPPENSTEINER

I. Einführung

1. Die amtlichen Materialien zum deutschen Aktiengesetz von 1965 haben die Einführung einer Konzerngesetzgebung folgendermaßen begründet¹. Leitbild tradierter aktienrechtlicher Regelungen seien Gesellschaften mit weitgestreutem Aktienbesitz. Dieses Leitbild sei rechtstatsächlich überholt. Heute habe man es überwiegend mit Gesellschaften zu tun, auf deren Geschicke ein Großaktionär, zumeist ein anderes Unternehmen, maßgebenden Einfluß ausübe und deren Geschäftsführung auf die Interessen dieses anderen Unternehmens ausgerichtet sei². In diesen Gesellschaften bestimme der Aufsichtsrat – überwiegend aus Vertrauensleuten der Konzernleitung oder des Großaktionärs zusammengesetzt –, statt zu überwachen, die Grundlinien der Geschäftsführung, und der Vorstand befolge, statt die Gesellschaft eigenverantwortlich zu leiten, Weisungen von einer Stelle außerhalb der Gesellschaft, die gesellschaftsrechtlich keine Verantwortung trage. Die Minderheitsaktionäre seien dann nicht in der Lage, eine nur den Interessen des Großaktionärs oder Konzerninteressen dienende Geschäftsführung und Gewinnverwendung nachhaltig zu verhindern. Den Gläubigern drohe die Gefahr, daß das ihnen haftende Vermögen der Gesellschaft zugunsten des herrschenden Unternehmens geschmälert, daß die Substanz der abhängigen Gesellschaft ausgehöhlt werde. Kein Gesichtspunkt der Rechts- und Wirtschaftsordnung gestatte es, den Vermögensinteressen eines Konzerns nur deswegen den Vorzug einzuräumen, weil sie quantitativ größer seien.

¹ Vgl. *Kropff*, Aktiengesetz, 1965, 373 f.

² Dazu die statistischen Untersuchungen bei *Ordeltjeide*, BFuP 1986, 393 ff. Er stellt fest, „daß die Aktiengesellschaft als autonome Unternehmung . . . bei uns weitgehend der Vergangenheit angehört“ und daß mindestens 40 % der GmbH mit 90 % des Kapitals konzernverbunden sind.

Diese Begründung halte ich auch heute noch für überzeugend. Sie kehrt in ganz ähnlicher Form in den Erläuterungen des Vorentwurfs einer Richtlinie zur Angleichung des Konzerngesellschaftsrechts wieder³. Hinzuzufügen sind zwei miteinander verschränkte Gesichtspunkte gesamtwirtschaftlicher Natur. Wie das Vorkommen von Paketzuschlägen im Aktienhandel lehrt, ist die einzelne Aktie als Bestandteil einer Schachtel- oder sogar einer Mehrheitsbeteiligung mehr wert als dieselbe Aktie in der Hand eines kleinen Aktionärs. Diese Situation begünstigt das Wandern kleiner Beteiligungen zu schon vorhandenen größeren und insofern die Konzentration. Volkswirtschaftlich positiv bewertet werden können solche Vorgänge aber allenfalls dann, wenn die Konzentrationskosten dem Zuwachs an unternehmerischem Potential äquivalent sind. Denn andernfalls würde internes gegenüber externem Wachstum diskriminiert und gleichzeitig die Verschlechterung von Marktstrukturen begünstigt. Daraus resultiert die rechtspolitisch heute kaum mehr umstrittene Forderung nach der Konzentrationsneutralität gesellschaftsrechtlicher Regelungen⁴. Konzernrechtliche Regelungen, die dafür sorgen, daß Minderheitsinteressen proportional ebenso geschützt werden wie solche der Mehrheit, daß Gläubigerinteressen in adäquater Weise Rechnung getragen wird, empfehlen sich somit nicht nur aus der Perspektive dieser Personengruppen, sondern auch aus Gründen der Gesamtwirtschaft. Letzteres gilt auch deshalb, weil die Diskriminierung der außenstehenden Anteilseigner auf eine suboptimale Allokation von Ressourcen hinausläuft, die der Konzernleitung Investitionen oder die Fortsetzung von Aktivitäten ermöglicht, die unter Marktbedingungen nicht stattfinden würden⁵.

Unmittelbarer Anlaß der vorliegenden Überlegungen sind die unter den Regierungsparteien konzertierte Planungen für die Einführung eines österreichischen Konzernrechts⁶. Mit den Vorarbeiten ist eine Kommission beim Bundesministerium für Justiz beauftragt, deren Mitglied ich bin. Wie bei anderen Gesetzgebungsvorhaben auch spielt dabei schon existierendes deutsches Recht, wenn vielleicht auch nur als Verbesserungsbedürftiges Rohmaterial, eine erhebliche Rolle. Schon jetzt steht allerdings fest, daß eine Regelung in Anlehnung an die §§ 311 ff AktG in Österreich wohl nicht rezipiert werden wird. Das hängt sicher damit

³ Vgl. EWG-Dokument III/1639/84 – DE 2,58 (im folgenden zitiert als „Konzernrichtlinie“). Der Vorschlag ist abgedruckt in ZGR 1985, 446 ff. Zu den Gründen gesetzgeberischer Zurückhaltung in den anderen Mitgliedstaaten der EG vgl. *Lutter*, ZGR 1987, 324, 340 ff.

⁴ Dazu zuletzt *Kübler/Schmidt*, Gesellschaftsrecht und Konzentration, 1988, 7 ff, 16 ff.

⁵ Vgl. *Kirchner*, ZGR 1985, 214, 232.

⁶ Dazu *Krejci*, Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen?, Verhandlungen des 10. Österreichischen Juristentages, Gutachten, 1988, 243 f; Nachweise bei *Vanis*, GesRZ 1987, 131.

zusammen, daß diese Bestimmungen auch in Deutschland zunehmend als mißlungen eingeschätzt werden⁷. Von daher ist das folgende auch als Beitrag zur deutschen Reformdiskussion zu verstehen. Auf europäischer Ebene sind die konzernrechtlichen Arbeiten infolge eines fehlenden Grundkonsenses der Mitgliedstaaten ins Stocken geraten. So wird die Konzernrichtlinie, die noch das Weißbuch als Bestandteil des Programms zur Vollendung des Binnenmarktes erwähnt hatte⁸, derzeit nicht weiter verfolgt. Das wiederbelebte Projekt einer Europäischen Aktiengesellschaft⁹ enthält im Unterschied zu früheren Entwürfen keine materiell-konzernrechtlichen Bestimmungen mehr, sondern begnügt sich mit einer Verweisung auf das Recht der Mitgliedstaaten. Ob das aber auf die Dauer so bleiben wird, ist schon mit Rücksicht auf die konzernrechtlichen Bemühungen der Wissenschaft in wichtigen Mitgliedstaaten¹⁰ nicht so sicher. Vielleicht können die hier vorgelegten Untersuchungen also auch auf dieser Ebene etwas Nützliches leisten.

Steindorff hat immer wieder die gestaltende Aufgabe des Rechts betont¹¹. Das dahinter stehende rechtspolitische Engagement ist evident. So hoffe ich, daß das folgende ihn interessieren kann. Ohne *Steindorff* wäre als Wissenschaftler nichts aus mir geworden. Seit jetzt fast 30 Jahren fühle ich mich ihm in großer Dankbarkeit verbunden.

2. Von der *rechtstatsächlichen* Seite her ist der Entwurf eines Regelungsgebäudes für aktienrechtlich relevante Über-Unterordnungsverhältnisse von vornherein mit der Schwierigkeit belastet, daß die in Betracht zu ziehenden Sachverhalte ganz verschieden beschaffen sein können. So macht es zunächst einen erheblichen Unterschied, ob eine Unternehmensverbindung durch Erwerb eines Mehrheitspakets oder durch Aus-

⁷ Vgl. nur Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, 705 f, 710; Kölner Kommentar – *Koppensteiner*, 2. Aufl., Vorb § 311 Rdn. 17 ff, § 311 Rdn. 49 ff, jeweils m. w. N.

⁸ Vollendung des Binnenmarktes, Weißbuch der Kommission an den europäischen Rat, 1985, Rdn. 144.

⁹ In alter Fassung abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1979, 278 ff, im folgenden zitiert als SE-Statut; neueste Version in Memorandum der Kommission, Bulletin der EG, Beilage 3/88 (vgl. *Kohlhepp*, RIW 1989, 88).

¹⁰ Dazu der Sammelband von Hopt (Hrsg.), *Groups of Companies in European Laws*, 1982; ferner etwa *Druey*, ZSR 1980 II, 279, 280 ff; *Lutter* (Fn. 3), 326 f mit zahlreichen w. N.; rechtsvergleichendes Material für den Bereich der EWG auch bei *Koppensteiner* (Fn. 7), Vorb § 291 Rdn. 49.

¹¹ Vgl. etwa *Steindorff*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1985, 5: Recht sei zwar durch die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse bedingt, habe diese aber nicht nur zu bestätigen, sondern zu gestalten. Die hier behandelte Frage ist wegen ihrer Bedeutung für die Allokation von Ressourcen und ihrer konzentrationspolitischen Aspekte übrigens eine „wirtschaftsrechtliche“ i. S. von *Steindorff*.

gliederung eines Unternehmensteils in eine neu gegründete Gesellschaft entsteht¹². Damit hängt zusammen das Vorkommen abhängiger Gesellschaften mit ganz verschiedener Mitgliederstruktur: Einmangengesellschaften, Gesellschaften mit einem beherrschenden Aktionär bei im übrigen weiter Streuung des Aktienbesitzes, Familiengesellschaften, Gemeinschaftsunternehmen. Auch der Grad der Zentralisierung von Entscheidungen in der Unternehmensverbindung ist äußerst abgestuft, von der beteiligungsverwaltenden Holding bis hin zu einem Konzern, in dem die Tochter Vorprodukte für das Mutterunternehmen herstellt oder in dessen Spartenorganisation eingegliedert ist¹³. Dabei ist zu beachten, daß es sich bei Zentralisierung und Dezentralisierung um dynamische Größen handelt, die sich im Zeitablauf verändern können.

3. Die *Abgrenzung des Untersuchungsfeldes* muß schon mit Rücksicht auf die räumlichen Möglichkeiten relativ eng ausfallen. Zunächst kann ich mich nur mit der Aktiengesellschaft befassen. Zwar besteht in Österreich praktisch Einigkeit darüber, daß sich die kommende Konzerngesetzgebung auf die GmbH zu erstrecken hat¹⁴. Dabei geht die Tendenz sogar dahin, „allgemeine“ Regelungen zu entwickeln¹⁵. Das ändert aber nichts an der Notwendigkeit, in einer vorgelagerten Stufe zunächst einmal für die einzelnen Gesellschaftsformen zu untersuchen, wie einschlägige Regelungen aussehen könnten, und erst alsdann zu prüfen, was davon verallgemeinerungsfähig ist. Weitere Fragen, die hier nicht behandelt werden können, betreffen die Einbettung eines Schutzrechts für abhängige Gesellschaften in ein (viel weiter zu spannendes) Gesellschaftsrecht der verbundenen Unternehmen¹⁶, take-over-bids¹⁷, sowie die Probleme, die mit der Veräußerung einer Mehrheitsbeteiligung

¹² Zu den Entstehungsmodalitäten einer Über-Unterordnungsverbindung vgl. *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, 41; zu ihren Gründen, d. h. den Vorzügen der Unternehmensverbindung gegenüber dem Einheitsunternehmen etwa *Lutter* in *Druey* (Hrsg.), Das St. Galler Konzerngespräch, 1988, 225, 227 f.; *Kirchner* (Fn. 5), 222 ff in Anlehnung an *Pausenberger*; *Schneider*, BB 1986, 1993.

¹³ Zur „Realstruktur der Konzerne“ *Wiedemann* (Fn. 12), 11 ff; zur Spartenorganisation im Konzern Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 868 ff; *Schwarz*, ZHR 142 (1978), 203, 225 ff; *Huber*, ZHR 152 (1988), 123, 156 ff; betriebswirtschaftliche Typisierungsbemühungen etwa bei *Scheffler*, DB 1985, 205 ff; *Bleicher* in *Druey* (Fn. 12), 55 ff; *Zünd*, ebenda, 78 ff. Vgl. auch *Theisen*, DBW 1988, 3 ff.

¹⁴ Vgl. *Krejci* (Fn. 6), 402 f; *Doralt*, Zur Entwicklung eines österreichischen Konzernrechts, (noch) unveröffentlichtes Referat für den Österreichischen Juristentag 1988, 3 f.

¹⁵ Dazu auch Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 865 ff.

¹⁶ Dazu *Kropff* (Fn. 1), 26 ff; de lege ferenda *K. Schmidt*, (noch) unveröffentlichtes Referat für den 10. Österreichischen Juristentag 1988, 25 ff.

¹⁷ Dazu etwa *Immenga*, Company Systems and Affiliation, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XIII, Chapt. 7, 1985, 15 ff; *Zäch* (Hrsg.), Corporate Acquisitions and Takeovers in the USA, 1987; *Schmittthoff/Goré/Heinsius*, Übernahmeangebote im Aktienrecht, 1976; *Behrens*, ZGR 1975, 433 ff; nach den Planungen für ein neues österreichi-

zusammenhängen¹⁸. Auszuklammern ist auch die Frage nach der konzerndimensionalen Ausweitung von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmer¹⁹. Dasselbe gilt hinsichtlich der Probleme, die Beteiligungsnahme, Ausgliederung und Konzernbildung auf der Ebene der Obergesellschaft aufwerfen²⁰. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung dieser Fragen fehlt auch im deutschen Recht. Es ist zweifelhaft, ob der derzeitige Diskussionsstand eine Kodifikation der Materie auf genügend verlässlicher Basis schon erlaubt. Schließlich beschäftigt sich der vorliegende Beitrag nur mit Über-Unterordnungsbeziehungen auf nicht vertraglicher Grundlage, verzichtet also auf eine Erörterung der mit Unternehmensverträgen zusammenhängenden Reformprobleme²¹.

Diese letzte Einschränkung ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn entgegen den Vorschlägen des SE-Statutes in seiner ursprünglichen Fassung und auch eines schweizerischen Gesetzesentwurfes²² an der derzeitigen Gliederung des deutschen Konzernrechts festgehalten wird. Das ist zu empfehlen. Die Ablehnung dieser Unterscheidung im Ausland hängt mit dort anderen gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Gegebenheiten zusammen²³. In Deutschland und Österreich sind Unternehmensverträge demgegenüber von sehr erheblicher steuerrechtlicher Bedeutung und auch im Gesellschaftsrecht fest verankert. Die Konzernrichtlinie hat denn auch auf die sog. „organische Konzernverfassung“ zugunsten der im deutschen Recht entwickelten Unterscheidung verzichtet. Hinzu kommt, daß eine Einheitslösung als Anknüpfungsbegriff wohl nur den des Konzerns verwenden könnte. Der Konzernbegriff ist de lege lata aber heftig umstritten; außerdem wird es wohl nicht gelingen, worauf zurückzukommen sein wird, ihn anwendungssicher zu definieren. Für sämtliche Beteiligte würde die Anwendung von Konzernrecht deshalb mit Unsicherheiten eines Ausmaßes belastet, das nicht tolerierbar erscheint. Ferner: Auch wenn kein Konzern, sondern bloße Abhängigkeit vorliegt, drohen Minderheitsaktionären und Gläubigern Gefahren, die in der unabhängigen Gesellschaft nicht gegeben sind. Auch in diesem Kontext sind daher besondere Regelungen konzernrechtlicher Natur erforderlich. Selbst wenn man also den vorher ange-

sches Börsegesetz (Salzburger Nachrichten vom 24. 6. 1989, 14) müssen sich öffentliche Übernahmeangebote auf alle Aktionäre erstrecken.

¹⁸ Auch dazu *Immenga*, aaO, 25 ff; ferner etwa *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, 450 ff m. w. N.

¹⁹ Sie ist in Österreich noch unterentwickelt; vgl. *Krejci* (Fn. 6), 235.

²⁰ Dazu zusammenfassend *Koppensteiner* (Fn. 7), Vorb § 291 Rdn. 17 ff. Monographisch *Ebenroth*, Konzernbildungs- und Konzernleitungskontrolle, 1987.

²¹ Sie werden an anderer Stelle erörtert. Vgl. FS Ostheim, 1990.

²² Vgl. *Ruedin*, SAG 1982, 99, 111 ff.

²³ Dazu *Gäbelein*, GmbH Rdsch. 1988, 384, 385.

fürten Gesichtspunkt vernachlässigen wollte, wäre es immer noch höchst unzweckmäßig, das ganze Konzernrecht nur um einen Tatbestand herumzugruppieren. Im Einklang mit der Konzernrichtlinie sollte daher an differenzierten Ansätzen festgehalten werden²⁴.

4. Überlegungen zum Inhalt einer Regelung für „faktische“ Abhängigkeitslagen sollten m. E. von folgenden *Prämissen* ausgehen.

a) Gesetzgebungsvorhaben in Österreich werden auf der Grundlage eines Regierungsbeschlusses durchweg auf ihre „Europa-Verträglichkeit“ hin geprüft. Die Vorarbeiten für ein neues Rechnungslegungsrecht sind ganz entscheidend vom deutschen BilanzrichtlinienG und insoweit von der 4. und 7. EWG-Richtlinie zur Angleichung des Gesellschaftsrechts geprägt worden. Demgegenüber scheint es zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht sinnvoll, europäische Entwürfe für ein Konzernrecht bloß wegen ihrer Provenienz als Vorbild österreichischer Gesetzgebungsbemühungen zu akzeptieren²⁵. Denn Ob und Wie einer europäischen Konzerngesetzgebung sind derzeit ganz offen. Für einige Fragen gilt dies allerdings nicht²⁶. Darauf sollte die österreichische Reformbemühung Rücksicht nehmen.

b) Das zukünftige Recht faktischer Über-Unterordnungsbeziehungen muß so beschaffen sein, daß der Schutz der Gesellschaft bzw. der mit ihr verknüpften Außenseiterinteressen nicht hinter dem zurückbleibt, was in der unabhängigen Gesellschaft gewährleistet ist. Dafür sprechen die Gründe, die eine Konzerngesetzgebung überhaupt tragen²⁷. Zu den Postulaten der Gleichwertigkeit von Minderheitsinteressen, der Konzentrationsneutralität des Gesellschaftsrechts und der Unerwünschtheit eines Rechtszustandes, der eine suboptimale Allokation von Ressourcen fördert, kommt der weitere Gesichtspunkt, daß Konzernrecht auch der Insolvenzprophylaxe dienen kann, und daß der in Österreich langsam entstehende Kapitalmarkt an Beteiligungspapieren gestützt werden soll. Hierzu gehört ein adäquater Schutz von Kleinaktionären gegen die Gefahren der Konzernierung²⁸. Eine weitere Begründung für dasselbe Ergebnis folgt aus dem teleologischen und systematischen Zusammen-

²⁴ Ebenso z. B. *Krejci* (Fn. 6), 408 f; vgl. auch *K. Schmidt* (Fn. 16), 23 ff, 27 ff.

²⁵ Das wird auch in Deutschland nicht anders gesehen. Vgl. Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 722.

²⁶ Vgl. namentlich die Richtlinie des Rates über die bei Erwerb und Veräußerung einer bedeutenden Beteiligung an einer börsennotierten Gesellschaft zu veröffentlichenden Informationen, ABl 1988 Nr. L 348/62, abgedruckt in ZIP 1989, 65 sowie den Kommissionsvorschlag für die 12. gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ABl 1988 Nr. C 173/10.

²⁷ Oben sub I 1.

²⁸ Ebenso *Doralt* (oben Fn. 14), 4.

hang zwischen dem Recht der Unternehmensverträge und faktischen Beherrschungssituationen. Im deutschen Recht – und für das zukünftige Österreichs ist nichts anderes zu erwarten – werden die Außenseiter einer durch Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag gebundenen Gesellschaft im großen und ganzen in zweckkongruenter Weise geschützt. Eine hinter diesem Standard zurückbleibende Regelung außervertraglicher Abhängigkeit wäre nicht nur wertungswidersprüchlich und systematisch verfehlt²⁹, sondern würde auch dazu führen, daß die Vorkehrungen im Recht der Unternehmensverträge praktisch im wesentlichen konsequenzlos blieben³⁰. Aus der Perspektive der Konzernleitung geht es dabei nämlich um Kosten. Von gesellschaftsrechtsfremden Motivationen abgesehen³¹, werden solche Kosten typischerweise nämlich nicht übernommen, wenn das erstrebte Ergebnis, nämlich die Einbeziehung des Unternehmens einer Gesellschaft in einen übergreifenden Unternehmensverbund, billiger zu haben ist.

c) Andererseits entspricht es verbreiteter Meinung, daß faktische Konzerne wegen ihrer betriebswirtschaftlichen Vorteile und auch wegen der Macht der Tatsachen nicht unterbunden werden könnten, sondern hinzunehmen wären³². Dem kann nur im Ausmaß der Verträglichkeit der Forderung mit dem unter b) dargelegten Regelungsziel gefolgt werden. Was als Leitlinie der Auslegung des geltenden (deutschen) Rechts formuliert wurde³³, sollte auch als Kriterium *de lege ferenda* außer Streit gestellt werden. Entscheidend sind nicht die Erfordernisse einheitlicher Leitung, sondern der adäquate Schutz der Außenseiter. Sollte sich beides als inkompatibel erweisen, bleibt der Weg in den Vertragskonzern.

d) Die Realisierung des angestrebten Regelungsziels wird zu Vorschriften führen, die ganz unabhängig davon, wie man den „Eingriffstatbestand“ faßt, mit rechtlich und wirtschaftlich einschneidenden Konsequenzen für alle Beteiligten verbunden sein werden. Das bedeutet, daß dem Erfordernis von Rechtssicherheit ein ganz besonderes Gewicht einzuräumen ist³⁴. Die tatbestandlichen Voraussetzungen konzernrechtlicher Regelungen müssen daher, wenn irgend möglich, so gefaßt werden, daß ihre Anwendung auf konkrete Sachverhalte voraussehbar ist.

²⁹ Zur Bedeutung dieses Gesichtspunkts für die Exegese des geltenden Rechts namentlich *Mestmäcker*, FG Kronstein, 1967, 129, 146; vgl. auch *Koppensteiner* (oben Fn. 7), Vorb § 311 Rdn. 10 ff.

³⁰ Hierzu statt vieler *Immenga*, *RabelsZ* 1984, 48, 58.

³¹ Beispiel: Interesse an einem Gewinnabführungsvertrag aus steuerlichen Gründen.

³² So jedenfalls tendenziell etwa *Wiedemann* (Fn. 12), 60 f; *Lutter* (Fn. 3), 330 ff; *Flume*, AG 1988, 88, 90; *K. Schmidt*, ZGR 1981, 455, 460; *Doralt* (Fn. 14), 4.

³³ *Koppensteiner* (Fn. 7), Vorb § 311 Rdn. 15.

³⁴ Tendenziell anders *Doralt* (Fn. 14), 8.

e) Differenzierende Regelungen, z. B. für Einmanngesellschaften, für personalistische Gesellschaften oder Unternehmensverbindungen, die im Zuge eines Sanierungsvorhabens entstehen, werden dadurch nicht von vornherein ausgeschlossen. Doch ist von Sinn oder Unsinn des Regelungsinhaltes abgesehen, doch zumindest zu fordern, daß die tatbestandlichen Voraussetzungen mit zureichender Sicherheit abgrenzbar bleiben.

II. Bestandsaufnahme

Konzernrechtliche Reformüberlegungen können heute nicht mehr bei Null beginnen, sondern müssen sich zunächst der hierzu schon entwickelten Vorschläge vergewissern. Die folgende Skizze hat auch den Zweck, jenen Informationen zu liefern, die meinen eigenen Vorstellungen³⁵ nicht folgen wollen.

1. *Adressat* konzernrechtlicher Pflichten nach geltendem deutschem Recht sind durchweg nur *Unternehmen*. Die Konzernrichtlinie hat dies im wesentlichen übernommen. Änderungsvorschläge beziehen sich, soweit ersichtlich, nicht auf das Prinzip schlechthin, sondern auf Teilkomplexe.

a) Mitteilungspflichten³⁶ sollen in Zukunft jeden Aktionär treffen³⁷.

b) Gelegentlich wird vorgeschlagen, den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung (oder einschlägige Absichten) mit einer Verpflichtung zu verknüpfen, allen außenstehenden Aktionären ein Abfindungsangebot zu machen oder diese nach gesetzlichen Maßstäben abzufinden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber Unternehmen ist oder nicht³⁸. Sonst werden Abfindungspflichten als Folge einer Beteiligungsnahme aber allenfalls dann erwogen, wenn der Adressat Unternehmen ist und einen (qualifizierten) Konzern gebildet hat³⁹.

³⁵ Sub III.

³⁶ Entsprechend den §§ 20 ff dAktG.

³⁷ Vgl. Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 670; *Semler*, Konzernrechtliche Überlegungen der deutschen Unternehmensrechtskommission, in Doralt (Hrsg.), Deutsches Konzernrecht, 1985, 163, 195; *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, 3. Aufl. 1989, 126 f; Konzernrichtlinie Art. 3 ff; Informationsrichtlinie (Fn. 26), Art. 1, 4, allerdings nur für börsennotierte Gesellschaften. Ebenso der derzeit in Beratung befindliche Vorentwurf eines österreichischen Börsengesetzes. Vgl. Salzburger Nachrichten vom 24. 6. 1989, 14.

³⁸ Vgl. *Flume*, Die juristische Person, 1983, 126 f; *Doralt* (Fn. 14), 17 f bei börsennotiertem Streubesitz, m. w. N.; vgl. auch *Immenga* (Fn. 17), 17 ff; *Wiedemann*, Minderheitenschutz und Aktienhandel, 1968, 51 ff; *ders.* (Fn. 12), 64 ff; kritisch z. B. *Semler* (Fn. 37), 196.

³⁹ Dazu unten bei Fn. 125.

c) Manche meinen, die Haftung für nachteilige Einflußnahmen sei auf jeden Aktionär zu erstrecken⁴⁰. Es sei nicht einzusehen, warum ein herrschender Aktionär eine Schädigung der Gesellschaft nur deswegen nicht auszugleichen brauche, weil er nicht als „Unternehmen“ zu qualifizieren sei. *Semler*⁴¹ hat sich dafür ausgesprochen, wenigstens einen Abhängigkeitsbericht auch dann vorzusehen, wenn es sich bei der Herrschaftsperson nicht um ein Unternehmen handelt. Überwiegend wird demgegenüber das Prinzip des geltenden Rechts für richtig gehalten⁴².

d) Nach dem Kommissionsvorschlag einer Richtlinie für Einmangengesellschaften⁴³ sollen besondere Haftungsvorschriften zu Lasten des Einmangengeschafters einer GmbH⁴⁴ nur dann eingreifen, wenn dieser eine juristische Person ist. Das läuft auf eine Privilegierung natürlicher Personen und zwar auch dann hinaus, wenn diese als Unternehmen zu qualifizieren wären. Der Vorschlag deckt sich mit gewissen Tendenzen des im Anschluß an zwei neuere BGH-Entscheidungen⁴⁵ entstandenen Schrifttums⁴⁶.

2. Zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen *schlichter Abhängigkeit* sind im wesentlichen die folgenden Reformvorschläge zu verzeichnen.

a) Abhängigkeit wird im deutschen Recht⁴⁷ durch das Vorliegen beherrschender Einflußmöglichkeit definiert. Bei mehrheitlicher Beteiligung wird Abhängigkeit (widerlegbar) vermutet. Demgegenüber hat sich die Konzernrichtlinie⁴⁸ ebenso wie die Konzernbilanzrichtlinie⁴⁹ dafür entschieden, ein „Tochterunternehmen“ stets dann anzunehmen, wenn – so der Kern der Regelung – ein Unternehmen über die Mehrheit der Stimmrechte bei der Gesellschaft verfügt oder die Möglichkeit hat, die

⁴⁰ *Kellmann*, ZGR 1974, 220, 225 f; *Würdinger*, DB 1973, 45, 47 f, auch Unternehmensrechtskommission, 732 f; *K. Schmidt* (Fn. 32), 461; vgl. *Kropff* in *Geßler/Hefermehl/Eckart/Kropff*, Aktiengesetz, 1976, Vorb § 311 Rdn. 24.

⁴¹ (Fn. 36), 197.

⁴² Vgl. etwa Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 670 ff, 733; *Wiedemann* in *Hopt* (Fn. 10), 21, 22; *Semler* (Fn. 37), 196; *Krejci* (Fn. 6), 408; vgl. *Ulmer* in *Ulmer* (Hrsg.), Probleme des Konzernrechts, 1989, 26, 36 f; *Immenga* (Fn. 30), 70.

⁴³ Fn. 26.

⁴⁴ Und einer AG, vgl. Art. 6 des Entwurfes.

⁴⁵ BGHZ 95, 330, BGH GmbH Rdsch. 1989, 196.

⁴⁶ Vgl. *K. Schmidt*, ZIP 1989, 545, 547 mit Hinweis auf ZIP 1986, 146; *Wiedemann* (Fn. 12), 84; *ders.*, ZGR 1986, 656, 670 f; *Rehbinder*, AG 1986, 85, 99; *Ziegler*, WM 1989, 1077 ff. Antikritisch *Kort*, DB 1986, 1909, 1913 und (zurückhaltender) *Emmerich*, GmbH Rdsch. 1987, 213, 215. Ökonomische Begründung der Unterscheidung bei *Easterbrook/Fischel*, 52 ChiLRev (1985), 89, 110 ff.

⁴⁷ Vgl. auch § 15 Abs. 2 öAktG.

⁴⁸ Art. 2.

⁴⁹ Gleichsinnig der Entwurf eines österreichischen Rechnungslegungsg.

Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsorgans zu berufen oder abzu-berufen⁵⁰. Auf das Merkmal beherrschenden Einflusses wird verzichtet. Daneben arbeitet der Richtlinienvorschlag⁵¹ – offenbar in Anlehnung an den „dirigeant de fait“ des französischen Rechts⁵² – im Kontext der Haftung im Unternehmensverbund mit dem Begriff des tatsächlichen Geschäftsführers⁵³. Als tatsächlicher Geschäftsführer gilt jedes Unternehmen, das „mittelbar oder unmittelbar einen bestimmenden Einfluß“ auf die Entscheidungsfindung der Leitungsorgane der Gesellschaft ausübt. Das ähnelt wiederum stark den in § 17 Abs. 1 dAktG enthaltenen Kriterien mit dem Unterschied allerdings, daß der Richtlinienentwurf auf tatsächliche Ausübung beherrschenden Einflusses, nicht nur auf dessen Möglichkeit abstellt⁵⁴. Vereinzelt wird vorgeschlagen, auf das Abhängigkeitsmerkmal überhaupt zu verzichten⁵⁵. Da *Kellmann* gleichzeitig aber jeden Herrschaftsträger, also nicht nur Unternehmen, haften lassen will, bezieht sich der Vorschlag eigentlich nicht mehr auf die Fortentwicklung des Konzernrechts, sondern auf die §§ 117/100 AktG. *Sura* schließlich⁵⁶ spricht sich dafür aus, nicht auf Abhängigkeit, sondern auf eine „einflußrelevante Beteiligung“ abzustellen. Eine solche soll bei Innehabung einer Sperrminorität (25 %) vorliegen. Bei einer Beteiligungsquote von mehr als 50 % der Kapitalanteile sollen allerdings zusätzliche Rechtsfolgen eingreifen.

Die Auffassungen von *Kellmann* und *Sura* haben, soweit ersichtlich, keine Gefolgschaft gefunden⁵⁷. *Immenga* hat die Anknüpfungskriterien der Konzernrichtlinie gebilligt⁵⁸. Nach überwiegender Auffassung verdient aber das Abhängigkeitskonzept des deutschen Rechts den Vorzug⁵⁹. Im Vorfeld einer Regelung für abhängige Aktiengesellschaften sind Mitteilungspflichten über das Vorhandensein einer Beteiligung

⁵⁰ Unterstützend *Immenga* (Fn. 30), 64 f; ähnlich *Slongo*, Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffes, 1980, 193; dazu *Koppensteiner*, SAG 1985, 74, 79 m. w. N. der Schweizer Diskussion; Einzelvergleich der Regelung im Richtlinienentwurf mit § 17 dAktG bei *Maul*, DB 1985, 1749, 1750.

⁵¹ Art. 9.

⁵² Dazu *Junker*, RIW 1986, 337 ff; *Lutter* (Fn. 3), 358 ff m. w. N.

⁵³ Billigung bei *Immenga* (Fn. 30), 66 ff; kritisch *Böhlhoff/Budde*, Journal of Comparative Business and Capital Market Law 1984, 163, 176.

⁵⁴ Vgl. *Maul*, aaO.

⁵⁵ *Kellmann*, ZGR 1974, 220, 226.

⁵⁶ Fremdeinfluß und Abhängigkeit im Aktienrecht, 1980, 74 ff; 87; *ders.*, ZHR 145 (1981), 432, 447 ff.

⁵⁷ Kritisch zu *Sura* namentlich *Gefler*, ZHR 145 (1981), 457 ff.

⁵⁸ (Fn. 30), 64 ff.

⁵⁹ Vgl. nur Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 732 ff: Einhelligkeit dahingehend, den „unstreitigen Bereich der schlichten Abhängigkeitsverhältnisse der Diskussion zugrunde zu legen und unter schlichten Abhängigkeitsverhältnissen die Beherrschungsmöglichkeit ohne einheitliche Leitung zu verstehen“.

angesiedelt. Abgesehen von der schon besprochenen Einbeziehung von Nichtunternehmen wird insoweit vorgeschlagen, die Mitteilungspflicht schon bei Innehabung von 10 % der Kapitalanteile eingreifen zu lassen und zusätzliche Informationspflichten mit anderen Kriterien als jenen der §§ 20 ff zu verknüpfen⁶⁰.

b) Die *Verhinderung* von Abhängigkeitslagen wird selten für erforderlich gehalten. Immerhin hat sich *Immenga*⁶¹ unter dem bezeichnenden Titel „Schutz abhängiger Gesellschaften durch Bindung oder Unterbindung beherrschenden Einflusses“ dafür ausgesprochen, bei Vorhandensein von Abhängigkeit i. S. von § 17 dAktG dem herrschenden Unternehmen das Stimmrecht bei der „Bestellung der Mitglieder des Geschäftsführungsorgans“⁶² zu versagen. Das OLG Hamm⁶³ hat Präventivschutz, allerdings als *Konzerneingangskontrolle*, schon de lege lata dergestalt für möglich gehalten, daß, Vorhandensein von Minderheitsaktionären vorausgesetzt, die Wahl eines gewissermaßen neutralen Mitglieds in den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft verlangt wird. Die Entscheidung ist nach geltendem Recht gewiß nicht haltbar⁶⁴, kann aber auch als rechtspolitischer Vorschlag aufgefaßt werden. *Doral*⁶⁵ erwägt die gesetzliche Vinkulierung von Aktien, spricht sich aber dann doch mit Recht dagegen aus. Für „deutlich personalistische Aktiengesellschaften“ wird die Einführung eines maßgeblich beteiligte Gesellschafter treffenden Wettbewerbsverbots empfohlen⁶⁶.

c) Im Rahmen eines an schlichte Abhängigkeit, faktischen Konzern und Vertragskonzern anknüpfenden Dreistufenmodells⁶⁷ sind folgende Verbesserungen des geltenden Rechts vorgeschlagen worden⁶⁸. Einflußnahmen mit dem Ziel einer Strukturveränderung sollen unzulässig sein und zum Schadensersatz verpflichtet, es sei denn, sie lägen im Interesse der abhängigen Gesellschaft. In anderen Fällen nachteiliger Einflußnahmen

⁶⁰ Vgl. Art. 3 der Konzernrichtlinie, kritisch dazu *Böhlhoff/Budde* (Fn. 53), 164, 180 f; i. S. der Richtlinie Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 739; bei 10 % beginnen auch die Mitteilungspflichten nach der einschlägigen Richtlinie (Fn. 26) und nach dem österreichischen Börsengesetzesentwurf (Fn. 17); für Beibehaltung der Schwelle in § 20 dAktG dagegen *Doral* (Fn. 14), 17; *Semler* (Fn. 37), 196.

⁶¹ ZGR 1978, 269, 281 ff.

⁶² Bei der Aktiengesellschaft müßte dies wohl der Aufsichtsrat sein.

⁶³ AG 1987, 38.

⁶⁴ Nachweise dazu bei *Koppensteiner* (Fn. 7), Vorb § 311 Rdn. 27.

⁶⁵ (Fn. 14), 16.

⁶⁶ Zur (fehlenden) Möglichkeit der Verankerung eines solchen Verbots in der Satzung de lege lata *Koppensteiner*, aaO; tendenziell anders *Becker*, ZGR 1986, 383, 392 ff.

⁶⁷ Dieses Modell grundsätzlich befürwortend *K. Schmidt* (Fn. 32), 469; *Claussen*, AG 1983, 1, 12; zum Konzern unten sub 3.

⁶⁸ Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 738 ff; der Vorschlag schließt an an *Geßler*, FS Flume II (1978), 55, 66.

soll nur noch ein unmittelbarer Ausgleich legitimierend wirken⁶⁹, wobei dessen Höhe nach manchen endgültig erst ex post zu ermitteln sein soll⁷⁰. Hinzu kommen Beweislastregelungen zu Lasten des herrschenden Unternehmens, insbesondere der Vorschlag, bei nachteiligen Handlungen des Vorstandes eine Veranlassung seitens des herrschenden Unternehmens zu vermuten⁷¹. Die Konzernrichtlinie enthält durch die Anordnung von Schadensersatz demgegenüber ein Verbot jeder nachteiligen Einflußnahme⁷², das darüber hinaus auch noch mit der Möglichkeit sanktioniert wird, daß das Gericht alternativ oder kumulativ die Amtsenthebung von Mitgliedern des Leitungs- oder Aufsichtsorgans, die Korrektur schädlicher Maßnahmen oder Abfindungsverpflichtungen anordnet⁷³. Allerdings ist nicht ganz klar, in welchem Umfang eine *compensatio lucri cum damno* vorgesehen werden soll. Beide Vorschläge arbeiten im übrigen mit dem schon de lege lata vorgeschriebenen Abhängigkeits- bzw. Sonderbericht⁷⁴. Für das deutsche Recht wird die Ausdehnung des Berichts auf Beziehungen der Gesellschaft auch zu jenen Unternehmen vorgeschlagen, an denen der beherrschende Aktionär mit mehr als 25 %, bei Personenhandelsgesellschaften als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist. Auch die Konzernrichtlinie sieht die Erstellung eines jährlichen Sonderberichts vor, dessen Zweck darin besteht, die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Mutterunternehmen sowie seinen übrigen Töchtern deutlich zu machen. Eine detaillierte Offenlegung von Einzelgeschäften oder Maßnahmen ist nur erforderlich, wenn eine wesentliche Abweichung vom übrigen Geschäftsverkehr der Gesellschaft, ein Nachteil oder ein besonderes Risiko vorliegt⁷⁵. Der Bericht unterliegt – wie im deutschen Recht – der Prüfung durch den Abschlußprüfer⁷⁶ und muß – darin besteht der entscheidende Unterschied zur deutschen *lex lata* – jedem Aktionär zur

⁶⁹ Dafür auch *Semler* (Fn. 37), 197.

⁷⁰ Vgl. Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 715 f; *K. Schmidt* (Fn. 32), 464 f; dagegen *Semler* (Fn. 37), 216 f.

⁷¹ Dafür schon de lege lata *Koppensteiner* (Fn. 7), § 311 Rdn. 6; überzeugende Kritik des Vorschlags, auf das Merkmal der Veranlassung überhaupt zu verzichten (Unternehmensrechtskommission, aaO, 712 f), bei *Semler* (Fn. 37), 215 f; vgl. auch *K. Schmidt* (Fn. 32), 463 f.

⁷² Ähnlich *Doralt* (Fn. 14), 33, 37.

⁷³ Art. 11; näher dazu *Hommelhoff*, FS Fleck, 1988, 125, 133 f; vgl. auch Unternehmensrechtskommission, aaO, 720 f; kritisch *Wienke*, Arbeitgeber 1985, 888, 889.

⁷⁴ Ebenso für Österreich de lege ferenda *Doralt* (Fn. 14), 37.

⁷⁵ Einzelvergleich des Berichtsinhalts mit dem, was nach § 312 dAktG erforderlich ist, bei *Maul* (Fn. 50), 1751.

⁷⁶ Zur Rechtslage bei fehlender Prüfungspflicht *Kropff*, FS Goerdeler, 1987, 259, 271 ff; umfassender *ders.*, ZGR 1988, 558 ff; für Bestellung eines Prüfers auf Antrag der Minderheit in diesem Fall *Doralt* (Fn. 14), 30.

Verfügung gestellt werden⁷⁷. Die Prüfung soll sich auch darauf erstrecken, ob Anhaltspunkte für einen Konzern vorliegen⁷⁸. Wenn sich aus dem Bericht oder aus sonstigen Umständen ergibt, daß der Gesellschaft ein Nachteil entstanden ist, können die Aktionäre, ein Arbeitnehmervertreter⁷⁹, u. U. auch Gläubiger der Gesellschaft⁸⁰ eine Sonderprüfung verlangen. Der Sonderprüfer ist nicht identisch mit dem Abschlußprüfer, sondern wird von Amts wegen bestellt. Die Prüfungsmaßstäbe gehen über den „Vertretbarkeitsstandard“ des § 313 dAktG hinaus⁸¹. Weitergehend ist befürwortet worden, schon die Aufstellung des Abhängigkeits-/Sonderberichts nicht dem Vorstand, sondern dem Abschlußprüfer zu überlassen⁸² oder doch jedenfalls die Prüfung des Berichts einem von der Minderheit bestellten Prüfer anzuvertrauen⁸³. Die Wirksamkeit der Prüfung soll auf anderem Wege dadurch verbessert werden, daß zwei Repräsentanten der Minderheit dem Aufsichtsrat angehören müssen und dort zum Abhängigkeitsbericht eigenständig Stellung zu nehmen haben⁸⁴. Ein Verbot der Doppelmitgliedschaft in der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens und dem Vorstand der Gesellschaft⁸⁵ schließlich soll die Identifizierung des Vorstands mit den Interessen der Gesellschaft verstärken.

Ein italienischer Gesetzesentwurf, der sich im übrigen an die in den §§ 311 ff dAktG enthaltenen Regelungen anlehnt, sieht vor, daß die Obergesellschaft und deren Geschäftsführer in der Insolvenz der Tochter haften, wenn diese sich als Folge der Abhängigkeitslage darstellt⁸⁶.

d) Bei einem Anteilsbesitz von 90 % ist schon nach geltendem (österreichischen und deutschen) Recht die Umwandlung mit der Folge möglich, daß den Minderheitsaktionären nur noch Abfindungsansprüche

⁷⁷ Ablehnende Stellungnahme in Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 735 f; ebenso *Semler* (Fn. 37), 221 ff; *Böhlhoff/Budde* (Fn. 53), 177; *Maul* (Fn. 50), 1752; skeptisch auch *Kropff*, ZGR 1988, 558, 568 ff; befürwortend dagegen wohl *Hommelhoff* (Fn. 73), 134; *Immenga* (Fn. 30), 70; *Kirchner*, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Bd. 3, 223, 244; *Lutter*, Mitbestimmung im Konzern, 1975, 159: „bedeutendste Fehlleistung des Gesetzgebers“.

⁷⁸ Unternehmensrechtskommission, aaO, 739; *Gesler* (Fn. 57), 466; *Doralt* (Fn. 14), 30, 36 für den qualifizierten Konzern; dazu auch *Kropff* (Fn. 76), 271 ff; weitergehend *Hommelhoff*, aaO, 138: Intensitätsvermerk; skeptisch *K. Schmidt* (Fn. 32), 462.

⁷⁹ Kritisch dazu *Kolvenbach*, DB 1986, 1973, 1974 f.

⁸⁰ Einschränkung insofern *Hommelhoff* (Fn. 73), 139.

⁸¹ Näher dazu *Hommelhoff*, aaO, 136.

⁸² So der ursprüngliche Richtlinienvorschlag in *Lutter*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1979, 192, 204.

⁸³ Vgl. *Doralt* (Fn. 14), 37.

⁸⁴ *Hommelhoff*, in *Druey* (Fn. 12), 107, 123; ähnlich *ders.* (Fn. 73), 139.

⁸⁵ Dafür *Hommelhoff* (Fn. 84), 124 f.

⁸⁶ Dazu *Vanetti*, ZGR 1989, 396, 412 ff mit Diskussion und w. N.

che zustehen. Daran knüpfen Vorschläge an, auch den Außenseitern ein Initiativrecht einzuräumen⁸⁷. Der Vorschlag entspricht geltendem französischen und belgisches Recht. Im Hinblick auf die Eingliederungsvoraussetzung nach § 320 dAktG wird auch eine 95 %-Grenze erwogen⁸⁸. Andere wollen, wie schon erwähnt, ein Abfindungsrecht schon bei Entstehen einer Mehrheitsbeteiligung einräumen⁸⁹.

e) In der *Einmanngesellschaft* reduzieren sich die Probleme auf solche des Gläubigerschutzes. Bei bloßer Abhängigkeit⁹⁰ finden sich aber auch im internationalen Vergleich kaum Ansätze für die Verantwortlichkeit des Einmanns⁹¹. Die Reformüberlegungen zum deutschen Recht beruhen offensichtlich auf der Prämisse, daß die bei Vorhandensein von Minderheitsaktionären in Aussicht genommenen Regelungen auch zugunsten der Einmanngesellschaft gelten sollen und auch dort zieladäquat funktionieren⁹². Demgegenüber enthält der dem Ministerrat vorliegende Vorschlag einer Richtlinie betreffend Einmanngesellschaften⁹³ folgendes Konzept: Einmanngesellschaften sind, sofern von einer juristischen Person beherrscht, nur zulässig, wenn der Herrschaftsträger nicht seinerseits Einmanngesellschaft ist. Handelt es sich bei dem Alleingesellschafter um eine juristische Person, dann stehen den Mitgliedstaaten in haftungsrechtlicher Hinsicht im übrigen zwei Regelungsoptionen offen. Entweder ist anzuordnen, daß die Obergesellschaft unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, die während des Zeitraums eingegangen werden, in dem sie Alleingesellschafter ist, oder es muß ein Mindestkapital für die Einpersonengesellschaft eingeführt werden. Diese zweite Möglichkeit eröffnet der Richtlinienvorschlag allerdings nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, daß sowohl herrschende als auch beherrschte Gesellschaft kleine oder mittlere Gesellschaften i. S. von Art. 27 der Bilanzrichtlinie⁹⁴ sind.

3. Im Mittelpunkt weiterer Reformvorschläge steht der Begriff des *Konzerns*.

⁸⁷ Konzernrichtlinie, Art. 39; Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 719 f; *Semler* (Fn. 37), 219; *Doralt* (Fn. 14), 29; *K. Schmidt* (Fn. 32), 469 f.

⁸⁸ Unternehmensrechtskommission, aaO.

⁸⁹ *Sura* (Fn. 56), 455 f; *Immenga*, FS Böhm (1975), 253, 263; *Flume* (Fn. 38), 126; letzterer ohne Rücksicht darauf, ob die Beteiligung von einem Unternehmen oder einem Nichtunternehmen erworben wird.

⁹⁰ Zu Konzernsachverhalten *Doralt* (Fn. 14), 38 ff.

⁹¹ Vgl. dazu die Übersicht bei *Lutter* (Fn. 3), 354 ff; zum deutschen Recht *Semler*, FS Goerdeler, 1987, 553, 571 für die GmbH.

⁹² Vgl. aber immerhin die Debatte in Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 717 ff.

⁹³ Oben Fn. 26.

⁹⁴ 78/660/EWG, ABl 1978 Nr. L 222/11.

a) Nach geltendem deutschen und österreichischen Recht liegt ein Konzern dann vor, wenn zwei (oder mehrere) Unternehmen einheitlich geleitet werden. Das SE-Statut⁹⁵ wollte sich dem anschließen. Nach dem Gesetzesvorschlag von *Ruedin*⁹⁶ ist ein Konzern dann anzunehmen, wenn mehrere Gesellschaften mit dem Ziel der Gewinnmaximierung des Ganzen geleitet werden. Doch liegt hier wohl nur ein Formulierungsunterschied vor⁹⁷. *Gefßler*⁹⁸ befürwortet eine gesetzliche Präzisierung einheitlicher Leitung i. S. von Wahrnehmung eines Entscheidungsbereichs der Unternehmenspolitik durch die Zentrale oder doch dessen Kontrolle⁹⁹.

Wegen der anerkannten Schwierigkeiten anwendungssicherer Eingrenzung dessen, was „einheitliche Leitung“ ausmacht, sieht schon geltendes Recht im Falle der Abhängigkeit eine Konzernvermutung vor. Das SE-Statut möchte an dieser Regelung festhalten¹⁰⁰. Das von der 7. EWG-Richtlinie zur Angleichung des Gesellschaftsrechts geprägte deutsche Konzernbilanzrecht enthält eine Regelung, die im praktischen Ergebnis auf eine Vermutung einheitlicher Leitung in Fällen (formalisierter) Abhängigkeit hinausläuft¹⁰¹. Umstritten ist, ob die Konzernvermutung als unwiderlegliche oder als widerlegliche ausgestaltet sein sollte. Im Konzernbilanzrecht wird der ersten Möglichkeit der Vorzug gegeben¹⁰².

b) Maßnahmen zur Verhinderung oder wenigstens Kontrolle der Konzernbildung werden in verschiedenen Varianten diskutiert. Ein Verbot des Konzerns schlechthin faßt man dabei allerdings kaum mehr ins Auge¹⁰³. Verschiedentlich hat man sich aber für die Unzulässigkeit einheitlicher Leitung ohne eine sog. Konzernierungserklärung seitens des herrschenden Unternehmens ausgesprochen¹⁰⁴. Demgegenüber wird

⁹⁵ Art. 223.

⁹⁶ (Oben Fn. 22); 106, 111.

⁹⁷ Dazu *Koppensteiner*, SAG 1985, 74, 81.

⁹⁸ In *Lutter* (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 1976, 275, 291.

⁹⁹ Zustimmung *Immenga* (Fn. 30), 62.

¹⁰⁰ Art. 223 Abs. 2; dazu *Immenga*, aaO, 59 ff; ebenso *Ruedin*, aaO und *Druey*, ZSR 1980 II, 279, 348 für die Schweiz.

¹⁰¹ § 290 HGB; der Entwurf eines österreichischen Rechnungslegungsgesetzes enthält eine entsprechende Regelung.

¹⁰² Ebenso im allgemeineren Zusammenhang z. B. *Druey*, aaO; vgl. auch *Slongo* (Fn. 50), 183, 193; für Widerleglichkeit dagegen *Ruedin* (Fn. 22), 107, 111.

¹⁰³ Dagegen etwa *Wiedemann* (Fn. 12), 60 f; vgl. ferner *Lutter* (Fn. 3), 329; die Frage ist von der Sicherung schon der Unabhängigkeit der Gesellschaft zu unterscheiden, dazu oben 2 b.

¹⁰⁴ Vgl. Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 723; *Gefßler* (Fn. 68), 65; *ders.* (Fn. 57), 467 f; vgl. auch *Krejci* (Fn. 6), 371; kritisch z. B. *Sura* (Fn. 56), 438; zur Konzernierungserklärung als eines Erfordernisses de lege lata ablehnend *Koppensteiner* (Fn. 7), Vorb § 291 Rdn. 29 m. w. N. gegen *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, 378 ff, 408 f.

geltend gemacht, die Legitimität der Konzernbildung könne nicht allein von einer Entschließung des herrschenden Unternehmens abhängen, sondern müsse von der abhängigen Gesellschaft durch ihren Aufsichtsrat gebilligt werden¹⁰⁵. Noch weitergehend meinen manche, die Konzernierung solle nur auf der Grundlage einer Satzungsänderung bei der abhängigen Gesellschaft zulässig sein¹⁰⁶. Was zu geschehen hat, wenn der konzernlegitimierende Akt unterbleibt, ist wenig diskutiert. Neben dem Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Vorgangs, die mit entsprechenden Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen sanktioniert sei¹⁰⁷, soll die Möglichkeit treten, das Bestehen eines Konzerns gerichtlich feststellen zu lassen¹⁰⁸. Aktiv legitimiert soll jeder außenstehende Aktionär sein¹⁰⁹. Im Erfolgsfall sind jene Rechtsfolgen vorgesehen, die auch mit der Konzernierungserklärung verbunden sind.

c) Zum Schutz der Gesellschaft im bestehenden Konzern wird über das Verbot nachteiliger Veranlassung ohne Ausgleich hinaus vorgeschlagen, das herrschende Unternehmen zum Ausgleich von Verlusten der Gesellschaft entsprechend § 302 dAktG zu verpflichten¹¹⁰. Zusätzlich soll der Gesellschaft bei Beendigung des Abhängigkeitsverhältnisses (nicht schon des Konzerns) eine Ausgleichszahlung in Höhe der Differenz zwischen ihren Ertragsaussichten bei Einbeziehung und bei Beendigung des Konzerns zu leisten sein¹¹¹. Der im Konzern ohnehin problematische Abhängigkeitsbericht könne unter diesen Umständen entfallen¹¹².

d) Über den Schutz der Gesellschaft hinaus werden auch Maßnahmen zum Schutz außenstehender Aktionäre diskutiert. Nach dem Gesetzesvorschlag von *Ruedin* soll die Minderheit das Recht haben, Abfindung zu verlangen¹¹³, und zwar grundsätzlich (Ausnahme: Erzwingbarkeit

¹⁰⁵ Vgl. Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 727; kritisch *Sura* (Fn. 56), 439 f; *K. Schmidt* (Fn. 32), 468; auch *Gefßler* (Fn. 57), 469.

¹⁰⁶ So *Krejci* (Fn. 6), 410 in Übernahme einer schon zum geltenden Recht vertretenen These; ähnlich *Wiedemann* (Fn. 12), 64, für Gesellschaften, die auf der Mitarbeit oder persönlichen Unterstützung der Gesellschafter aufbauen; für Personengesellschaften vgl. *Ulmer* (Fn. 42), 50 m. w. N.; kritisch zu *Krejci* – m. E. mit Recht – *K. Schmidt* (Fn. 16), 33 f.

¹⁰⁷ Vgl. *Krejci* (Fn. 6), 383 f.

¹⁰⁸ Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 727; *K. Schmidt* (Fn. 32), 468; *Gefßler* (Fn. 57), 468, SE-Statut, Art. 225; dagegen *Sura* (Fn. 56), 442.

¹⁰⁹ Anders demgegenüber der Entwurf eines österreichischen Konzernbilanzrechts: Innehabung von 5 % des Nennkapitals oder einer Kapitalbeteiligung von 10 Millionen S.

¹¹⁰ Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 723; kritisch Unternehmensrechtskommission, 729; *K. Schmidt* (Fn. 32), 465; *Schilling*, ZGR 1978, 415, 421.

¹¹¹ Unternehmensrechtskommission, aaO, 724; kritisch Unternehmensrechtskommission; 729 ff; *Sura* (Fn. 56), 442 f.

¹¹² Unternehmensrechtskommission, aaO, 723; kritisch dazu *Sura*, aaO, 441 f, 444 f; *Flume*, AG 1988, 88, 91: *lex imperfecta*.

¹¹³ Dafür auch *Koppensteiner*, ZGR 1973, 1, 19 ff m. w. N.

einer Verschmelzung seitens der herrschenden Gesellschaft) nach ihrer Wahl in Aktien der Mutter oder in bar. Andernorts wird eine Dividendengarantie bevorzugt¹¹⁴. Art. 228 des SE-Statutes wollte den freien Aktionären die Wahl zwischen Abfindung und Dividendengarantie lassen. *Kirchner*¹¹⁵ schließlich will eine Beteiligung der „Außenstehenden“ am Konzerneffekt¹¹⁶ durch Beteiligung am Konzernerfolg realisieren.

e) Weitere Reformvorschläge beziehen sich auf den Schutz der Gläubiger konzernabhängiger Gesellschaften. So soll die in § 303 dAktG für das Ende eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages vorgesehene Regelung auch bei Beendigung eines faktischen Konzerns eingreifen¹¹⁷. Andere denken an eine Außenhaftung des herrschenden Unternehmens zugunsten von Tochtergläubigern¹¹⁸, wobei dem herrschenden Unternehmen teilweise der Nachweis gestattet werden soll, es habe die konzernunterworfenen Gesellschaft in deren eigenem Interesse geführt¹¹⁹.

f) Zwei Reformkonzepte wollen dem herrschenden Unternehmen als Folge des Konzernsachverhalts und als Gegengewicht zu den Maßnahmen zugunsten der abhängigen Gesellschaft (ihrer Außenseiter) besondere Rechte einräumen. Das herrschende Unternehmen soll weisungsbefugt¹²⁰ und – spiegelbildlich zum Austrittsrecht der Minderheit – seinerseits imstande sein, die außenstehenden Aktionäre abzufinden¹²¹.

4. a) Ein Teil der Reformliteratur will unternehmensvertragsähnliche Rechtsfolgen erst dann Platz greifen lassen, wenn ein *qualifizierter Konzern* vorliegt¹²².

b) Hinsichtlich der Rechtsfolgen werden, zum Teil in enger Anlehnung an Auslegungshypothesen zum geltenden Recht, all jene Punkte diskutiert, die schon im Kontext der Anknüpfung an den (einfachen) Kon-

¹¹⁴ Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 723; kritisch dazu Unternehmensrechtskommission, aaO, 728 f.; *K. Schmidt* (Fn. 32), 469.

¹¹⁵ (Fn. 5), 232 f.

¹¹⁶ Dafür auch *Kübler/Schmidt* (Fn. 4), 214; *Doralt* (Fn. 14), 5 f.

¹¹⁷ Unternehmensrechtskommission, aaO, 724; kritisch *Sura* (Fn. 56), 443.

¹¹⁸ *Ruedin* (Fn. 22), 108, 113, SE-Statut, Art. 239; speziell dazu *Langen*, ZRP 1978, 10 ff.; kritisch *Wiesner*, Arbeitgeber 1985, 884, 885.

¹¹⁹ *Ruedin*, aaO; vgl. BGHZ 95, 330 – Autokran und die bei *Koppensteiner* in Rowedder, GmbHG, 2. Aufl. 1989, Anh. § 52 Rdn. 61 a nachgewiesene Anschlußliteratur.

¹²⁰ SE-Statut, Art. 240; *Ruedin*, aaO, 109, 112.

¹²¹ *Ruedin*, aaO, 110, 112.

¹²² Dazu *Lutter* in *Druey* (Fn. 12), 229; *Schilling* (Fn. 110), 421 f.; *Kübler/Schmidt* (Fn. 4), 213; *Doralt* (Fn. 14), 28; *K. Schmidt* (Fn. 16), 26, 32 ff.; zum geltenden Recht nur *Krieger*, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 4, 1988, 753 ff m. w. N.; *Kropff* (Fn. 76), 266 ff.; Referate und dazugehörige Diskussionsberichte von *Hoffmann-Becking* und *Koppensteiner* in *Ulmer* (Fn. 42), 68 ff, 87 ff, 87 ff; kritisch ausdrücklich auch de lege ferenda *Kropff* (Fn. 40), Vorb § 311 Rdn. 37; *Gefler*, DB 1973, 50, 51; *ders.* (Fn. 68), 63 f; *Immenga*, EuR 1978, 242, 250 ff.

zern begegnen: Verbot qualifizierter Konzernierung, bewehrt mit Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen¹²³, Aufhebung des Verbots bei Zustimmung der Aktionäre mit satzungsändernder Mehrheit¹²⁴, Verlustkompensation mit oder ohne Entlastungsmöglichkeit durch den Nachweis fehlender Kausalität qualifizierter Konzernierung, Abfindungs- und alternativ Ausgleichsansprüche der außenstehenden Aktionäre¹²⁵.

III. Vorschläge

Die vorstehende Übersicht zeigt, daß die Reformdiskussion eine Fülle denkbarer Ansätze auf der Tatbestands- und der Rechtsfolgende entwickelt hat. Die folgenden Überlegungen können diese Diskussion nur insoweit aufgreifen, wie dies zur Begründung des eigenen Konzepts erforderlich ist.

1. Ein relativ breiter Konsens hat sich – m. E. zu Recht – in zwei Punkten herausgebildet.

a) Der erste betrifft eine Verbreiterung der schon im geltenden deutschen Recht enthaltenen *Mitteilungspflichten*¹²⁶. M. E. ist es richtig, solche Pflichten nicht nur an Unternehmen, sondern an jedermann zu adressieren. Dafür spricht, daß vorhandene und potentielle Aktionäre auch dann an Informationen über Auf- und Abbau von Machtpositionen in der Gesellschaft interessiert sind, wenn der Herrschaftsträger kein Unternehmen ist. Zum zweiten ist zu berücksichtigen, daß Mitteilungspflichten sozusagen im Vorfeld konzernrechtlicher Kontrollen angesiedelt, diesen m. a. W. häufig auch zeitlich vorgelagert sind. Bis die Anwendung von Konzernrecht aktuell wird, kann deshalb aus einem Privataktionär leicht ein Unternehmen werden. Schließlich sind Mitteilungspflichten leicht erfüllbar. Auch das läßt sich dafür geltend machen, an die Qualifikation der Verpflichteten keine besonderen Anforderungen zu stellen.

Fraglich ist allerdings, bei welcher Grenze die Mitteilungspflicht einsetzen und wie sie im übrigen gestaffelt werden sollte. Die §§ 20 ff dAktG knüpfen an Sperrminorität einerseits, an Mehrheitsbeteiligung andererseits an. Das beruht auf dem mit derartigen Positionen verbundenen Einfluß im Rahmen einer Satzungsänderung einerseits, auf der

¹²³ Vgl. *Semler* (Fn. 37), 188; *Krejci* (Fn. 6), 408 f; *Doralt* (Fn. 14), 28; zur Situation de lege lata etwa *Krieger* (Fn. 122), 756 f; *Koppensteiner* (Fn. 7), § 317 Rdn. 18 ff; *ders.* in *Ulmer* (Fn. 42), 87, 98 ff; *Hoffmann-Becking* in *Ulmer* (Fn. 42), 68, 83 ff.

¹²⁴ So – allerdings schon de lege lata – *Emmerich/Sonnenschein* (Fn. 37), 343 f.

¹²⁵ Vgl. *Kübler/Schmidt* (Fn. 4), 213; *K. Schmidt* (Fn. 32), 465, 469; *Doralt* (Fn. 14), 28, 44 ff; zum geltenden Recht *Emmerich/Sonnenschein* (Fn. 37), 344, 347; *Krieger* (Fn. 122), 754 ff; kritisch *Koppensteiner* (Fn. 123), 90 ff.

¹²⁶ Vgl. oben bei Fn. 37.

Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 andererseits. Der Sinn dieser Verknüpfungen ist auch heute nicht von der Hand zu weisen. Andererseits muß berücksichtigt werden, daß die Informationspflicht bei Veränderungen der Kapitalverhältnisse börsennotierter Gesellschaften nach der einschlägigen Richtlinie¹²⁷ an andere Beteiligungsquoten anknüpft. M. E. gibt es keinen zureichenden Grund, die Schwellen der Mitteilungspflicht bei börsennotierten und anderen Gesellschaften verschieden auszugestalten. Ist dies richtig, dann empfiehlt es sich, auch im Gesellschaftsrecht mit denselben Regeln zu arbeiten.

Nun stellt sich allerdings die Frage, ob gesellschaftsrechtliche Bestimmungen mit Rücksicht auf den angeführten Ausbau des börsenrechtlichen Instrumentariums überhaupt noch erforderlich sind. Die Frage könnte dann wohl verneint werden, wenn nicht börsennotierte Aktiengesellschaften immer „close corporations“ in dem Sinne wären, daß alle Gesellschafter einander kennen und auch über die Höhe der jeweiligen Beteiligungsquoten Bescheid wissen. Das ist aber wenig wahrscheinlich. Deshalb hat die Verankerung von Mitteilungspflichten auch im Gesellschaftsrecht durchaus einen guten Sinn.

b) Weitgehende Einigkeit besteht ferner bezüglich der Einführung eines Rechts des herrschenden Unternehmens, ab einer bestimmten Beteiligungshöhe die noch außenstehenden Aktien gegen angemessene Abfindung zu erwerben, und eines korrespondierenden Anspruchs von Minderheitsaktionären, ihrerseits Abfindung zu verlangen¹²⁸. Diesem Regelungsvorschlag läßt sich nicht entgegenhalten, daß er die Konzentration begünstige. Denn Gesellschaftsrecht ist weder bestimmt noch geeignet, Konzentrationsvorgänge generell zu verhindern. Aus dem zutreffenden Postulat der Konzentrationsneutralität von Gesellschaftsrecht läßt sich vielmehr nur ableiten, daß die Abfindung angemessen sein muß, weil sonst externes gegenüber internem Wachstum begünstigt würde¹²⁹. Problematisch ist allerdings, bei welcher Grenze das Abfindungsrecht der Minderheit einsetzen sollte. Der Auffassung, die dies schon bei Entstehung einer Mehrheitsbeteiligung zulassen will¹³⁰, sollte m. E. nicht gefolgt werden. Zwar lassen sich für diese Auffassung Argumente aus dem Postulat der Konzentrationsneutralität des Gesellschaftsrechts geltend machen¹³¹, aber doch nur mit der Maßgabe, daß es nicht gelingt, die Vermögensinteressen der außenstehenden Aktionäre auf andere Weise so zu schützen, daß sich das herrschende Unternehmen ihnen gegenüber

¹²⁷ Vgl. oben Fn. 26.

¹²⁸ Oben II 2 d.

¹²⁹ Zum vorstehenden *Koppensteiner* (Fn. 113), 21 ff; *Immenga*, FS Böhm, 1975, 253, 254 ff; vgl. auch *Kübler/Schmidt* (Fn. 4), 7 ff, 210 ff.

¹³⁰ Oben Fn. 38 und Text dazu.

¹³¹ Vgl. *Kübler/Schmidt* (Fn. 4), 100 f, 214.

keine ungerechtfertigten Vorteile verschaffen kann. Auch an die für einen Verschmelzungsbeschluß erforderliche Mehrheit anzuknüpfen¹³² empfiehlt sich nicht. Denn bei der Fusion verliert auch die Mehrheit ihre Aktien; eine formelle Diskriminierung zu Lasten der Minderheit findet nicht statt. Außerdem sind Aktien der Gesellschaft zu gewähren, in die verschmolzen wird. Der erstgenannte Gesichtspunkt trifft auch für die übertragende Umwandlung zu. Darin besteht wohl auch der Grund, daß die hier interessierende Regelung nach manchem nur dann eingreifen soll, wenn die Voraussetzungen einer Eingliederung nach § 320 dAktG (Innehabung von 95 % der Kapitalanteile) vorliegen. Für die österreichische Reformdiskussion kommt es dementsprechend darauf an, ob ein der Eingliederung entsprechendes Institut eingeführt werden wird oder nicht. Im erstgenannten Fall verdient wohl die 95 %-Grenze den Vorzug. Sonst könnte an die 90 %-Voraussetzung des Umwandlungsrechts angeknüpft werden. Dafür spricht eine internationale Tendenz einerseits¹³³, in sachlicher Hinsicht andererseits, daß als Nachfolgeunternehmen bei der übertragenden Umwandlung – anders als bei der Fusion – jeder Rechtsträger, auch Ausländer, in Betracht kommt. Das paßt zu der Unbeschränktheit der Rechtsform herrschender Unternehmen im Konzernrecht und der Irrelevanz ihrer territorialen Zuordnung.

2. Der Schwerpunkt der geltenden Regelung für faktische Über-Unterordnungsbeziehungen liegt in den §§ 311 ff dAktG. Der dort erfaßte Rechtsstoff muß auch im Zentrum jeder Reformüberlegung stehen. Solche Überlegung beginnt am besten mit der Suche nach den optimalen Anknüpfungen.

a) Umstritten ist, ob konzernspezifische Rechtsfolgen mit Abhängigkeit, dem Vorliegen eines Konzerns oder gar eines qualifizierten Konzerns verbunden werden sollten¹³⁴. Gegen die zweite und dritte dieser Möglichkeiten spricht, daß es bis heute nicht gelungen ist, die entscheidenden Begriffe so zu definieren, daß ihre Anwendung auf die in Betracht kommenden Sachverhaltslagen ohne ganz erhebliche Subsumtionsrisiken im Einzelfall möglich wäre. Das gilt in besonderem Maße für den Begriff des qualifizierten Konzerns. Eine der letzten Stellungnahmen zum Problem schließt nach Untersuchung aller in Betracht kommenden Möglichkeiten damit, es sei zu betonen, „welch große Unsicherheit in der Bestimmung des maßgeblichen Sachverhalts besteht“¹³⁵. Hinzu kommt,

¹³² Dafür *Ruedin* (Fn. 22), 110, 112.

¹³³ Siehe oben bei Fn. 87.

¹³⁴ Näher oben II 2–4.

¹³⁵ *Hoffmann-Becking* (Fn. 123), 83; für Nachweise weiterer gleichsinniger Stellungnahmen oben Fn. 122. BGH DB 1989, 816, 820 stellt auf vollständige Übernahme der Leitung im finanziellen Bereich ab.

was lange übersehen worden ist, daß schon eine *einzig*e Maßnahme auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens Ertragsaussichten und Risikolage der abhängigen Gesellschaft in drastischer Weise so verändern kann, daß die von den §§ 311 ff dAktG vorausgesetzte Möglichkeit, das Verhalten des Vorstands der Gesellschaft mit dem des (sorgfältigen) Vorstands einer als unabhängig gedachten Gesellschaft zu vergleichen, entfällt¹³⁶. Das paßt nicht zu den bisher vorgeschlagenen Definitionen des qualifizierten Konzerns¹³⁷. Man könnte daran denken, diesem Befund durch eine entsprechende Ausdehnung des maßgeblichen Begriffs Rechnung zu tragen¹³⁸. Aber das wäre notwendigerweise mit einer zusätzlichen Verdunklung des Begriffs verbunden. Denn dann würde erheblich, welche Maßnahmen im einzelnen geeignet sein sollen, die Rechtsfolgen des qualifizierten Konzerns auszulösen. Sollen es alle sein, deren Konsequenzen für die Entwicklung der Gesellschaft nicht genau übersehbar sind? Oder nur solche, die ein Existenzrisiko implizieren? Oder ist eine Mittellösung vorzuziehen und wie sollte sie aussehen? M. E. ist die Beantwortung dieser Fragen in Gestalt eines subsumtionsfähigen Rechtssatzes nicht möglich.

Die soeben angedeuteten definitorischen Schwierigkeiten tauchen in (leicht abgeschwächter) Form auch im Zusammenhang des „einfachen“ Konzerns auf. Schon die Grundlagen, namentlich die Frage, worin der Mindestgegenstandsbereich einheitlicher Leitung zu bestehen hat, ist äußerst kontrovers¹³⁹. Vielfach wird eine präzise Abgrenzung von Konzernsachverhalten nach geltendem Recht überhaupt für unmöglich gehalten¹⁴⁰. Dementsprechend betont man, der Übergang in den Konzern sei „fließend“, daher nicht leicht zu sagen, wann die Schwelle überschritten werde¹⁴¹.

Die Schwierigkeiten würden nicht in ausschlaggebender Weise vermindert, wenn sich der als Auslegungshypothese zum geltenden Recht formulierte Vorschlag durchsetzen sollte, Koordination im finanziellen Bereich als ausreichende, zugleich aber auch notwendige Bedingung

¹³⁶ Dazu *Hoffmann-Becking*, aaO, 80; *Koppensteiner* (Fn. 122), 89 f.

¹³⁷ Zu ihnen *Hoffmann-Becking*, aaO, 73; in Anknüpfung an *Kropff*, FS Goerdeler, 1987, 259, 264.

¹³⁸ So in der Tat *Raiser*, AG 1989, 185, 186 im Anschluß an *U. Stein*, ZGR 1988, 163, 186 ff.

¹³⁹ Nachweise dazu bei *Koppensteiner* (Fn. 7), § 18 Rdn. 19.

¹⁴⁰ *Kropff* (Fn. 40), Vorb § 311 Rdn. 34; *Semler* (Fn. 37), 187 f; *Zünd* (Fn. 13), 79 f; *Sura* (Fn. 56), 446 f; nur wenig optimistischer *Immenga*, EuR 1978, 242, 253 ff; vgl. auch Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 702 f; *Wiedemann* (Fn. 12), 67 ff.

¹⁴¹ Siehe z. B. *Sura* (Fn. 56), 446 f; *Gefßler* (Fn. 57), 458; *Krejci* (Fn. 6), 304; *Immenga* (Fn. 17), 64 ff; ferner auch Unternehmensrechtskommission, aaO, 703: „Grauzone“.

einheitlicher Leitung anzuerkennen¹⁴². Denn die Anforderungen, die an die konzernkonstitutive Zentralisierung des Finanzwesens im einzelnen zu stellen sind¹⁴³, sind alles andere als geklärt¹⁴⁴. Hinzu kommen – und das gilt für jede denkbare Fassung des Tatbestandes – besondere Schwierigkeiten der Tatsachenfeststellung im Einzelfall. Denn Leitungsstrukturen im Unternehmensverbund sind nichts Statisches, sondern können nach Gegenstandsbereich, Dichte und Art der Einwirkung im Zeitablauf fast nach Belieben variiert werden. Die damit verbundenen Möglichkeiten der „Tatbestandsvermeidung“ liegen auf der Hand¹⁴⁵. Daß das deutsche (und österreichische) Recht den Konzernbegriff dennoch schon so lange verwenden, ohne daß die Gerichte damit nicht fertig geworden wären, läßt sich deshalb wohl nur aus der Tatsache erklären, daß die Rechtsfolgen von solchen Sachverhalten *de lege lata* praktisch kaum ins Gewicht fallen¹⁴⁶ und daher auch keine gerichtlichen Auseinandersetzungen ausgelöst haben. *De lege ferenda* trifft aber gerade dies nicht mehr zu. Denn es ist von vornherein klar, daß der für den Schutz der abhängigen Gesellschaft (auch) gewählte Anknüpfungsbegriff einschneidende Rechtsfolgen auslösen wird. Es ist nicht angängig, jedenfalls nicht empfehlenswert, solche Rechtsfolgen mit einem Tatbestand zu verknüpfen, der jedenfalls in den Randbereichen nicht anwendungssicher gemacht werden kann¹⁴⁷.

Das geltende Recht hat diese Schwierigkeiten erkannt und hilft sich daher in § 18 Abs. 1 Satz 2 dAktG mit einer an Abhängigkeit anknüpfenden Konzernvermutung. Soweit damit Rechtsfolgen gravierender Art verbunden werden, liefert die Vermutung *m. E.* keine befriedigende Lösung des Problems¹⁴⁸. Würde sie als unwiderlegbare ausgestaltet, dann könnte der Regelungsansatz gleich im Begriff der Abhängigkeit gefunden werden. Soll die Vermutung, wie dies *de lege lata* zutrifft, dagegen widerlegbar sein, dann müßte angegeben werden können, wie solche Widerlegung im einzelnen auszusehen hat. Das aber wiederum ist nicht möglich, solange kein an feststellungsfähigen Tatsachen orientierter

¹⁴² Vgl. *Koppensteiner* (Fn. 7), § 18 Rdn. 17 ff *m. w. N.*; in diese Richtung BGH GmbHRdsch. 1989, 196, 200.

¹⁴³ Beispiel: „Nur“ Zuteilung finanzieller Ressourcen oder auch zentrales „Cash-Management“?

¹⁴⁴ Vgl. *Koppensteiner*, aaO, § 311 Rdn. 103 f.

¹⁴⁵ Gegen dieses Argument *Gessler* (Fn. 57), 467; vgl. aber die bei *Semler*, in: *Unternehmer und Wirtschaftsprüfer mit dem Blick in die Zukunft*, 1959, 49, 60 f zit. Äußerung des Instituts der Wirtschaftsprüfer: Der Nachweis einheitlicher Leitung hänge „nach den Erfahrungen der Praxis regelmäßig davon ab, ob die Konzernspitze den Konzernzusammenhang der Außenwelt gegenüber bejahen will oder nicht“.

¹⁴⁶ Dazu *Koppensteiner* (Fn. 7), § 18 Rdn. 9 ff.

¹⁴⁷ Dazu auch oben bei Fn. 34.

¹⁴⁸ Anders noch *Koppensteiner* (Fn. 113), 23.

Begriff des Konzerns vorliegt¹⁴⁹. Aus ähnlichen Gründen hilft es auch nicht viel, wenn einzelnen Aktionären oder einer Mindestminderheit das Recht eingeräumt werden soll, Konzernsachverhalte gerichtlich feststellen zu lassen¹⁵⁰, oder wenn der Prüfer des Abhängigkeitsberichts beauftragt werden soll, nach Indizien für eine Konzernbildung zu suchen und über diese zu berichten¹⁵¹.

Von dem Vorschlag, das Problem durch eine präzisere gesetzliche Fassung des maßgeblichen Begriffs zu „entschärfen“¹⁵², ist m. E. keine wirkliche Besserung zu erhoffen¹⁵³. *Geßler* selbst nennt jedenfalls nur Kriterien, die als Interpretationsgesichtspunkte *de lege lata* schon lange bekannt sind, wobei Aussagekraft und Zweckmäßigkeit dieser Kriterien ganz unsicher geblieben sind. Eine grundsätzlichere Problematik ergibt sich aus der schon erwähnten Variationsbreite der in Betracht zu ziehenden Sachverhalte. Sie lassen sich mittels einer gesetzlichen Definition nur auf Kosten elementarer Anforderungen an Rechtssicherheit oder dadurch „bewältigen“, daß das Regelungsproblem verfehlt wird.

Aus den angegebenen Gründen und deshalb, weil die Gesellschaft in Wahrheit schon im Zustand der Abhängigkeit ihren „Status“ ändert¹⁵⁴, meine ich, daß eine Regelung, die den Begriff der Abhängigkeit in den Mittelpunkt zukünftiger Regelungen stellt, den Vorzug verdient. Dieser Begriff ist durch die mit einer Mehrheitsbeteiligung verbundene (sachgerechte) Vermutung in den praktisch wichtigsten Fällen relativ leicht handhabbar. Ob der Begriff der Mehrheitsbeteiligung an § 16 dAktG, an § 244 Abs. 4 HGB in der Fassung des (österreichischen) Rechnungslegungsgesetzes oder an Art. 7 der Richtlinie zur Informationspflicht¹⁵⁵ orientiert werden soll, bedarf noch näherer Untersuchung, die hier nicht geleistet werden kann¹⁵⁶. Jedenfalls liegt hier aber ein Problem vor, dessen Lösung relativ einfach ist. Gewisse Schwierigkeiten der Feststellung von Abhängigkeit ergeben sich im Fall der sog. „Hauptversammlungsmehrheit“¹⁵⁷. In diesem Zusammenhang könnte der Vorstand und/oder der Abschlußprüfer nach dem Vorbild des Schweizerischen Entwurfs bei Vorhandensein einer Beteiligung von 40 % oder mehr zu entsprechenden Feststellungen oder Prüfungen verpflichtet werden.

¹⁴⁹ Wie hier etwa *Immenga* (Fn. 17), 66; vgl. ferner *Schilling*, FS Hefermehl, 1976, 383, 402 f.

¹⁵⁰ Vgl. oben bei Fn. 108.

¹⁵¹ Vgl. oben bei Fn. 78.

¹⁵² Oben bei Fn. 98.

¹⁵³ Ebenso schon *Flume*, DB 1968, 1011, 1013.

¹⁵⁴ *Lutter* (Fn. 3), 348; ähnlich z. B. auch *Wiedemann* (Fn. 12), 40 ff; *Sura* (Fn. 56), 436 f, Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 712, eindringlich BGHZ 80, 69, 74.

¹⁵⁵ Oben Fn. 26.

¹⁵⁶ Vgl. einstweilen *Koppensteiner* (Fn. 50), 76.

¹⁵⁷ Dazu *Koppensteiner* (Fn. 7), § 17 Rdn. 36 m. w. N.

Eine Klarstellung empfiehlt sich hinsichtlich der – de lege lata anerkannt¹⁵⁸ – Möglichkeit mehrfacher Abhängigkeit¹⁵⁹. Dagegen sollte der Abhängigkeitsbegriff des deutschen Rechts nicht grundsätzlich mit den unwiderlegbaren Vermutungen des Konzernbilanzrechts und der Konzernrichtlinie¹⁶⁰ vertauscht werden. Konzernbilanz- und Konzernschutzrecht müssen nicht notwendigerweise mit denselben Anknüpfungen arbeiten¹⁶¹. Von der Natur des Regelungsproblems her gesehen, erscheint es in unserem Zusammenhang jedenfalls nicht als sinnvoll, die Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung von vornherein auszuschließen¹⁶². Umgekehrt ist es erforderlich, daß auch Abhängigkeitslagen, die sich nach Rechnungslegungsrecht nicht als solche darstellen, erfaßt werden können. Daß solche Möglichkeiten existieren, wurde durch Hinweis auf die Hauptversammlungsmehrheit schon angedeutet. Abhängigkeit kann sich aber auch als Folge eines aus irgendwelchen Gründen nichtigen Unternehmensvertrages ergeben.

Die Verwendung eines weiteren Anknüpfungsbegriffes in Gestalt des „tatsächlichen Geschäftsführers“¹⁶³ empfiehlt sich nicht. Der gegenteilige Regelungsvorschlag der Konzernrichtlinie¹⁶⁴ hängt wohl stark mit dem Bedürfnis zusammen, neben Elementen des deutschen Rechts auch andere Mitgliedstaaten zu berücksichtigen. In sachlicher Hinsicht würde nichts verbessert¹⁶⁵. Der „tatsächliche Geschäftsführer“ ist als gesetzliches Tatbestandsmerkmal nicht nur überflüssig, sondern wäre wegen seiner Verwandtschaft mit dem Konzern (Ausübung beherrschenden Einflusses) auch der daran geübten Kritik ausgesetzt.

b) An dem Erfordernis des geltenden Rechts, wonach Abhängigkeit voraussetzt, daß das Subjekt beherrschenden Einflusses „Unternehmen“ ist, sollte m. E. festgehalten werden. Wer diese Eigenschaft nicht hat, dessen Interessen laufen typischerweise parallel mit jenen der Gesellschaft. Darauf beruht die deutsche lex lata¹⁶⁶ und diese Wertung erscheint auch heute noch überzeugungskräftig. Hinzu kommt, daß solche Rechtssubjekte, die als Folge der Möglichkeit beherrschenden Einflusses besonderen Regelungen unterworfen werden, auch die Möglichkeit haben sollten, der Anwendung dieser Regeln durch Abschluß eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages zu entgehen.

¹⁵⁸ Dazu *Koppensteiner*, aaO, § 17 Rdn. 70 ff.

¹⁵⁹ Ebenso *K. Schmidt* (Fn. 16), 26.

¹⁶⁰ Zu ihnen oben II 3 a.

¹⁶¹ Dazu *Druey* (Fn. 12), 101.

¹⁶² Näher *Koppensteiner* (Fn. 50), 79.

¹⁶³ Vgl. oben bei Fn. 52.

¹⁶⁴ Art. 9.

¹⁶⁵ Anders wohl *Immenga* (Fn. 30), 66 ff.

¹⁶⁶ Näher dazu *Koppensteiner* (Fn. 7), § 15 Rdn. 7 m. w. N.

Dafür, daß Partner eines solchen Vertrages nur Unternehmen sein können, gibt es zusätzliche gute Gründe¹⁶⁷. Der hier vertretenen Auffassung sollte nicht entgegengehalten werden, daß der Unternehmensbegriff zu unscharf sei. M. E. ist er durch die Rechtsprechung und die wissenschaftliche Diskussion seit Inkrafttreten des Aktiengesetzes zwischenzeitlich so genau entfaltet, daß wesentliche Anwendungsunsicherheiten eigentlich nicht mehr auftreten können¹⁶⁸.

Die Richtlinie betreffend Einmangengesellschaften¹⁶⁹ ist vom Ministerrat bisher noch nicht verabschiedet worden. Sollte dies geschehen, dann ist dies als Datum wohl auch für die österreichischen Reformbemühungen aufzufassen. Im Ergebnis bedeutet dies, daß natürliche Personen, die Alleingesellschafter mehrerer GmbHs oder AGs sind, also als „Unternehmen“ zu qualifizieren wären¹⁷⁰, gleichwohl nicht als solche behandelt werden. Ob das wirklich sinnvoll ist, sollte noch im einzelnen geprüft werden. Vor allem ist zu überlegen, ob in diesem Punkt nicht zwischen GmbH und AG unterschieden werden sollte. Die Richtlinie berücksichtigt das Haftungsbeschränkungsbedürfnis bei kleinen und mittleren Unternehmen¹⁷¹. Eine Privilegierung natürlicher Personen, die Alleingesellschafter einer AG sind, läßt sich jedenfalls in Deutschland und Österreich daraus nicht zwingend ableiten. Die Realisierung der Richtlinie würde dieser Differenzierung wohl nicht entgegenstehen.

3. Überlegungen zu der Frage, wie eine AG wirksam gegen die Gefahren der Abhängigkeit geschützt werden könnte, sollten systematisch zwischen Vorhandensein einer Minderheit und Fehlen einer solchen entscheiden. Im zweitgenannten Fall reduzieren sich die rechtsinhaltlichen Probleme auf solche des Gläubigerschutzes. In rechtstechnischer Hinsicht entfällt gleichzeitig die Möglichkeit, die Minderheit als Sachwalter des Gesellschaftersinteresses einzusetzen. Wir beginnen mit der ersten Alternative, also solchen Gesellschaften, an denen Minderheitsaktionäre beteiligt sind. Sollen ihnen nicht Abfindungs- und/oder Ausgleichsansprüche schon bei Eintritt der Abhängigkeit gewährt werden¹⁷²,

¹⁶⁷ Vgl. Unternehmensrechtskommission (Fn. 7), 670 ff.

¹⁶⁸ Das schließt nicht aus, über die andere Frage nachzudenken, ob es eine Haftung jedes Gesellschafters (Aktionärs) bei schuldhafter Schädigung gibt oder geben sollte. Zur Unterscheidung beider Fragen namentlich *K. Schmidt*, zuletzt in ZIP 1989, 545, 546 ff; ferner etwa *Stimpel*, AG 1986, 117, 121, mit dem Vorschlag, den Schadensersatzanspruch bei qualifizierter Beherrschung als Verlustausgleichsanspruch zu pauschalieren. In aktienrechtlichem Zusammenhang handelt es sich dabei um die Frage nach Inhalt oder Reform der §§ 117 dAktG bzw. 100 öAktG, also um eine außerhalb des Konzernrechts zu lösende Problematik.

¹⁶⁹ Oben Fn. 26.

¹⁷⁰ Dazu *Koppensteiner* (Fn. 7), § 15 Rdn. 21 ff m. w. N.

¹⁷¹ Vgl. die Erwägungsgründe, KOM (88) 101 – endg. – Syn 135, 3 f.

¹⁷² Dazu oben 1 b, II 1 b.

dann muß ein Konzept gefunden werden, das die abhängige Gesellschaft hinsichtlich ihrer Vermögens- und Ertragsinteressen zuverlässig so stellt, als wäre sie unabhängig. Anders formuliert: Das herrschende Unternehmen muß wirksam daran gehindert werden, sich Vorteile zu verschaffen, die der Minderheit vorenthalten werden¹⁷³.

a) Auf der Ebene der Pflichten der Beteiligten¹⁷⁴ erscheinen keine grundsätzlichen Änderungen des nach den §§ 311, 317 dAktG geltenden Rechts erforderlich. Namentlich ist es nicht zu empfehlen, das Erfordernis einer Veranlassung aufzugeben. Die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens für die Gestion der abhängigen Gesellschaft schlechthin ist unvereinbar damit, daß ein Weisungsrecht nicht existiert, daß die Gesellschaft von deren Vorstand vielmehr in „eigener Verantwortung“ geleitet wird¹⁷⁵. Allenfalls könnte man, wie schon geschehen¹⁷⁶, überlegen, ob ein der abhängigen Gesellschaft zugefügter Nachteil im unmittelbaren Zusammenhang mit der Nachteilszufügung ausgeglichen werden müßte. M. E. gibt es auch dafür keine zwingenden Gründe. Die Bemessung des Ausgleichs ex post ist aus den von *Semler* angeführten Gründen¹⁷⁷, aber auch deshalb abzulehnen, weil Nachteil und Ausgleich untrennbar mit den Maßstäben sorgfaltsgemäßen Vorstandsverhaltens zusammenhängen und diese sich wiederum nur an den im Entscheidungszeitpunkt beschaffbaren Informationen orientieren können¹⁷⁸. Die Gegenauffassung von *K. Schmidt*¹⁷⁹, der die Ausgleichsermittlung ex post als eine Art – sachgerechter – gesetzlicher Garantie deutet, verkennt, daß unerwartet günstige Entwicklungen dann auch den Ausgleich vermindern müßten. Außerdem wäre eine Vernebelung der den „Nachteil“ präzisierenden Kriterien wohl kaum zu vermeiden. Auch halte ich es nicht für erforderlich, nicht einmal für zweckmäßig, „strukturverändernde“ Einflußnahmen, die nicht im Interesse der abhängigen Gesellschaft liegen, von vornherein als unzulässig zu erklären. Einmal wird es kaum möglich sein, den Begriff der „Strukturveränderung“ mit zureichender Präzision zu umschreiben. Zum zweiten ist es keineswegs so, daß die Konsequenzen von Maßnahmen dieser Art von vornherein nicht ausgleichsfähig wären¹⁸⁰.

¹⁷³ Zu dieser Prämisse oben I 4 b.

¹⁷⁴ Zu ihnen *Koppensteiner* (Fn. 7), § 311 Rdn. 90 ff.

¹⁷⁵ Im Ergebnis wie hier *Semler* (Fn. 37), 215 f; vgl. auch *Koppensteiner* (Fn. 113), 19.

¹⁷⁶ Nachweise in Fn. 69.

¹⁷⁷ Oben Fn. 175.

¹⁷⁸ Näher zu diesem Zusammenhang *Koppensteiner* (Fn. 7), § 311 Rdn. 23, 63.

¹⁷⁹ Oben Fn. 32.

¹⁸⁰ Näher dazu *Koppensteiner* (Fn. 7), § 311 Rdn. 67, 86 ff m. w. N.

Die Hauptschwierigkeit mit der derzeit geltenden Formulierung von Verhaltensstandards im Abhängigkeitsverhältnis besteht darin, daß das Vorliegen und Quantifizierung eines „Nachteils“ sehr häufig nicht oder nur annäherungsweise bestimmbar ist. Daraus ergeben sich unkontrollierbare Verhaltensspielräume für das herrschende Unternehmen, die als Konsequenz der Interessenlage eine akute Gefährdung von Minderheitsinteressen mit sich bringen. Aber es ist nicht zu sehen, wie diese Schwierigkeit legislatorisch eliminiert werden könnte¹⁸¹. Verbesserungsvorschläge müssen daher darauf zielen, die Organe der abhängigen Gesellschaft so zu stärken, daß mit der Erfüllung der schon de lege lata bestehenden Pflichten gerechnet werden kann und daß Ungenauigkeiten in der Formulierung dieser Pflichten nicht systematisch zum Nachteil der Gesellschaft ausgenützt werden. Auch dadurch läßt sich allerdings nicht erreichen, daß die Minderheit an Synergiegewinnen beteiligt wird¹⁸². Ob das aber überhaupt erstrebenswert ist, muß nach wie vor als offen bezeichnet werden¹⁸³.

Dagegen muß über Ob und Abgrenzung eines (satzungsresistenten?) gesetzlichen Wettbewerbsverbots noch weiter nachgedacht werden. Für ein solches Verbot spricht, daß das herrschende Unternehmen „corporate opportunities“ der Gesellschaft dann nicht ohne weiteres an sich ziehen könnte¹⁸⁴. Doch hängt dies mit der viel grundsätzlicheren Frage nach dem Inhalt von Treupflichten unter Aktionären¹⁸⁵, namentlich ihrer konzernspezifischen Ausformung zusammen.

Unabhängig davon, wie diese Detailfrage beantwortet wird, läßt sich sagen, daß die effektive Durchsetzung der Pflichten des Vorstands einer abhängigen Gesellschaft die Entstehung jedenfalls qualifizierter Konzerne verhindern oder zumindest dafür sorgen würde, daß anderenfalls drohende Beeinträchtigungen der Gesellschaft im Verhandlungswege neutralisiert würden. Damit entfielen gesetzgeberischer Handlungsbedarf und damit die Notwendigkeit, ein wohl unlösbares Abgrenzungsproblem auf der Tatbestandsseite doch irgendwie „in den Griff“ zu bekommen.

¹⁸¹ Deshalb ist der bei *Kübler/Schmidt* (Fn.4), 101, angedeutete Vorschlag, die grundlegenden Regelungselemente des von der deutschen Rechtsprechung entwickelten GmbH-Konzernrechts in das Aktienrecht zu übernehmen, selbst dann skeptisch zu beurteilen, wenn man seine Prämisse – Überlegenheit dieser Grundsätze gegenüber §§ 291 ff dAktG – als zutreffend unterstellt: Die fiduziarische Bindung der Mehrheitsmacht gibt noch keine Auskunft darüber, wann genau solche Bindung verletzt ist.

¹⁸² Vgl. oben bei Fn. 116.

¹⁸³ Überlegungen dazu bei *Koppensteiner* (Fn.7), §305 Rdn.34 m.w.N.; vgl. aber auch *Kübler/Schmidt* (Fn.4), 214.

¹⁸⁴ Vgl. BGHZ 89, 162, 165 ff und die bei *Koppensteiner* (Fn.119), Anh §52 Rdn.28 nachgewiesene Literatur.

¹⁸⁵ Zur Existenz solcher Pflichten BGHZ 103, 184, 194; Kölner Kommentar-Lutter, 2. Aufl., Vorb §53 a Rdn.6 m.w.N.

b) In diesem Zusammenhang kann wohl nicht empfohlen werden, dem herrschenden Unternehmen in der Hauptversammlung der Gesellschaft bei Aufsichtsratswahlen nach dem Vorschlag von *Immenga*¹⁸⁶ das Stimmrecht zu versagen. Zwar würde dieser Vorschlag die Probleme lösen. Er geht andererseits zu weit. Denn Abhängigkeit ist wesentlich darauf zurückzuführen, daß der mit „Repräsentanten“ des herrschenden Unternehmens besetzte Aufsichtsrat den Vorstand der Gesellschaft bestimmt¹⁸⁷. Also schießt es über das Ziel hinaus, wenn dem herrschenden Unternehmen jedes Mitspracherecht im Aufsichtsrat der Gesellschaft versagt werden soll.

Als „mildere“ Maßnahme kommt ein Entsendungsrecht der Minderheit und zwar bezüglich eines, besser aber von zwei Aufsichtsratsmitgliedern in Betracht¹⁸⁸. Eine, vielleicht die Schlüsselfrage in diesem Zusammenhang richtet sich darauf, welche Stellung den Minderheitsvertretern im Aufsichtsrat im Kontext von Vorstandswahlen zukommen sollte. Ein Ablehnungsrecht wäre effektiv, geht aber wohl zu weit, wenn die betriebs- und gesamtwirtschaftlichen Vorteile von Synergieeffekten im Unternehmensverbund nicht von vornherein ausgeschlossen werden sollen. *Hommelhoff*¹⁸⁹ spricht sich auch gegen ein Stimmrecht der Minderheitsvertreter bei Vorstandswahlen aus. Diese Stellungnahme beruht aber auf der Mitbestimmungsregelung des (deutschen) MitbestG und ist daher für Österreich, wo es keine paritätische Mitbestimmung gibt, nicht aussagekräftig. Auch die Prämisse von *Hommelhoff*, das herrschende Unternehmen müsse aus Gründen effektiver Leitung des Unternehmensverbundes die Kontrolle über die Besetzung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft haben, kann ich nicht für überzeugend halten. Faktische Konzerne sind nur legitim, soweit sie mit dem gleichen Recht aller Aktionäre vereinbar sind. M. E. sollten die Minderheitsvertreter daher auch bei Vorstandswahlen mitstimmen, Gegenstimmen im Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung vermerkt werden. Die damit verbundene Publizität wird die Aufsichtsratsrepräsentanten des herrschenden Unternehmens vermutlich veranlassen, den Konsens mit der Minderheit zu suchen. Außerdem darf erwartet werden, daß sich ein öffentlich von der Minderheit abgelehntes Vorstandsmitglied stärker bemühen wird, seine Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen. Als weitere Maßnahme erscheint es im Anschluß an *Hommelhoff* empfehlenswert, Doppelmitgliedschaften im geschäftsleitenden Organ des herrschenden

¹⁸⁶ Oben Fn. 61.

¹⁸⁷ Dazu *Koppensteiner* (Fn. 7), § 17 Rdn. 19 m. w. N.; vgl. ferner *Sura* (Fn. 56), 437.

¹⁸⁸ Dafür auch *Hommelhoff* (Fn. 84), 123.

¹⁸⁹ AaO.

Unternehmens und im Vorstand der Gesellschaft auszuschließen¹⁹⁰. Denn sie eignen sich besonders dazu, die Gesellschaft auch ohne „Veranlassung“ den Zwecken des herrschenden Unternehmens dienstbar zu machen¹⁹¹.

c) Zu prüfen ist des weiteren, wie die Kontrolleffektivität des Aufsichtsrats gegenüber der laufenden Geschäftsführung des Vorstands im Abhängigkeitsverhältnis verbessert werden könnte. Zu denken ist zunächst an eine verbundspezifische Ausweitung zustimmungsbedürftiger Maßnahmen¹⁹². Das könnte sich etwa auf alle Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit dem herrschenden oder einem ihm verbundenen Unternehmen beziehen, ferner auf Maßnahmen, die die Unabhängigkeit des Vorstandes in Frage stellen, wie die Zentralisierung von Einkauf, Vertrieb, Forschung, Bankverbindungen, Datenverarbeitung, Cash-Management. Zusätzlich sollte eine Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat bezüglich aller Maßnahmen vorgesehen werden, die unter dem Einfluß des herrschenden Unternehmens vorgenommen oder unterlassen werden. Im übrigen stellt sich wiederum die Frage, ob den Minderheitenvertretern im Kontext zustimmungsbedürftiger Entscheidungen des Vorstands ein (gerichtlich kontrollierbares) Vetorecht eingeräumt werden sollte. Ich halte das für ernsthaft diskutierbar, zumindest aber für erforderlich, daß Gegenstimmen der Minderheitsvertreter in den Abhängigkeitsbericht mit aufgenommen werden.

d) An diesem Bericht sollte im Einklang auch mit der Konzernrichtlinie festgehalten werden. Was zunächst den Berichtsinhalt betrifft, dürfte die von der Richtlinie in Aussicht genommene Lösung durch ihren Verzicht auf die Mitteilung sämtlicher Geschäfte und Maßnahmen, die auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens durchgeführt werden, informativer sein. Es verdient den Vorzug, daß der Bericht Umfang und Intensität der Beziehungen darstellen soll, die im Laufe des abgelaufenen Geschäftsjahres mittelbar oder unmittelbar zwischen der Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen bestanden haben. Billigenswert ist auch, daß in diesem Rahmen nur solche Maßnahmen im einzelnen anzuführen sind, die aus der Sicht der Gesellschaft besonderes Gewicht haben¹⁹³. Daß dazu auch nachteilige Transaktionen zählen, wirft eine Problematik auf, die auch im deutschen Recht bis heute nicht gelöst ist. Aber mangels besserer Möglichkeiten wird man es dabei wohl sein

¹⁹⁰ Skeptisch dazu *Huber* (Fn. 13), 130.

¹⁹¹ Nachweise dazu bei *Hoffmann-Becking* (Fn. 123), 82.

¹⁹² In Österreich gibt es im Unterschied zum deutschen Recht schon jetzt einen Katalog zwingender Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats; vgl. § 95 Abs. 5 öAktG.

¹⁹³ Insgesamt wie hier *Hommelhoff* (Fn. 73), 135 f.

Bewenden haben lassen müssen. Über die Vorstellungen der Richtlinie hinaus sollte, wie schon bemerkt, vorgesehen werden, daß solche Rechtsgeschäfte und Maßnahmen in den Bericht aufgenommen werden müssen, denen die Minderheitsvertreter nicht zugestimmt haben.

Dem Vorschlag, schon die Aufstellung des Berichts einem Außenseiter aufzutragen¹⁹⁴, sollte nicht gefolgt werden. Die Qualität des Berichts hängt entscheidend von den verfügbaren Informationen ab. Der Vorstand wäre zwar für verpflichtet zu halten, für eine entsprechende interne Dokumentation zu sorgen, hat aber in diesem Zusammenhang doch erhebliche Möglichkeiten der Informationsvermeidung. Ihm darf die Verantwortung für den Bericht daher nicht abgenommen werden. Problematisch ist demgegenüber, ob der Bericht, wie im deutschen Recht und auch nach der Konzernrichtlinie, vom Abschlußprüfer oder von einer anderen Person geprüft werden sollte, die entweder von der Minderheit oder vom Gericht bestellt werden könnte. Für den Abschlußprüfer spricht sein Informationsvorsprung, gegen ihn, daß er sich als Konsequenz seines Wiederbestellungsinteresses in einer Motivationslage befindet, die einer kritischen Prüfung des Berichts nicht günstig ist¹⁹⁵. Der „Minderheitenprüfer“ impliziert umgekehrte Risiken. Auch er ist an Wiederbestellung interessiert, so daß damit gerechnet werden muß, daß er kritischen Stellungnahmen der Minderheit im Aufsichtsrat möglicherweise mehr Gewicht zumißt, als von der Sache her angemessen ist. Die beste Lösung dürfte daher in der Tat darin bestehen, die Prüfung des Abhängigkeitsberichts einem gerichtlich bestellten Sachverständigen anzuvertrauen.

An der weiteren Prüfung des Berichts durch den Aufsichtsrat sollte schon deshalb festgehalten werden, weil sie eine zusätzliche Möglichkeit eröffnet, die Position der Minderheit – und damit die Realisierbarkeit der gesetzgeberischen Zielvorstellung – zu stärken. Den Minderheitsvertretern könnte nämlich, und das halte ich auch für zweckmäßig, das Recht eines Sondervotums eingeräumt werden, wenn sie mit dem Mehrheitsbericht nicht einverstanden sind¹⁹⁶. Dieses Votum dürfte allerdings nicht in bloßer Ablehnung bestehen, sondern müßte eine begründete Stellungnahme enthalten. Nur dann wird der Bericht entsprechend aussagekräftig und außerdem verhindert, daß die Minderheitenvertreter ihre Möglichkeiten mißbrauchen. Letzteres ist aus Gründen wichtig, die mit der sogleich zu erörternden Sonderprüfung zusammenhängen.

Eine solche Prüfung sieht schon § 315 dAktG und die Konzernrichtlinie vor. Sie sollte möglich sein, wenn Vorstand, Prüfer oder Aufsichtsrat

¹⁹⁴ Oben bei Fn. 82.

¹⁹⁵ Dazu *Koppensteiner* (Fn. 7), § 313 Rdn. 3 m. w. N.

¹⁹⁶ Ähnlich *Hommelhoff* (Fn. 84), 123.

oder die dort vertretenen Minderheitsrepräsentanten erklärt haben, daß die Gesellschaft in einer ihren Interessen abträglichen Weise geführt worden ist. Der Prüfer sollte – so auch die Richtlinie – jedenfalls auf Antrag eines Aktionärs bestellt werden. Ob das Antragsrecht darüber hinaus auch der Arbeitnehmerschaft und – unter zusätzlichen Voraussetzungen – auch Gläubigern der Gesellschaft zugestanden werden sollte, bedarf noch weiterer Prüfung. Sicher klarzustellen ist aber, daß der Prüfer des Abhängigkeitsberichts und der Sonderprüfer nicht identisch sein dürfen. Ob der nach der Konzernrichtlinie maßgebliche Prüfungsmaßstab¹⁹⁷ gegenüber dem geltenden deutschen Recht den Vorzug verdient, halte ich für zweifelhaft¹⁹⁸. Denn der Sonderbericht dient der Vorbereitung von Schadensersatzansprüchen, eventuell anderer Maßnahmen. In diesem Zusammenhang kann es aber nur darauf ankommen, ob dem Vorstand der Vorwurf sorgfaltswidrigen Verhaltens gemacht werden kann.

Umstritten ist die Frage, ob der Abhängigkeitsbericht den Aktionären ausgehändigt werden sollte¹⁹⁹. Ich halte die dagegen vorgetragenen Gründe (Publizität von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, damit zusammenhängende Veranlassung, Berichtsbedürftiges nicht zu berichten) nicht für überzeugend. Der Inhalt des Berichts, wie vorgeschlagen, gibt kaum Anlaß, über Geschäftsgeheimnisse zu berichten, jedenfalls nicht über solche, deren Geheimhaltung legitim ist. Mit Rücksicht auf die empfohlene Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrates, der Aufwertung seiner Position, der Verbesserungen im Bereich von Prüfung und Sonderprüfung würde es sich ein Vorstand im übrigen gründlich überlegen, bevor er einen in wesentlichen Punkten unvollständigen Abhängigkeitsbericht vorlegt.

e) Zu prüfen bleibt, ob über die vorgeschlagenen Regeln noch weitere Maßnahmen ins Auge zu fassen sind, namentlich solche, die in Art. 11 der Konzernrichtlinie vorgesehen sind²⁰⁰. Was die Untersagung der weiteren Erfüllung schädlicher Vereinbarungen sowie die Rückgängigmachung schädlicher Maßnahmen angeht, meine ich, daß eine besondere Regelung nicht erforderlich ist, weil die angestrebte Rechtsfolge nichts anderes darstellt als die im Rahmen der Schadensersatzverpflichtung notwendige Naturalrestitution. Die gerichtliche Amtsenthebung eines oder mehrerer Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans der Gesellschaft ist wohl nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, kommt aber nur als ultima ratio in Betracht und bedürfte hinsichtlich

¹⁹⁷ Oben bei Fn. 75.

¹⁹⁸ Anders *Hommelhoff* (Fn. 73), 136.

¹⁹⁹ Nachweise zu dieser Debatte oben Fn. 77.

²⁰⁰ Dazu oben bei Fn. 73.

ihrer Voraussetzungen sicher noch einer schärferen Fassung²⁰¹. Zur Abfindungsfrage wurde schon an anderer Stelle Stellung genommen²⁰². Sie ist m. E. deshalb zu verneinen, weil die vorgeschlagenen Sicherungen des Eigeninteresses der Gesellschaft ausreichend wirksam sein dürften. Wenn dies zutrifft, dann kann auch die Einführung einer obligatorischen Dividendengarantie nicht empfohlen werden. Sie würde nur ein Mißtrauen des Gesetzgebers in die Durchschlagskraft einer eigenen Regelung zum Ausdruck bringen. Dieselbe Inkonsistenz spricht gegen die Einführung einer „Ertragsaussichtenkompensation“²⁰³ bei Beendigung des Abhängigkeitsverhältnisses. Dagegen ist es aus Gründen der Umgehungsverhinderung erwägenswert, die für Einmanngesellschaften gewählte Haftungslösung²⁰⁴ auch auf andere Gesellschaften zu erstrecken.

f) Nicht geprüft wurde, ob und wie die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in das zukünftige Regelungsgebäude eingebaut werden können. Das hat seinen Grund darin, daß die Frage ohne grundsätzliche Überlegungen arbeitsverfassungsrechtlicher Natur nicht geklärt werden kann²⁰⁵. Bemerkt sei immerhin, daß minderheitenanaloge Rechte der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft den rechtstechnischen Vorteil hätten, eine Einheitslösung für Gesellschaften mit oder ohne Minderheitsaktionäre zu ermöglichen. Ob das auch in sachlicher Hinsicht gerechtfertigt ist, ist allerdings durchaus problematisch²⁰⁶.

4. Zu überlegen bleibt, ob es zweckmäßig ist, für *besondere Sachverhaltslagen* auch besondere Regeln einzuführen.

a) Für sog. personalistische Gesellschaften ist die Frage m. E. zu verneinen. Dafür spricht schon das wohl nicht überzeugend lösbare Abgrenzungsproblem. Des weiteren werden solche Sonderregeln hauptsächlich nur für den Fall diskutiert, daß ein Konzern oder gar ein qualifizierter Konzern vorliegt²⁰⁷. Eine Regelung, die wie die hier vorgeschlagene darauf hinzielt, schon die mit solchen Situationen verbundene Gefährdung der Gesellschaft zu neutralisieren, braucht aus dieser Sicht nicht modifiziert werden.

²⁰¹ Dazu Hommelhoff (Fn. 73), 134.

²⁰² Oben 1 b.

²⁰³ Oben bei Fn. 112.

²⁰⁴ Vgl. unten 4 b.

²⁰⁵ Zu den diesbezüglichen Diskussionen um den Vorschlag der sog. „Strukturrichtlinie“ auf europäischer Ebene Kolvenbach, DB 1986, 2023, 2024 f m. w. N.

²⁰⁶ Fraglich ist z. B. schon, ob die Arbeitnehmer an der Erhaltung der Selbständigkeit der Gesellschaft im Regelfall überhaupt besonders interessiert sind. Die Vorstellung, Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat als Sachwalter von Gläubigerinteressen aufzufassen, erscheint jedenfalls wenig attraktiv.

²⁰⁷ Für Nachweise oben Fn. 65.

b) Auf Einmanggesellschaften paßt das vorentwickelte Konzept von vornherein nicht, weil es bei Fehlen einer Minderheit gegenstandslos wird. Allerdings ist die weitere Entwicklung der Rechtslage vermutlich durch den diesbezüglichen Richtlinienvorschlag der EWG-Kommission²⁰⁸ vorgeprägt. Sieht man davon ab, so müßte zunächst entschieden werden, ob der Einmanggesellschaft eigene Interessen zuzuordnen sind²⁰⁹. Je nachdem, wie diese Frage beantwortet wird, müßten Maßnahmen zum Schutz der Gesellschaft selbst getroffen werden oder es würde genügen, sich mit Problemen der Gläubigersicherung zu beschäftigen. Letzteres ist m. E. richtig. Dann wäre zunächst zu prüfen, ob es den Gläubigern der Gesellschaft zugemutet werden kann, dem Ausfallrisiko über den Markt Rechnung zu tragen²¹⁰. Bei – vermutlich – Verneinung dieser Frage wäre als nächstes zu klären, ob Sicherungen erst im Konkurs der Gesellschaft oder früher eingreifen sollen²¹¹. Für letzteres ließe sich geltend machen, daß das herrschende Unternehmen in der Insolvenz der Gesellschaft selbst nicht mehr leistungsfähig sein kann. Ob das als Begründung einer jährlichen Verlustdeckungspflicht und eventuell einer zusätzlichen Liquiditätsgarantie aber ausreicht, muß doch bezweifelt werden. Dagegen spricht jedenfalls, daß sich diese Lösung doch sehr weit von den Prinzipien des geltenden Rechts entfernt. Mit der Lage bei Vorliegen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages, erst recht bei der Eingliederung nach den §§ 319 ff dAktG läßt sich die Situation nicht vergleichen, weil die Vorstandsverantwortlichkeit und die Regeln über Kapitalaufbringung und -erhaltung, wohl auch das Schädigungsverbot, auch bei der abhängigen Einmann-AG in Kraft bleiben. Daher scheint ein Ausbau der in Österreich schon de lege lata gegebenen Ausfallhaftung im Konkurs²¹² zugunsten allerdings der Gesellschaft, nicht deren Gläubiger²¹³, das Richtige zu treffen. Aber auch dann sollte dem herrschenden Unternehmen der Nachweis gestattet werden, daß die Insolvenz der Tochter nichts mit Entscheidungen des herrschenden Unternehmens zu tun hat.

²⁰⁸ Zu ihm oben II 2 e.

²⁰⁹ De lege lata ist die Frage außerordentlich umstritten. Vgl. die Nachweise bei *Wiedemann* (Fn. 12), 87; bejahend für Österreich *Vanis* (Fn. 6), 134; *Krejci* (Fn. 6), 280 ff; *Jabornegg*, *GesRZ* 1988, 179, 182 f; anders *Koppensteiner*, *WBl* 1988, 1, 3 f; *ders.* in *Rowedder, GmbHG*, 2. Aufl. 1989, § 43 Rdn. 4 a.

²¹⁰ Dazu *Kirchner* (Fn. 5), 229 f; s. in diesem Zusammenhang auch *Druey* (Fn. 10), 364 ff: Ausschluß prinzipieller Konzernhaftung durch eine Erklärung der Konzernspitze mit hohen Publizitätsanforderungen; kritisch *Roth*, *ZGR* 1986, 371, 375 ff.

²¹¹ Rechtsvergleichender Überblick bei *Lutter* (Fn. 3), 354 ff.

²¹² Dazu *OGH JBl* 1986, 713 – EUMIG; die Entscheidung wird besprochen bei *Doralt* (Fn. 14), 40 ff m. w. N.

²¹³ Vgl. *K. Schmidt*, *JZ* 1985, 301, 306.

In Ausgliederungsfällen wird wohl in aller Regel eine Einmanngesellschaft oder, was aus der Sicht der Gläubiger auf dasselbe hinausläuft, ein Gemeinschaftsunternehmen entstehen. Insofern decken Lösungen zum Gläubigerschutz bei der Einmanngesellschaft auch diese Sachverhaltslage mit ab.

Unterschiedliche Regelungen für Gesellschaften mit und ohne Minderheitsbeteiligung sind deshalb nicht unproblematisch, weil mit dem Einsatz von Strohmannern gerechnet werden muß²¹⁴. Die Differenzierung scheint indes durch die Entwicklung des europäischen Rechts vorgegeben. Umgehungsversuchen könnte im übrigen, wie schon angedeutet, durch eine Ausdehnung der Ausfallhaftung auf Gesellschaften mit Minderheitsbeteiligung Rechnung getragen werden. Bei Einhaltung der für solche Gesellschaften im übrigen geltenden Regeln dürfte der Entlastungsbeweis relativ leicht zu führen sein.

c) Besonders heikel ist die Frage, was zu geschehen hat, wenn eine Mehrheitsbeteiligung im Zuge eines Sanierungsvorhabens erworben wird. Denn es erscheint klar, daß derartiges nicht stattfinden wird, wenn man dem Anteilserwerber die Hände bindet oder ihn unkalkulierbaren Haftungsrisiken aussetzt. Die Antwort könnte lauten, daß es der Gesellschaft, vertreten durch Vorstand und Aufsichtsrat, in diesem Fall erlaubt wird, durch Vertrag mit einem potentiellen Beteiligungskäufer sonst geltende Sicherungsinstrumente außer Wirksamkeit zu setzen. Als Mittel des Gläubigerschutzes könnte, jedenfalls für die Einmanngesellschaft, erwogen werden, Zulässigkeit und Inhalt eines solchen Vertrages von einer gerichtlichen Genehmigung abhängig zu machen.

²¹⁴ Zu Abgrenzungsproblemen *Emmerich* (Fn. 46), 219ff im Anschluß an BGHZ 95, 330.

Effizienz als Maßstab für die Größe des Aufsichtsrats

HAGEN LÜDERITZ

I. Der Aufsichtsrat in der öffentlichen Kritik

Im November 1988 und in den folgenden Monaten wurde in den deutschen Medien ausführlich über große wirtschaftliche Schwierigkeiten der Co-op AG berichtet. Sie bestanden im wesentlichen in einer zu hohen Verschuldung, die bisher dem Aufsichtsrat, aber auch einigen der kreditgebenden Banken verborgen geblieben war. Daß dies so sein konnte, wurde begründet mit der unübersichtlichen, nicht offengelegten Konzernstruktur des Unternehmens. Zwar war es verständlich, daß der allgemeinen Öffentlichkeit die tatsächliche wirtschaftliche Lage der Co-op AG unbekannt geblieben war. Aber wie war es möglich, daß Aufsichtsrat und Banken – zumal die Co-op AG erst 1987 an die Börse geführt worden war – von der plötzlichen Schieflage des Unternehmens überrascht wurden?

*Franz Thoma*¹, der sich diese Frage ebenfalls stellte, kam in einem Artikel in der Süddeutschen Zeitung unter der Überschrift „Ohne Aufsicht und Rat“ zu der folgenden, beunruhigenden Feststellung:

„Ob Co-op, Neue Heimat, Klöckner, AEG oder welche Firmen man hier immer nennen könnte – in allen Fällen hat die Aufsicht versagt. Und selten wurde einer der nach außen hin so als unantastbar geltenden Aufsichtsräte zur Rechenschaft gezogen – ein namhafter Konkursverwalter hat das in 150 Verfahren nur einmal erlebt. Die Räte raten und beaufsichtigen nicht. Ihre Berichte spiegeln vielfach Untätigkeit. Solange das so ist, wird es immer unangenehme Überraschungen geben.“

Die gleiche Zeitung² führt dann im Zusammenhang mit dem Zusammenbruch der Textilgruppe Girmes Anfang 1989 aus:

„An erster Stelle ist da der Umstand zu nennen, daß das einst trotz schwieriger Branchensituation lange Jahre in höchstem Maße erfolgreiche und gewinnstrotzende Unternehmen zunächst unter den Augen eines inkompetenten Gefälligkeitsaufsichtsrats in Grund und Boden gemanagt werden konnte ...“

¹ Süddeutsche Zeitung vom 24. 11. 1988, ebenso vom 28. 2. 1989.

² Vom 3. 3. 1989.

II. Möglichkeiten und Grenzen der Aufsicht

Dieses generalisierend abwertende Urteil über die Tätigkeit von Aufsichtsräten ist sicher nicht das Ergebnis eingehender Untersuchungen. Es ist vielmehr Ausdruck eines allgemeinen Unbehagens.

Es gibt viele kleinere Unternehmen, und hier insbesondere sogenannte Familiengesellschaften, in denen Aufsichtsrat oder Beirat ihre Pflichten und Rechte sehr ernst nehmen. Aber auch bei der Beurteilung der Tätigkeit von Aufsichtsräten in Großunternehmen³ ist zu berücksichtigen, daß man nicht notwendigerweise von den vergleichsweise wenigen Fällen öffentlich bekannt gewordener mangelnder Aufsicht in einigen nicht so erfolgreichen Unternehmen auf eine ebenso mangelnde Aufsicht in allen anderen Großunternehmen schließen kann. Nicht übersehen darf man auch die rechtlichen und tatsächlichen Grenzen, die dem in den öffentlich diskutierten Krisenfällen immer wieder geforderten steuern- den Eingreifen des Aufsichtsrats gesetzt sind.

Dennoch scheint die Frage nicht unberechtigt, ob der im Gesetz für Großunternehmen vorgesehene zwanzigköpfige Aufsichtsrat, so wie er sich in der Praxis entwickelt hat, ein geeignetes und wirkungsvolles Berater- und Aufsichtsgremium sein kann. Dieser Frage soll im folgenden nachgegangen werden. Dabei geht es nicht um die Mitbestimmung im Aufsichtsrat, sondern um Fragen, die die Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter gleichermaßen und damit den Aufsichtsrat als Gremium betreffen.

III. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Die Aufsichtsräte der meisten Großunternehmen wurden 1988 neu gewählt. Eine Auswertung der Zusammensetzung der Anteilseignervertreter zeigt zunächst ein breites Spektrum der vertretenen Gruppierungen. Es gehören dazu Vertreter der Industrie, Banken, Versicherungen, Verbände, Aktionärsvereinigungen, aber auch Politiker, Wissenschaftler, Rechtsanwälte und ehemalige Vorstandsmitglieder. In zunehmendem Maße auch Vertreter ausländischer Unternehmen. Immer noch stark in der Minderzahl, aber mit ansteigender Tendenz: Frauen.

Die Vertreter der Arbeitnehmerseite rekrutieren sich mit Ausnahme des Vertreters der Leitenden Angestellten aus den unternehmenszugehörigen Betriebsräten sowie aus regionalen und überregionalen Gewerkschaftsgliederungen. Es fällt auf, daß die Position des ersten stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats mehr und mehr von Angehörigen

³ Darunter werden hier Unternehmen verstanden mit mehr als 20 000 Mitarbeitern (§ 7, Abs. 1, Ziff. 3 MitbestG).

der Belegschaft (in der Regel vom Vorsitzenden des Gesamtbetriebsrats)⁴ und nicht mehr ausschließlich von Vorstandsmitgliedern der Gewerkschaft besetzt wird. Vertreter internationaler Gewerkschaftsverbände sind in den Aufsichtsräten, mit ein oder zwei Ausnahmen, nicht anzutreffen.

Insgesamt zeigt die Zusammensetzung der Aufsichtsräte durchaus das Bestreben der Unternehmensleitung, der Anteilseigner sowie der Arbeitnehmer, fähige und für das einzelne Unternehmen besonders geeignete Persönlichkeiten als Aufsichtsräte zu gewinnen.

Dennoch gibt es eine Reihe von Gründen, die es dem so zusammengesetzten zwanzigköpfigen Aufsichtsrat schwer, und in vielen Fällen nahezu unmöglich machen, die in ihn von der Öffentlichkeit sowie von Anteilseignern und Arbeitnehmern gesetzten Erwartungen zu erfüllen.

IV. Interessenkonflikte

Die Mitglieder im Aufsichtsrat verfolgen typischerweise eine Mehrheit von Interessen, das heißt von Interessen, die außerhalb des Unternehmensinteresses liegen. Dies gilt weniger für die Belegschaftsvertreter, es gilt aber für die Gewerkschaftsvertreter sowie für die Anteilseignervertreter. Die Verfolgung einer Mehrheit von Interessen bedeutet keineswegs, daß zwischen den verschiedenen Interessen ein Konflikt bestehen muß. Im Gegenteil, die Verfolgung anderer Interessen resultiert in zusätzlichen Kenntnissen und Erfahrungen, die im allgemeinen ein positives Auswahlkriterium für die Gewinnung von Aufsichtsratsmitgliedern sind.

Dennoch können in vielfältiger Weise Interessenkonflikte auftreten, die sich auf die Tätigkeit des Aufsichtsrats und insgesamt auf die vertrauensvolle Zusammenarbeit innerhalb des Gremiums auswirken. Ebenso können und gegebenenfalls müssen bestehende Interessenkonflikte Umfang und Inhalt der Berichterstattung des Vorstands beeinflussen.

Die Rechtsregeln, die in derartigen Fällen für das Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat maßgebend sind, sind von *Lutter*⁵ erschöpfend dargelegt worden. Sie gehen davon aus, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit von Interessenkonflikten gesehen hat und bewußt keine bzw. nur wenige Regelungen zu ihrer Begrenzung vorgesehen hat. Die Lösung der auftretenden Probleme wird allgemein in einer vorausgesetzten Integrität der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder und Geheimhal-

⁴ Dies ist der Fall z. B. in den folgenden Unternehmen: BMW AG, Bosch GmbH, BASF AG, Siemens AG, Bayer AG, Hoechst AG.

⁵ *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2. Auflage 1984.

tungsverpflichtungen gesehen. Vorgeschlagen werden auch spezielle Inkompatibilitätsregelungen⁶ sowie eine Abgrenzung der verschiedenen Pflichten- (Interessen-)Kreise, um so geradezu begrifflich eine „Kollision“ auszuschließen⁷. Erörtert werden auch Stimmrechtsverbote betroffener Aufsichtsratsmitglieder sowie Ausschluß von der Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen⁸.

Tatsächlich beruhen diese Vorschläge möglicherweise auf einigen Annahmen, die so nicht oder nicht mehr zutreffen.

1. Es ist dies z. B. die „freie Verfügbarkeit“ von Aufsichtsratsmitgliedern, die es den Unternehmen ermöglichen soll, bei ihrer Auswahl „Kollisionsfälle“ zu vermeiden. Tatsächlich ist diese freie Verfügbarkeit, wie die zahlreichen Mehrfachmandate zeigen, nicht gegeben. Mit zunehmender Konzentration der Wirtschaft wird sich in dieser Hinsicht die Situation noch deutlich verschlechtern. Das gilt jedenfalls insoweit, als die Vorstandsmitglieder derartiger Großunternehmen, die sich auf vielfältigen wirtschaftlichen Gebieten betätigen, ein entsprechend großes Interessenkonfliktpotential aufweisen, sollten sie als Aufsichtsratsmitglied in einem nicht konzernverbundenen Unternehmen tätig werden.

2. Die Geheimhaltungspflichten, die zumal für die einzelnen Gruppierungen im Aufsichtsrat in unterschiedlicher Weise gelten⁹, sind in einem zwanzigköpfigen Aufsichtsrat ungeeignet, um Konfliktfälle, die durch Weitergabe von Informationen entstehen können, zu vermeiden.

3. Letztlich entscheidend ist aber das tatsächliche Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat: Der Aufsichtsrat ist in aller Regel in hohem Maße angewiesen auf die Informationsinitiative des Vorstands, die in entscheidendem Maße geprägt ist von der vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem Aufsichtsrat. Die Eigeninitiative des Aufsichtsrats zur Informationsbeschaffung ist aus mehreren Gründen beschränkt. Dazu gehören die zu starke Arbeitsbelastung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder, aber auch die Größe des Gremiums (dazu näher unten).

Dieses Vertrauen wird nicht geschaffen durch „Integritätsbeschwörungen“ oder durch rechtstheoretische Pflichtenabgrenzung zur begrifflichen Vermeidung von Kollisionsfällen, sondern durch das gemeinsame Bewußtsein einer weitgehenden Interessengleichheit. Entscheidend ist deshalb nicht eine definierte, sondern eine natürliche Interessengleichheit.

⁶ Lutter, ZHR 145 (1981), S. 234 ff.

⁷ Werner, ZHR 145 (1981), S. 25 ff.

⁸ Hanau in Hanau/Ulmer, MitbestG (1981), § 26, Rdn. 25 für Arbeitnehmervertreter während des Arbeitskampfes.

⁹ § 394 AktG; vergl. Schmidt-Assmann / Peter Ulmer, Betriebsberater, Beilage 13 zu Heft 27/1988.

V. Beispiele von Interessenkonflikten

Relevante Interessenkonflikte bestehen dann, wenn Aufsichtsrat oder Vorstand Grund haben zu der Annahme, daß ein Mitglied des Aufsichtsrats in einer bestimmten Frage Interessen verfolgt, die mit dem Unternehmensinteresse nicht vereinbar sind. „Relevant“ ist ein derartiger Konflikt nicht etwa deshalb, weil sich an sein Vorhandensein bestimmte Rechtsfolgen knüpfen (in den allermeisten Fällen ist dies nicht der Fall), sondern deshalb, weil er die vertrauensvolle Zusammenarbeit im Aufsichtsrat sowie zwischen Aufsichtsrat und Vorstand beeinträchtigt.

1. Vertreter von Großunternehmen in Großunternehmen

Das Verhalten und die Leistung eines Unternehmens lassen sich in weitem Umfang individuell und insoweit „kollisionsfrei“ beurteilen und damit beaufsichtigen. Anders sieht es allerdings häufig aus, wenn es um Marktstrukturen geht.

Zu denken ist hier insbesondere an den Erwerb von Gesellschaften im Zuge einer zunehmenden Konzentration und Diversifikation. In diesen Fällen treffen sich die Interessen nicht nur in den traditionellen Märkten der Unternehmen, sondern in zusätzlichen Bereichen, die, soweit Marktstrukturen betroffen sind, auch den Lebensnerv von Unternehmen treffen können. Die Kollisionsbereiche multiplizieren sich, ohne häufig im einzelnen offenzuliegen oder nachweisbar zu sein. Das Problem taucht besonders auf bei Vertretern von Großunternehmen in Großunternehmen, also der typischen Aufsichtsratsstruktur. Besonders betroffen sind in diesem Rahmen auch die Vertreter der Banken, insbesondere soweit sie mit der Vermittlung von Unternehmenskäufen und -verkäufen betraut sind.

Diese Kollisionsfälle sind nicht mit „Integritätsappellen“, „Verschwiegenheitspflichten“ oder „Pflichtabgrenzung“ zu lösen. In der Praxis werden diese und andere Kollisionsfälle dann eben auch so gelöst, daß der Aufsichtsrat in den betreffenden Fragen erst zu einem sehr späten Zeitpunkt informiert wird. Für die Erteilung von Ratschlägen ist da nur noch wenig Raum.

Mit Interessenkonflikten besonderer Art befaßt sich das Kartellrecht: Besteht „Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats, des Vorstands oder eines sonstigen, zur Geschäftsführung berufenen Organs von Unternehmen“, so wird dies als Zusammenschluß betrachtet. Nach der im Entwurf der 5. GWB-Novelle enthaltenen Nr. 6 des § 23, Abs. 2 GWB, wird ein Zusammenschluß auch bereits bei einem geringeren Umfang der Personengleichheit angenommen, soweit die Personengleichheit ausreicht, einen „wettbewerblich erheblichen Einfluß“ auf das andere Unternehmen ausüben zu können.

Der Kartellrechtsgesetzgeber geht davon aus (und betrachtet dies als gesellschaftsrechtlich zunächst einmal für zulässig), daß Aufsichtsratsmitglieder unter bestimmten Bedingungen nicht die Individualinteressen des Unternehmens, in dem sie Aufsichtsratsmitglied sind, wahrnehmen. Er geht vielmehr davon aus, daß sie entweder gemeinsame Interessen mehrerer Unternehmen oder Interessen eines anderen Unternehmens wahrnehmen. Es bleibt abzuwarten, ob diese neue Vorschrift geeignet ist, zu Lösungen der Interessenkonfliktproblematik etwas beizutragen. Unter anderem wird es darauf ankommen, welcher Umfang der Personengleichheit grundsätzlich, sozusagen per se, als kartellrechtlich unproblematisch angesehen werden kann.

2. Aufsichtsratsmandate in Konkurrenzunternehmen

Auch hier verschärft sich das Problem durch die zunehmende Konzentration und Diversifikation^{9a}. Zwar sind die Fälle inzwischen seltener geworden, in denen derselbe Vertreter eines Unternehmens oder der Gewerkschaften in direkt miteinander konkurrierenden Unternehmen als Aufsichtsratsmitglied dient. Nach wie vor häufig ist aber dieselbe Gewerkschaft bzw. dasselbe Unternehmen (meistens eine Bank) in derartigen Unternehmen vertreten.

Ein rechtliches Kollisionsproblem besteht in diesen Fällen zunächst einmal nicht, da das Aufsichtsratsmandat ein persönliches Mandat, und kein Unternehmens- oder Gewerkschaftsmandat ist.

Es muß allerdings bezweifelt werden, ob diese rechtstheoretische Erkenntnis in allen Fällen auch dem praktischen Verständnis entspricht. Das Kartellrecht¹⁰ scheint bereits in bestimmten Fällen von einer anderen Auffassung auszugehen. Auch ist es durchaus üblich, daß Unternehmen in ihrer Eigenschaft als Anteilseigner ab einer bestimmten prozentualen Beteiligung (in der Regel ab 10 %) ein Aufsichtsratsmandat beanspruchen.

Die Mandate der Gewerkschaftsvertreter sind ebenfalls kraft Gesetzes den Gewerkschaften¹¹ und nicht einzelnen Personen zugewiesen. Gleiches gilt für die Gebietskörperschaften¹².

^{9a} In seiner Entscheidung DB AG/MBB vom 17. 4. 1989 (S. 35) hat das BKartA zwischen den wichtigsten im Rüstungssektor tätigen Unternehmen „über die Vertretung in den Aufsichtsorganen eine Vielzahl personeller Verflechtungen festgestellt“. Der Bundesminister für Wirtschaft gab den an dem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen in seiner Entscheidung vom 6. 9. 1989 (S. 5) auf, „im Rahmen ihrer rechtlichen Möglichkeiten dafür zu sorgen, daß Angehörige ihrer Führungs- oder Aufsichtsorgane oder andere Leitende Angestellte in den Führungs- oder Aufsichtsorganen anderer Unternehmen nicht vertreten sind...“

¹⁰ Das Kartellrecht rechnet Aufsichtsratsmandate in bestimmten Fällen allerdings den Unternehmen zu (§ 23, Abs. 2, Nr. 4 u. 6 GWB).

¹¹ § 7, Absatz 2 MitbestG.

¹² Vergl. Anmerkung 9.

Schließlich werden im Konzernrecht die von der herrschenden Gesellschaft zu besetzenden Aufsichtsratsmandate durchaus als „Leitungsmandate“ des herrschenden Unternehmens begriffen.

All dies führt dazu, daß unabhängig davon, wie nun die rechtliche Einordnung der einzelnen Aufsichtsratsmandate zu erfolgen hat, sowohl die Öffentlichkeit als auch die Unternehmensleitung davon ausgehen müssen, in den einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrats auch Repräsentanten ihrer Unternehmen bzw. Organisation zu sehen.

Dies kann sich bewußt oder unbewußt auswirken auf Inhalt und Umfang der Berichterstattung von Unternehmen, in deren Aufsichtsräten Vertreter von Unternehmen oder Organisationen sitzen, die gleichzeitig in konkurrierenden Unternehmen vertreten sind. Diese beschränkte Berichterstattung ist kartellrechtlich zu begrüßen, unternehmenspolitisch verständlich, aber gesellschaftsrechtlich nicht immer unproblematisch. Auch hier besteht deshalb ein Bedarf nach neuen Lösungen.

Es gibt viele weitere Fälle von Interessenkollisionen, wie zum Beispiel das Verhalten von Gewerkschaften in Tarifauseinandersetzungen¹³, die Durchsetzung parteipolitischer Zielsetzungen im Wirtschaftsunternehmen^{13a} oder die mit der freien Mandatswahl der im Aufsichtsrat vertretenen Rechtsanwälte verbundenen möglichen Kollisionen.

Allen diesen Fällen ist eines gemeinsam: Mehr als irgendwelche rechtliche Positionen können sie das Vertrauensverhältnis innerhalb und zwischen den einzelnen Gremien belasten. Die Folge ist, daß Aufsicht und Beratung nicht immer in dem erwarteten Maße stattfinden bzw. stattfinden können. Da, wie gezeigt wurde, die möglichen Kollisionsbereiche sich eher vergrößern als verkleinern, muß der bisherige Lösungsansatz, nämlich die Kollisionsbereiche im wesentlichen bestehen zu lassen (oder „wegzudefinieren“) und durch Verhaltensregeln für die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder erträglich zu machen, neu überdacht werden.

Bevor hierzu einige Lösungsvorschläge gemacht werden, soll noch ein weiterer Gesichtspunkt erörtert werden, der auf die Tätigkeit und Effizienz des Aufsichtsrats einen entscheidenden Einfluß hat: Dies ist die Mitgliederzahl des Aufsichtsrats.

¹³ *Hanau* in *Hanau/Ulmer*, a. a. O., § 25, Rdn. 97 u. § 26, Rdn. 25.

^{13a} So gab das LG Hamburg dem Antrag der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz statt, den Energieminister von Schleswig-Holstein, *Günther Jansen*, aus dem Aufsichtsrat der Hamburgischen Electricitätswerke (HEW) auszuschließen. Der Grund war eine tiefgreifende, unlösbare Pflichtenkollision: Die HEW produzieren 79 % ihres Stroms aus Kernenergie. *Jansen* ist erklärter Kernkraftgegner (SZ vom 26. 9. 1989).

VI. Größe und Effizienz des Aufsichtsrats

Für die Festlegung der Anzahl der Mitglieder im Aufsichtsrat eines Großunternehmens war vor allem der Gedanke bestimmend, die verschiedenen Gruppierungen der Arbeitnehmervertreter in einem ausgewogenen Verhältnis zu beteiligen¹⁴. Weniger berücksichtigt wurden die direkten und indirekten Auswirkungen der Größe des Aufsichtsrats auf die Effizienz dieses Gremiums. Dies war politisch möglicherweise verständlich, da es im Zeitpunkt der Verabschiedung des Mitbestimmungsgesetzes in erster Linie um die Durchsetzung des Prinzips der Mitbestimmung ging. Nun, da dieses Prinzip sich im wesentlichen durchgesetzt hat, aber gleichzeitig öffentliche Kritik an der Effizienz von Aufsichtsräten geübt wird, ist es angebracht, einige Überlegungen anzustellen zur Auswirkung der Größe eines Aufsichtsrats auf dessen Effizienz.

1. Verantwortung

Verantwortung ist dort am größten, wo sie individualisiert ist. Rechtlich wird dies im Aufsichtsrat so erreicht, indem die Verantwortung des Organs (Kollektivverantwortung) durch eine Individualverantwortung ergänzt wird¹⁵. Aufgrund dieser rechtlichen Zuordnung der Verantwortung führt eine höhere Anzahl der Mitglieder im Aufsichtsrat zu einer größeren Anzahl von Individualverantwortungen und damit quantitativ zu einer „gesteigerten“ Gesamtverantwortung.

Ebenso wie bei der Bewertung einer „Gesamtschuld“ aber „Zahlungsfähigkeit“ und „Zahlungswilligkeit“ zu berücksichtigen sind, müssen bei der Bewertung der Gesamtverantwortung „Verantwortungsfähigkeit“ und „Verantwortungswilligkeit“ berücksichtigt werden. Die Erfahrung zeigt, daß in einem Gremium mit 20 Personen diese Qualifikationen unterschiedlich verteilt sind und daß ab einer bestimmten Größe eher eine Verantwortungsverwässerung eintritt. Die Praxis hat hieraus insoweit Konsequenzen gezogen, als Aufsichtsräte Ausschüsse und Präsidien bilden und in einigen Fällen zumindest tatsächlich Einfluß und Verantwortung weitgehend an den Vorsitzenden des Aufsichtsrats abtreten.

Nicht nur wird die Aufsicht und Beratung weitgehend auf den Aufsichtsratsvorsitzenden verlagert, er muß gleichzeitig als zusätzliche Aufgabe die Führung des Aufsichtsrats übernehmen. Unter diesen Voraussetzungen kann das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden als Nebenamt zumindest bei Unternehmen, die sich in einer schwierigen wirtschaftli-

¹⁴ Hanau in Hanau/Ulmer, a. a. O., § 7, Rdn. 6.

¹⁵ „... die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder haben für die sorgfältige Wahrnehmung der dem Gesamtaufsichtsrat zustehenden Überwachungs- und Entscheidungsfunktionen einzustehen.“ (Ulmer in Hanau/Ulmer, a. a. O., § 25, Rdn. 92 und Rdn. 119).

chen Lage befinden, nicht mehr wahrgenommen werden¹⁶. Die Gesamtverantwortung des Aufsichtsratsvorsitzenden wird tatsächlich zu einer weitgehenden Alleinverantwortung des Aufsichtsratsvorsitzenden.

Diese Selbsthilfemaßnahmen sollten begleitet werden durch gesetzliche Regelungen, die unter Effizienzgesichtspunkten die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder auf die Hälfte, nämlich zehn, beschränkt. Diese Beschränkung ist, wie noch gezeigt werden wird, auch unter anderen Gesichtspunkten zweckmäßig.

2. Beratung

Beratung des Aufsichtsrats ist sinnvoll in wichtigen unternehmenspolitischen Fragen. Diese Fragen bedürfen der eingehenden Erörterung, möglicherweise der wiederholten Diskussion. Das notwendigerweise formalisierte Verfahren in einem zwanzigköpfigen Aufsichtsrat eignet sich wenig für derartige Beratungen. Der Aufsichtsrat als Organ kann deshalb dieser Beratungsfunktion nicht gerecht werden; es kann auch dem Vorstand nicht zugemutet werden, daß er die Beratung in Anspruch nimmt¹⁷. In der Praxis wird auch hier häufig außerhalb von Aufsichtsratssitzungen der Rat einzelner Aufsichtsratsmitglieder gesucht.

3. Mitglieder

Die Gewinnung von Mitgliedern für einen zwanzigköpfigen Aufsichtsrat erweist sich insbesondere auch auf der Anteilseignerseite als schwierig. Angebot und Nachfrage stehen hier offenbar nicht in einem ausgewogenen Verhältnis, und so kommt es häufig vor, daß viele Aufsichtsratsmitglieder mehrere Mandate neben ihrer im allgemeinen wichtigen Haupttätigkeit wahrnehmen müssen.

Dies führt zu einer Arbeitsbelastung, die in vielen Fällen eine angemessene Wahrnehmung der Aufsichtsratsmandate nicht ermöglicht. Allein die Beschäftigung mit dem Aufsichtsrat in regelmäßigen Abständen vorgelegten Planungen¹⁸ eines Unternehmens würde das Studium mehrerer Tage erfordern. Ein Zeitaufwand, den das einzelne, vielbeschäftigte Aufsichtsratsmitglied in der Regel nicht aufbringen kann.

¹⁶ Beispiel ist auch hier die Co-op AG, in der *Hans Friedrichs* den Aufsichtsratsvorsitz verbunden zumindest mit einer vorübergehenden Vollbeschäftigung übernahm. Ein Beispiel in umgekehrter Richtung ist die Krupp GmbH. Hier hat der Sprecher des Vorstands der Deutschen Bank AG, *Herrhausen*, u. a. wegen zu großer zeitlicher Beanspruchung das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden abgelehnt.

¹⁷ Anders als die Berichtspflicht liegt die Inanspruchnahme von Beratung im Ermessen des Vorstands.

¹⁸ Dem Aufsichtsrat werden in der Regel vorgelegt: Langfristplanung, Jahresplanung, Sonderplanungen.

4. *Kosten*

Kein besonderer Gesichtspunkt der Effizienz des Aufsichtsrats sind zwar die Kosten. Bei den Überlegungen zur sinnvollen Größe des Aufsichtsrats darf aber ein entsprechender Hinweis nicht fehlen. Die Kosten setzen sich zusammen aus den Aufsichtsratsbezügen sowie den Aufwendungen für die Organisation und die Teilnahme an den Sitzungen. Ohne auf die Höhe dieser Kosten im einzelnen einzugehen, wäre deren Reduktion durch eine Verringerung der Mitgliedszahl im Aufsichtsrat zumindest für die betroffenen Unternehmen vorteilhaft.

VII. Zusammenfassung und Lösungsvorschläge

Wir haben gesehen, daß die Größe des Aufsichtsrats einen unmittelbaren Einfluß auf die Effizienz dieses Gremiums hat. Die Möglichkeit des Auftretens von Interessenkonflikten wird deutlich vergrößert.

1. *Verkleinerung des Aufsichtsrats zur Verringerung von Interessenkonflikten*

Das Bestehen von Konflikten ist im allgemeinen, abgesehen von definitorischen Schwierigkeiten, nicht immer erkennbar, es wird deshalb aber umso häufiger vermutet. Dadurch wird die vertrauensvolle Zusammenarbeit innerhalb des Aufsichtsrats sowie zwischen Aufsichtsrat und Vorstand beeinträchtigt. Verhaltensregeln für die einzelnen betroffenen Aufsichtsratsmitglieder sind nicht geeignet, die Konfliktfälle zu beseitigen, bzw. angemessen zu regeln; ebenso wenig sind es allgemeine Inkompatibilitätsregeln, da sie zunächst einmal die genaue und sicher immer umstrittene Definition des Interessenkonflikts sowie den Nachweis seines Vorliegens verlangen. Spezielle Inkompatibilitätsregeln, wie z. B.: „keine gleichzeitige Wahrnehmung von Mandaten in Konkurrenzunternehmen“, sind geeignet, in Einproduktunternehmen (z. B. Automobilunternehmen) die Konfliktfälle zu lösen. In einer zunehmend diversifizierten Wirtschaft ergeben sich aber wiederum die unüberwindbaren Definitionsprobleme, wie z. B.: reicht jede Konkurrenz, oder ist nur der Bereich betroffen, in dem das Schwergewicht der Tätigkeit liegt; welcher Bereich ist das, etc.

Eine adäquate Lösung bzw. Begrenzung der Konfliktfälle kann deshalb nur in Regelungen bestehen, die von vornherein die Möglichkeit von Konfliktfällen reduzieren. Hier bietet sich eine Halbierung der Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder im Aufsichtsrat von Großunternehmen an. Der Aufsichtsrat würde dann aus 5 Anteilseignervertretern und 5 Arbeitnehmervertretern bestehen. Eine denkbare Gruppenzuordnung innerhalb der Arbeitnehmervertreter wäre: 2 Arbeiter, 1 Angestellter,

1 Leitender Angestellter und 1 Gewerkschaftsvertreter. Die Aufteilung zwischen Arbeitern und Angestellten wird in Zukunft an Bedeutung verlieren, so daß diese Aufteilungsproblematik zu bewältigen sein sollte.

Reduziert werden durch die Verringerung der Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder zunächst in erster Linie die Konfliktfälle auf der Anteilseignerseite. Dies ist sachgerecht, da es in erster Linie darum geht, die „verdeckten“ Konfliktfälle zu reduzieren. Die erkennbaren, ja offen erklärten Interessenkonflikte, wie z. B. diejenigen der Gewerkschaften in Tarifaueinandersetzungen, können sachgerecht im Einzelfall gelöst werden.

2. Verkleinerung des Aufsichtsrats zur Effizienzsteigerung

Eine Reduzierung der Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrats wird sich positiv auswirken auf Aufsicht, Beratung und Verantwortung, also auf die allgemeine Effizienz des Aufsichtsrats.

Durch eine Reduzierung der üblichen vier Sitzungen pro Jahr¹⁹ auf zunächst z. B. drei Sitzungen könnte die Arbeitsbelastung der Aufsichtsratsmitglieder weiter begrenzt werden²⁰. Sinnvoll sind also organisatorische Maßnahmen zur besseren Wahrnehmung bestehender Rechte und Pflichten und nicht etwa, wie dies im Zusammenhang mit den Vorgängen bei der Co-op AG von betroffenen Aufsichtsratsmitgliedern gefordert wurde, eine Ausdehnung der Kontrollrechte des Aufsichtsrats²¹.

Zu vertreten ist eine Reduzierung der Anzahl der Aufsichtsratssitzungen u. a. auch deshalb, weil die öffentliche Berichterstattung über Unternehmen zunehmend formalisiert und inhaltlich gesetzlich geregelt wird. Zu denken ist hier an den ab 1990 erforderlichen Weltabschluß²² oder auch den für das Geschäftsjahr 1989 erstmals zu erstellenden Zwischenbericht²³. Diese Unterlagen werden zum Teil Angaben enthalten, die bisher nur in Aufsichtsratssitzungen mitgeteilt wurden, jetzt aber öffentlich verfügbar sind.

¹⁹ § 110. Abs. 2 AktG sieht lediglich zwei Pflichtsitzungen im Jahre vor.

²⁰ Gleichzeitig würde diese Aufwandsbegrenzung es Vertretern aus anderen Ländern der EG ermöglichen, in verstärktem Maße Aufsichtsratsmandate in deutschen Unternehmen wahrzunehmen. Dies wiederum führt zu einer verstärkten Integration des EG-Binnenmarkts sowie zu einer Verbreiterung der Rekrutierungsbasis für verantwortungsvolle und fähige Aufsichtsratsmitglieder.

²¹ Die Süddeutsche Zeitung vom 23. 3. 1989 berichtet, daß der ehemalige Aufsichtsratsvorsitzende der Co-op AG, *Veigel*, festgestellt habe, daß das rechtliche Instrumentarium auch bei größter Gewissenhaftigkeit des Aufsichtsrats nicht ausreiche, Unternehmensschiefungen rechtzeitig zu erkennen und abzuwenden. Der Gesetzgeber müsse daraus Konsequenzen ziehen.

²² § 23, Abs. 2 EGHGB: Für das nach dem 31. 12. 1989 beginnende Geschäftsjahr.

²³ §§ 53 ff BörsenzulassungsVO.

Vermögensveräußerungen einer abhängigen Aktiengesellschaft

Haftungsrisiken beim 'asset stripping'*

MARCUS LUTTER

I. Überblick

1. Das Geschehen

Es gibt im Wirtschaftsrecht kleine Anlässe mit großen Folgen: Hätte ITT gedacht, daß es mit der – aus seiner Sicht – „normalen“ Konzernumlage den Grundstein für das deutsche GmbH-Konzernrecht legen würde¹? Hätte der Vorstand der kleinen Hamburger Hafen- und Holz-AG wohl gehnt, daß er sich am Bau der Villa Holzmüller beteiligen würde²? Und konnte der Gesellschafter *Heidemann* wissen, daß er zwar mit seinen Autokränen Schiffbruch erleiden, dafür aber als Zimmermann des qualifizierten Konzerns in die Geschichte eingehen würde³? Auf der anderen Seite gibt es Fälle, die mit großem Getöse beginnen und versprechen, Rechtsgeschichte zu schreiben, dann aber wie ein Strohfeuer erlöschen. Dazu gehört das Verfahren Feldmühle Nobel AG, der einstigen Flick-Tochter: Die beiden Flick-Neffen hatten eine Sonderprüfung beantragt und waren mit diesem Begehren vom Amtsgericht Düsseldorf energisch abgewiesen worden⁴. Und damit gaben sie dieses Begehren ebenso auf wie ein laufendes Anfechtungsverfahren vor dem zuständigen Landgericht.

* Die Ausführungen beruhen zum Teil auf einer Anfrage aus der Praxis.

¹ BGHZ 65, 15 und dazu *Rehbinder*, ZGR 1976, 386; *Ulmer*, NJW 1976, 191; *Wiedemann*, JZ 1976, 392; *Stimpel*, AG 1986, 117; zuletzt *Lutter*, in: Hommelhoff u. a., Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, ZGR-Sonderheft 6, 1986, S. 192 ff.

² BGHZ 83, 122 und dazu *Martens*, ZHR 147 (1983), 377 ff. sowie *Lutter*, FS Stimpel, 1985, S. 825 ff. mit allen Nachw.

³ BGHZ 95, 330 und dazu u. a. *Lutter*, ZIP 1985, 1425; *Rehbinder*, AG 1986, 85; *Stimpel*, AG 1986, 117; *Ulmer*, AG 1986, 123; *Semler*, FS Goerdeler, 1987, S. 551, 571 ff.; *Wiedemann*, ZGR 1986, 656; *Assmann*, JZ 1986, 881 und 928.

⁴ ZIP 1988, 1970 und dazu *Hirte*, ZIP 1988, 953.

Zur Erörterung der eigentlichen Probleme ist es vor den Gerichten daher nicht gekommen.

Worum ging es?

Flick – genauer: Die Friedrich Flick KG – hatte im Dezember 1985 seine 100%ige Beteiligung an der Feldmühle Nobel AG zu 98 % an eine Tochtergesellschaft der Deutsche Bank AG (die „Alma-Beteiligungsgesellschaft mbH“) und zu 2 % an die Baden-Württembergische Bank AG verkauft und per 31. 12. 1985 / 01. 01. 1986 dinglich übereignet. Diesem Vorgang waren monatelange Verhandlungen vorausgegangen, die in einem Angebot der Friedrich Flick KG vom 28. 11. 1985 und deren Annahme durch die Deutsche Bank AG für die Erwerber am 17. 12. 1985 endeten. Zum Vermögen der Feldmühle Nobel AG gehörten industrielle Beteiligungen (Feldmühle AG, Dynamit Nobel AG und Buderus) und Finanz-Beteiligungen, vor allem eine solche an der US-Corporation Grace und eine 10%ige Beteiligung an der Daimler-Benz AG. Schon in den Verhandlungen mit Flick war festgelegt worden, daß diese Finanzbeteiligungen umgehend von der Feldmühle Nobel AG veräußert werden sollten, anschließend ein Rumpfgeschäftsjahr gebildet, der Sonderertrag aus der Veräußerung der Finanzbeteiligungen an die neuen Aktionäre (Alma und Treuhänderin Baden-Württembergische Bank) ausgeschüttet und die so „leichter“ gewordenen Aktien der Feldmühle Nobel AG an der Börse plaziert werden sollten.

Exakt so geschah es dann auch.

Die Flick-Neffen erwarben später Aktien der „geleichterten“ Feldmühle Nobel AG und warfen dem Vorstand in der nächsten Hauptversammlung der nunmehr in Streubesitz befindlichen AG am 15. 07. 1987 vor, Beteiligungsvermögen der AG auf Veranlassung der Deutschen Bank unter seinem wirtschaftlichen Wert veräußert, mithin verschleudert und die AG auf diese Weise geschädigt zu haben; sie beantragten daher eine Sonderprüfung und fochten verschiedene Beschlüsse der fraglichen Hauptversammlung an.

Der Vorstand der Feldmühle Nobel AG bestritt energisch jeden Gedanken an eine „Verschleuderung“ der Beteiligungen und bestritt darüber hinaus, zum Zeitpunkt der Veräußerungen (Grace am 05./10. 12. 1985; Daimler am 17./18. 12. 1985) ein von der Deutschen Bank abhängiges Unternehmen gewesen zu sein und auf deren Veranlassung gehandelt zu haben.

Damit endet das Geschehen. Ungeklärt blieb die Frage der angeblichen Veräußerungen „unter Wert“; ungeklärt blieben aber auch die Rechtsfragen. Und sie lauten u. a., also ohne jede Absicht, Vollständigkeit zu erreichen:

- (1) War die Feldmühle Nobel AG damals ein von der Deutschen Bank abhängiges Unternehmen?
- (2) War die Veräußerung durch die Deutsche Bank veranlaßt oder mitveranlaßt?
Wenn Mit-Veranlassung: Genügt das im Sinne der §§ 311 ff. AktG?
- (3) Unterstellt, die Beteiligungen seien unter Preis veräußert worden: Hat die Feldmühle Nobel AG dadurch einen Schaden erlitten, wo doch der ganze Differenzgewinn sofort an die Alleinaktionäre Alma und Baden-Württembergische Bank AG ausgeschüttet werden sollte und wurde?
- (4) Sollte auch das bejaht werden, hätte dann einer der „neuen“ Aktionäre diesen Schaden der Feldmühle Nobel AG nach §§ 309, 317, 318 AktG für diese geltend machen können?

2. Das Problem

Dieser soeben geschilderte Fall und seine Fragen wurden nicht entschieden. Er kann sich aber in ähnlicher Weise, wenn auch unter anderen Voraussetzungen wiederholen. Hier ging es um die durchaus nachvollziehbare Trennung einer AG von ihren „teuren“, aber wenig rentierlichen Finanzanlagen; ein anderes Mal mag es schlicht um „asset stripping“ gehen: Verkauf gerade der wichtigen unternehmerischen Töchter oder des wichtigen Grundbesitzes.

Vorgänge solcher Art sind in den USA heute an der Tagesordnung⁵: Die Übernahmepreise sind inzwischen so phantastisch⁶ und stehen oft so außerhalb jeden Verhältnisses zu den eigenen Ressourcen des Übernehmers, daß überhaupt nur durch den Verkauf von Teilen des Unternehmens (übrigens oft schon *vor* dem Take-over-Kampf mit den Erwerbern festgelegt) und der Ausschüttung des Verkaufserlöses an den Erwerber die Rückzahlung des Kredites möglich ist, der von ihm zur Bezahlung der im Rahmen des Übernahmeangebotes dann übernommenen Aktien aufgenommen worden war⁷.

Die obigen Rechtsfragen sind also unmittelbar verknüpft mit der Frage, wie sich das deutsche Aktienrecht – nur von ihm ist hier die Rede – zu Vorgängen dieser Art verhält.

⁵ Lutter/Wahlers, AG 1989, 1 ff.

⁶ Im Falle Nabisco hat das Übernahmeangebot sage und schreibe 24 Mrd. Dollar ausgemacht; vgl. Lutter/Wahlers, AG 1989, 2 (Fn. 17 u. 24).

⁷ Näher Lutter/Wahlers, aaO. – Auch hier wurde übrigens von der Deutschen Bank mit der Erwerberin die Veräußerung der Grace-Beteiligung schon *vor* dem Erwerb der Aktien von Flick festgelegt.

3. Strukturmaßnahmen

Nur am Rande sei erwähnt, daß in einer Aktiengesellschaft mit außenstehenden Aktionären eine Veräußerung von Gesellschaftsvermögen solchen Umfangs nie und nimmer durch den Vorstand oder die Verwaltung oder gar den Großaktionär allein veranlaßt und durchgeführt werden darf, sondern selbstverständlich als eine sog. *Strukturmaßnahme* der Zustimmung der Hauptversammlung der betreffenden AG mit satzungsändernder Mehrheit bedarf⁸. Hält sich die Verwaltung nicht daran, so kann jeder Aktionär auf Unterlassung klagen. Und das gilt naturgemäß auch, wenn die Verwaltung dieses Vorhaben in Einzelschritten verwirklicht, die je für sich den Charakter einer Strukturmaßnahme nicht erreichen: Es kommt dann auf eine zeitliche und gegenständliche Gesamtbetrachtung an⁹.

II. Die Feldmühle Nobel AG ein damals von der Deutschen Bank abhängiges Unternehmen?

1. Überblick

Die Feldmühle Nobel AG (damals noch eine KGaA) gehörte zu 100 % der Friedrich Flick KG, deren einziger Vermögensgegenstand sie war; diese ihrerseits gehörte praktisch zu 100 % dem persönlich haftenden Gesellschafter *Dr. F. K. Flick* (Dr. F.). In der Feldmühle Nobel AG und nicht etwa in der Friedrich Flick KG waren mithin die gesamten industriellen und unternehmerischen Beteiligungen von Dr. F. zusammengefaßt, nicht also in der KG. Dr. F. selbst hatte noch erhebliches, aber rein „privates“, also nicht-unternehmerisches Vermögen.

Damit ist bereits die Frage problematisch, ob die AG überhaupt von der KG bzw. Dr. F. persönlich im Sinne von § 17 AktG *abhängig* war. Und es ist weiter problematisch, ob sie *statt dessen* oder *auch* von der Deutschen Bank abhängig war; denn diese hatte das ihr von der KG gemachte Angebot auf Übernahme der Aktien durch ihre Tochter erst *nach* dem Verkauf von Grace und *gleichzeitig* mit der Veräußerung der Daimler-Beteiligung angenommen; und dinglich gingen die Aktien überhaupt erst auf ihre Tochter über, als Grace und Daimler längst veräußert waren. Die Deutsche Bank war also im Zeitpunkt der Ver-

⁸ BGHZ 83, 122 (Holzmüller) und dazu Lutter, FS Stimpel, 1985, S. 825 ff.; ders., ZHR 151 (1987), 444, 452 ff. sowie ders., FS Fleck, 1988, S. 169 ff. je mit weiteren Nachw.; vgl. auch Martens, aaO. (oben Fn. 2).

⁹ Vgl. die Nachw. in Fn. 8 und die gleichen Überlegungen zur sog. verdeckten Sacheinlage (gegenständliche Gesamtbetrachtung und zeitliche Erstreckung, vgl. Lutter, Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl., § 66 Rdn. 31 ff. sowie Lutter, FS Stiefel, 1987, S. 505 ff.).

käufe noch nicht (mittelbarer) Inhaber der Mitgliedschaften (Aktien) an der Feldmühle Nobel AG.

Selbstverständlich handelte der Vorstand dieser AG nicht aus eigener Initiative, sondern auf den gemeinsamen „Wunsch“ von Dr. F. und dem Vorstand der Deutschen Bank hin. Aber das mag ggf. für § 117 AktG relevant sein; die Befolgung dieses „Wunsches“ für sich begründet aber gewiß noch nicht das Merkmal der Abhängigkeit im Sinne von § 17 AktG.

2. Abhängigkeit von der Flick KG?

a) Die Feldmühle Nobel AG ist gewiß ein *Unternehmen*; und sie war damals dem bestimmenden Einfluß des Alleinaktionärs Flick KG ebenso gewiß ausgesetzt. Aber der Abhängigkeitsbegriff des AktG ist verknüpft mit dem Begriff des *herrschenden Unternehmens*: Abhängig ist man im Sinne von § 17 AktG nur von einem herrschenden Unternehmen¹⁰. Und damit geht es um die Frage, ob die Flick KG im Sinne dieser Norm „Unternehmen“ war. Die Frage mag merkwürdig genug erscheinen: Wieso soll eine im Handelsregister eingetragene und einige Milliarden DM „reiche“ KG nicht Unternehmen sein?¹¹ Tatsächlich aber ist der Begriff des Unternehmens vom Gesetzgeber des AktG „erfunden“ worden, um den „unternehmerischen Aktionär“ vom „Privataktionär“ zu trennen¹². Hinter diesen Begriffen verbirgt sich – übrigens unstrittig – der Gedanke, daß man bei „normalen“ Aktionären davon ausgehen kann, daß sie „ihre“ Gesellschaft in jeder Hinsicht und aus ganz naheliegenden egoistischen Gründen uneingeschränkt fördern, das Interesse am Wohlergehen der AG mit den Interessen aller ihrer Aktionäre also identisch ist¹³. Hat hingegen ein Aktionär noch weitere unternehmerische Interessen außerhalb der AG, ist er also im einfachsten Fall noch an einem anderen Unternehmen maßgeblich beteiligt, dann muß man fürchten, daß er das eine Unternehmen zugunsten des anderen benachteiligt: Die Vermutung einheitlicher und gemeinsamer Interessen aller Gesellschafter in der betreffenden AG besteht dann nicht mehr, die betreffende AG und ihre etwaigen anderen Aktionäre sind „gefährdet“¹⁴.

¹⁰ Näher dazu *Koppensteiner*, Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl., § 17 Rdn. 17 ff. und *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Komm. z. AktG, 1973, § 17 Rdn. 18 ff.

¹¹ Vgl. *Zöllner*, Zum Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. AktG, ZGR 1976, 1 ff.

¹² *Zöllner*, aaO., S. 7 ff.; *Koppensteiner*, Kölner Komm. z. AktG (Fn. 10), § 15 Rdn. 7 ff. und *Geßler*, aaO. (Fn. 10), § 15 Rdn. 17 ff.; vgl. auch *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, 3. Aufl. 1989, § 2 III, S. 44 ff.

¹³ Begründung zum RegE. des AktG 65 und Ausschußbericht zu §§ 20, 21 AktG bei *Kropff*, AktG 1965, S. 39 ff. und S. 373 f.

¹⁴ *Lutter*, NJW 1973, 113 ff.

b) Über diese Struktur des Abhängigkeitsbegriffs besteht Einigkeit¹⁵. Und es besteht daher auch weitgehend Einigkeit, daß in diese Vorstellung die „reine“ (Zwischen-) Holding wenig paßt¹⁶: Sie ist von der funktionalen Betrachtung her so „ungefährlich“ wie der „Privataktionär“; denn sie hat keine anderen unternehmerischen Interessen als die Beteiligung in eben dieser einen AG.

Bei der Auslegung kommt es mithin entscheidend darauf an, ob man dem formalen Aspekt unternehmerischer Organisation folgt – und dieses Merkmal wäre dann bei der Flick KG fraglos erfüllt – oder aber der funktionalen Betrachtung, die dann zu einer entsprechenden *Restriktion* des Begriffes hier, hingegen zu einer *Erweiterung* beim unorganisierten Privataktionär mit seinerseits mehrfacher Beteiligung führen muß¹⁷.

Für die letztere Betrachtung sprechen viele gute Argumente. Das Gesetz hat nicht jeden Mehrheitsaktionär zum „herrschenden Unternehmen“ erklärt; und es hat das bewußt getan, u. a. um die betroffene AG bei offenbar konfliktfreien Lagen von zusätzlichen Lasten (insbesondere § 312 AktG: Abhängigkeitsbericht) freizustellen. Es hat die AG und ihre anderen Aktionäre aber auch nicht schutzlos gestellt: Immerhin ist § 117 AktG auf Fälle reiner Mehrheitsherrschaft zugeschnitten.

c) Trotz dieser Systematik und ihrer im Grundsatz richtigen Abfolge sollte man auch die „eindimensionale“ Holding als Unternehmen im Sinne von §§ 15 ff. AktG verstehen, und zwar aus mehreren Gründen:

Zum einen muß man gerade auf solche Konstruktionen § 71 d Satz 2 AktG mit seinem Verbot wechselseitiger Beteiligungen anwenden; dort aber ist im Gesetzestext gerade vom „herrschenden“ und „abhängigen“ Unternehmen die Rede¹⁸. *Darüber hinaus* aber kann eine solche Holding jederzeit eigene Aktivitäten entfalten oder eine kleine andere Beteiligung hinzuerwerben und würde dadurch ständig vom „Unternehmen“ zum „Nicht-Unternehmen“ oszillieren; das wäre im Hinblick auf die Stabilität der gesetzlichen Ordnung eine besonders unangebrachte Rechtsfolge. *Und schließlich* vermittelt die Holding hier über die Feldmühle Nobel AG, die ihrerseits Unternehmen mit vielen Beteiligungsgesellschaften war (und ist), auch (mittelbaren) Einfluß auf diese vielen Enkel-Gesellschaften.

¹⁵ *Gefler* und *Koppensteiner*, wie Fn. 10 und Fn. 12 je mit weiteren Nachw.

¹⁶ *Koppensteiner*, Kölner Komm. (Fn. 10), § 15 Rdn. 35; *Wiedemann/Martens*, AG 1976, 197, 201.

¹⁷ Beispiel aus früherer Zeit: Quandt persönlich als Aktionär von BMW und IWKA; dazu *Koppensteiner*, Kölner Komm. (Fn. 10), § 15 Rdn. 32 mit weiteren Nachw.

¹⁸ Näher *Lutter*, Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl., § 71 d Rdn. 8 ff.; *ders.*, ZHR 151 (1987), 444, 452.

Auch die „eindimensionale“ Holding ist daher als Unternehmen anzusehen¹⁹. Damit war die Feldmühle Nobel AG ein von der Flick KG abhängiges Unternehmen.

3. Abhängigkeit von Dr. F. persönlich?

Damit ist aber noch nicht entschieden, ob die Feldmühle Nobel AG nicht auch ein von Dr. F. persönlich abhängiges Unternehmen war. Würde etwa Siemens seine Beteiligung an Osram über eine „reine“ Zwischenholding halten, so wären diese und Siemens Unternehmen im Sinne von § 17 AktG; und da auch der mittelbare Einfluß nach dem ausdrücklichen Wortlaut von § 17 AktG ausreicht und Siemens selbst vielfach anderweitig engagiert ist, wäre in einer solchen Konstruktion Osram ein von Siemens abhängiges Unternehmen.

Auch hier steht damit die Unternehmenseigenschaft, diesmal die von Dr. F., zur Diskussion. Folgt man, wie es hier geschehen ist, im Grundsatz der funktionalen Argumentation, so kommt es auf die rechtliche Befindlichkeit von Dr. F. persönlich nicht an, nicht also auf die Frage, ob er seine übrigen Verhältnisse irgendwie handelsrechtlich o. ä. organisiert hatte. Entscheidend allein ist die Frage, ob er *persönlich mehrfach unternehmerisch engagiert* war, also insbesondere weiteren unternehmerischen Besitz neben seiner Beteiligung in der KG hatte. Und das war – bis auf eine hier nicht interessierende, weil „schlafende“ GmbH mit einem Stammkapital von DM 50 000,-, offenbar nicht der Fall. „Private“ Güter aber hat jedermann – mehr oder minder. Das hat auch das Gesetz im Unternehmensbegriff gesehen. Diese privaten Güter sind also nicht „konfliktträchtig“. Da also Dr. F. all seine industriellen und unternehmerischen Interessen über die KG in der Feldmühle Nobel AG konzentriert hatte, kann auch er persönlich *nicht* als „Unternehmen“ im Sinne von § 17 AktG angesehen werden²⁰.

4. Abhängigkeit von der Deutschen Bank?

a) Damit bleibt die Frage, wie die Deutsche Bank als „künftige“ mittelbare Inhaberin (praktisch) aller Aktien der Feldmühle Nobel AG im *damaligen Zeitpunkt* zu beurteilen ist, also als am 5. Dezember die

¹⁹ Ebenso *Gesler*, aaO. (Fn. 10), § 15 Rdn. 31 u. 32; *Emmerich/Sonnenschein*, aaO. (Fn. 12), § 2 III, 2. d), S. 49; *Ruwe*, AG 1980, 21; *ders.*, DB 1988, 2037, 2041; a. A. BGH AG 1980, 342; OLG Saarbrücken, AG 1980, 26; *Koppensteiner*, Kölner Komm. (Fn. 10), § 15 Rdn. 35 mit weiteren Nachw.

²⁰ Im Ergebnis h. M.; vgl. BGHZ 19, 334, 337 (VEBA-Gelsenberg) und dazu *Lutter/Timm*, BB 1978, 836 sowie *Emmerich/Sonnenschein* (Fn. 12), § 2 III, S. 44 ff.; *Koppensteiner*, Kölner Komm. (Fn. 10), § 15 Rdn. 30 ff.; *Zöllner*, ZGR 1976, 1 ff. und AG 1978, 40.

Grace-Beteiligung und am 17. Dezember die Daimler-Aktien veräußert wurden, während die Feldmühle Nobel-Aktien erst am 18. Dezember schuldrechtlich und am 31. Dezember dinglich erworben wurden. Hier nun geht es überhaupt nicht um die Frage, ob die Deutsche Bank Unternehmen war und ist; darüber lohnt es nicht zu reden. Entscheidend ist vielmehr, ob die Deutsche Bank in bezug auf die Feldmühle Nobel AG damals schon, also zum Zeitpunkt der Veräußerung der Grace- und Daimler-Beteiligungen (mittelbar) *herrschendes* Unternehmen war.

Es sieht so aus, als lohne es sich auch darüber nicht, viel zu reden. Denn fraglos war die Deutsche Bank damals, also zu Zeiten der Veräußerung der fraglichen Finanzbeteiligungen durch den Vorstand der Feldmühle Nobel AG, weder unmittelbar noch mittelbar Inhaberin der Mitgliedschaften, konnte *damals* also ihren Einfluß (noch) nicht auf dem für (Allein-)Aktionäre typischen Weg der Stimmrechtsausübung geltend machen. Auch hat sich inzwischen die zunächst umstrittene Auffassung²¹ durchgesetzt, daß wirtschaftlicher Einfluß allein keine „Abhängigkeit“ im Sinne von § 17 AktG begründen kann. Die Diskussion hat sich sogar auf die Aussage hin verdichtet, daß mit „Herrschaft“ im Sinne des § 17 AktG überhaupt nur der durch Mitgliedschaft vermittelte Einfluß gemeint sei²². Folgt man dem, so kann von der Deutschen Bank als einem „herrschenden“ Unternehmen in bezug auf die Feldmühle Nobel AG *damals* nicht die Rede sein²³.

b) Man sollte dennoch die Überlegungen hier nicht vorzeitig abbrechen; denn es wäre für den „Herrschafter“ gar zu einfach, die mit der Herrschaft verbundenen Lasten im rechten Moment abzuschütteln oder erst nach den entscheidenden Maßnahmen aufzunehmen²⁴. Der damalige Vorstand der Feldmühle Nobel AG wäre ja von sich aus nicht im Traume auf den Gedanken gekommen, die Beteiligungen an Grace und Daimler zu veräußern. Sein bisheriger „Chef“ Dr. F. hat dieses Projekt zwar ausdrücklich mitgetragen, wollte es aber *für sich* – aus welchen

²¹ Zum einstigen Stand der Diskussionen vgl. einerseits *Dierdorf*, Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage, 1978, und *H. Werner*, Der aktienrechtliche Abhängigkeitstatbestand, 1979, andererseits *Ulmer*, ZGR 1978, 457 ff. und *Kohler*, NJW 1978, 2473, 2476 ff.

²² BGHZ 90, 381 = WM 1984, 625, 628; *Koppensteiner*, Kölner Komm. (Fn. 10), § 17 Rdn. 50 und *Krieger*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4 (Aktiengesellschaft), 1988, § 68 Rdn. 40 je mit allen Nachw.

²³ *Nach* dem 01. 01. 1986 war die Deutsche Bank ganz fraglos (mittelbar) herrschendes Unternehmen; und das ist von allen Beteiligten auch so gesehen und in einem Abhängigkeitsbericht der Feldmühle Nobel AG bzgl. des Rumpfgeschäftsjahres 1986 zum Ausdruck gebracht worden.

²⁴ Wie es hier ja auch tatsächlich geschah – ob im Hinblick auf § 17 AktG oder aus anderen Erwägungen, sei ganz dahingestellt.

Überlegungen auch immer – nicht. Die Deutsche Bank aber konnte die Aktien wohl aus steuerlichen Gründen überhaupt erst zum 31.12./01.01. dinglich erwerben, war aber doch und natürlich und völlig unbestritten der spiritus rector des ganzen Vorganges.

Solche Situationen sind dem Gesellschaftsrecht aus anderen Bereichen durchaus vertraut. Man denke nur an den künftigen Aktionär im Zusammenhang mit der verdeckten Sacheinlage²⁵, an verbotene Leistungen an den ehemaligen oder künftigen Aktionär oder das Darlehen eines künftigen Aktionärs²⁶.

Damit stellt sich die Frage, ob der *künftige „Herrschafter“* gleich einem existenten „Herrschafter“ zu behandeln ist. Das ist tatsächlich jedenfalls dann anzunehmen, wenn sich die Voraussetzungen der Herrschaft so konkret abzeichnen, daß sich ein „normaler“ und „vernünftiger“ Vorstand darauf einstellt, – so, wie er sich dem herrschenden Unternehmen in Kenntnis von dessen Machtmitteln gegenüber einstellt, und so wie es schließlich auch hier war. Noch einmal: Der Vorstand der Feldmühle Nobel AG wäre von sich aus niemals auf den Gedanken gekommen, diese Beteiligungen zu veräußern; das Konzept ist von der Deutschen Bank erarbeitet worden; und der Vorstand wußte, daß die Deutsche Bank selbst oder durch eine Tochtergesellschaft alle Aktien übernehmen wird, wenn der Startschuß zur Veräußerung gegeben wird: Dann gab es kein Zurück mehr. Nachdem der Vorstand der Feldmühle Nobel AG den definitiven „Wunsch“ zur Veräußerung der Aktien von Grace und Daimler erhalten hatte, war ihm spätestens klar, daß die Deutsche Bank das Ruder übernommen hatte, und zwar auf dem Hintergrund *künftiger* und dann fraglos *mitgliedschaftlicher Herrschaft*. Und weshalb sollte man die Zeit vom 05.12. bis zum 31.12.1985 als Nicht-Herrschaft, die nach dem 01.01.1986 – als alles das, was die Deutsche Bank entwickelt hatte, bereits erledigt war – als Herrschaft ansehen? Weshalb also sollte man diese Zeit von 2 Wochen vor Annahme der Offerte und von 4 Wochen vor dem dinglichen Übergang der Aktien von der Flick KG auf die Alma (Deutsche Bank) nicht bereits sub specie der *bevorstehenden mitgliedschaftlichen Herrschaft* betrachten? Der potentielle Konflikt am 05./10.12.1985 ist identisch mit dem am 01.01.1986. Und es liegt in der Tendenz der §§311 ff. AktG, den mit ihnen intendierten Schutz der abhängigen AG auf die Zeit der faktischen, wenn auch noch nicht mitgliedschaftlich vermittelten Herrschaft vorzuziehen²⁷.

²⁵ Lutter, Kölner Komm. (Fn. 9), § 54 Rdn. 52 und § 66 Rdn. 31 ff.

²⁶ Lutter, Kölner Komm. (Fn. 9), § 57 Rdn. 40 und Rdn. 98.

²⁷ Ausgehend von seinem weiten Herrschaftsbegriff bejaht Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff (oben Fn. 10), § 17 Rdn. 59 „tatsächliche Verhältnisse“ als Grundlage der Beherrschung; aber auch die sehr viel engere Ansicht von Koppensheimer

Die Deutsche Bank war also schon zu Beginn der „Verkaufsaktion“ herrschendes Unternehmen im Sinne der §§ 17, 311 ff. AktG.

5. Mehrfache Abhängigkeit?

Nach den bisherigen Feststellungen ist die Feldmühle Nobel AG damals ein abhängiges Unternehmen sowohl von der Flick KG als auch von der Deutschen Bank AG gewesen. Das aber erscheint auf den ersten Blick problematisch. Denn Abhängigkeit von mehreren Unternehmen ist zwar durchaus möglich und anerkannt, betrifft aber (nur) den Fall der Koordination (koordinierten Herrschaft) unter den herrschenden Unternehmen²⁸. Die Frage, ob es in Ausnahmefällen nicht auch mehrfache Herrschaft ohne besondere Koordination geben kann, ist theoretisch gewiß interessant, bedarf hier aber keiner Vertiefung. Denn die angesprochene Koordination unter den beiden Herrschafteuren lag durchaus vor: Die Deutsche Bank hatte eine Option auf die Feldmühle Nobel-Aktien und hat aus dieser Position heraus auch nachdrücklich agiert; die Flick KG aber war durch die Option gebunden, hatte die Veräußerungspläne der Deutschen Bank mit getragen und deren Handeln toleriert, mithin ersichtlich mit der Deutschen Bank kooperiert. Sie war dazu aber auch nach den getroffenen schuldrechtlichen Abreden verpflichtet: Hätte sie das Handeln der Deutschen Bank mit den ihr noch zur Verfügung stehenden gesellschaftsrechtlichen Mitteln zu verhindern versucht, so hätte sie mindestens ihre vorvertraglichen Pflichten aufgrund der Option, wenn nicht gar – nach Annahme des Angebotes durch die Deutsche Bank – ihre Vertragspflichten aus dem Aktienverkauf positiv verletzt. Kurz: Die Kooperation bestand und war sogar schuldrechtlich abgesichert.

III. Veranlassung im Sinne von § 311 AktG

Die zweite Frage nach der Veranlassung ist mit den obigen Ausführungen fast schon beantwortet. Denn der Plan zur Veräußerung ist von der Deutschen Bank entwickelt, auf ihren Wink hin in Gang gesetzt und von einigen ihrer Vorstandsmitglieder auch in den Verhandlungen mit den Käufern begleitet worden. Daß dies alles damals auch mitgetragen wurde vom – noch – formellen Gesellschafter Dr. F., ist hier von untergeordneter Bedeutung: Ohne das Startzeichen der Deutschen Bank

(Kölner Komm., § 17 Rdn. 54) bejaht „psychologische Sonderumstände“ offenbar dann als Herrschaftsmittel, wenn dieser Einfluß „sicher“ ist: Das aber war hier gewiß der Fall.

²⁸ BGHZ 62, 193, 196 ff.; 74, 359, 360; *Koppensteiner*, Kölner Komm. (Fn. 10), § 17 Rdn. 70 ff. und *Krieger* (Fn. 22), § 68 Rdn. 50 ff. je mit umfassenden Nachw.

hätte weder der Vorstand der AG gehandelt noch Dr. F. Das aber genügt für das Merkmal der Veranlassung im Sinne von § 311 AktG²⁹.

IV. Schaden der AG

Unvergleichlich viel schwieriger als die soeben angesprochene zweite ist die dritte Frage zu beantworten: Hat die Feldmühle Nobel AG im Sinne von § 317 AktG einen Schaden erlitten, selbst wenn sie zunächst einen Schaden erlitten hat³⁰? Anders gewendet: Nimmt man einmal an, der Verkauf einer oder aller Finanzbeteiligungen sei tatsächlich unter Wert erfolgt, so bleibt doch der Einwand zu bedenken, der Mehrertrag wäre an die Deutsche Bank bzw. ihre Tochtergesellschaft gewiß auch ausgeschüttet worden, so daß nicht etwa die Feldmühle Nobel AG, sondern allenfalls die Deutsche Bank selbst als (mittelbare) Aktionärin geschädigt worden sei.

1. Unternehmerisches Beurteilungsermessen des veranlaßten Vorstands

Diese Überlegungen wollen nicht näher auf die Frage eingehen, was in diesem Zusammenhang genau „Nachteil“ der AG im Sinne von § 311 AktG, was ihr „Schaden“ im Sinne von § 317 AktG ist. Wohl aber ist es von Gewicht, zu prüfen, ob dem veranlaßten Vorstand für die Festlegung des Kaufpreises der Finanzbeteiligungen ein unternehmerisches Beurteilungsermessen zukommt so, wie es im *allgemeinen* Handeln des Vorstands und vor allem beim Verkauf von Gegenständen ohne einen Marktpreis ganz selbstverständlich ist³¹. Man muß das annehmen. Denn die Veranlassung als solche wird vom Gesetz ja gerade nicht verboten oder gar diskriminiert; sie ist erlaubt. Nur, wo sie im Ergebnis vom vergleichbaren Geschäft eines sorgfältig handelnden unabhängigen Vorstands ohne solchen Einfluß negativ abweicht, ist sie nachteilig bzw. schädigend³². Das Gesetz verlangt vom Vorstand einer abhängigen nicht mehr als vom Vorstand einer unabhängigen Aktiengesellschaft, arg. § 317 II AktG; es will keine Sonderleistungen vom abhängigen Vorstand, sondern ein pflichtgemäßes Normalverhalten; das aber gibt dem unter-

²⁹ Vgl. *Koppensteiner*, Kölner Komm. (Fn. 10), § 311 Rdn. 8 u. 10 ff. sowie *Kropff*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff (oben Fn. 10), § 311 Rdn. 90 u. 95 ff.

³⁰ Das „Weniger“ in der Kasse der Feldmühle Nobel AG gegenüber dem „Mehr“ ist zunächst einmal gewiß ein Schaden im „natürlichen“ Sinne: Aber auch im Sinne von § 317 AktG?

³¹ Vgl. *Lutter*, FS Stiefel, 1987, S. 505, 528 f. sowie *ders.*, Kölner Komm. (Fn. 10), § 57 Rdn. 16 ff.; vgl. weiter *Mertens*, Kölner Komm. (2. Aufl.), § 76 Rdn. 10 und § 93 Rdn. 29.

³² *Koppensteiner*, Kölner Komm. (Fn. 10), § 311 Rdn. 33 ff. und *Kropff*, aaO., § 311 Rdn. 158.

nehmerisch unabhängigen Vorstand naturgemäß einen nicht unerheblichen Spielraum.

2. Schaden

Angenommen nun, die weiten Grenzen dieses Spielraums seien hier überschritten, die Veräußerungen aus Gründen der Zeit o. ä. überhastet und, wie man jetzt weiß, deswegen nachteilig getätigt: Ist es dann *noch immer* ein Schaden der AG? Zunächst war es unter dieser Prämisse gewiß ein Nachteil der AG; sie hätte – das Faktum unterstellt – mehr Geld in ihre Kasse bekommen. Und das ist stets der klarste und einfachste Nachteil für eine natürliche oder auch juristische Person.

Fraglich ist also unter der hier angenommenen Prämisse nicht der „Grund“-Nachteil, fraglich ist vielmehr, ob dieser Nachteil (und der auf ihm beruhende Schaden des § 317 AktG) nicht später entfallen ist.

Zwei denkbare Einwände des herrschenden Unternehmens Deutsche Bank sind zu berücksichtigen:

- (1) Die AG stünde im jetzigen Zeitpunkt auch nicht besser da, wenn ihr ein höherer Kaufpreis zugeflossen wäre, da dieser zusammen mit den übrigen Gewinnen an die damaligen Aktionäre ausgeschüttet worden wäre.
- (2) Das herrschende Unternehmen bzw. seine Tochtergesellschaft hätte aber auch mit der AG einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag nach den §§ 291, 293 ff. AktG abschließen können; in diesem Fall hätte man als herrschendes Unternehmen kraft des Weisungsrechts aus § 308 AktG die abhängige AG zum ungünstigen Verkauf anweisen können, ohne zum Ausgleich der Nachteile daraus verpflichtet gewesen zu sein.

a) Beide möglichen Einwände des herrschenden Unternehmens, also sowohl die hypothetische Dividendenzahlung wie die hypothetische Weisung im hypothetischen Organschaftsvertrag, weisen darauf hin, daß derselbe Schaden des abhängigen Unternehmens auch in anderer Weise hätte eintreten bzw. hätte herbeigeführt werden können. Dieser Aspekt hat Rechtsprechung und Literatur zum Recht des Schadens und seines Ersatzes vielfach beschäftigt, ist früher unter dem Stichwort der „überholenden Kausalität“ behandelt worden und wird heute überwiegend unter dem Gesichtspunkt der „hypothetischen Ursachen“ bzw. der „Reserveursachen“ erörtert³³.

³³ Eingehend dazu *Lange*, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 1 „Schadensersatz“, Tübingen 1979, § 4, S. 110 ff.; *Staudinger-Medicus*, 11. Aufl., § 249 BGB Rdn. 98 ff.; *Münchener Kommentar-Grunsky*, 2. Aufl., vor § 249 BGB Rdn. 78 ff.; *Soergel-Mertens*, Komm. zum BGB, 11. Aufl. 1986, Vor § 249 Rdn. 152 ff.

Unter diesem Stichwort werden durchaus unterschiedliche Fälle angesprochen, die sich jedoch in homogenen Fallgruppen zusammenfassen lassen. Von Bedeutung ist dabei vor allem die Frage, auf welche Weise bzw. durch wen veranlaßt der Schaden auch noch hätte eintreten können, wäre er nicht bereits eingetreten. Dabei kommen vor allem drei Varianten in Betracht:

- (1) Der Schaden wäre ohne Eingriff einer dritten Person auch entstanden (der beschädigte Pkw wäre später auf jeden Fall durch Hochwasser zerstört worden, das verletzte Bein hätte später als Raucherbein sowieso amputiert werden müssen);
- (2) der Schaden wäre durch eine dritte Person ausgelöst (der beschädigte Pkw wäre unweigerlich in eine von X veranlaßte Massenkarambolage verwickelt worden) oder
- (3) gar vom Geschädigten selbst herbeigeführt worden (der Geschädigte hatte das beschädigte Bild bereits zum Verbrennen vor den Kamin gelegt).

Keine dieser drei Fallgestaltungen ist hier angesprochen. Aber: Es gibt darüber hinaus noch Fälle, in denen der – wie hier – rechtswidrig Schädigende den gleichen Erfolg (Schaden) auch durch *rechtmäßiges Tun* hätte herbeiführen können (sog. rechtmäßiges Alternativverhalten). Diese vierte und letzte Fallgruppe wird hier von den möglichen Einwänden des herrschenden Unternehmens angesprochen und bedarf allein der Erörterung.

b) Ob ein solcher Hinweis auf eine gleiche Folge, veranlaßt durch ein völlig legales anderes Verhalten, beachtet werden muß, ist vielfach umstritten. Die Ansichten reichen von der allgemeinen Bejahung³⁴ über die ebenso allgemeine Ablehnung³⁵ bis zur Differenzierung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm³⁶. Dieser letzten Auffassung ist zu folgen, da sie dem Normenkonflikt durch Differenzierung gerecht wird und die den Schadensersatz stipulierende Vorschrift als Schutznorm ins Zentrum der Überlegung rückt. Eine schematische Freistellung bzw. Nicht-Freistellung von der an sich vorgesehenen Ersatzpflicht wird auf diese Weise vermieden.

³⁴ So vor allem *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 59 ff.; *Gotzler*, Rechtmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang, 1977, passim; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, 6. Aufl., § 33 III, 2.; Münchener Kommentar-*Grunsky*, vor § 249 BGB Rdn. 90 ff.

³⁵ So vor allem *Fikentscher*, Schuldrecht, 7. Aufl., § 55 VI, 4.

³⁶ So BGHZ 96, 157, 173 mit umfangreichen Nachw. und BAG NJW 1984, 2846, 2847 sowie *Lange*, aaO. (Fn. 33), § 4 XII, 5; *Staudinger-Medicus*, aaO. (Fn. 33), § 249 BGB Rdn. 111; *Soergel-Mertens*, aaO. (Fn. 33), Vor § 249 BGB Rdn. 160 ff.

aa) Die §§ 311 ff., 317 AktG sind geradezu klassische Vorschriften zum (mittelbaren) Schutz der Gläubiger einer abhängigen Aktiengesellschaft³⁷. Gerade die §§ 311 und 317 AktG haben die Aufgabe, alle etwaigen ungünstigen Rechtsgeschäfte der abhängigen AG, die später nur schwer aufgedeckt werden können, möglichst zu vermeiden und jedenfalls spätestens bis zum Ende des Geschäftsjahres auszugleichen. Diesem Schutzzweck zugunsten der mittelbar geschützten Gläubiger würde ein *real* abgeschlossener Unternehmensvertrag mit seiner anderen, aber nicht minder wirksamen Form des Gläubigerschutzes (Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG) durchaus gerecht, *nicht aber ein nur gedachter Unternehmensvertrag*. Denn für den Gläubiger der abhängigen AG ist es durchaus etwas anderes, ob die abhängige AG tatsächlich unter dem Schutz des § 302 AktG steht und von dem herrschenden Unternehmen den Ausgleich jeden Bilanzverlustes verlangen kann, oder ob das so gerade nicht gilt. Ein herrschendes Unternehmen kann daher die mit einem Beherrschungsvertrag verbundenen „Privilegien“ nur in Anspruch nehmen, wenn es einen solchen Vertrag auch abschließt und die damit verbundenen Rechtsnachteile auf sich nimmt. Es kann sich hingegen nicht später, wenn sich gezeigt hat, daß eine veranlaßte Maßnahme nachteilig war, auf die bloße Möglichkeit zum Vertragsabschluß berufen, um sich den Rechtspflichten aus der *real* gegebenen Situation zu entziehen. Daher bestimmt das Gesetz in § 294 AktG auch, daß ein Organschaftsvertrag nur wirksam wird mit seiner Eintragung im Handelsregister. Auch das zeigt, daß die Vorteile eines solchen Unternehmensvertrages nur beansprucht werden können, wenn sein Bestehen auch nach außen dokumentiert ist.

bb) Gleiche Überlegungen gelten für den Hinweis auf die sonst erfolgte Ausschüttung. Auch dieser Einwand zielt darauf ab, ein Verhalten aufzuzeigen, das auf rechtmäßige Art und Weise zu den gleichen Erfolgen geführt hätte. Aber auch hier steht der Schutzgedanke der Norm einer Berücksichtigung entgegen. Denn wenn ein höherer Ertrag erzielt worden wäre, wäre die Differenz zunächst einmal in das Vermögen der AG gelangt; der Schaden bei der AG wäre gerade nicht entstanden. Freilich wäre später (wahrscheinlich) die Dividende an den Alleinaktionär höher ausgefallen. Dieser Aspekt führt aber nicht dazu, daß ein Schaden der AG entfallen würde. Denn es ist allein Sache der Gesellschaft und ihrer für die jeweilige Maßnahme zuständigen Organe, wie sie mit ihrem Vermögen verfährt³⁸.

³⁷ Unstr., vgl. nur BGHZ 69, 335, 336 f.; Aml. Begr. zum AktG 65 bei Kropff, AktG 1965, S. 373 und 407; Würdinger, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl., § 72 I.

³⁸ Zutr. weist Grunsky (Münchener Kommentar), Rdn. 85 vor § 249 BGB darauf hin, daß die Frage, wie der Geschädigte mit dem Mehrerlös umgegangen wäre, zu seiner

Insbesondere ist es vollkommen üblich, daß eine AG Überschüsse an ihre Aktionäre ausschüttet. Das soll aber nicht zur Folge haben, daß damit der Schädiger entlastet wird. Daher gilt das gleiche auch dann, wenn in der AG das vom Gesetz für Ausschüttungen vorgesehene Verfahren (§§ 172, 174, 58 AktG) nicht eingehalten wurde. Wäre es anders, so könnte auf diese Weise praktisch jeder Fall einer verbotenen offenen oder verdeckten Gewinnausschüttung in den Rang des Rechtmäßigen erhoben, das Verbot der §§ 57, 58, 62 AktG beliebig unterlaufen werden allein mit dem Argument, daß die AG wohlhabend genug war, um die Ausschüttung auch korrekt und offen vorzunehmen. Eine solche Betrachtung entspricht nicht dem Gesetz^{39, 40}. Außerdem könnte eine ertragreiche AG, die stets ihren gesamten Bilanzgewinn an ihre Aktionäre ausschüttet, bei einer solchen Argumentation überhaupt nicht geschädigt werden. Denn nach der Verteilung des Bilanzgewinns stünde sie immer genau so da, wie sie auch ohne das schädigende Ereignis stehen würde. Und das gleiche würde für jede AG gelten, die einen Gewinnabführungsvertrag nach den §§ 291 ff. AktG wirksam geschlossen hat und mithin stets ihren gesamten Gewinn an den Vertragspartner abzuführen hat.

Daraus erhellt, daß es von Rechts wegen dem Schädiger nicht zugute kommen kann, wie die geschädigte abhängige AG ihre Vermögensobjekte und Erträge verwendet hätte.

3. Verzicht der AG auf den Anspruch gegen das herrschende Unternehmen?

Der somit aus § 317 I AktG begründete Anspruch gegen das Unternehmen Deutsche Bank – unterstellt, die Beteiligungen seien wirklich unter Wert veräußert worden – könnte schließlich durch einen Verzicht des Vorstands der abhängigen AG auf diesen Anspruch erloschen sein. Ein solcher Verzicht aber ist nur sehr eingeschränkt überhaupt zulässig. Wie die §§ 317 IV, 309 III AktG zeigen, kann die geschädigte AG erst nach Ablauf von drei Jahren seit Entstehen des Anspruchs und dann auch nur auf ihn verzichten, wenn ein Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre gefaßt wird.

für die Schadensersatzpflicht irrelevanten Privatsphäre gehört. Ebenso auch *Mertens*, Kölner Komm., 2. Aufl., § 93 AktG Rdn. 25.

³⁹ Das zeigt auch § 62 II 1 AktG, wonach die Rückgewährpflicht einer unzulässigen Ausschüttung nur entfällt, wenn die Ausschüttung als Gewinn bezogen wurde und der Aktionär nicht wußte, daß er zum Bezug nicht berechtigt war.

⁴⁰ Vgl. *Lutter*, Kölner Komm. (oben Fn. 10), § 57 Rdn. 5 und 14 sowie § 62 Rdn. 17 ff. und *Hefermehl/Bungeroth*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* (oben Fn. 10), § 57 Rdn. 4 u. 10 sowie § 62 Rdn. 9 ff. je mit allen Nachw.

V. Geltendmachung der Ansprüche durch jetzige Aktionäre der Feldmühle Nobel AG

Damit bleibt noch als letzte und vierte Frage zu erörtern, ob die jetzigen Aktionäre der AG die oben festgestellten Ansprüche für die AG geltend machen können.

1. Zur Geltendmachung berechtigte Personen

Ein Schadensersatzanspruch der abhängigen AG gegen das herrschende Unternehmen aus § 317 AktG kann von drei Personengruppen für die AG geltend gemacht werden, nämlich vom Vorstand der AG selbst – denn es sind Ansprüche der AG –, von jedem einzelnen ihrer Aktionäre (§ 317 IV in Verbindung mit § 309 IV AktG) sowie von jedem Gläubiger der AG, der bei ihr keine Befriedigung seiner Ansprüche findet. Hier geht es nur um die Geltendmachung der Ansprüche von einzelnen der jetzigen Aktionäre einer abhängigen AG.

2. Ausschluß der Klagebefugnis wegen Kenntnis vom Verkauf der Beteiligungen

a) Gegen die vom Gesetz den Aktionären der geschädigten AG zunächst fraglos gewährte Prozeßstandschaft/Klagebefugnis für die AG und zur Leistung an sie könnte eingewandt werden, daß eine Geltendmachung dieses Anspruchs gerade durch die Aktionäre im vorliegenden Fall *trennwidrig* wäre, weil sie beim Erwerb der Aktien wußten, daß die fraglichen Beteiligungen aus dem Vermögen der AG bereits ausgeschieden waren⁴¹.

Diese Offenlegung führt aber nur dazu, daß kaufvertragliche Ansprüche, etwa geschützt durch culpa in contrahendo, gegen den Veräußerer der Aktien (die Deutsche Bank bzw. ihre Tochtergesellschaft) ausscheiden. Nur in diesem Vertragsverhältnis entfallen aufgrund der ordnungsgemäßen Unterrichtung der Aktionäre etwaige Ansprüche. Rechtspositionen der AG werden von dieser Vereinbarung nicht betroffen und können, wie schon § 309 III AktG zeigt, auch gar nicht betroffen werden. Nur ein Anspruch dieser Gesellschaft wird aber von den Aktionären nach § 309 IV AktG geltend gemacht; eigene Ansprüche werden hiermit nicht verfolgt. Daher müssen sich die Aktionäre auch nicht entgegenhalten lassen, daß sie um den Verkauf der Beteiligungen wußten.

⁴¹ Insoweit waren die im Verkaufsprospekt (Börsenprospekt) für die Aktien der Feldmühle Nobel AG (neu) gegebenen Informationen klar und korrekt.