

**Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen  
Analyse des Rechts**

---

**Band 5**

**Die Entstehung des  
qualifizierten faktischen Konzerns**

**Von**

**Dr. Barbara Deilmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**BARBARA DEILMANN**

**Die Entstehung des  
qualifizierten faktischen Konzerns**

# **Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts**

herausgegeben von

**Heinz Grosseckler, Münster · Bernhard Großfeld, Münster  
Klaus J. Hopt, Bern · Christian Kirchner, Hannover  
Dieter Rückle, Wien · Reinhard H. Schmidt, Trier**

**Band 5**

# **Die Entstehung des qualifizierten faktischen Konzerns**

**Von**

**Dr. Barbara Deilmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Deilmann, Barbara:**

Die Entstehung des qualifizierten faktischen Konzerns / von  
Barbara Deilmann. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1990

(Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts;  
Bd. 5)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1988

ISBN 3-428-06804-1

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Druckerei Gerike GmbH, Berlin 36

Printed in Germany

ISSN 0935-5065

ISBN 3-428-06804-1

## **Vorwort**

Die hier veröffentlichte Arbeit lag im Wintersemester 1988/89 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation vor. Sie entstand während meiner Tätigkeit am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht.

Angeregt und betreut hat die Arbeit der Direktor des Instituts, Herr Professor Dr. Bernhard Großfeld. Dafür möchte ich ihm an dieser Stelle besonders danken. Ihm und Herrn Professor Dr. Dieter Rückle, als den Herausgebern, danke ich für Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe.

Münster, im November 1989

*Barbara Deilmann*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	13
<b>Erster Teil</b>	
<i>1. Kapitel</i>	
<b>Geschichte des Konzerns</b>	
A. Aktienkonzern	15
I. Tatsächliche Entwicklung	15
1. Aktiengesellschaft	15
2. Entstehung von Aktienkonzernen	16
II. Rechtliche Entwicklung	19
1. Vor 1930	19
2. 1930 bis 1937	25
3. 1937 bis 1965	27
B. GmbH-Konzern	29
I. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	29
II. GmbH-Konzern	30
1. Bis 1937	30
2. Entwurf eines GmbH-Gesetzes 1940 / 1941	31
3. Überlegungen nach 1965	32
4. Teilreform 1980	34
<i>2. Kapitel</i>	
<b>Gesetzliche Regelungen</b>	
A. Aktienkonzern	35
I. Konzernbegriff	35
II. Konzernformen	37
1. Unternehmensvertrag	37
a) Abschluß	37
b) Änderung, Aufhebung und Kündigung	39
c) Befugnisse der herrschenden Gesellschaft	40
d) Schadensersatz- und Verlustübernahmeansprüche der abhängigen Gesellschaft	41
e) Ausgleichs- und Abfindungsansprüche der außenstehenden Aktionäre	41
aa) Angemessener Ausgleich	42
bb) Angemessene Abfindung	44
f) Beendigung	45

2. Eingliederungskonzern .....	46
3. Faktischer Konzern .....	47
a) Schranken des Einflusses .....	48
b) Abhängigkeitsbericht .....	49
aa) Inhalt .....	49
bb) Prüfung .....	50
c) Ersatzansprüche der abhängigen Gesellschaft .....	51
aa) § 317 AktG .....	51
bb) § 318 AktG .....	52
d) Ersatzansprüche der Aktionäre .....	53
B. GmbH-Konzern .....	53
I. Konzernbegriff .....	53
II. GmbH-Gesetz als Rechtsquelle .....	53
III. Andere Rechtsquellen .....	54
1. Unternehmensvertrag .....	54
a) Aktiengesetz .....	54
b) Körperschaftssteuer- und Mitbestimmungsrecht .....	55
c) Analogie zum Aktiengesetz .....	55
2. Faktischer Konzern .....	56
a) Aktiengesetz .....	56
b) Analogie zum Aktiengesetz .....	57

### 3. Kapitel

#### Begriff

A. Einheitlich für AG und GmbH? .....	58
B. Nachhaltige Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft .....	59
C. Führung der abhängigen Gesellschaft als Betriebsabteilung .....	62
D. Ausgleichssystem der §§ 311 ff. AktG außer Funktion .....	63
E. Fallgruppen .....	65
F. Handlungs- oder Zustandshaftung, eine Definitionsfrage? .....	68

### 4. Kapitel

#### Probleme

A. Aktienkonzern .....	70
I. Schutz der Aktionäre und Gläubiger .....	70
II. Doppelmandat .....	71
III. Prozessuale Aspekte .....	74
IV. Zusammenfassung .....	74

B. GmbH-Konzern .....	74
I. Die „andere“ Struktur der GmbH .....	74
II. Schutz der Gesellschafter .....	75
III. Schutz der Gläubiger .....	76
IV. Zusammenfassung .....	76

*5. Kapitel*

**Einordnung**

A. Faktischer Konzern .....	78
I. Faktischer Aktienkonzern .....	78
II. Faktischer GmbH-Konzern .....	81
III. Zusammenfassung .....	82
B. Qualifizierter faktischer Konzern .....	82
I. Qualifizierter faktischer Aktienkonzern .....	82
II. Qualifizierter faktischer GmbH-Konzern .....	86

Zweiter Teil

*1. Kapitel*

**Aktienkonzern**

A. Konzernbildungs- und / oder Konzernleitungskontrolle .....	89
B. Konzernbildungskontrolle .....	93
I. Beteiligungserwerb .....	93
1. Mitteilungspflicht .....	93
a) Gemäß §§ 20, 21 AktG .....	93
b) Gesellschaftssatzung .....	95
c) Auf Grund der Treuepflicht .....	95
2. Satzung .....	97
II. Besetzung der Organe .....	98
1. Stimmrechtsausschluß .....	98
2. Aufsichtsrat .....	100
a) § 100 Abs. 2 S. 2 AktG .....	100
b) Der Unabhängige .....	100
aa) Vereinbarkeit mit dem Gesetz .....	101
bb) Realisierbarkeit .....	103
cc) Tatsächliche Möglichkeiten .....	104
dd) Auswahl des Unabhängigen .....	105
ee) Verhaltensanforderungen .....	106
ff) Fazit .....	106
c) Doppelmandat .....	107

aa) Aufsichtsratsmandat in der herrschenden und der abhängigen Gesellschaft .....	107
bb) Vorstandsmandat in der herrschenden und Aufsichtsratsmandat in der abhängigen Gesellschaft .....	108
cc) Zusammenfassung .....	108
3. Vorstand .....	108
a) Der Unabhängige .....	109
b) Doppelmandat .....	109
aa) Aufsichtsratsmandat in der herrschenden und Vorstandsmandat in der abhängigen Gesellschaft .....	109
bb) Vorstandsmandat in der herrschenden und der abhängigen Gesellschaft .....	110
cc) Zusammenfassung .....	112
III. Abschlußprüfer .....	113
1. Abhängigkeitsbericht .....	113
2. Jahresabschluß .....	114
3. Lagebericht .....	115
4. Wirksamkeit .....	116
5. Eignung als Kontrollinstrument .....	116
IV. Abwehrklage der Minderheitsaktionäre .....	118
1. Gegen die abhängige Gesellschaft .....	118
2. Gegen die herrschende Gesellschaft .....	119
V. Schlußbetrachtung .....	120
C. Konzernleitungskontrolle .....	121
I. Anwendbarkeit des § 311 AktG .....	121
II. Anwendbarkeit des § 317 AktG .....	122
III. Analogie zum Vertragskonzern .....	125
1. Zustands- oder Handlungshaftung? .....	125
2. Verlustausgleichspflicht .....	127
a) Allgemein .....	127
b) Zur Analogie im Einzelnen .....	129
aa) Konkludenter Vertragsabschluß .....	129
bb) Anspruch auf Vertragsabschluß .....	129
cc) Rechtsfolgenanalogie .....	130
3. Sicherheitsleistung .....	130
4. Ausgleichs- und Abfindungsanspruch .....	131
IV. Organhandeln .....	133
1. Pflichtgemäßes Organhandeln .....	133
2. Doppelmandat .....	134
a) Allgemein .....	134
b) Stimmverbot .....	134
V. Schlußbetrachtung .....	137

## 2. Kapitel

**GmbH-Konzern**

A. Konzernbildungskontrolle .....	138
I. Satzung .....	138
II. Beteiligungserwerb .....	139
1. Mitteilungspflicht .....	139
2. Wettbewerbsverbot .....	139
III. Pflicht zum Unterlassen der Konzernierung .....	142
IV. Besetzung der Organe .....	143
1. Stimmrechtsausschluß .....	143
2. Auswahl der Geschäftsführer .....	144
V. Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gesellschafter .....	145
VI. Abschlußprüfer .....	146
VII. Schlußbetrachtung .....	147
B. Konzernleitungskontrolle .....	147
I. Gesellschaftliche Treuepflicht .....	147
1. Schädigungsverbot .....	148
2. Stimmrechtsausübung .....	149
a) Stimmverbot gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG .....	149
b) Treuepflicht .....	151
II. Erhaltung des Stammkapitals .....	151
III. § 43 GmbHG analog .....	152
IV. Durchgriffshaftung .....	154
V. Analogie zum Aktienkonzernrecht .....	157
1. §§ 311, 317 AktG analog .....	157
2. Analogie zum Vertragskonzern .....	157
a) Zustands- oder Handlungshaftung .....	158
b) Verlustausgleichspflicht .....	160
c) Sicherheitsleistung .....	162
aa) Allgemein .....	162
bb) Einmann-GmbH .....	163
d) Beschränkt auf die Höhe des Stammkapitals? .....	164
e) Ausgleichs- und Abfindungsanspruch .....	166
VI. Organhandeln .....	168
1. Pflichtgemäße Geschäftsführung .....	168
2. Doppelmandat .....	169
VII. Schlußbetrachtung .....	169
<b>Nachwort</b> .....	170
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	172
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	179



## Einleitung

Das Konzernrecht ist in den letzten Jahren in den Mittelpunkt des Interesses gerückt. Während der Vertragskonzern eine weithin befriedigende Regelung im Aktiengesetz von 1965 gefunden hat, bleiben für den faktischen Konzern viele Fragen offen. Dies gilt besonders bei steigendem Verflechtungsgrad. Die engste Verflechtung zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft ist der qualifizierte faktische Konzern. Der qualifizierte faktische oder auch durchgeführte faktische Konzern ist in den letzten Jahren heftig und kontrovers diskutiert worden. Ihm soll hier für das Aktien- und GmbH-Recht etwas näher gekommen werden.

Der qualifizierte faktische Konzern ist durch weitgehende Einflußmöglichkeiten der herrschenden Gesellschaft auf die beherrschte Gesellschaft gekennzeichnet. Das kann soweit gehen, daß die Interessen der abhängigen Gesellschaft unberücksichtigt bleiben; allein die Interessen des Konzerns bestimmen die Geschäftstätigkeiten der abhängigen Gesellschaft. Eine solche „Konzernpolitik“ zieht erhebliche wirtschaftliche Risiken für die Gläubiger und die Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft nach sich. So besteht die Gefahr, daß durch die Verlagerung von „Unternehmenswerten“ von der beherrschten zur herrschenden Gesellschaft die Gläubiger Sicherheiten für ihre Forderungen verlieren. Damit erhöht sich die Gefahr für sie, mit ihren Forderungen auszufallen.

Zudem führt der Verlust von „Unternehmenswerten“ zu einer Verringerung des Wertes der Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft und zu einer Schmälerung der Dividenden. Zu den wirtschaftlichen Folgen kommt für die Minderheitsgesellschafter (-aktionäre) noch ein weitgehender Verlust an Einfluß auf die Gesellschaft hinzu.

Der rechtliche Schutz vor diesen Nachteilen einer qualifizierten faktischen Konzernierung ist gering. Sofern es sich um die Verflechtung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung handelt, fehlen gesetzliche Vorschriften gänzlich. Im Aktiengesetz finden sich nur einige Vorschriften über den faktischen Konzern (§§ 311-318 AktG). Es ist aber zweifelhaft, ob diese Regelungen ausreichend sind, um den besonderen Gefahren bei der Entstehung eines qualifizierten faktischen Konzerns entgegenzuwirken.

Eine grundsätzliche Klärung der Probleme durch höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt. In der Literatur werden eine Reihe von — teilweise konträren — Lösungsvorschlägen angeboten. Insgesamt sind die mit dem qualifizierten faktischen Konzern einhergehenden Probleme als noch weitgehend ungeklärt zu

bezeichnen. Dies beginnt bereits mit der Definition des qualifizierten faktischen Konzerns. Die Definitionen unterscheiden sich in nicht unerheblichem Maße voneinander. Einige Autoren umschreiben den qualifizierten faktischen Konzern mit einer Vielzahl von Merkmalen, was zwar ein ungefähres Bild zu vermitteln mag, jedoch als Anknüpfungspunkt für Rechtsfolgen sehr problematisch ist.

Die oben aufgezeigten Gefahren für Gläubiger und Aktionäre / Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft beruhen nicht auf konkreten, für die abhängige Gesellschaft nachteiligen Weisungen der Konzernleitung. Vielmehr kann schon die Entstehung des qualifizierten faktischen Konzerns wegen der daraus resultierenden umfassenden Weisungsmacht der Konzernspitze zur Entrechtung der abhängigen Gesellschaft führen und damit zu einer Gefährdung der Betroffenen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Bildung eines qualifizierten faktischen Konzerns rechtlich zulässig ist, ob schon seiner Entstehung entgegengewirkt werden muß. Ist die Verhinderung des qualifizierten faktischen Konzerns aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht angezeigt, so schließt sich die Frage an, wie Aktionäre / Gesellschafter und Gläubiger im bestehenden qualifizierten faktischen Konzern zu schützen sind.

Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung weisen große Unterschiede in der Gesellschaftsstruktur auf. Diese Unterschiede legen es nahe, die oben aufgeworfenen Fragen für jede Gesellschaftsform gesondert zu erörtern. Zu beachten ist, daß die herrschende Gesellschaft und die abhängige Gesellschaft unterschiedlichen Gesellschaftsformen angehören können. So kann die herrschende Gesellschaft eine Aktiengesellschaft und die beherrschte eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung sein. Im Mittelpunkt steht der Schutz der Interessen der Aktionäre / Gesellschafter und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft. Der Konzern wird daher im folgenden je nach der Rechtsform der abhängigen Gesellschaft als Aktien- oder GmbH-Konzern bezeichnet.

## Erster Teil

### 1. Kapitel

## Geschichte des Konzerns

### A. Aktienkonzern

#### I. Tatsächliche Entwicklung

##### 1. Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaften sind, wenn man von den Vorläufern in den privilegierten Handelskompanien absieht<sup>1</sup>, Kinder des 19. Jahrhunderts.<sup>2</sup> Unter dem Einfluß des technischen Fortschritts vollzog sich die Entwicklung vom handwerklichen zum Industriebetrieb. Die vorhandenen Gesellschaftsformen der Einzelfirma, der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft waren den Anforderungen, die dieser Hochkapitalismus an sie stellte, nicht gewachsen.

Das für den Bau von Eisenbahnen oder Bergwerken erforderliche Kapital konnte nur von vielen Personen aufgebracht werden. Als geeignete Form erschien eine Gesellschaft, deren Kapital in kleine, leicht übertragbare Anteile zerfiel und bei der das Risiko der Anteilseigner auf den Betrag ihrer Einlage beschränkt war.<sup>3</sup> Diese Voraussetzungen erfüllte die Aktiengesellschaft.<sup>4</sup>

Kodifiziert wurde diese Gesellschaftsform in Deutschland zunächst durch die Gesetzgebung der Einzelstaaten.<sup>5</sup> Eine eingehende Regelung brachte das, mit der Gründung des Norddeutschen Bundes<sup>6</sup> zu gemeinem Recht gewordene, ADHGB in den Art. 207 bis 248.<sup>7</sup> Das ADHGB sah für Aktiengesellschaften den Konzessionszwang vor.<sup>8</sup> Hieraus erklärt sich die ruhige Entwicklung bis

---

<sup>1</sup> Vgl. zu den „Vorläufern“ *Lehmann*, S. 42 ff.; *Renaud*, S. 21 ff.; *Großfeld*, Aktiengesellschaft im 19. Jahrhundert, 236.

<sup>2</sup> *Rasch*, S. 1; *Würdinger*, § 3 I 1, S. 13; *Henn*, S. 1.

<sup>3</sup> *Rasch*, S. 1.; so auch *Coing*, *Ius Commune VII* (1978), 160, 168.

<sup>4</sup> Vgl. *Bösselmann*, *passim*.

<sup>5</sup> Das erste allgemeine Aktiengesetz ist das preußische Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 9. 11. 1843; vgl. dazu *Preußische Gesetzes-Sammlung 1843*, S. 341.

<sup>6</sup> Das ADHGB wurde auch von den Ländern Baden, Hessen, Württemberg und Bayern übernommen; vgl. *Litthauer*, S. 1.

<sup>7</sup> Gesetz vom 5. Juni 1869, abgedruckt im BGBl. des Norddeutschen Bundes von 1869, S. 379