

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 295

Nachteilsausgleichsvereinbarungen im faktischen Konzern

Von

Tobias Will



Duncker & Humblot · Berlin

TOBIAS WILL

Nachteilsausgleichsvereinbarungen
im faktischen Konzern

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 295

Nachteilsausgleichsvereinbarungen im faktischen Konzern

Von

Tobias Will



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn hat diese Arbeit
im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-15183-7 (Print)
ISBN 978-3-428-55183-5 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85183-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für meine Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Sie entstand nach Abschluss meines Ersten Juristischen Staatsexamens an der Universität Konstanz und während des Juristischen Vorbereitungsdienstes am Landgericht Konstanz. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Ende Juni 2016 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Jens Koch für seinen Zuspruch und die stetige Unterstützung. Herrn Professor Dr. Michael Beurskens danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlich bedanken möchte ich mich zudem beim Land Baden-Württemberg für die finanzielle Förderung während der Promotion im Rahmen der Landesgraduierföderung.

Herrn Prof. Dr. Hans Christian Röhl gilt mein herzlicher Dank für die Einstellung als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung an der Universität Konstanz, welche mein Interesse an einer vertieften wissenschaftlichen Arbeit in Form einer Promotion früh gefördert hat.

Weiterhin gilt mein Dank meiner Verlobten Frau Nicole Stiglbauer, meiner Schwester Frau Andrea Lattemann und meinem Bruder Herrn Thomas Will für die moralische Unterstützung während des Studiums und meines Dissertationsvorhabens. Ganz besonders danken möchte ich schließlich meinen Eltern Frau Karin Will und Herrn Klaus Dieter Will, die mich während meiner juristischen Ausbildung jederzeit unterstützt und mir Rückhalt gegeben haben. Ebenfalls besonders danken möchte ich meiner Großmutter Frau Dorothea Grentzebach für die vielen Gespräche und den Zuspruch während des Studiums und der Promotion – ihnen allen ist diese Arbeit gewidmet.

Denkendorf, im Februar 2017

Tobias Will

Inhaltsverzeichnis

Einführung	21
I. Vorbemerkung	21
II. Die Konzernsituation	23
1. Einleitung	23
2. Konzernrechtliche Begriffe	24
a) Unterordnungs- und Gleichordnungskonzern	24
b) Herrschendes Unternehmen und abhängiges Unternehmen (§ 17 AktG)	24
c) Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung	25
3. Die verschiedenen Formen des Unterordnungskonzerns	26
a) Vertragskonzern	26
b) Faktischer Konzern	26
III. Konzerngefahren, insbesondere nachteilige Veranlassungen und deren Folgen	28
IV. Nachteilsausgleichsvereinbarungen	28
1. Verbreitung	28
2. Definition und Formen von Nachteilsausgleichsvereinbarungen	29
a) Bezifferte Vereinbarung	29
b) Unbezifferte Vereinbarung	30
3. Problemaufriss	30
V. Gang der Untersuchung	31
VI. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands	32

1. Kapitel

Der Nachteilsbegriff des § 311 AktG	34
§ 1 Der Normzweck der §§ 311, 317 AktG	34
I. Schutzfunktion	34
1. Ausgangspunkt	34
2. Ausgestaltung der Schutzfunktion – Verbot der Nachteilszufügung oder Verbot nicht ausgeglichener Nachteilszufügung?	38
II. Privilegierungsfunktion?	40
III. Zwischenergebnis	41
§ 2 Die unterschiedlichen Ansätze zur Bestimmung des Nachteilsbegriffs	42
I. Problemaufriss	42

II. Das Konzept der herrschenden Meinung (Tatbestandslösung)	42
III. Die Exculpationslösung	44
IV. Stellungnahme	46
1. Auslegung des § 311 AktG als alleiniger Maßstab für die Bestimmung des Nachteilsbegriffs	46
2. Auslegung des § 311 AktG	47
a) Wortlaut	47
b) Systematik	49
c) Historische Auslegung	53
d) Begriffsbestimmung nach Sinn und Zweck der Vorschrift	54
aa) Schutzzweck des § 317 Abs. 2 AktG im Vergleich zu § 311 AktG	54
bb) Teleologische Reduktion des § 311 AktG?	55
3. Ergebnis	58
§ 3 Nachteilsfeststellung im Einzelnen	59
I. Ausgangspunkt	59
1. Die Folgen der Tatbestandslösung bei der Nachteilsbestimmung	59
a) Die Nachteilsbestimmung bei Rechtsgeschäften	59
b) Die Nachteilsbestimmung bei Maßnahmen	60
2. Die Folgen der Exculpationslösung bei der Nachteilsbestimmung	61
a) Die Nachteilsbestimmung bei Rechtsgeschäften	61
b) Die Nachteilsbestimmung bei Maßnahmen	62
II. Konzernfinanzierung, insbesondere Cash-Pools	63
1. Die Lösung der herrschenden Auffassung	63
a) Allgemeines	63
b) Verbundinterne Kredite	63
c) Cash-Pooling	64
d) Besicherung von Verbindlichkeiten	65
2. Die Ergebnisse der Exculpationslösung	65
a) Allgemeines	65
b) Verbundinterne Kredite	66
c) Cash-Pooling	67
d) Besicherung von Verbindlichkeiten	67
III. Umlagen	67
1. Die Sichtweise der Tatbestandslösung	67
a) Leistungen der Konzernspitze	67
b) Steuerumlagen	68
2. Die Ergebnisse der Exculpationslösung	69
a) Leistungen der Konzernspitze	69
b) Steuerumlagen	69
§ 4 Zwischenfazit	69

2. Kapitel

Nachteilsausgleich

71

§ 5 Reichweite und Rechtsnatur des Ausgleichs	71
I. Der Zweck des Ausgleichs	71
II. Die Grenzen der Ausgleichsmöglichkeit	73
III. Die Rechtsnatur des Ausgleichs	74
1. Die Schadenersatzthese	74
2. Die Gegenleistungstheorie der herrschenden Meinung	74
3. Die Einordnung als Verschuldenshaftung für negotiorum gestio	75
4. Stellungnahme	76
§ 6 Art und Höhe des Ausgleichs	78
I. Ausgleichsfähige Vorteile	78
1. Grundsatz	78
2. Sonderfragen	79
a) Bewertbarkeit und Bilanzierungsfähigkeit als Voraussetzung?	79
b) Die Problematik nicht quantifizierbarer Nachteile und der Ausgleich durch nicht quantifizierbare Vorteile	82
II. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt	83
1. Allgemeines	83
2. Nachträglicher Wegfall der Nachteiligkeit und Vorteilsausgleichung	85
a) Die herrschende Sichtweise	85
b) Die Auffassung Altmeppens	85
c) Stellungnahme	85
aa) Genereller Einwand: Trennung von Schadenersatz und Nachteilsausgleich	85
bb) Gefährdung des Schutzzwecks	86
cc) Bereicherungsrechtlicher Einwand	87
dd) Zwischenergebnis	88
3. Ergebnis	89
III. Art und Weise der Festlegung des Ausgleichs	89
1. Tatsächlicher Ausgleich	89
2. Ausgleich durch Begründung eines Rechtsanspruchs	90
a) Einleitung	90
b) Die bezifferte Nachteilsausgleichsvereinbarung als Urtypus des Rechtsanspruchs auf Ausgleich	91
aa) Grundlegendes	91
bb) Problemfelder	92
cc) Fazit	94
3. Einseitige Bestimmung durch das herrschende Unternehmen oder einvernehmliche Festlegung?	95

IV. Verzicht auf den Nachteilsausgleich	97
1. Möglichkeiten des Verzichts auf den Nachteilsausgleich	97
a) Generelle Möglichkeiten	97
b) Problemstellung	98
c) Analoge Anwendung des § 309 Abs. 3 AktG bzw. des § 302 Abs. 3 AktG?	99
d) Einschränkung des Verzichts mithilfe eines allgemeinen Rechtsgedankens?	100
aa) Ermittlung eines allgemeinen Rechtsgedankens	100
bb) Kein Schluss a maiore ad minus möglich	101
cc) Anwendung des allgemeinen Rechtsgedankens	102
e) Ergebnis	103
2. Einzelheiten	104
a) Vertragliche Vereinbarung bereits in der Nachteilsausgleichsvereinbarung?	104
b) Anforderungen an eine wirksame Vereinbarung des Verzichts	105
c) Wirkungen des zulässigen Verzichts	106
3. Fazit	106
V. Verjährung des Ausgleichsanspruchs	107
1. Dauer der Verjährung	107
2. Beginn der Verjährung	108
3. Vereinbarung über die Verjährung möglich?	109
a) Verjährungsbeginn	109
b) Verjährungsfrist	112
4. Fazit	113
§ 7 Zwischenfazit	114

3. Kapitel

Die Zulässigkeit der unbezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarung	116
§ 8 Gestaltung einer unbezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarung	117
I. Abstrakt-generelle Vereinbarungen	117
II. Auf konkrete Vorgänge bezogene Vereinbarungen	117
III. Abschluss der Vereinbarung	119
§ 9 Der Nutzen einer unbezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarung – ein Instrument zur Haftungsreduzierung?	123
I. Der Nutzen aus Sicht des herrschenden Unternehmens	123
1. Die Haftung nach § 317 Abs. 1 AktG als Ausgangspunkt	123
2. Weitere Haftungsgründe	124
3. Ergebnis	126

- II. Der Nutzen aus Sicht der Vorstände – die Reduzierung von Haftungsrisiken 126
 - 1. Der Vorstand des herrschenden Unternehmens 126
 - a) Der Nichtausgleich des Nachteils und die Haftung nach § 317
Abs. 3 AktG 126
 - b) Haftung aus § 117 AktG 129
 - c) Haftung aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG 130
 - d) Haftung über den Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 Abs. 2 S. 1 BGB 132
 - e) Zwischenergebnis 132
 - 2. Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft 133
 - a) Der fehlerhafte Abhängigkeitsbericht 133
 - b) Unzulässige Einlagenrückgewähr – Haftung aus § 93 Abs. 3 Nr. 1,
§ 57 AktG? 134
 - c) Haftung aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG 135
 - d) Haftung aus § 117 Abs. 2 S. 1 AktG 137
 - e) Zwischenergebnis 138
- III. Zusammenfassung 139
- § 10 Der Anwendungsbereich der unbezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarung 139
 - I. Unbezifferte Nachteilsausgleichsvereinbarung trotz bezifferbaren Nachteils? 139
 - II. Unternehmensbewertung als Risiko? 141
 - 1. Grundlegendes 141
 - 2. Die unterschiedlichen Bewertungsformen und ihre Nachteile 142
 - 3. Die Unternehmensbewertung ist kein relevantes Haftungsrisiko 144
 - III. Tatsächlich relevante Risiken – der Versuch einer Fallgruppenbildung 145
 - 1. Pionierarbeit 145
 - 2. Entwicklung und Forschung 146
 - 3. Abgrenzung der Fallgruppen zum qualifiziert faktischen Konzern 149
 - IV. Ergebnis 151
- § 11 Meinungsstand in der Literatur 153
 - I. Abstrakte Vereinbarungen 153
 - 1. Die herrschende Auffassung 153
 - 2. Existenz einer Gegenauffassung? 154
 - II. Konkrete Vereinbarungen 155
 - 1. Die Befürworter 155
 - 2. Die Gegner 157
 - III. Zusammenfassung 158
- § 12 Die Rechtsprechung zu unbezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarungen – der Fall
HVB/Unicredit 158
 - I. Sachverhalt (vereinfacht) 159
 - II. LG München I vom 10. 12. 2009 160
 - III. OLG München vom 22. 12. 2010 161

IV. BGH vom 26.06.2012	161
V. Zusammenfassung	163
§ 13 Problemanalyse	164
I. Die Anforderungen des § 311 Abs. 2 AktG	164
1. Wortlaut des § 311 Abs. 2 AktG	164
a) Einführung	164
b) Keine klare Aussage zur Quantifizierung des Nachteils	165
c) Quantifizierter Vorteil als zwingende Voraussetzung des Ausgleichs	166
d) Abstrakte Nachteilsausgleichsvereinbarungen	167
e) Zwischenergebnis	168
2. Systematik der Regelungen über den faktischen Konzern	168
a) § 317 Abs. 1 AktG	168
b) § 312 Abs. 1 S. 3, 4 AktG	170
c) § 313 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 AktG	171
d) Die Regelungen über den Vertragskonzern – §§ 293 ff. AktG	173
aa) Der Ausgleichsanspruch nach § 304 AktG	173
bb) Der Abfindungsanspruch nach § 305 AktG	175
cc) Fazit	177
e) Zwischenergebnis	177
3. Die Sicht des Gesetzgebers	178
4. Zwischenergebnis	180
II. Die Problematik unbeziffelter Nachteilsausgleichsvereinbarungen	180
1. Aushebelung der §§ 311 ff. AktG, insbesondere des § 317 Abs. 1 AktG? ..	180
a) Problemaufriss	180
b) Verbesserung des Schutzniveaus – die Auffassung Wirths	182
c) Aushebelung oder Umgehung des § 317 Abs. 1 AktG?	184
d) Ergebnis	186
2. Fehlende Bilanzierungsmöglichkeit der unbezifferten Nachteilsausgleichs-	
vereinbarung als Problem?	186
3. Verlagerung des Beurteilungszeitraums nach hinten?	189
4. Fehlende Planungssicherheit des abhängigen Unternehmens	190
5. Ein aufschiebend bedingter Anspruch als Rechtsanspruch im Sinne des	
§ 311 Abs. 2 AktG?	192
a) Die Anforderungen an einen Anspruch im Sinne des § 311 Abs. 2	
S. 2 AktG	192
b) Bedingung oder Fälligkeitsvereinbarung?	195
c) Folgen für die Wirksamkeit der Klausel	197
6. Ausschluss der Nachteiligkeit durch unbezifferte Nachteilsausgleichsver-	
einbarung?	199
a) Problemaufriss	199

- b) Der Garantievertrag und die Formulierung des Garantiefalls 200
- c) Sonstige Anforderungen an die Garantie im Vergleich zur Nachteilsausgleichsvereinbarung 203
- d) Die Wirkungen der Garantie im Vergleich zur Nachteilsausgleichsvereinbarung 204
- e) Steckt in der unbezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarung also eine Garantie? 206
- f) Ergebnis 207
- 7. Zulässigkeit der Nachteilsfestlegung durch einen Dritten? 208
 - a) Gesellschaftsinterne Personen 208
 - b) Staatliche Gerichte 209
 - c) Sonstige Dritte 211
- 8. Zirkuläre Ausgestaltung der unbezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarung – Ausschluss oder Einschränkung des Klagerechts der Minderheitsaktionäre? 213
 - a) Die verschiedenen Klagemöglichkeiten der Minderheitsaktionäre hinsichtlich des Nachteilsausgleichs 213
 - aa) Klage nach §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 AktG 213
 - (1) Einführung 213
 - (2) Klagen der abhängigen Gesellschaft 214
 - (3) Möglichkeit eines Zwischenfeststellungsurteils? 215
 - (4) Zwischenergebnis 218
 - bb) Klage nach §§ 147, 148 AktG? 218
 - cc) Leistungsklage gestützt auf die Nachteilsausgleichsvereinbarung? 219
 - dd) Nichtigkeitsfeststellungsklage hinsichtlich der Vereinbarung? 220
 - (1) Prozessführungsbefugnis der Minderheitsaktionäre? 220
 - (2) Erfüllt die Nichtigkeitsfeststellungsklage die Anforderungen der Bedingung? 222
 - (3) Zwischenergebnis 223
 - ee) Klage auf Feststellung der Nachteiligkeit gegen die abhängige Gesellschaft? 223
 - ff) Anfechtungsklage gegen den der Nachteilszufügung zustimmenden Beschluss? 225
 - (1) Einführung 225
 - (2) Klage nach § 243 Abs. 2 AktG 226
 - (3) Klage nach § 243 Abs. 1 AktG 226
 - (4) Zusammenfassung 226
 - gg) Anfechtungsklage gegen den Hauptversammlungsbeschluss über die Entlastung des Vorstands? 227
 - (1) Grundlegendes 227

(2) Genügt die Rechtskrafterstreckung nach § 248 AktG zur Erfüllung der Bedingung der unbezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarung?	228
(3) Ist die Anfechtungsklage begründet?	229
(4) Überdies: Unzulässigkeit der Anfechtungsklage	230
(5) Zwischenergebnis	231
hh) Möglichkeit der Nachteilsfeststellung im Rahmen eines Spruchverfahrens?	231
ii) Zwischenergebnis	233
b) Verhinderung der Klagemöglichkeit durch den Abschluss der Vereinbarung	234
c) Folgen für die Zulässigkeit unbeziffelter Nachteilsausgleichsvereinbarungen	235
d) Zwischenergebnis	237
9. Zusammenfassung der Erkenntnisse	237
III. Zwischenfazit	238
IV. Beurteilung der Rechtsprechung zum Fall HVB/Unicredit	239
1. Das Urteil des Landgerichts München I	239
2. Das Berufungsurteil des OLG München	241
3. Die Aussagen des Revisionsgerichts	242
a) Einleitung	242
b) Die Einstufung als Anerkenntnis	243
aa) Fehlender Abstraktionswille	243
bb) Inhaltlich weder Schuldanerkenntnis noch Schuldversprechen	245
cc) Keine Umgehungsgefahr	246
c) Zusammenfassung	247
V. Ergebnis	247
§ 14 „Rettungsversuche“	248
I. Der Einsatz einer Nachbesserungsklausel löst das Problem nicht	248
II. Auflösung der Zirkularität durch Einräumung von Klagerechten?	251
III. Das Ende der unbezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarung	252
§ 15 Neue Ansätze für derzeit nicht quantifizierbare Nachteile	253
I. Garantie statt Ausgleich?	253
1. Problemaufriss	253
2. Wahl der Formulierung	254
a) Ausgleichsgarantie	254
b) Erfüllungsgarantie	255
c) Nachbesserungsgarantie	255

3. Besondere inhaltliche Anforderungen und Abschlussvoraussetzungen?	256
a) Anforderungen an den Inhalt, insbesondere Erfordernis des Einzelausgleichs	256
aa) Möglichkeit eines zeitlich gestreckten Ausgleichs bei Eintritt des Garantiefalls?	256
bb) Einzelausgleichsfähigkeit der Garantie	257
cc) Zwischenergebnis	260
b) Besondere Abschlussvoraussetzungen	260
4. Wirkungen der Garantien	261
II. Führt der Einsatz einer Ausgleichsgarantie zu einem Vertragskonzernrecht „zweiter Klasse“?	262
III. Sind die Probleme der alten Nachteilsausgleichsvereinbarung durch diese neue Form des „Ausgleichs“ gelöst?	263
1. Die Ausgleichsgarantie	263
2. Die Nachbesserungsgarantie	265
3. Die Nachteile beider Garantien	266
4. Ergebnis	267
IV. Die Alternative: Ausgleich durch auflösend bedingte Nachteilsausgleichsvereinbarung	268
1. Einleitung	268
2. Ausgestaltung dieser Nachteilsausgleichsvereinbarung und weiterer Ablauf	269
a) Formalitäten und Inhalt des Vertragsschlusses	269
aa) Der Unterschied zur „normalen“ unbedingten Nachteilsausgleichsvereinbarung	269
bb) Besondere inhaltliche Anforderungen	270
cc) Besondere Abschlussvoraussetzungen	271
dd) Zwischenergebnis	272
b) Der Ablauf nach Vertragsschluss – die Feststellung des Bedingungseintritts	272
aa) Grundlegendes	272
bb) Leistungsklage des herrschenden Unternehmens?	273
cc) Klage auf Feststellung des Bedingungseintritts?	274
dd) Schiedsverfahren	276
ee) Ergebnis	277
3. Die auflösend bedingte Nachteilsausgleichsvereinbarung aus Sicht der Beteiligten	277
4. Verbindung von Nachteilsausgleichsvereinbarung und Garantie als umfassende Problemlösung?	278
5. Ergebnis	279
V. Mögliche Einwände gegen diese neue Form der Nachteilsausgleichsvereinbarung	280
1. Verschiebung des Beurteilungszeitpunkts?	280

2. Bilanzneutralität des Ausgleichs durch auflösend bedingte Nachteilsausgleichsvereinbarung?	281
3. Ausreichende Planungssicherheit für die Beteiligten?	282
4. Zulässigkeit einer Feststellung des Bedingungseintritts im Schiedsverfahren?	283
a) Einführung	283
b) Zulässigkeit der Schiedsgutachtervereinbarung im Rahmen der Nachteilsausgleichsvereinbarung	285
c) Kostentragung	287
d) Zwischenergebnis	288
5. Ergebnis	288
VI. Der Anwendungsbereich der auflösend bedingten Nachteilsausgleichsvereinbarung	289
VII. Zusammenfassung	291
§ 16 Ergebnis	293

4. Kapitel

Fazit	296
--------------	-----

5. Kapitel

Mustervereinbarungen	299
-----------------------------	-----

§ 17 Absichtserklärung mit Hinweis auf Hauptversammlungszuständigkeit	300
§ 18 Bezifferte Nachteilsausgleichsvereinbarung mit Schiedsvereinbarung	302
§ 19 Auflösend bedingte Nachteilsausgleichsvereinbarung mit Nachbesserungsgarantie und Schiedsgutachtervereinbarung	305
§ 20 Ausgleichsgarantie	309
Literaturverzeichnis	311
Stichwortverzeichnis	321

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Anh.	Anhang
Az.	Aktenzeichen
Bearb.	Bearbeiter, bearbeitet
Begr.	Begründer, begründet
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
ebd.	ebenda
f., ff.	folgend(e)
Fn.	Fußnote
grds.	grundsätzlich
Hrsg.	Herausgeber
h.M.	herrschende Meinung
i.E.	Im Ergebnis
LS.	Leitsatz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
re./li. Sp.	rechte/linke Spalte
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n), nach §§: Satz
S.p.A.	Società per azioni, italienische Form der Aktiengesellschaft
u. a.	und andere
vgl.	Vergleiche
Vor/Vorb.	Vorbemerkung(en)
z. B.	zum Beispiel

Einführung

I. Vorbemerkung

Diese Arbeit befasst sich mit einem Thema im Bereich des Konzernrechts von hoher wirtschaftlicher wie rechtlicher Relevanz. Die Vorstellung des Rechtsanwenders bei der Verwendung des Begriffs „Konzern“ ist geprägt vom Bild des Unterordnungskonzerns, also des Zusammenschlusses eines herrschenden und eines abhängigen Unternehmens. Im Rahmen dieses Konzernverhältnisses hat das herrschende Unternehmen die Möglichkeit zur Einflussnahme auf das abhängige Unternehmen. Nimmt es tatsächlich Einfluss auf dessen Unternehmensführung, stellt sich die Frage nach etwaigen Ausgleichsverpflichtungen gegenüber dem abhängigen Unternehmen und der Art ihrer Erfüllung. So stehen die Geschäftsleiter der beteiligten Unternehmen bereits bei der Eingehung des Konzernverhältnisses vor einer Weichenstellung. Entscheiden sie sich für die vertragliche Regelung ihres Konzerns, so ist damit gleichzeitig die Wahl des Pauschalausgleichs von Nachteilen – der Ausgleich des Jahresfehlbetrags im Sinne des § 302 AktG – verbunden. Wird auf eine vertragliche Basis des Gesamtkonzerns verzichtet, so wird nach § 311 AktG eine vertragliche Regelung beim Ausgleich einzelner Nachteile erforderlich, sofern diese nicht tatsächlich ausgeglichen werden. Ein tatsächlicher Ausgleich ist jedoch nur dann möglich, wenn auch ein Vorteil aktuell verfügbar ist. Bei einer wirtschaftlich tätigen Gesellschaft wird die Gewährung eines tatsächlichen Vorteils indes nur selten der Fall sein, da die vorhandenen Mittel zumeist gebunden sein dürften. Hinzu kommt, dass selbst bei Verfügbarkeit eines ausgleichsfähigen Vorteils beim herrschenden Unternehmen nicht immer der Wille vorhanden sein dürfte, diesen Vorteil auch tatsächlich dem abhängigen Unternehmen zukommen zu lassen. Eine empirische Untersuchung zu dieser Vermutung ist wegen der Geheimhaltungsinteressen der Konzernunternehmen nahezu nicht möglich, weshalb es insoweit bei der Unterstellung bleiben muss, dass ein herrschendes Unternehmen eher einen Anspruch auf Ausgleich als einen tatsächlichen Ausgleich gewähren wird. Daher wird meist die Entscheidung eher zugunsten der durch Vertrag geregelten zukünftigen Vorteilsgewährung fallen. Eine vertragliche Vereinbarung etwaiger Ausgleichsverpflichtungen ist daher de facto meist nicht zu umgehen.

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit der nachgelagerten Ausgleichsregelung im Einzelfall und will klären, wie die jeweilige vertragliche Vereinbarung gestaltet werden kann. Als Ausgangspunkt dient hierbei die Regelung in § 311 AktG. Die Möglichkeiten, einen Nachteil auszugleichen, sind im Detail vielfältig, aber im Kern auf zwei Alternativen beschränkt. Im Ergebnis geht es um eine ähnliche

Weichenstellung wie bereits bei der Entstehung des Konzerns: Pauschalausgleich oder Einzelausgleich. Ganz so parallel lässt sich der Entscheidungs- und Vereinbarungsinhalt freilich nicht fassen, aber diese plakative Einordnung verdeutlicht das Spannungsverhältnis beider Ausgleichsformen. Genauer gesagt geht es um die Frage, wann der Nachteil betragsmäßig zu bestimmen ist. So besteht zunächst gedanklich die Möglichkeit, den Nachteil und parallel dazu den Vorteil bereits bei Abschluss der Vereinbarung festzulegen. Dies wird praktisch immer dann getan, wenn der Nachteil leicht quantifizierbar ist. Alternativ könnte diese Bestimmung des Nachteils aber in die Zukunft verschoben werden und damit – stark vereinfacht – im Ergebnis doch eine pauschale Ausgleichszusage getroffen werden. Letztere Form wird in der Praxis dann verwendet, wenn der Nachteil quantitativ schwer zu bestimmen ist, und wird, wegen der fehlenden betragsmäßigen Feststellung des Nachteils, in der Regel als „unbezifferte Nachteilsausgleichsvereinbarung“ betitelt. Bei einem unbefangenen Blick ins Gesetz scheint dieses jedoch im Grundsatz von der ersten Alternative, der „bezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarung“ auszugehen. Nach § 311 Abs. 2 AktG muss am Ende des Geschäftsjahres bestimmt werden, wann und durch welche Vorteile der Nachteil auszugleichen ist. Das klingt zunächst nach einem Zwang zur Bezifferung des Nachteils.

Wird der Nachteil nicht ausgeglichen, so folgt daraus eine Schadenersatzpflicht des herrschenden Unternehmens nach § 317 AktG, die notfalls im Klageweg durchzusetzen ist. Eine Klage ist damit die Folge des unterbliebenen Ausgleichs. Die unbezifferte Nachteilsausgleichsvereinbarung geht jedoch einen anderen Weg. In ihr ist die gerichtliche Feststellung des Nachteils und seiner Höhe, und damit auch indirekt der zum Ausgleich erforderliche Vorteil, Voraussetzung einer Ausgleichspflicht. Ohne gerichtliche Feststellung des Nachteils fehlt es an einem Maßstab, anhand dessen ein Ausgleich aufgrund der Vereinbarung erfolgen kann. Die unbezifferte Nachteilsausgleichsvereinbarung erhebt die Klage somit faktisch zur Anspruchsvoraussetzung des zukünftigen Ausgleichs. Diese Form des Nachteilsausgleichs war lange Zeit in der Praxis die gängige Variante, auf derzeit nicht bezifferbare Nachteile zu reagieren. Teilweise wurde dem in der Literatur widersprochen,¹ teilweise zugestimmt.² Die unterschiedlichen Auffassungen sind dabei entweder dem herrschenden oder dem abhängigen Unternehmen bzw. dessen außenstehenden Aktionären und Gläubigern freundlich gesinnt.

Bis zum Jahr 2012 war dies jedoch eine Diskussion, die allein in der Literatur auf Basis theoretischer Überlegungen erfolgte, da insbesondere der BGH keine Gelegenheit zur Äußerung bekam. Anhand der nunmehr ergangenen ersten Rechtsprechung des BGH zu diesem Thema lassen sich jetzt auch die in der Literatur vertretenen unterschiedlichen Positionen an einem praktischen Sachverhalt nachvollziehen.³ Der Streit zwischen Minderheitsaktionären der HypoVereinsbank AG

¹ Vgl. etwa *Heidel*, in: FS Meilicke, S. 125 ff.

² *Wirth*, in: GS Martin Winter, S. 775 ff.

³ BGH II ZR 30/11 = AG 2012, 680; ausführlich dazu unten §§ 12, 13 IV.

(HVB) und deren Großaktionär Unicredit S.p.A. (Unicredit) hatte die Veranlassung eines aus Sicht der Minderheitsaktionäre für die HVB nachteiligen Rechtsgeschäfts (eine Veräußerung von Unternehmensteilen der HVB an Unicredit) zum Gegenstand. Dessen Nachteiligkeit war nicht beziffert worden, da die Vorstände davon ausgingen, dass der Nachteil ausgeglichen sei. Nur für den Fall, dass dies gerichtlich anders eingeschätzt werde, wurde die Nachteilsausgleichsvereinbarung geschlossen.⁴ Zum Ausgleich wurde eine unbezifferte Nachteilsausgleichsvereinbarung verwendet, die eine Quantifizierung des Nachteils und damit auch die Entstehung des Anspruchs den staatlichen Gerichten überließ. Dem widersprach der BGH und schloss sich damit der Literaturauffassung an, die unbezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarungen ablehnend gegenüberstand. Unter Zuhilfenahme dieses geschilderten Falls, generell aber wegen der wirtschaftlichen wie rechtlichen Brisanz des Themas, bietet es sich an, die verschiedenen Formen der Nachteilsausgleichsvereinbarung, insbesondere die unbezifferte Variante, auf ihre Zulässigkeit hin zu überprüfen. Hierbei sind zum besseren Verständnis des Problems zunächst der Konzern als Rechtsfigur und seine Wirkungen näher zu betrachten. Denn um die Probleme der Nachteilsausgleichsvereinbarungen im faktischen Konzern zu verstehen, genügt es nicht, sich allein mit der Rechtsfolgenseite des § 311 AktG zu beschäftigen, es ist vielmehr bereits ein Blick auf den Tatbestand an sich erforderlich. Hierzu wird zunächst der Konzern allgemein betrachtet, um dann den Fokus auf den faktischen Konzern und seine Nachteilsausgleichsregelung zu richten.

II. Die Konzernsituation

1. Einleitung

Der Begriff „Konzern“ geht zurück auf das mittellateinische Wort *concernere*, was sich mit „(ver-)mischen“ übersetzen lässt, und bezeichnet nach allgemeinem (nicht nach juristischem) Sprachgebrauch die Verbindung zweier Unternehmen. Eine solche „Verbindung“ kann auf zweierlei Arten erfolgen: durch tatsächliche Kooperation oder durch Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung. Abzugrenzen ist der Konzern also von der Kooperation. Eine Kooperation erfolgt allein in wirtschaftlicher Hinsicht, etwa bei der auf einer rein wirtschaftlichen Zusammenarbeit fußenden Arbeitsgemeinschaft (ARGE). In diesem Fall sind die konzernrechtlichen Regelungen der §§ 15 ff., 291 ff., 311 ff. AktG nicht anwendbar. Ein Konzern im rechtlichen Sinne hingegen besteht nach der Definition des § 18 Abs. 1 AktG nur bei einer Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen (sog. Konzernunternehmen) unter einheitlicher Leitung.⁵ Die einheitliche Leitung kann entweder auf vertraglicher Basis funktionieren, dann liegt ein sog. Vertragskonzern vor,

⁴ Vgl. die Präambel der unbezifferten Nachteilsausgleichsvereinbarung, abgedruckt im Urteil des LG München I, AG 2010, 173 (Rn. 182, zitiert nach *juris*).

⁵ MüKo AktG/Bayer, § 18 AktG Rn. 1.