

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 162

**Schutz der außenstehenden
Gesellschafter einer abhängigen
Personengesellschaft im mehrstufigen
Unternehmensverbund**

Von

Elke Schmitt



Duncker & Humblot · Berlin

ELKE SCHMITT

**Schutz der außenstehenden Gesellschafter
einer abhängigen Personengesellschaft im
mehrstufigen Unternehmensverbund**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 162

Schutz der außenstehenden
Gesellschafter einer abhängigen
Personengesellschaft im mehrstufigen
Unternehmensverbund

Von
Elke Schmitt



Duncker & Humblot · Berlin

**Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Universität Bayreuth hat diese Arbeit
im Jahre 2002 als Dissertation angenommen.**

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

**Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.**

D 703

Alle Rechte vorbehalten

**© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: WB-Druck GmbH & Co., Rieden im Allgäu
Printed in Germany**

**ISSN 0582-026X
ISBN 3-428-11007-2**

**Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺**

Vorwort

Fragen des Konzernrechts der Personengesellschaften wurden in der Vergangenheit häufig unter Betrachtung der Binnenstruktur innerhalb der Gesellschaft behandelt. Der besonderen Problematik konzernrechtlicher Einflüsse von übergeordneten Konzernunternehmen in mehrstufigen Verbindungen soll mit dieser Arbeit Rechnung getragen werden.

Die Arbeit lag der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth im Sommersemester 2002 als Dissertation vor. An dieser Stelle möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Karl-Georg Loritz, für die Betreuung der Arbeit herzlich bedanken. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Lutz Michalski für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ladenburg, im September 2002

Elke Schmitt

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Gegenstand der Arbeit	13
---------------------------------------------------	----

Kapitel 1

Begriffsbestimmung	15
I. Begriffsbestimmung gem. §§ 15–19 AktG	16
II. Unternehmensbegriff	18
1. Rechtsform des (herrschenden) Unternehmens	20
2. GmbH & Co KG	22
3. Mehrstufige Verbindungen	23
a) Einsatz eines Treuhänders oder Repräsentanten	24
b) Holding	24
III. Mehrheitsbeteiligung	26
1. Anteilsmehrheit	26
2. Stimmrechtsmehrheit	28
3. Sonderfall der GmbH & Co KG	30
IV. Abhängigkeitsbegriff	30
1. Mögliche Strukturen	31
2. Beherrschender Einfluss	33
a) Grundlagengeschäfte	34
b) Gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen	34
c) Außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen	35
3. Keine Verknüpfung von Beteiligungsmehrheit und Herrschaftsmacht – Vermutung des § 17 II AktG	36
a) Gesetzliche Regelung	37
b) Mehrheitsentscheidungen	38
4. Mehrstufige Verbindungen	40
a) GmbH & Co KG	41
b) Publikums-KG	41
aa) Vertreter	42
bb) Treuhänder	42

V.	Konzernbegriff	43
	1. Unwiderlegliche Vermutung gem. § 18 I S. 2 AktG	44
	2. Widerlegliche Vermutung gem. § 18 I S. 3 AktG	44
VI.	Zusammenfassung	46

Kapitel 2

	Konzernstrukturen der abhängigen Personengesellschaft	47
I.	Faktizitätsprinzip und Vertragsprinzip	47
	1. Die aktienrechtliche Systematik	48
	2. Konzernrecht der GmbH	50
	3. Systematik eines Personengesellschaftskonzernrechts	51
	a) Abhängigkeit	52
	b) Einfacher faktischer Konzern	52
	c) Qualifizierter faktischer Konzern	53
	d) Vertragskonzern	54
	4. Zwischenergebnis	55
II.	Vereinbarkeit der Konzernierung mit grundsätzlichen Rechtsprinzipien ...	55
	1. Prinzip der Selbstorganschaft, Abspaltungsverbot	55
	2. Gemeinsamer Zweck	59
	3. Grundsatz der Verbandssouveränität	62
	4. Unvereinbarkeit von Fremdbestimmung und persönlicher Haftung	66
	5. Zwischenergebnis	69
III.	Beherrschungsvertrag	69
	1. Wesen des Beherrschungsvertrages	70
	2. Weisungsrecht	72
	3. Form	72
	4. Publizität	73
IV.	Schuldrechtlicher Beherrschungsvertrag	75
V.	Sonstige Unternehmensverträge gem. § 292 AktG	77
VI.	Zusammenfassung	78

Kapitel 3

Konzernbildungskontrolle	80
I. Konzernbildungskontrolle als Aufgabe des Konzernrechts	80
II. Konzernresistenz durch Konsensprinzip und Wettbewerbsverbot	81
1. Konstellationen der Abhängigkeit	82
a) Beherrschung durch den einzigen Komplementär	82
b) Beherrscher Komplementär	82
c) Beherrschung durch den Kommanditisten	83
d) Beherrschung in der OHG	84
2. Begründung von Abhängigkeit	84
a) Konsensprinzip	85
b) Wettbewerbsverbot	86
III. Grenzen der Mehrheits Herrschaft	87
1. Bestimmtheitsgrundsatz	87
2. Kernbereichslehre	90
3. Inhaltskontrolle	92
IV. Generelles Zustimmungserfordernis	93
V. Begründung von Konzernabhängigkeit	94
1. Konzernierungsbeschluss	95
2. Konzernierungsklausel/Mehrheitsbeschluss	96
3. Publikums-KG	98
VI. Teilnahme am Konzernbildungsprozess auf höherer Stufe	98
1. Herrschaftsbegründung durch Mehrheitsbeteiligung	99
2. Aufnahme einer unternehmerischen Tätigkeit	99
3. Zwischenergebnis	100
VII. Zusammenfassung	101

Kapitel 4

Ausscheiden aus der Gesellschaft	103
I. Austrittsrecht	104
1. Gesetzliche Regelung	104
2. Konzernierung als wichtiger Grund	105
II. Abfindungsanspruch	107
III. Abfindungsklauseln	108

IV. Nachhaftung	109
V. Steuerrechtliche Gesichtspunkte	109

Kapitel 5

Änderung der unternehmerischen Betätigung in eine Kommanditistenstellung 111

I. Voraussetzungen	112
II. Umwandlung	113

Kapitel 6

Schutz außenstehender Gesellschafter bei einfacher Abhängigkeit 115

I. Informationsrechte	115
1. Rechte des OHG-Gesellschafters bzw. Komplementärs	116
2. Rechte des Kommanditisten	118
3. Kollektivrecht	119
4. Effektivität der Kontrollrechte	120
II. Schutzmechanismen im Bereich der Geschäftsführung, Stimmrechtsauschluss	121
III. Vertretungsmacht	124
IV. Haftung für treupflichtwidriges Verhalten	125
1. Treupflicht	126
2. Konzerndimensionale Ausdehnung der Treupflicht	127
3. Sorgfaltsmaßstab	130
4. Actio pro socio	132
5. Beweislastverteilung	134
a) Abhängigkeit bei mehrstufigen Verbindungen	134
b) Schädigende Handlung	135
c) Pflichtwidrigkeit und Verschulden	136
V. Ausschlussklage	137

Kapitel 7

Minderheitenschutz bei Konzernabhängigkeit	139
I. Verlustübernahmepflicht im Vertragskonzern	139
1. Ansatz der Rechtsprechung	141
2. Haftung des Geschäftsherrn	141
3. Verlustausgleich als Korrelat der Leitungsmacht	144
4. Treuepflichtiger Verlustausgleich	145
5. Analogie zu § 302 AktG	146
6. Abdingbarkeit des Verlustausgleichsanspruchs	148
II. Verlustausgleich im qualifizierten faktischen Konzern	149
1. Ältere Ansätze im GmbH-Konzernrecht	150
a) Anspruch auf Abschluss eines Beherrschungsvertrages	150
b) Konkludenter Vertragsschluss	151
2. Analoge Anwendung von § 302 AktG	152
a) Meinungsstand	152
b) Stellungnahme	153
3. Darlegungs- und Beweislast	156
4. Anspruchsgegner im mehrstufigen Konzern	156
III. Verschuldenshaftung	157
1. Treuepflichtverletzung im faktischen Konzern	158
2. Umfang der Leitungsbefugnis im Vertragskonzern	158
3. Verschulden	159
4. Beweislastumkehr	160
5. Beseitigung von Konzernierungsmaßnahmen	160
IV. Angemessener Ausgleich gem. § 304 AktG analog	161
V. Kündigung aus wichtigem Grund	162

Kapitel 8

Zusammenfassung	163
Literaturverzeichnis	166
Sachverzeichnis	184

Einleitung und Gegenstand der Arbeit

Das konzernverbundene Unternehmen gehört zum heutigen Wirtschaftsalltag.¹ Einzelne Betriebsabteilungen oder besondere Projekte werden in Tochtergesellschaften ausgegliedert. Unternehmen der vorangehenden oder nachfolgenden Wirtschaftsstufen werden in den Konzern integriert. Geschäftsfelder werden durch Beteiligungserwerb erweitert. Es gibt viele Formen und Gründe der inzwischen weltweiten Konzernbildung. Dabei entstehen verschachtelte Gebilde, in denen häufig Zwischenholdings ohne eigene unternehmerische Tätigkeit eingesetzt werden. Diese sind meist hundertprozentige Tochtergesellschaften der Konzernspitze und bilden die Schaltstelle für einen regionalen Bereich, über die die Konzernpolitik weitergeleitet wird. Im Rahmen dieser globalen Unternehmensverbindungen sind auch Personengesellschaften sowohl als herrschende als auch als abhängige Unternehmen beteiligt. Dabei verläuft die Konzernbildung in der Regel auf mehreren Stufen.

Dem Konzernrecht, wie es im AktG kodifiziert ist, liegt im Wesentlichen das Model einer einstufigen Verbindung zugrunde. Gerade die Mehrstufigkeit begründet jedoch eine neue Problemdimension.² Während in der einstufigen Unternehmensverbindung das herrschende Unternehmen meist Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft ist und somit in die gesellschaftliche Binnenordnung einbezogen ist, steht das mittelbar herrschende Unternehmen in keinem direkten Verhältnis zur abhängigen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern. Obwohl keine unmittelbare Verbindung besteht, ist die durch die Möglichkeit der Einflussnahme begründete Gefährdung der abhängigen Gesellschaft und ihrer Gläubiger und Gesellschafter ebenso gegeben wie in einstufigen Verbindungen. Dies wirft besondere Fragen auf. Kann das abhängige Unternehmen bereits im Vorfeld auf die Konzernbildung auf höherer Stufe Einfluss nehmen? Bezieht sich das Informationsrecht der Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft auch auf Angelegenheiten des übergeordneten Konzernunternehmens? Ist das mittelbar herrschende Unternehmen treuepflichtig gebunden? Kann die abhängige Gesellschaft Schadensersatzansprüche wegen Treuepflichtverletzungen auch

¹ Laut *Theisen*, Der Konzern, S. 1, stehen rund 90% der deutschen Aktiengesellschaften und wohl weit mehr als die Hälfte der deutschen Personengesellschaften in einem Abhängigkeitsverhältnis.

² Für die Aktiengesellschaft wurde dieser Problemkreis von *Bernwald*, Mehrstufige Unternehmensverbindungen, untersucht.

unmittelbar gegen das mittelbar herrschende Unternehmen geltend machen? Die Relevanz all dieser Aspekte beruht auf Gesichtspunkten des Minderheiten- und Gläubigerschutzes. In der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, welche Schutzinstrumente den außenstehenden Gesellschaftern zur Seite stehen, um die eigenen Interessen zu wahren und eine Schädigung durch das herrschende Unternehmen zu verhindern. Da hier die Personenhandelsgesellschaft als abhängiges Unternehmen betrachtet werden soll, müssen weitere Aspekte berücksichtigt werden. Es gilt zu prüfen, ob die personalistische Struktur der Arbeits- und Haftungsgemeinschaft mit der Fremdbestimmung vereinbar ist, oder ob es sich um eine Selbstentmündigung handelt, die im Widerspruch zu grundlegenden Prinzipien unserer Rechtsordnung steht. Die Möglichkeit zur weitgehend privatautonomen Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses erfordert eine differenzierte Betrachtung. Die strukturspezifischen Besonderheiten der GmbH & Co KG und der Publikumpersonengesellschaft³ bedingen anders gelagerte Interessen als dies in der gesetzestypischen Personengesellschaft⁴ der Fall ist.

Der Gang der Untersuchung beginnt mit der Begriffsbestimmung und der Darstellung von Konzernstrukturen. Deren Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht wird ein zentraler Punkt sein. Der weitere Verlauf ist dem präventiven Schutz im Sinne einer Konzernbildungskontrolle gewidmet; auch defensive Maßnahmen, wie Austritt aus der Gesellschaft oder die Änderung der unternehmerischen Beteiligungsform sollen beleuchtet werden. Schließlich gilt die Betrachtung den Schutzmechanismen bei bestehender Abhängigkeit⁵ bzw. Konzernabhängigkeit. Ein wesentlicher Gesichtspunkt besteht dabei in der Möglichkeit der Inanspruchnahme des herrschenden Unternehmens für die Schädigung der abhängigen Gesellschaft und des Ausgleichs von deren Verlusten.

Dabei soll ein harmonisches Konzernrecht entwickelt werden. Es wird der Versuch unternommen, personengesellschaftliche Normen in konzernspezifischer Ausprägung mit der analogen Anwendung aktienrechtlicher Konzernvorschriften in Einklang zu bringen.

³ Speziell zu diesen Sonderformen siehe *Ehrhardt*, Die GmbH & Co KG aus konzernrechtlicher Sicht; *Ochsenfeld*, Abhängigkeits- und Konzernierungsstatbestände bei der Abschreibungs-KG.

⁴ Die Arbeiten von *Baumgartl*, Die konzernbeherrschte Personengesellschaft; *Heck*, Personengesellschaften im Konzern; *Kleindiek*, Strukturvielfalt im Personengesellschafts-Konzern; *Löffler*, Abhängige Personengesellschaft; *Schießl*, Beherrschte Personengesellschaft und *Stehle*, Gesellschafterschutz gegen fremdunternehmerischen Einfluss in der Personenhandelsgesellschaft, haben in diesem Bereich eine Diskussionsgrundlage geschaffen.

⁵ Siehe zu diesem Themenausschnitt *Löw*, Die Abhängigkeit der Personenhandelsgesellschaft, S. 5 f., der seine Untersuchung auf die Situation der Abhängigkeit beschränkt.

Kapitel 1

Begriffsbestimmung

Das Konzernrecht ist eine rechtsgebietübergreifende Materie. Die zentralen Begriffe des Unternehmens, der Abhängigkeit und des Konzerns werden jedoch in den verschiedenen Rechtsgebieten nicht einheitlich verwendet. Insbesondere unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben¹ haben sich beispielsweise im KWG² und im HGB³ Begriffe mit einer der vom Gesellschaftsrecht entwickelten abweichenden Bedeutung herausgebildet.

Umgekehrt sind die aktienrechtlichen Vorschriften Verweisungsziel aus anderen Bereichen.⁴ Bei diesen Verweisungen ist umstritten, ob sie sich lediglich auf die gesetzlichen Definitionen beziehen oder ob auch die im Aktienrecht entwickelte Auslegung erfasst werden soll.⁵ Daher muss die Begriffsbestimmung Basis einer jeden Untersuchung sein.

¹ So beispielsweise die Vorgaben in der Siebenten Richtlinie über den konsolidierten Abschluss vom 13.06.1983 (Konzernbilanzrichtlinie) 83/349/EWG ABIEG 18.07.1983 L 193 S1, abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, S. 211; ferner in der Zweiten Bankenkoordinierungsrichtlinie vom 15.12.1989 89/646/EWG ABIEG L 386 S 1 abgedruckt bei *Lutter*, aaO, S. 332; Zur Frage eines Europäischen Konzernrechts siehe Forum Europaeum Konzernrecht, ZGR 1998, 672; weitere Ausführungen dazu m.w.N. *Windbichler* in Großkomm. AktG Vor § 15 Rn. 5, 47, 60 ff.

² So z.B. in §§ 1 Abs. 6–10, 2b, 10a, 12a, 13a und 19 Abs. 2 KWG, nähere Ausführungen dazu bei *Windbichler*, Großkomm AktG, Vor § 15 Rn. 33, 66 ff.

³ Durch das Bilanzrichtliniengesetz vom 19.12.1985 (BiRiLiG BGBl I 2355) wurde unter anderem die 7. Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft über den konsolidierten Abschluss vom 13.6.1983 (83/349/EWG ABIEG 18.7.1983 L 193 S 1, abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, S. 211) umgesetzt. Dort findet sich in §§ 271, 290, 311 HGB der Begriff der verbundenen Unternehmen. Insbesondere die Definition in § 271 II HGB deckt sich nicht mit der des § 15 AktG, da nicht auf Abhängigkeits- und Konzernverhältnisse abgestellt wird, sondern die bilanzrechtliche Beziehung gem. §§ 290 ff. HGB zwischen Mutter- und Tochterunternehmen entscheidend ist. Siehe dazu *Morck* in Koller, Roth, Morck, Komm HGB § 271 Rn. 6; *Baumbach/Hopt*, Komm HGB, § 271, Rn. 9; *Windbichler* in Großkomm. AktG, Vor § 15 Rn. 58 ff.

⁴ So beispielsweise in § 5 Mitbestimmungsg von 1976 und die Verbundklausel in § 23 Abs. 1 S. 2 GWB.

⁵ Besonders ausgeprägt ist dieser Streit im Bereich der betrieblichen und Unternehmensmitbestimmung. Weitere Ausführungen zur Problematik bei *Koppensteiner*,