

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 67

**Die Kompetenz zur Bildung von
Gewinnrücklagen im Aktienkonzern**

**Eine Untersuchung unter Einschluß
methodologischer und rechtshistorischer Aspekte**

Von

Dr. Reinhard Kohl



Duncker & Humblot · Berlin

REINHARD KOHL

**Die Kompetenz zur Bildung von
Gewinnrücklagen im Aktienkonzern**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 67

Die Kompetenz zur Bildung von Gewinnrücklagen im Aktienkonzern

**Eine Untersuchung unter Einschluß
methodologischer und rechtshistorischer Aspekte**

Von

Dr. Reinhard Kohl



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Kohl, Reinhard:

Die Kompetenz zur Bildung von Gewinnrücklagen im
Aktienkonzern: eine Untersuchung unter Einschluß
methodologischer und rechtshistorischer Aspekte / von
Reinhard Kohl. – Berlin: Duncker und Humblot, 1991
(Schriften zum Wirtschaftsrecht; Bd. 67)

Zugl.: Hagen, Fernuniv., Diss., 1990

ISBN 3-428-07059-3

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 3-428-07059-3

Dem Andenken meines Vaters

Vorwort

Die vorliegende Arbeit verdankt ihre Entstehung meiner Beschäftigung mit konzernrechtlichen Fragestellungen am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmens- und Wirtschaftsrecht von Herrn Prof. Dr. Peter Raisch an der FernUniversität in Hagen. Sie hat dem Fachbereich Rechtswissenschaft dort im Wintersemester 1989/90 als Dissertation vorgelegen. Im Rahmen ihrer Fragestellung erwies es sich - sollte die Argumentation vollständig sein - als unerlässlich, auf Fragen der juristischen Methodik wie auf solche der Aktienrechtsgeschichte näher einzugehen. Gleichwohl versteht sich die Arbeit nicht als Beitrag zu diesen Gebieten, die Anderen Entscheidendes verdanken. Sollten sich aus den betreffenden Kapiteln dem Leser trotzdem erwägenswerte Gesichtspunkte erschließen, mag das als willkommener Nebeneffekt gelten.

Zu danken habe ich meinem verehrten Lehrer Prof. Dr. Peter Raisch für seine nachhaltige Unterstützung und stete Gesprächsbereitschaft. Dank gebührt ebenfalls dem Zweitgutachter Prof. Dr. Ulrich Eisenhardt für kritischen Rat. Wertvolle Anregungen ergaben sich speziell zu Methodenfragen auch aus dem Gesprächskreis am Lehrstuhl von Prof. Dr. Raisch, an dem neben diesem auch seine Assistenten Frau Dr. Beate Maasch und Herr Ass. Kurt Kühr teilnahmen. Dank gebührt schließlich auch Frau Lieselotte Schulz für die zuverlässige Besorgung von Manuskript und Druckvorlage.

Hagen im August 1990

Reinhard Kohl

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
I. Der Problemzusammenhang.....	13
II. Der Untersuchungsgegenstand.....	16
III. Der bisherige Diskussionsstand.....	20
IV. Grundsätzliches zum Untersuchungsgang.....	32
B. Die Auslegung von § 58 Abs. 2 AktG	39
I. Die Wortauslegung.....	40
II. Grammatikalische - logische - systematische Auslegung.....	45
1. Begriffsklärungen.....	46
2. Insbesondere: die systematische Auslegung.....	47
3. Äußere - innere Systematik.....	52
a) Die Stellung von § 58 im Aktiengesetz.....	54
b) § 58 im Bedeutungszusammenhang des Aktiengesetzes.....	63
aa) Das Recht der Überschußverwendung.....	64
aaa) Systematisierung des Normenbestandes.....	64
bbb) Die Interessenkonstellation.....	66
ccc) Der Interessenausgleich durch § 58 AktG.....	69
a') Periphere Regelungsinhalte.....	69
b') Kernbereich der Regelung.....	71
bb) Rücklagenregelungen im Konzernrecht.....	72
aaa) Gesetzliche Rücklage.....	73
bbb) Gewinnabführung.....	74
ccc) Verlustausgleich.....	74
ddd) Ausgleichszahlung.....	75
cc) Zwischenergebnis und weiterer Untersuchungsgang.....	77
III. Grundsätzliches zur historischen Auslegung.....	79
C. Die Geschichte der Kompetenz zur Rücklagenbildung in der Aktiengesellschaft vor dem Hintergrund der Entwicklung der Stellung der Hauptversammlung	90
I. Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch von 1861.....	90
II. Die Novelle von 1870.....	95

III. Die Novelle von 1884.....	99
IV. Das Handelsgesetzbuch von 1897.....	107
V. Die Entwicklung bis zum Aktiengesetz 1937.....	112
1. Die Aktiengesellschaft nach Krieg und Inflation.....	113
2. Die Aktienrechtsdiskussion der Weimarer Jahre.....	119
3. Das Aktiengesetz von 1937.....	132
VI. Das Aktiengesetz von 1965.....	150
1. Die Diskussion bis zum Referentenentwurf vom Oktober 1958.....	153
2. Der Referentenentwurf vom Oktober 1958 und seine Resonanz.....	161
3. Der Regierungsentwurf vom April 1960 und seine Resonanz.....	171
4. Die parlamentarische Beratung.....	179
VII. Gesetzesänderungen nach Inkrafttreten des AktG 1965.....	184
1. Das Mitbestimmungsgesetz vom Mai 1976.....	184
2. Das Publizitätsgesetz vom August 1969.....	186
3. Das Gesetz zur Durchführung der Zweiten EG-Richtlinie zum Gesell- schaftsrecht.....	186
4. Das Bilanzrichtlinie-Gesetz vom 19.12.1985.....	187
D. Auslegungsergebnis und Schlussfolgerungen.....	191
I. Das Ergebnis der historischen Auslegung im Hinblick auf die Aktiengesellschaft als Konzernobergesellschaft.....	191
II. Formulierung einer Regelungshypothese.....	195
III. Historische und systematische Auslegung.....	199
1. Die Begünstigung der Rücklagenbildung in der Tochtergesellschaft durch konzernrechtliche Vorschriften.....	199
2. Keine Berücksichtigung von Fehlbeträgen aus anderen Tochterunternehmen?.....	202
IV. Der gegenständliche Anwendungsbereich der gewonnenen Regel.....	205
1. Ausgründung - Unternehmenserwerb - Mehrheitsbeteiligung.....	206
2. Beherrschungstatbestände.....	208
a) Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge.....	208
b) Beherrschung ohne Unternehmensvertrag.....	212
c) Eingegliederte Gesellschaften.....	214
d) Beteiligungen ohne Leitungsausübung.....	214
aa) Exkurs: Die Anwendung von § 58 Abs. 3 AktG in einer Tochteraktiengesellschaft.....	215
bb) Ergebnis für die reine Mehrheitsbeteiligung.....	219
e) Leitungsausübung ohne Beteiligungsbesitz.....	220
f) Tochterunternehmen, die nicht in der Rechtsform der Aktiengesell- schaft betrieben werden.....	221
aa) Gesellschaften mit beschränkter Haftung.....	223
bb) Personenhandelsgesellschaften	223

g) Gleichordnungskonzerne und Gemeinschaftsunternehmen.....	226
h) Ausländische Tochterunternehmen.....	228
i) Konzerne mit tieferer als zweigliedriger Staffelung.....	231
V. Anwendungsmodalitäten der gewonnenen Regel.....	232
1. Die Bestimmung des Konzernjahresüberschusses.....	233
a) Verluste in einzelnen Konzerngliedern.....	233
b) Konzerninterne Zwischengewinne.....	235
c) Gewinnausschüttungen von Tochtergesellschaften an die Oberge- sellschaft.....	237
2. Die auf den Thesaurierungsspielraum der Verwaltung der Oberge- sellschaft anzurechnenden Beträge.....	237
3. Gewinnverwendungskompetenzen der Hauptversammlung der Oberge- sellschaft trotz Verlusten dieser Gesellschaft?.....	238
VI. Sanktionen bei Nichtbefolgung der gewonnenen Regel.....	240
1. Nichtigkeit gem. § 256 Abs. 1 Nr. 4 AktG.....	240
2. Anfechtungsklagen.....	243
3. Sonderprüfung.....	245
4. Individualklagen.....	247
5. Anfechtung des Entlastungsbeschlusses?.....	252
E. Schlußbetrachtung	255
I. Alternativen de lege ferenda.....	255
II. Die rechtspolitische Dimension des Untersuchungsgegenstandes.....	259
F. Zusammenfassung.....	266
Schriftumsverzeichnis.....	269
Chronologische Zusammenstellung der wichtigsten erwähnten Gesetze, Verordnungen und Materialien mit Fundstellenachweis.....	291

A. Einleitung

I. Der Problemzusammenhang

Mit dem Aktiengesetz 1965¹ hat sich der Gesetzgeber der Bundesrepublik Deutschland erstmals nachhaltig dem Phänomen der verbundenen Unternehmen angenommen. Enthielt dessen Vorgänger, das Aktiengesetz 1937², nur vereinzelte Regelungen, die dem Sachverhalt "Konzern" Rechnung trugen³, so weist das AktG 1965 mit den allgemeinen Vorschriften über verbundene Unternehmen in den §§ 15-19 und dem mit "verbundene Unternehmen" überschriebenen Dritten Buch Regelungen auf, die den Anspruch erheben, auf die rechtstatsächlich beobachteten Tendenzen zur Unternehmenskonzentration durch Unternehmensverbindungen durch Schaffung der "Grundzüge einer Konzernverfassung" umfassend zu reagieren⁴.

Daß mit diesen Vorschriften aber tatsächlich nicht mehr als Grundzüge gewonnen waren, zeigte sich in der Folgezeit in mehrfacher Hinsicht: einerseits sind die Begriffsbestimmungen der verschiedenen Arten verbundener Unternehmen in den §§ 15-18 AktG vom Wortlaut her rechtsformunabhängig konzipiert, sie bedienen sich des Begriffs "Unternehmen", während anderenfalls, wo das Gesetz ausschließlich Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien meint, der Begriff "Gesellschaft" Anwendung findet. Wurde anfangs gleichwohl angenommen, der eine Teil der Unternehmensverbindung müsse eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien sein, weil das Aktiengesetz nur für diese Unternehmensverbindung Rechtsfolgen vorsehe⁵, so hat sich doch zunehmend die Erkenntnis durchgesetzt, zumindest diese Vorschriften stellten eine Art

¹ BGBl I, S. 1089 ff.

² RGBI I, S. 107 ff.

³ Vgl. etwa die §§ 15, 65 Abs. 5, 114 Abs. 6, 256 AktG 1937, daneben auch die §§ 101, 197 Abs. 2 AktG 1937; zum Ganzen vgl. *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, S. 21 ff.; *Nörr*, ZHR 150 (1986), 168 ff.

⁴ Vgl. die Begründung zum RegE, Vorbemerkung zum Dritten Buch, bei *Kropff*, Aktiengesetz, S. 373 ff.

⁵ So noch *Würdinger* in Großkomm. zum AktG, § 15 Anm. 1; *Geßler* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG § 15 Rdnr. 7; vgl. aber schon *Ritter*, Aktiengesetz, § 15 Anm. 3 zum AktG 1937.

"Allgemeinen Teil" des Konzernrechts dar⁶, die - mindestens analog - auf Verbindungen aus Unternehmen beliebiger Rechtsform⁷ angewandt werden müßten⁸. Dem stehen die Materialien nicht entgegen⁹, und auch die Rechtsprechung hat sich dem angeschlossen¹⁰. Anderes gilt aber für die konzernrechtlichen Vorschriften des Dritten Buches des Aktiengesetzes. Dessen Vorschriften richten sich - entsprechend dem Regelungsgegenstand des Aktiengesetzes - nur an Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien und zwar, je nach der konkreten Regelung, die einer erkannten, mit der Konzernierung einhergehenden Gefahr begegnen sollte, entweder in der Rolle der herrschenden (z.B. § 293 Abs. 2 AktG) oder der beherrschten Gesellschaft (z.B. § 293 Abs. 1, §§ 300-302 AktG). Entsprechende Regelungen für das Konzernrecht der GmbH wurden später zwar geplant¹¹, wurden aber nicht Gesetz¹².

Auch im Bereich der Personengesellschaften können konzernspezifische Interessengegensätze auftreten¹³, eine gesetzliche Regelung fehlt indes. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat gleichwohl aus dem Vorliegen von den §§ 15-18 AktG unterfallenden Sachverhalten Schlüsse auf konzernrechtliche Rechtsfolgen auch für Personengesellschaften¹⁴ und GmbHs¹⁵ gezogen.

Neben die Erkenntnis, daß konzernrechtlich zu bewältigende Sachverhalte auch außerhalb des Aktienrechts auftreten, tritt aber die weitere Feststellung, daß auch im Bereich des Aktienrechts mit Interessengegensätzen gerechnet werden muß, für die das Konzernrecht des Aktiengesetzes keine Lösung bereithält. Widmet sich das Dritte Buch des AktG nämlich vor-

⁶ So *Schießl*, Die beherrschte Personengesellschaft, S. 4.

⁷ Möglich selbst bei Körperschaften des öffentlichen Rechts: Für die Bundesrepublik Deutschland vgl. BGHZ 69, 334 ff.

⁸ Für originäre Anwendung *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, S. 232; ebenso Monopolkommission, Siebentes Hauptgutachten, Tz. 859.

⁹ Vgl. die Begründung zum RegE des § 15 AktG bei *Kropff*, Aktiengesetz, S. 27; später ausdrücklich in diesem Sinne die Begr. zum RegE der 2. GWB-Novelle, BT-Drucksache VI/2520, S. 26.

¹⁰ Vgl. nur BGHZ 80, 69, 72; 95, 330, 337 ff.

¹¹ §§ 230-266 des Entwurfs der Bundesregierung eines neuen GmbH-Gesetzes von 1973, BT-Drucks. VI/3088, 7/253.

¹² Dazu *Assmann*, JZ 1986, 882.

¹³ Dazu *Baumgartl*, Die konzernbeherrschte Personengesellschaft, besonders S. 10 ff.; *Schießl*, Die beherrschte Personengesellschaft, bes. S. 5 ff.; *Reuter*, ZHR 146 (1982), 1 ff.; *ders.* Die AG 1986, 130 ff.; ferner *Emmerich*, FS Stimpel, S. 743 ff.

¹⁴ BGH LM Nr. 46 zu § 105 HGB; vgl. auch *Reuter*, Die AG 1986, 130 ff.

¹⁵ BGHZ 65, 15; 80, 69; 95, 330.

dringlich dem Bestandsinteresse der abhängigen Gesellschaft, und schützen dessen Vorschriften damit dessen außenstehende Aktionäre und Gläubiger¹⁶, so vernachlässigt es damit, daß der Konzernatbestand auch die Positionen der Aktionäre der Obergesellschaft nicht unberührt läßt¹⁷. Erwirbt eine Aktiengesellschaft Beteiligungen, die nicht reine Finanzanlagen sind, sondern dazu dienen, den Zweck des Unternehmens auch in dem erworbenen Unternehmen zu verfolgen, so bewirkt dies eine Zuständigkeitsverlagerung von der Hauptversammlung der Obergesellschaft zu deren Verwaltung¹⁸: Bezüglich der nun in der Tochtergesellschaft verfolgten Unternehmensaktivität werden Grundsatzentscheidungen, die in die Kompetenz der Anteilseigner fallen, von der Verwaltung der Obergesellschaft in Ausübung der Beteiligungsrechte an der Tochtergesellschaft getroffen. Deshalb sind erste Überlegungen schon zur Frage der Konzernbildungskontrolle durch die Anteilseigner der werdenden Muttergesellschaft angebracht¹⁹. In diesen Kontext gehören etwa die Fragen des Bezugsrechtsausschlusses zum Nachteil der Aktionäre der werdenden Obergesellschaft, wenn der Erwerb einer Beteiligung mittels einer Kapitalerhöhung in der Obergesellschaft finanziert werden soll, und die jungen Aktien als Entgelt für die Beteiligung dienen sollen²⁰.

Aber auch im bestehenden Konzern stellt sich die Frage der Organzuständigkeit für bestimmte Entscheidungen²¹, die nach dem geltenden, vom Modell der unverbundenen Aktiengesellschaft ausgehenden Organisationsstatut des AktG²² nach der Konzernierung der Zuständigkeit der Hauptversammlung der Obergesellschaft entzogen sind, in einem als einheitliche Aktiengesellschaft gedachten Unternehmen mit den Tochtergesellschaften als Betriebsabteilungen aber in ihre Zuständigkeit fallen würden. Die Diskussion nachhaltig angeregt hat in diesem Zusammenhang das sogenannte "Holzmüller"-Urteil des Zweiten Senats des Bundesgerichtshofes

¹⁶ So die Begründung zum RegE, Vorbemerkung zum Dritten Buch bei *Kropff*, Aktiengesetz, S. 373.

¹⁷ Dazu auch H.P. *Westermann*, FS Pleyer, S. 424; *Lutter*, ZGR 1987, 328 und 338; *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe, S. 38 ff.

¹⁸ Dazu *Lutter*, FS H. *Westermann*, S. 347 ff.

¹⁹ Dazu vor allem *Lutter*, Die Rechte der Gesellschafter beim Abschluß fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen, besonders S. 7 f.; *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, S. 47 ff.

²⁰ Dazu BGHZ 71, 40 (Kali und Salz); 83, 319 (Ph. Holzmann); vgl. auch *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, S. 71 ff.; *Hirte*, Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung.

²¹ Dazu *Schneider*, BB 1981, 249 ff.; grundlegend auch *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht.

²² So *Lutter*, FS H. *Westermann*, S. 349.