



Universität Hamburg

Seminar für Handels-, Schifffahrts-
und Wirtschaftsrecht

Geschäftsführender Direktor
Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M.(Berkeley)

Rechtsvergleichendes Seminar zum

Gesellschaftsrecht

**in Mailand in Zusammenarbeit mit der Università Cattolica del
Sacro Cuore**

Prof. Dr. H. Hirte, LL.M.

Sommersemester 2007

Thema

Two-Tier System and Groups of Companies
Die Vereinbarkeit von Doppelmandaten mit dem dualistischen Führungssystem
im Konzern.

von
Carmen Eckhoff
- 5624162 -

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
B.	Das dualistische System	3
C.	Die Konzeption der Konzernverfassung	4
I.	Der Konzern als Zusammenschluss mehrerer Unternehmen	4
II.	Die konzernrechtlichen Voraussetzungen	6
III.	Zusammenfassung	10
D.	Personelle Verflechtungen des herrschenden mit dem abhängigen Unternehmen	11
I.	Personelle Mehrfachfunktionen im Überblick	12
1.	Vorstände und Aufsichtsräte der herrschenden Gesellschaft im Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft	12
2.	Vorstandsdoppelmandate	12
3.	Doppelmandatsverbund	12
4.	Nachgeordnete Führungskräfte und sonstige Repräsentanten der herrschenden Gesellschaft in der abhängigen Tochtergesellschaft	13
II.	Argumente für die Implementierung von Doppelmandaten	14
1.	Dezentralisierende Momente	14
2.	Zentralisierende Momente	15
3.	Zwischenergebnis	16
III.	Doppelmandate in der Konzernpraxis	17
E.	Doppelmandate und Konzernrecht	19
I.	Grundsätze der Konzernführung	21
II.	Der Doppelmandatsverbund aus der Sicht des Aktienrechts	23
1.	Vorstandstätigkeit	23
a.	Keine Personenidentität für Geschäftsführung und Überwachung	23
b.	Das Doppelmandat als Umgehungstatbestand der §§ 100, 105 AktG?	24
c.	Pflichtenkollision und Interessenkonflikte des Doppelmandats	26
aa.	Die Eingliederung	26
bb.	Der Vertragskonzern	27
cc.	Der faktische Konzern	28
d.	Das Doppelmandat als Tatbestandsmerkmal für einen „qualifizierten faktischen Konzern“	30
e.	Kollegialprinzip und Doppelmandat	32
2.	Einschränkung der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats durch Doppelmandate	34
F.	Stellungnahme	35

Literatur

Kommentare

- Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred* Beck'sche Kurzkommentare
Band 20
GmbHG
17. Auflage, München 2000
(zit.: Baumbach/Bearbeiter, GmbHG, § Rn.)
- Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred* Kurzkommentar zum Aktiengesetz
13. Auflage, München 1968
(zit.: Baumbach/Bearbeiter, AktG, § Rn.)
- Emmerich, Volker/ Habersack, Mathias* Aktien- und GmbH-Konzernrecht
3. Auflage, München 2003
(zit.: Emmerich/Habersack/Bearbeiter, § Rn.)
- Frhr. v. Godin, Reinhard/ Wilhelmi, Hans* Gesetz über Aktiengesellschaften und
Kommanditgesellschaften auf Aktien
(Aktiengesetz)
Band 1 und 3
4. Auflage, Berlin, New York 1971
(zit.: Godin/Wilhelmi, § Rn.)
- Heidel, Thomas* Aktienrecht und Kapitalmarktrecht
2. Auflage, Baden Baden 2007
(zit.: Heidel/Bearbeiter, § Rn.)
- Hopt, Klaus J./ Wiedemann, Herbert* Großkommentar zum Aktiengesetz
Band 1
Einleitung, §§ 1-53 AktG
Band 4 (§§ 291-410 AktG)
4. Auflage, Berlin 2004
(zit.: Großkomm-AktienR/Bearbeiter, § Rn.)
- Hüffer, Uwe* Beck'sche Kurzkommentare
Band 53
Aktiengesetz
7. Auflage, München 2006
(zit.: Hüffer, AktG, § Rn.)
- Kropff, Bruno/ Semler, Johannes* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
Band 1 (§§ 1-53 AktG)
2. Auflage, München 2000
(zit.: MüKo-Bearbeiter, AktG, § Rn.)

Zöllner, Wolfgang

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
Band 1 (§§ 1-75 AktG)
Band 6 (§§ 291-323 AktG)
2. Auflage, Kölner, Berlin, Bonn München
1988
(zit.: KölnerKomm. z. AktG/Bearbeiter, §
Rn.)

Lehrbücher und Monographien

Brachvogel, Gerrit

Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im
Konzern,
München 1967
(zit.: Brachvogel, Seitenzahl)

Decher, Christian E.

Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern,
Heidelberg 1990
(zit.: Decher, Seitenzahl)

Emmerich, Volker/ Habersack, Mathias

Konzernrecht,
Das Recht der verbundenen Unternehmen bei
Aktiengesellschaft, GmbH, Personen-
gesellschaften, Genossenschaft, Verein und
Stiftung,
8. Auflage, München 2005
(zit.: Emmerich/Habersack, § Seitenzahl)

Eversberg, Arndt

Doppelvorstände im Konzern,
Berlin 1992
(zit.: Eversberg, Seitenzahl)

Grunewald, Barbara

Gesellschaftsrecht,
6. Auflage, Tübingen 2005

Henn, Günter

Handbuch zum Aktienrecht,
7. Auflage, Heidelberg 2002
(zit.: Henn, Hdb. AktienR, § Rn.)

Hoffmann-Becking, Michael

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
Band 4
Aktiengesellschaft
2. Auflage, München 1999
(zit.: Münch. Hdb. GesR IV/Bearbeiter, §
Rn.)

Hommelhoff, Peter

Die Konzernleitungspflicht,
Köln 1982
(zit.: Hommelhoff, Seitenzahl)

- Knoblau, Jochen* Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages nach der Regelung des neuen Aktiengesetzes vom 06.09.1965 (BGBl. I S. 1089), Würzburg 1968 (zit.: Knoblau, Seitenzahl)
- Matthießen, Volker* Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, Köln, Berlin, Bonn, München 1989 (zit.: Matthießen, Seitenzahl)
- Müller, Welf/ Rödder, Thomas* Beck'sches Handbuch der AG, München 2004 (zit.: Beck AG-HB/Bearbeiter, § Rn.)
- Raiser, Thomas/ Veil, Rüdiger* Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Auflage, München 2006 (zit.: Raiser/Veil, § Rn.)
- Schlieper, Marc-Roger* Leitungsintensität und Mehrfachfunktion im faktischen Aktienkonzern, Heidelberg 1996 (zit.: Schlieper, Seitenzahl)
- Schmidt, Karsten* Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2002 (zit.: Schmidt, GesR, §, Seitenzahl)
- Semler, Johannes* Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, Köln, Berlin, Bonn, München 1980 (zit.: Semler, Seitenzahl)
- Wackerbarth, Ulrich* Grenzen der Leitungsmacht in der internationalen Unternehmensgruppe, München 2001 (zit.: Wackerbarth, § Gliederungspunkt)
- Wiethölter, Rudolf* Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1961 (zit.: Wiethölter, Seitenzahl)
- Wilhelm, Jan* Kapitalgesellschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin 2005 (zit.: Wilhelm, Rn.)

Aufsätze

- Bauksiepe, Jochen* Zum Unternehmensbegriff des neuen Aktienrechts,
in: BB 1966, S. 869
- Bernhardt, W.* Vorstandsstrukturen im Konzern – „Kann man einen Spieler zum Schiedsrichter, einen Schiedsrichter zum Spieler machen?“,
in: Handelsblatt vom 22.07.1986, S. 8.
- Broichmann, Alice/ Burmeister, Julian* Konzernvertrauenshaftung – zahnloser Tiger oder tragfähiges Haftungskonzept?,
in: NZG 2006, S. 687
- Bühner, Rolf* Management-Holding,
in: DBW 1987, S. 40
- Fischer, Frank* Entlastung von Vorständen bei Personenidentität in Konzerngesellschaften – Auswirkungen des Urteils des LG Köln vom 17.12.1997,
in: NZG 1999, S. 192
- Fleischer, Holger* Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht,
in: NZG 2003, S. 449
- Fleischer, Holger* Konzernrechtliche Vertrauenshaftung,
in: ZHR 163 (1999), S. 461
- Hoffmann-Becking, Michael* Vorstands-Doppelman-date im Konzern,
in: ZHR 150 (1986), S. 570
- Hoffmann-Becking, Michael* Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG,
in: ZGR 1998, S. 497
- v. Hoyningen-Huene, Gerrick* Der Konzern im Konzern,
in: ZGR 1978, S. 515
- Hügel, Stefan/ Klepsch, Michael* Entlastung und Stimmverbot bei Personenidentität im Konzern,
in: NZG 2005, S. 905
- Janberg, Hans/ Schlaus, Wilhelm* Abstimmungsverträge nach neuem Aktienrecht unter Berücksichtigung des Rechts der verbundenen Unternehmen,
in: AG 1967, S. 33

- Kleindiek, Detlef* Konzernstrukturen und Corporate Governance: Leitung und Überwachung im dezentral organisierten Unternehmensverbund,
in: Handbuch Corporate Governance hrsg. von Peter Hommelhoff, Klaus J. Hopt und Axel v. Werder, S. 571
- Kropff, Bruno* Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965,
in: BB 1965, S. 1281
- Kuhn, Karl* Zur Struktur und Organisation der Thyssen-Gruppe,
in: ZfO 1983, S. 28
- Lindermann, Edgar* Doppelmandat gleich Haftungsdurchgriff?
in: AG 1987, S. 225
- Lutter, Marcus* Der qualifizierte faktische Konzern,
in: AG 1990, S. 179
- Rieckers, Oliver* Nochmals: Konzernvertrauenshaftung,
in: NZG 2007, S. 125
- v. Rosenberg, Oliver/ Kruse, Tilman W.* Patronatserklärungen in der M&A-Praxis und in der Unternehmenskrise,
in: BB 2003, S. 641
- Säcker, Franz Jürgen* Zur Problematik von Mehrfachfunktionen im Konzern,
in: ZHR 151 (1987), S. 59
- Schneider, Uwe H.* Konzernleitung als Rechtsproblem, Überlegungen zu einem Konzernverfassungsrecht,
in: BB 1981, S. 249
- Timm, Wolfram* Das Recht der faktischen Unternehmensverbindungen im Umbruch,
in: NJW 1992, S. 2185
- Sonstige Quellen**
- Berlin Center of Corporate Governance* Umsetzung der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex,
Eine empirische Erhebung der DAX-, MDAX- und SDAX-Gesellschaften,
Executive Summary,
Berlin, 20.03.2006
- Hans Böckler Stiftung* Ehemalige Vorstände als Kontrolleure,
Untersuchung vom 01.11.2004

A. Einleitung

In deutschen Aktiengesellschaften ist ein duales Führungssystem gesetzlich vorgeschrieben. Damit soll im Sinne einer guten Corporate Governance eine verantwortungsvolle Unternehmensleitung und –überwachung gewährleistet werden.

Dies gilt nicht nur für die einzelne Gesellschaft, sondern gleichermaßen für Konzernverbände.

Ziel dieser Arbeit ist es jedoch nicht nur die Konzernverfassung, die Konzernarten und ihre Voraussetzungen darzustellen und die spärlich gesäten Empfehlungen für Konzernunternehmen im Deutschen Corporate Governance Kodex (in Folgenden: DCGK) zu erläutern.

Die Komplexität des Konzernrechts macht es in hohem Maße störungsanfällig. Das dualistische System der *checks and balances* und sämtliche Vorsätze guter Corporate Governance werden zu potemkinschen Dörfern des Gesellschaftsrechts, wenn die Möglichkeiten personeller Verflechtungen in einem Konzern vollends ausgeschöpft werden.

Es liegt nämlich auf der Hand, dass jenen Überwachungsmechanismen auf der Tochterebene in dem Maße Funktionsstörungen drohen, in dem die Verwaltungsorgane der Tochtergesellschaft mit Mitgliedern des Holding-Vorstands und anderen konzernangehörigen Personen besetzt werden.

Die aus solchen Verflechtungen resultierende Interessen- und Pflichtenkollision war – unter dem Stichwort „Doppelmandate“ – schon vor Jahren Gegenstand intensiver und kontroverser Debatten im juristischen Schrifttum. Spätestens im Jahr 2002 hätte sich die Regierungskommission DCGK dieser Problematik annehmen müssen und Empfehlungen zur Bewältigung derartiger Interessenkonflikte im Konzern aussprechen sollen. Die Zurückhaltung der Regierungskommission lässt sich wohl damit erklären, dass personelle Verflechtungen im Konzern als rechtlich zulässig angesehen werden.

Die rechtliche Zulässigkeit von Doppelmandaten wird in dieser Arbeit überprüft.

Allerdings impliziert die (noch) rechtliche Zulässigkeit nicht, dass derartige Verflechtungen im Konzern mit den Grundsätzen verantwortungsvoller Corporate Governance vereinbar sind.

Zu guter Letzt werden in dieser Arbeit die Gläubigerinteressen berücksichtigt. Vor dem Hintergrund personeller Verfechtungen wird die Einführung einer Konzernvertrauenshaftung angeregt.

B. Das dualistische System

Die Leitung einer Aktiengesellschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass kein Einheits-Board-System (One-Tier-Board) existiert. Vielmehr ist die Corporate Governance dualistisch ausgestaltet, da neben den mit der Unternehmensleitung betrauten Vorstand der Aufsichtsrat als eigenständige Überwachungs- und Kontrollinstanz tritt¹.

Das Aufsichtsratssystem ist eine Eigenart des deutschen Aktienrechts.

Aufgabe des Aufsichtsrats ist zunächst die Überwachung der Geschäftsführung². Die Unabhängigkeit der Überwachung sichert das Gesetz durch eine strenge Inkompatibilität zwischen der Mitgliedschaft im Vorstand und im Aufsichtsrat (§ 105 AktG)³.

Zur Geschäftsführung ist der Aufsichtsrat nicht befugt (§ 111 Abs. 1 bis 3 AktG). Doch überträgt ihm das Gesetz einzelne wichtige Geschäftsführungsaufgaben. Zum einen bestellt er die Mitglieder des Vorstands und kann sie, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, vorzeitig abberufen (§ 84 AktG), übt also die Personalhoheit aus. Zum anderen wirkt er an der Feststellung des Jahresabschlusses mit (§ 172 AktG). Bestimmte Arten von Geschäften des Vorstands sind außerdem von seiner Zustimmung abhängig (§ 111 Abs. 4 AktG)⁴.

Dem gegenüber hat der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung, d.h. unabhängig von Hauptversammlung und Aufsichtsrat, zu leiten (§ 76 Abs. 1 AktG). Er ist damit das eigentliche Führungsorgan des Unternehmens⁵.

In der Rechtswirklichkeit ist der tatsächliche Einfluss der Organe sehr verschieden. Beschränkt sich der Aufsichtsrat auf die rückblickende Kontrolle des Vorstands, ohne in dessen geschäftliche Initiativen einzudringen, bleibt er eine blasse, kaum effektive Honoratiorenversammlung, deren Existenzberechtigung mitunter bezweifelt wurde⁶. Nimmt er hingegen alle Möglichkeiten der Personal- und

¹ Beck AG-HB/Liebscher, § 6 Rn. 1.

² Beck AG-HB/Schiedermaier/Kolb, § 7 Rn. 3.

³ Beck AG-HB/Schiedermaier/Kolb, § 7 Rn. 4.

⁴ Hüffer, § 111 Rn. 16.

⁵ Beck AG-HB/Liebscher, § 6 Rn. 2; KölnerKomm z. AktG/Mertens, § 76 Rn. 4 ff.; Semler, S. 7 ff.

⁶ Wiethölter, 299 (309).

Sachentscheidung wahr, kann er zum eigentlichen Führungsorgan des Unternehmens werden.

Welcher Fall sich durchsetzt, hängt von den beteiligten Persönlichkeiten und vor allem von der Zusammensetzung des Aktionärskreises und vom Mitbestimmungsstatut ab.

C. Die Konzeption der Konzernverfassung

Bevor auf die personellen Verflechtungen innerhalb des Konzerns eingegangen wird, soll zunächst ein Überblick über das geltende Konzernrecht gegeben werden.

I. Der Konzern als Zusammenschluss mehrerer Unternehmen

Das Konzernrecht, als Recht der Unternehmensverbindungen im weitesten Sinne, wurde im AktG im Ersten Buch unter den allgemeinen Vorschriften (§§ 15 ff. AktG) mit allgemeinen Definitionen und im Dritten Buch (§§ 291 ff. AktG), kodifiziert.

Nach § 18 AktG liegt ein Konzern vor, wenn zwei oder mehrere rechtlich selbstständige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind. Der Konzern ist demnach eine als wirtschaftliche Einheit geführte Unternehmensgruppe – ein „polykorporatives Unternehmen“⁷ –, die sich durch das Merkmal der rechtlichen Selbstständigkeit der Gliedunternehmen vom Einheitsunternehmen unterscheidet⁸.

Das Gesetz unterscheidet in § 18 AktG zwischen Unterordnungskonzern und Gleichordnungskonzern. Den Regelfall bildet der Unterordnungskonzern (§ 18 Abs. 1 AktG). Bei ihm übt ein herrschendes Unternehmen die Leitungsmacht über wenigstens ein abhängiges Unternehmen aus. Die Abhängigkeit wird gewöhnlich dadurch vermittelt, dass das herrschende Unternehmen über die Mehrheit der Anteile am abhängigen Unternehmen verfügt (§§ 16, 17 AktG)⁹.

Demgegenüber stehen im Gleichordnungskonzern die Gliedunternehmen typischerweise ohne gesellschaftsrechtliche Beteiligung nebeneinander (§§ 18 Abs. 2, 291 Abs. 2 AktG). Die einheitliche Leitung muss in diesem

⁷ Bälz, FS L. Raiser, S. 287 (320).

⁸ Raiser/Veil, § 50 Rn. 1.

⁹ Emmerich/Habersack/Emerich, § 17 Rn. 5 ff.; Hüffer, § 17 Rn. 4 f.; KölnerKomm z. AktG/Koppensteiner, § 17 Rn. 18 f.; MüKo-AktG/Bayer, § 17 Rn. 14, 25 ff.; Münch. Hdb. GesR IV/Krieger, § 68 Rn. 17 ff.

Fall mit Hilfe von vertraglichen Absprachen und personeller Verflechtung der Leitungsorgane gesichert werden. Insofern handelt es sich bei der Rechtsnatur des Gleichordnungskonzerns um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts¹⁰.

Bei den Unterordnungskonzernen ist weiter zwischen dem so genannten faktischen Konzern, dem Vertragskonzern und der Eingliederung zu unterscheiden¹¹.

Im **faktischen Konzern** beruht die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens allein auf der Mehrheitsbeteiligung, kann allerdings auf dieser Grundlage durch den Abschluss schuldrechtlicher Unternehmensverträge (§ 292 AktG) und durch die personelle Verflechtung der Leitungsorgane verstärkt werden¹².

Im **Vertragskonzern** wird die durch die Mehrheitsbeteiligung vermittelte Herrschaft durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrags zwischen abhängigem und herrschendem Unternehmen überwölbt. Gegenstand dieses Vertrags ist die organisationsrechtlich formell gebilligte Verlagerung der Leitungsmacht vom abhängigen auf das herrschende Unternehmen (§§ 291 Abs. 1, 308 AktG)¹³. Neben und nicht selten an die Stelle eines Beherrschungsvertrags tritt ein Gewinnabführungsvertrag, durch den sich eine Gesellschaft verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen oder ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen (§ 291 Abs. 1 2. Alt. AktG)¹⁴.

Zu einer noch intensiveren Verbindung zwischen den beiden beteiligten Unternehmen führt die **Eingliederung**, denn bei ihr wird die Leitungsmacht der Hauptgesellschaft von einer Außenhaftung unmittelbar gegenüber den Gläubigern des eingegliederten Unternehmens begleitet (§§ 322 ff. AktG)¹⁵.

¹⁰ Raiser/Veil, § 56 Rn. 1; Schlieper, S. 10.

¹¹ Raiser/Veil, § 50 Rn. 4 ff.

¹² Emmerich/Habersack/Habersack, § 311 Rn. 1; Großkomm-AktienR/Würdinger, vor §§ 311-318; Heidel, § 311 Rn. 1 ff.; Hüffer, § 311 Rn. 1; MüKo-AktG/Kropff, § 311 Rn. 6.

¹³ Großkomm-AktienR/Wiedemann, § 179 Rn. 46; Heidel, § 291 Rn. 8; Hüffer, § 291 Rn. 17; MüKo-AktG/Altmeppen, § 291 Rn. 25 ff.; Emmerich/Habersack, § 11 S. 164 ff.

¹⁴ MüKo-AktG/Altmeppen, § 291 Rn. 39, 145 ff.

¹⁵ Emmerich/Habersack/Habersack, § 322 Rn. 6; Henn, Hdb. AktienR, § 13 Rn. 393; Münch. Hdb. GesR IV/Krieger, § 73 Rn. 47.

II. Die konzernrechtlichen Voraussetzungen

Wesentliches Merkmal des Konzerns ist nach der Legaldefinition des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG die Zusammenfassung von mindestens zwei rechtlich selbstständigen Unternehmen unter einheitlicher Leitung¹⁶.

Die **Zusammenfassung** setzt im Gegensatz zum reinen Beherrschungsverhältnis voraus, dass der beherrschende Einfluss tatsächlich ausgeübt wird. Der Grad der Zusammenfassung lässt sich aus dem gesetzlich zulässigen Umfang einheitlicher Leitung bestimmen. Die einheitliche Leitung wiederum basiert auf der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung¹⁷.

Nach der Legaldefinition des § 17 Abs. 1 AktG ist ein Unternehmen **abhängig**, wenn ein anderes (das herrschende) Unternehmen auf das (abhängige) Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann¹⁸. Für die Bejahung eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses genügt, dass die Möglichkeit der Einflussnahme besteht, währenddessen es für den Konzern begriffswesentlich ist, dass tatsächliche Leitung ausgeübt wird¹⁹.

Gem. § 17 Abs. 2 AktG wird von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist. Bereits eine Minderheitsbeteiligung kann jedoch im Fall einer so genannten Hauptversammlungsmehrheit beherrschenden Einfluss vermitteln²⁰. Im Fall *VEBA/Gelsenberg* hat der BGH eine Abhängigkeit der VEBA vom Bund angenommen, obwohl dieser nur über 43,7 % der Aktien verfügte, weil angesichts der üblichen Hauptversammlungspräsenz davon auszugehen war, dass dies für Mehrheitsentscheidungen ausreicht. Bei VW genügte sogar ein Anteil von 20 % der Aktien, um die Abhängigkeit vom Land Niedersachsen zu begründen²¹. Dagegen genügt der Besitz einer Sperrminorität allein nicht, denn sie ermöglicht dem Gesellschafter allenfalls, bestimmte Entscheidungen zu blockieren, nicht jedoch einen steuernden Einfluss auf

¹⁶ Wilhelm, Rn. 1187.

¹⁷ Heidel, § 18 Rn. 8 f.

¹⁸ Hüffer, § 17 Rn. 5.

¹⁹ Emmerich/Habersack/Emmerich, § 17 Rn. 41.

²⁰ BGHZ 69 (Veba/Gelsenberg), 334 (347).

²¹ BGHZ 135, 107 (114).

das Unternehmen auszuüben²². Daher wird auch eine Bank nicht dadurch zum herrschenden Unternehmen, dass sie aufgrund des Depotstimmrechts über die Stimmenmehrheit verfügt. Denn die Bank ist bei der Ausübung des Depotstimmrechts an die Weisungen der Vollmachtgeber gebunden; ferner kann der Auftrag jederzeit gekündigt werden²³.

Dass mittlerweile die Definition des Reichsgerichts²⁴, wonach das herrschende Unternehmen über die Mittel verfügen muss, die es ihm ermöglichen, das abhängige Unternehmen seinem Willen zu unterwerfen und diesen bei ihm durchzusetzen, erweitert wurde, wird insbesondere im Fall *Süssen*²⁵ deutlich. Der BGH bejaht in diesem Fall die Abhängigkeit von einem Gesellschafter, der selbst nur zu 25 %, zusammen aber mit seiner Familie zu 75 % beteiligt war. Der BGH stellte bei der Problematik der Familienverbundenheit darauf ab, ob die Familie in einem verfestigten Interessenverbund zur Einheit geworden ist.

Eine wirtschaftliche Abhängigkeit (z.B. aufgrund von langfristigen Liefer- oder Kreditbeziehungen) reicht nicht, um die Merkmale des konzernrechtlichen Abhängigkeitsbegriffs zu erfüllen²⁶. Der Abhängigkeit muss stets eine gesellschaftsrechtliche Einwirkungsmöglichkeit zugrunde liegen.

Das Gesetz hat den für das Konzernrecht maßgeblichen

Unternehmensbegriff nicht selbst weiter umschrieben oder abgegrenzt.

Zunächst standen sich im Schrifttum zwei Theorien gegenüber.

Die so genannte institutionelle Theorie knüpfte beim Kaufmannsbegriff des HGB an, erwies sich aber als zu eng²⁷. Nach der funktionalen Theorie sollte

jede Person Unternehmen sein, welche für die Gesellschaft

unternehmerisch, d.h. aktiv planend und gestaltend tätig wird²⁸. Auch dieser

Ansatz stellte sich jedoch als ungenügend heraus, weil schon die

Möglichkeit, unternehmerischen Einfluss auszuüben, genügen muss.

²² MüKo-AktG/Bayer, § 17 Rn. 42 ff; Großkomm-AktienR/Windbichler, § 17 Rn. 20; Hüffer, § 17 Rn. 10.

²³ Münch. Hdb. GesR IV/Krieger, § 68 Rn. 43; Emmerich/Habersack, § 17 Rn. 22; Hüffer, § 17 Rn. 10; KölnKomm z. AktG/Koppensteiner, § 17 Rn. 49; a.A. MüKo-AktG/Bayer, § 17 Rn. 45 ff.

²⁴ RGZ 167, 40 (49).

²⁵ BGHZ 80, 69 (73).

²⁶ BGHZ 90 (BuM), 381 (395 ff.).

²⁷ Janberg/Schlaus, AG 1967, 33 (37 f.).

²⁸ Kropff, BB 1965, 1281 (1285) Bauksiepe, BB 1966, 869 (871); Möhring, NJW 1967, 1.

Daher hat sich heute eine teleologische Begriffsbestimmung durchgesetzt, die sich auf das Ziel des Konzernrechts stützt, den spezifischen Gefahren zu begegnen, welche den Aufbau von Unternehmensgruppen unter gemeinsamer Leitung nach sich zieht. Danach muss der Unternehmensbegriff so weit gefasst werden, dass er alle einschlägigen Fälle abdeckt, in denen sich solche Gefahren ergeben können²⁹.

In zwei grundlegenden Entscheidungen zum qualifizierten faktischen GmbH-Konzern hat der BGH zur Klärung dieses Begriffs beigetragen. In der *Autokran-Entscheidung*³⁰ wurde einer natürlichen Person, die aufgrund treuhänderischer Verwaltung ihrer Gesellschaftsbeteiligungen durch Familienmitglieder vom BGH als wirtschaftlicher Eigentümer von sieben GmbHs angesehen wurde, sowie in der *Video-Entscheidung*³¹ einem Einzelkaufmann, der Alleingesellschafter einer weiteren GmbH war, Unternehmensqualität im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG zugesprochen. Auch der einen Konzern konstituierende Rechtsbegriff der **einheitlichen Leitung** ist im Gesetz nicht selbst umschrieben.

Sind die beteiligten Unternehmen Partner eines Beherrschungsvertrags oder wurde das eine von ihnen in das andere eingegliedert (§§ 291, 319 AktG), so sind nach § 18 Abs. 1 S. 2 AktG die beteiligten Unternehmen als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen. Die herrschende Lehre³² versteht diese Formulierung als unwiderlegliche Vermutung, so dass in diesen Fällen kraft Gesetzes ein Konzern vorliegt. Weiterhin wird gem. § 18 Abs. 1 S. 3 AktG von einem abhängigen Unternehmen – widerleglich – vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. Nimmt man § 17 Abs. 2 AktG hinzu, so wird infolge der zwei hintereinander geschalteten gesetzlichen Vermutungen von einem im Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet, dass es mit dem mit Mehrheit beteiligten Unternehmen einen Konzern bildet³³. Die einheitliche Leitung basiert demnach wie die Abhängigkeit auf der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung. Einigkeit besteht im Kern darin, dass das wesentliche Merkmal der einheitlichen Leitung einer

²⁹ MüKo-AktG/Bayer, § 15 Rn. 9; Hüffer, § 15 Rn. 7; Emmerich/Habersack, § 15 Rn. 9 ff.

³⁰ BGH NJW 1986 (Autokran), 188 (189 f.); ausdrücklich bestätigt durch BGH NJW 1994 (EDV-Peripherie), 446.

³¹ BGH DWiR 1992 (Video), 71.

³² KölnerKomm z. AktG/Koppensteiner, § 18 Rn. 39.

³³ Raiser/Veil, § 51 Rn. 33.

Unternehmensgruppe die zentrale Planung und die Koordination ihrer wirtschaftlichen Aktivitäten ist, welche bewirkt, dass die Gruppe als organisatorische Einheit verstanden werden kann und erscheint³⁴. Nicht maßgeblich ist hingegen die Art der Ausführung und Kontrolle einzelner Vorgänge; namentlich bleibt es unerheblich, ob die einheitliche Leitung mit Hilfe von Weisungen, Ratschlägen, Besprechungen, personeller Verflechtung oder mit anderen Mitteln bewirkt wird.

Kennzeichen einer einheitlichen Leitung ist es in jedem Fall, wenn die Gruppe einem zentralen Finanzmanagement unterworfen wird, bei dem die von den Konzernunternehmen erwirtschafteten Erträge zusammengeführt und nach einem für den Gesamtkonzern aufgestellten Finanz- und Investitionsplan neu verteilt und zugewiesen werden³⁵.

Auch die weitgehende Personenidentität oder –verflechtung des Führungspersonals mehrerer durch Beteiligungen verbundener Unternehmen, die eine laufende Abstimmung der Unternehmenspolitik ermöglicht, ist als Indiz einheitlicher Leitung anerkannt.

³⁴ MüKo-AktG/Bayer, § 18 Rn. 33; Emmerich/Habersack, § 4 S. 52; Hommelhoff, S. 220 ff.; v. Hoyningen-Huene, ZGR 1978, 515 (524 ff.).

³⁵ KölnerKomm z. AktG/Koppensteiner, § 18 Rn. 25; Großkomm-AktG/Windbichler, § 18 Rn. 25.

III. Zusammenfassung

Im Rahmen der Eingliederung und des Beherrschungsvertrags bestehen weitgehende Weisungsmöglichkeiten, so dass personelle Verflechtungen auf Leitungs- und Kontrollebene kaum zu unzulässigen Verstärkungen der Einflussintensität führen dürften.

Dies gilt jedoch nicht für den faktischen Konzern. Die dort zulässige Einflussintensität ist umstritten. Dies gilt sowohl hinsichtlich der aus § 18 AktG hergeleiteten, für einen Konzern notwendigen, Einflussintensität als auch hinsichtlich der aus der Einflussbegrenzung gem. der §§ 311 ff. AktG hergeleiteten höchstzulässigen Einflussnahme.

Insgesamt lässt sich jedoch zumindest eine gesetzliche Begrenzung der Einflussmöglichkeiten durch das herrschende Unternehmen im faktischen Konzern konstatieren. Bevor diese Grenzen einer genaueren Untersuchung unterzogen werden, sollen nachfolgend zunächst die Einflussmöglichkeiten über personelle Verflechtungen in Konzernunternehmen aufgezeigt werden.

D. Personelle Verflechtungen des herrschenden mit dem abhängigen Unternehmen

Weshalb es innerhalb von Konzernen zu personellen Verflechtungen kommt, begründete *Chandler*³⁶ mit der These „**Structure follows Strategy**“.

Danach folgt auf jede grundlegende Strategieänderung eine organisatorische Anpassung.

Eine Unternehmensentwicklung lässt sich demnach in vier Phasen unterteilen.

In der ersten Phase erfolgt eine Erweiterung der Produktionskapazitäten, verbunden mit einer vertikalen Diversifikation in vor- und nachgelagerte Produktionsstufen.

In der zweiten Phase wird zur effektiven Bewältigung der ausgeweiteten Aktivitäten eine funktionale Organisationsstruktur eingeführt, was bedeutet, dass bis in die Unternehmensleitung hinein sachbezogene Grundaufgaben, wie Produktion, Forschung und Entwicklung, Personal, Recht, Finanzen sowie Vertrieb den jeweiligen Zuständigkeitsbereich bestimmen.

In einer dritten Phase erfolgt eine verstärkte horizontale Diversifikation, wobei zunächst verwandte Bereiche im Vordergrund stehen und später konglomerate Diversifikation betrieben wird.

Als Reaktion auf diese Strategie wird in einer vierten Phase eine Geschäftsbereichsorganisation eingeführt.

In der betriebswirtschaftlichen Lehre und der „Konzernwirklichkeit“ wird die Personalunion als vorrangiges Koordinationsinstrument betrachtet.

³⁶ Bühner, DBW 1987, 40 ff.

I. Personelle Mehrfachfunktionen im Überblick

Es sind folgende unterschiedlichen Konstruktionen denkbar.

1. Vorstände und Aufsichtsräte der herrschenden Gesellschaft im Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft

Nach dem AktG bestehen gegen eine solche Organisationsform keine rechtlichen Bedenken, da eine solche Aufgabenverteilung dem natürlichen Organisationsgefälle entspricht. Nach § 100 Abs. 2 S. 2 AktG sind bis zu fünf Aufsichtsratssitze, die ein Mitglied des Vorstands der Konzernobergesellschaft in abhängigen Unternehmen wahrnimmt, bei der gesetzlichen Begrenzung nicht anzurechnen.

Unstimmigkeiten entstehen nur im Fall der totalen personellen Verflechtung des Aufsichtsrats der faktisch abhängigen Gesellschaft mit Repräsentanten der Obergesellschaft, wo teilweise die Forderung nach zumindest einem „unabhängigen Aufsichtsratsmitglied“ als gerechtfertigt betrachtet wird, wenn auch die gesetzliche Notwendigkeit eines Minderheitsvertreters nicht anerkannt ist³⁷.

2. Vorstandsdoppelmandate

Hierbei gehören in der Regel die Vorstandsvorsitzenden der konzernverbundenen Tochtergesellschaften dem Vorstand der Obergesellschaft an.

Es ist darüber hinaus denkbar, dass nicht nur einzelne sondern die Mehrheit oder sämtliche der Vorstandsmandate der Untergesellschaft durch Vorstandsmitglieder der Obergesellschaft wahrgenommen werden³⁸.

3. Doppelmandatsverbund

Die unternehmerische Verbindung des herrschenden mit dem abhängigen Unternehmen kann bei Existenz von Vorstandsdoppelmandaten noch weiter dadurch verstärkt werden, dass der Vorstandsvorsitzende des herrschenden Unternehmens zugleich Vorsitzender des Aufsichtsrats der konzernabhängigen Gesellschaft ist³⁹.

Dies führt zu der fragwürdigen Konstellation, dass sich Vorstandsmitglieder der Obergesellschaft bei den Tochtergesellschaften in unterschiedlichen

³⁷ Schlieper, S. 25.

³⁸ Semler, FS Stiefel, S. 721.

³⁹ Semler, FS Stiefel, S. 721.

Rollen wieder finden, nämlich zum einen als Geschäftsleiter und zum anderen als sie überwachende Aufsichtsräte⁴⁰.

4. Nachgeordnete Führungskräfte und sonstige Repräsentanten der herrschenden Gesellschaft in der abhängigen Tochtergesellschaft

Unproblematisch ist die Konstellation, in der der herrschenden Gesellschaft nahe stehende Personen und untergeordnet leitende Angestellte der herrschenden Gesellschaft (nachgeordnete Führungskräfte) in hierarchisch dem Vorstand der abhängigen Tochtergesellschaft nachgeordneten Leitungspositionen eingesetzt werden⁴¹.

Bei einer solchen Personenidentität ist der Vorstand der Tochtergesellschaft grundsätzlich gem. § 76 Abs. 1 AktG zur eigenverantwortlichen Leitung verpflichtet und auch in der Lage seine Befugnisse gegenüber abweichendem Verhalten hierarchisch untergeordneten Personen durchzusetzen⁴².

Die gesetzlich vorgesehene Führungsstruktur der Aktiengesellschaft wird in diesem Fall nicht grundsätzlich in Frage gestellt.

Schwierigkeiten ergeben sich dagegen bei Entsendung von nachgeordneten Führungskräften oder sonstigen Repräsentanten der herrschenden Gesellschaft in den Vorstand der abhängigen Gesellschaft.

In den Fällen, in denen es sich um Strohleute oder um trotz ihrer Vorstandsbestellung in der Tochtergesellschaft auf Leitungspositionen innerhalb der herrschenden Gesellschaft weiterhin verbleibende Führungskräfte handelt, muss ein Vergleich mit Vorstandsdoublemandaten in Erwägung gezogen werden⁴³.

⁴⁰ Hoffmann-Becking, ZHR 1986, 570 (573).

⁴¹ Schlieper, S. 26.

⁴² Decher, S. 93 f.

⁴³ Schlieper, S. 26.

II. Argumente für die Implementierung von Doppelmandaten

Zweck aller Arten von personellen Verflechtungen ist die einheitliche Ausrichtung des Konzerns.

Grundsätzlich wird zwischen dezentralisierenden und zentralisierenden Momenten von Mehrfachfunktionen unterschieden. Hinzu treten aber noch weitere Vorteile der Doppelmandate.

1. Dezentalisierende Momente

Bei der Implementierung von Doppelmandaten handele es sich weniger um ein Disziplinierungsinstrument im Interesse der Obergesellschaft, sondern um einen äußerst effizienten Weg der Interessenharmonisierung unter besonderer Berücksichtigung der Interessen und Erkenntnisse der konzernverbundenen Tochtergesellschaften.

Durch die Personalunion des Geschäftsbereichsleiters im Vorstand der Konzernobergesellschaft und des Vorstandsvorsitzenden des juristisch selbstständigen Geschäftsbereichs werde gewährleistet, dass sowohl die Interessen der als Geschäftsbereiche konzipierten konzernverbundenen Tochtergesellschaften als auch vor allem deren Erkenntnisse aufgrund ihrer Marktnähe und ihre Geschäftserfahrungen unmittelbar in die Beratung der Konzerngeschäftspolitik eingebracht werden⁴⁴.

Dadurch wird u.a. eine Straffung der Konzernleitung erreicht. Kürzere Kommunikationswege und weniger Kommunikationsstufen verringern das Risiko von Informationsverzerrungen und verkürzen die Zeit des Kommunikationsaustausches. Dadurch kann der Vorstand schneller und flexibler reagieren und nicht nur agieren.

Entscheidungsdezentralisierung sei ein geeignetes Mittel um bei Führungskräften eine stärkere Eigenständigkeit und Motivation zu erzeugen. Die Mitarbeit „ganz oben“ sowie der direkte Zugriff auf das leitende Team führt zu einem Miteinander anstelle eines Nebeneinander, was ein wichtiger Faktor für eine funktionierende *corporate identity* ist⁴⁵.

⁴⁴ Decher, S. 71 ff.; Schlieper, S. 27; Semler, FS Stiefel, S. 723; Lindermann, AG 1987, S. 231

⁴⁵ Eversberg, S. 30.

Diese Wirkung ist besonders wichtig um die Gefahr hierarchischer Hemmnisse⁴⁶ abzubauen.

Doppelvorstände seien weiterhin geeignet einen gewissen Ressortegoismus zu erzeugen, der dazu führe, dass die Belange der Tochtergesellschaft bei der Konzernführung stärker berücksichtigt werden.

Der Vorstandsvertreter von „unten“ hat die entsprechende Information und kann die Belange der Untergesellschaft im Entscheidungszentrum des Konzerns vortragen. Die Gefahr, dass die Obergesellschaft „über die Köpfe der Untergesellschaft“ entscheidet, wird so verringert⁴⁷.

Je größer der Konzern, je langfristiger die Ziele formuliert werden, und je enger die Bindung der einzelnen Konzernunternehmen an die Konzernpolitik ist, desto wichtiger ist für die Bereichsgesellschaft die Möglichkeit, ihre Belange und Interessen umfassend und ohne zeitliche Verzögerung vortragen zu können.

2. Zentralisierende Momente

Aus der Sicht der Obergesellschaft existiert selbstverständlich ein Disziplinierungsmoment. Durch Personalunionen können die Tochtergesellschaften stärker in den direkten Einflussbereich des Vorstands der Obergesellschaft eingebunden werden und auf die Zielvorstellungen der Obergesellschaften eingeschworen werden.

Dies trifft insbesondere auf das Doppelmandat von „unten nach oben“ zu. Der so entsandte Vertreter seines Unternehmens ist in der Lage, Entscheidungen, die oben (unter seiner Mithilfe) getroffen worden sind, in seinem Vorstand in der Untergesellschaft direkt zu vertreten. Dabei ist von großer Bedeutung, dass er an diesen Entscheidungen als Mitglied eines Kollegialorgans im Sinne von § 77 Abs. 1 S. 1 AktG beteiligt ist, d.h. Entscheidungen mit Auswirkungen für sein Unternehmen nicht über seinen Kopf hinweg getroffen werden. Er ist daher in der Lage, die Leitung der Untergesellschaft besser auf das Interesse der Obergesellschaft abzustimmen⁴⁸.

⁴⁶ Hierarchische Hemmnisse waren auch ein Grund für die Airbus-Krise. Die Verkabelungsprobleme hätten, im Wege einer funktionierenden konzerninternen Kommunikation, eher erkannt und behoben werden können.

⁴⁷ Decher, S. 73.

⁴⁸ Eversberg, S. 26.

Je mehr strategische Entscheidungen zentral getroffen werden sollen und je mehr Koordinationsbedarf besteht, je mehr bietet es sich an, die Leitungen der Suborganisationseinheiten mit in das Leitungsgremium (Konzernvorstand) aufzunehmen⁴⁹.

Man spricht daher auch von einer Dezentralisierung im operativen Bereich und gleichzeitig von einer Zentralisierung im strategischen Bereich.

Empfehlenswert erscheint daher die Devise: „Zentralisation soweit wie nötig, Dezentralisation soweit wie möglich“⁵⁰.

Dies darf aber nicht darüber hinweg täuschen, dass Doppelmandate zu einer verschleierte Kontrolle der Untergesellschaft durch den Konzern führen.

Ein Doppelmandatsträger kann die Untergesellschaft auf ihre konzerngerechte Geschäftspolitik hin überprüfen und dies nach oben berichten. Das Verschwiegenheitsgebot des § 93 Abs. 1 AktG steht dem nicht entgegen, räumt doch § 294 Abs. 3 HGB der Muttergesellschaft gegenüber den Töchtergesellschaften ein erweitertes Informationsrecht ein.

Für den Fall, dass dieser Doppelbändermann sogar den Vorstandsvorsitz innehat, hat er zudem in der Regel wesentlichen Einfluss auf die Geschäftspolitik des Unternehmens.

3. Zwischenergebnis

Es steht somit fest, dass Doppelmandate in Leitungs- und Führungsorganen unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten von großer Bedeutung sind, teilweise sogar eine Notwendigkeit der Führungsstruktur darstellen.

⁴⁹ Kuhn, ZfO 1983, 563.

⁵⁰ Kuhn, ZfbF 1981, 37 ff.

III. Doppelmandate in der Konzernpraxis

Auch die ThyssenKrupp AG hat sich die Spartenstruktur zunutze gemacht, um sich die Vorteile solch einer Organisation zu sichern.

Die global agierende ThyssenKrupp AG wäre als einer der größten Technologiekonzerne mit fast 188.000 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von mehr als 47 Milliarden Euro mit einem nach Funktionen (Einkauf, Produktion, Vertrieb, Personalwesen, Finanzen) gegliederten Leistungsgefüge nicht kontrollier- und steuerbar.

Die ThyssenKrupp AG, die 1999 aus der Fusion der Thyssen AG mit der Fried. Krupp AG hervorging, ist heute nach dem sog. Spartenprinzip unterteilt.

Das Spartenprinzip basiert auf der Bildung von Einheiten, die die genannten Funktionen im Wesentlichen selbstständig wahrnehmen und so eigene „profit center“ bilden. Nur einige übergreifende administrative Aufgaben werden bei der Konzernspitze für alle Sparten angesiedelt⁵¹.

Die ThyssenKrupp AG besteht aus den Segmenten Stainless, Steel, Technologies, Elevator und Services. Damit konzentrieren sich die Konzernaktivitäten auf Stahl und Edelstahl, Industrieanlagen, Industriegüter und Dienstleistungen.

Insofern sind bei der ThyssenKrupp AG zwei der oben angeführten Kriterien eingetreten, die eine Leitung durch Doppelmandate wünschenswert erscheinen lassen: Eine Vergrößerung des Konzerns mit einer gleichzeitig einhergehenden Diversifizierung.

Daher erscheint es nur konsequent, dass im Konzern der ThyssenKrupp AG von Doppelmandaten reichlich Gebrauch gemacht wird.

Alle Vorstandsmitglieder der ThyssenKrupp AG⁵² sind zugleich Mitglieder der Vorstände der Untergesellschaften.

Fünf Vorstandsmitglieder der ThyssenKrupp AG sind sogar Vorstandsvorsitzende bzw. stellvertretende Vorstandsvorsitzende der

⁵¹ Wackerbarth, § 2 I 1.

⁵² Dr.-Ing. Ekkehard D. Schulz, Dr. Ulrich Middelmann, Gary Elliott, Jürgen H. Fechter, Dr.-Ing. Karl-Ulrich Köhler, Ralph Labonte, Dr. Olaf Berlien, Edwin Eichler, Dr. A. Stefan Kirsten, Dr.-Ing. Wolfram Mörsdorf (Stand: 30. September 2006).

Untergesellschaften⁵³. Dabei kann es sich um sog. „Spartenfürsten“ bzw. „Stammesherzoge“⁵⁴ handeln. Dies lässt auf eine dezentrale Führung schließen (divisionalisierter Konzern), weshalb die Informationen der sehr selbstständig arbeitenden Tochtergesellschaften für die strategische Planung des Konzerns besonders wichtig sind.

Der Vorstandsvorsitzende der ThyssenKrupp AG Dr.-Ing. Ekkehard D. Schulz hat in drei Untergesellschaften (Services AG, Elevator AG und Technologies AG) den Vorsitz des Aufsichtsrats inne.

Aufsichtsratsvorsitzender der beiden verbleibenden Untergesellschaften (Steel AG und Stainless AG) ist der stellvertretende Vorstandsvorsitzende der ThyssenKrupp AG Dr. Ulrich Middelman.

In einer solchen Konstruktion ist eine eher zentralistische Leitungsorganisation des Konzerns zu sehen. Die Muttergesellschaft gewinnt so Einfluss auf das Kontrollorgan der Tochtergesellschaft.

Die Untersuchung der Konzernstruktur von ThyssenKrupp ergab weiterhin, dass sich der Einsatz von Doppelmandaten auch auf den unteren Ebenen des Konzerns fortsetzt.

⁵³ Im Einzelnen: Jürgen H. Fechter ist VV bei der Stainless AG. Dr.-Ing. Karl-Ulrich Köhler ist VV bei der Steel AG. DR. Olaf Berlien ist VV der Technologies AG. Edwin Eichler ist VV bei der Elevator AG und der Services AG. Dr.-Ing. Wolfram Mörsdorf ist stellv. VV bei der Technologies AG.

⁵⁴ Bernhardt, S. 9.

E. Doppelmandate und Konzernrecht

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht wirken sich Doppelmandate überwiegend positiv aus. Daneben bedarf es jedoch einer rechtlichen Überprüfung.

Ausgangspunkt ist dabei die Interessenkollision zwischen den differierenden Unternehmenszielen des Konzerns und der Bereichsgesellschaft.

Der Doppelbändermann sitzt sprichwörtlich zwischen den Stühlen von Obergesellschaft und Untergesellschaft.

Der Konzern hat das Interesse, synergetische Effekte zur Sicherung und Verstärkung seiner Position am Markt zu nutzen, Entwicklungs- und Know-How-Potentiale der Bereichsgesellschaften sinnvoll zu bündeln und diese fortzuentwickeln, Finanzen und Ressourcen dort einzusetzen oder dort zugänglich zu machen, wo es der Markt erfordert oder dieses größtmöglichen Gewinn verspricht⁵⁵.

Die Bereichsgesellschaft will hingegen neben einer gesunden Finanz- und Personallage wirtschaftlich expandieren und ihre Stellung innerhalb des Konzerns festigen oder auch ausbauen. Sie erstrebt größtmögliche Unabhängigkeit und Selbstständigkeit gegenüber dem Konzern und erwartet auf der anderen Seite bei Problemen entsprechende Unterstützung von der Muttergesellschaft.

Diese beiden Interessenpole können zu folgenden, durchaus als üblich zu bezeichnenden Konflikten führen:

Expansion der Mutter oder anderer Töchter auf Kosten der Bereichsgesellschaft, Verlagerung der Forschungsschwerpunkte, erhöhte Gewinnabführung zur Konsolidierung der Mutter oder anderer Konzernunternehmen, Abzug von hervorragenden Führungskräften auf andere Positionen im Konzern, Markt- oder Produktionsverlagerungen zugunsten anderer Unternehmen, keine Bildung ausreichender finanzieller Rücklagen bzw. volle Gewinnausschüttung und hohe Aktionärsdividenden, konzerninterne Vereinbarungen über Dienstleistungen oder Lieferungs- und Abnahmepflichten, Steuerung des An- oder Verkaufs von Beteiligungen an dritten Unternehmen, benachteiligende Zuweisung von Ressourcen oder Marktanteilen.

⁵⁵ Wackerbarth, S. 72.

Diese verschiedenen Beispiele belegen, dass das Problem der Interessengegensätze vielschichtiger Natur ist und rechtliche und wirtschaftliche Verflechtungen eine weitaus größere Bedeutung haben als personelle Verflechtungen. Diese sind nämlich meistens nur Mittel zum Zweck zur Durchsetzung der primären übrigen rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen.

I. Grundsätze der Konzernführung

Leitungsmacht im Rahmen von Konzernverhältnissen wird vom Vorstand der herrschenden Aktiengesellschaft ausgeübt. Mit der Aussage *Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten* hat der Gesetzgeber in § 76 Abs. 1 AktG mit einem Satz eines der Grundprinzipien des Aktienrechts geregelt⁵⁶. Zur Erfüllung seiner Geschäftsführungsverpflichtung ist der Vorstand nach § 76 AktG verpflichtet, er hat kein Entscheidungsrecht über die Frage, ob er die ihm obliegenden Aufgaben erfüllen will oder nicht⁵⁷.

Mit einer Geschäftsführungsbefugnis ist auch die Verpflichtung zur Geschäftsführung verbunden. Diese Kompetenz ist ausschließlich und unveräußerlich und kann nur auf gesetzlicher Grundlage (§§ 308, 311 ff., 323 AktG) beschränkt werden.

Die Konzernführung umfasst operative und strategische Entscheidungen und muss mit der Sorgfaltsverpflichtung des § 93 AktG vereinbar sein⁵⁸. Das zulässige Maß der Leitungsbefugnisse wird von der Rechtsnatur des Konzernverhältnisses (Eingliederung, Beherrschungsvertrag oder faktischer Konzern) bestimmt. Innerhalb dieser vorgegebenen Grenzen hat der Vorstand frei zu entscheiden, in welcher Weise die Obergesellschaft Leitungsmacht ausüben will.

Die Frage der Leitungsintensität im Konzern ist nicht anders zu sehen als die Frage der Führungsintensität im Einheitsunternehmen⁵⁹. Unternehmen können organisatorisch zentral oder dezentral geführt werden. Entscheidet sich der Vorstand allerdings für den Abschluss eines Unternehmensvertrages oder für eine Eingliederung, so bedarf es dazu einer Beschlussfassung der Hauptversammlung (§§ 293, 319 AktG)⁶⁰.

Für die Leitungsbefugnis eines Doppelvorsandes bedeutet dies letztlich, dass er operative Arbeit in der Untergesellschaft mit strategischer Planung in der Obergesellschaft kombinieren muss.

⁵⁶ Kleindiek, S. 573.

⁵⁷ Hüffer, § 76 Rn. 7 und § 77 Rn. 3 ff.; Münch. Hdb. GesR IV/Wiesner, § 19 Rn. 12, 16 und § 22 Rn. 12 ff.; Hoffmann-Becking, ZGR 1998, 497 (506 ff.); Fleischer, ZGR 2003, 449 (449 ff.).

⁵⁸ Schneider, BB 1981, 249 (250).

⁵⁹ Wackerbarth, S. 42 ff.

⁶⁰ Brachvogel, S. 54.

Ähnlich wie im Einheitsunternehmen, dessen Vorstand originäre Führungsaufgaben hat, gibt es Konzernführungsfunktionen, die die eigentliche Konzerngeschäftsführung ausmachen. Dem Leitungsorgan obliegen im Rahmen der durch das Konzernrecht vorgegebenen Schranken die Konzernplanung, die Konzernkoordinierung, die Konzernkontrolle und die Personalentscheidungen.

Mit der Geschäftsordnung im Sinne des § 77 Abs. 2 AktG werden in einem konzernleitenden Unternehmen damit nicht nur die Zuständigkeiten und das Geschäftsführungsverfahren in der Obergesellschaft, sondern gleichzeitig die Organisation und das Verfahren für die Konzernführung festgelegt. Mit der Satzung oder der Geschäftsordnung wird gem. § 77 Abs. 1 S. 2 AktG bestimmt, wie die Mitglieder des Vorstands bei ihrer Geschäftsführung zusammenzuwirken haben, bei der Geschäftsführung in der Obergesellschaft und damit im Konzern. Leitung der Konzernobergesellschaft ist zugleich Führung des Konzerns⁶¹.

Für die Konzerngeschäftsführung gilt der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung; die Gesamtgeschäftsführung kann insoweit nicht abbedungen werden. Daher gibt es keine Vorstandsmitglieder unterschiedlichen Ranges.

Für den – gesetzlich nicht kodifizierten – GmbH-Konzern ist ebenfalls zwischen dem faktischen und dem Vertragskonzern zu unterscheiden. Für die Leitungsbefugnisse des herrschenden Unternehmens gelten dabei im Ansatz ähnliche Rahmenbestimmungen wie im Aktienkonzern.

Die Privilegierungswirkung des § 311 AktG hat hier jedoch keine Entsprechung; auch das Instrumentarium des Abhängigkeitsberichts findet im GmbH-Konzern recht keine Anwendung. Die rechtliche Stellung der GmbH-Geschäftsführer ist zudem eine ganz andere als die des AG-Vorstands, weil das GmbH-rechtliche Kompetenzgefüge bekanntlich durch ein ausgeprägtes Hierarchiegefälle zwischen den Gesellschaftern und den Geschäftsführern gekennzeichnet ist. Von einem Recht der Geschäftsführer zur eigenverantwortlichen Leitung der abhängigen GmbH kann deshalb keine Rede sein⁶².

⁶¹ Hommelhoff, S. 78.

⁶² Kleindiek, S. 575.

II. Der Doppelmandatsverbund aus der Sicht des Aktienrechts

1. Vorstandstätigkeit

Die Bestellung zum Mitglied des Vorstands einer Aktiengesellschaft ist nur durch die Bestimmung des § 76 Abs. 3 AktG eingeschränkt. Danach kann Mitglied des Vorstands nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein.

a. Keine Personenidentität für Geschäftsführung und Überwachung

Fraglich ist, ob die Inkompatibilitätsvermutung der

§§ 100 Abs. 2, 105 AktG auch für die Vorstandsmitglieder gilt.

Es gibt jedoch keine Rechtsnorm, die verbietet, dass jemand zugleich Vorstandsmitglied bei der herrschenden und der beherrschten Gesellschaft ist, und es gibt keine Rechtsnorm, die untersagt, dass jemand zugleich Mitglied des Vorstands im herrschenden Unternehmen und Mitglied des Aufsichtsrats einer abhängigen Gesellschaft ist; nur die umgekehrte Gestaltung ist untersagt (§ 100 Abs. 2 Nr. 2 AktG)⁶³.

Eine besondere Qualität gewinnen Doppelmandate dort, wo sie gleichzeitig in verschiedenen Organen des Konzerns tätig sind.

Als klassisch ist dabei die Variante zu bezeichnen, die auch im Beispiel der Leitungsorganisation in der ThyssenKrupp AG zu finden ist: Die Vorstandsvorsitzende der Unternehmensbereiche Technologies, Elevator und Services sind zugleich Vorstandsmitglieder der Konzernspitze der ThyssenKrupp AG. Parallel dazu hat der Vorstandsvorsitzende des Konzerns, zurzeit Dr.-Ing. Ekkehard D. Schulz, den Aufsichtsratsvorsitz dieser Bereichsunternehmen inne.

Damit ist der Kreis zwischen Ober- und Untergesellschaft, zwischen Leitungs- und Aufsichtsorgan geschlossen. Lläuft diese Kombination von Machtansammlung der „checks and balances“ zuwider?

Kann man überhaupt noch von einem gegenseitigen Überwachungssystem reden, oder kann man nicht viel mehr ein kollusives Zusammenwirken der Doppelmandate annehmen.

⁶³ GroßKomm-AktR/Meyer-Landrut, § 105 Rn. 1; Semler, FS Stiefel, S. 732; Lindermann, AG 1987, S. 232.

In dem Banning-Beschluss vom 03.12.1986 kam das OLG Hamm zu dem Schluss, dass eine solche Organbesetzung an sich – also ohne einen entsprechenden Missbrauchstatbestand – bereits die Unternehmung die Schwelle zu einem qualifizierten faktischen Konzern überschreiten lässt. Der Umkehrschluss aus § 100 Abs. 2 Nr. 2 AktG zeigt jedoch, dass die Entsendung eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft nicht den Inkompatibilitätsvorschriften entgegensteht. Dies gilt auch für die Doppelmandate in den Vorständen.

So bleibt zunächst festzuhalten, dass die Einflussnahme der Muttergesellschaft durch eine Besetzung von Aufsichtsrat und Vorstand der Tochter mit Vertrauensleuten und/oder auch Doppelbänderleuten nicht gegen das Aktienrecht verstößt. Es wird von diesem zum Teil sogar gefördert (§ 101 Abs. 2 AktG)⁶⁴.

Das OLG Hamm argumentiert hingegen, dass bestimmten organisatorischen Gestaltungen entgegenzuwirken sei, denen erleichterte Missbrauchsmöglichkeiten innewohnen. Es schlägt daher die Richtung eines „prophylaktischen Konzerneingangsschutzes“ ein.

b. Das Doppelmandat als Umgehungstatbestand der §§ 100, 105 AktG?

Zu diskutieren ist, ob Doppelmandate einen Umgehungstatbestand der §§ 100, 105 AktG bilden könnten, da nicht ohne weiteres aus dem Fehlen einer Regelung auf die Rechtmäßigkeit der Konstruktion geschlossen werden kann.

Durch die Vorschrift des § 105 Abs. 1 AktG soll verhindert werden, dass Geschäftsführung und Überwachung dieser Geschäftsführung von denselben Personen ausgeübt werden. Ähnliche Erwägungen begründen die Vorschrift des § 100 Abs. 2 Nr. 2 AktG.

Ausgangspunkt einer Beurteilung muss dabei die ratio legis der obigen Vorschrift sein: Keine Koppelung von Geschäftsführung und Überwachung! Fraglich ist allerdings, ob das strenge Prinzip der Trennung auch im Konzern ohne Einschränkung durchgeführt werden muss⁶⁵.

⁶⁴ Hoffmann-Becking, S. 574; Säcker, S. 60; Semler, S. 732.

⁶⁵ Der Ausschussbericht des Bundestages zum Aktiengesetz 1965 hatte bereits angeführt, dass eine solche Mandatskoppelung dem natürlichen Organisationsgefälle im Konzern entspräche (vgl. Ausschussbericht bei Kropff, Aktiengesetz, S. 136).

Betrachtet man diese Konstellation genauer, so liegen zwar eine Leitungs- sowie Überwachungsfunktion in der Hand des Doppelbändermannes, aber die Kontrollfunktion bezieht sich nicht auf die damit gesellschaftsrechtlich verbundene Geschäftsführung.

Der doppelte Funktionsträger überwacht im Aufsichtsrat weder die Geschäftsführung in der Obergesellschaft noch im Konzern, sondern nur in der Untergesellschaft. Er beaufsichtigt damit auch nicht die Arbeit seiner Kollegen im Vorstand der Obergesellschaft, sondern dessen Bereichsgeschäftsführung in der Untergesellschaft. Eine solche Kontrolle gehört aber zu den Befugnissen der Obergesellschaft gegenüber der Bereichsgesellschaft, da diese ein elementares Interesse an der Verfolgung der Konzernziele und ihrer Geschäftsstrategie hat.

Ein kollusives Zusammenwirken zwischen Vertretern der Untergesellschaft und Vertretern der Obergesellschaft ist dann nur denkbar, wenn durch den Einfluss der Obergesellschaft die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft, z.B. durch eine mehrheitliche oder gegebenenfalls auch einheitliche Besetzung über den Konzern, praktisch außer Kraft gesetzt würde, bzw. eine solche Überwachung deswegen unterbliebe.

Des Weiteren erlauben Publizitätsvorschriften wie § 171 Abs. 2 AktG (Berichtspflicht des Aufsichtsrats auf der Hauptversammlung), § 295 Abs. 2 S.3 AktG (Auskunftsrecht für außenstehende Aktionäre bei wesentlichen Änderungen des Unternehmensvertrages) und § 337 Abs. 4 AktG (Auskunftspflicht des Vorstands zur Lage des Konzerns und seiner Unternehmen) eine weit reichende Transparenz des Unternehmensgeschehens.

Im Übrigen hat jeder Aktionär ein einklagbares (§ 132 AktG) Auskunftsrecht gem. § 131 AktG⁶⁶, das sich nach § 131 Abs. 1 S. 2 AktG auch auf die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu einem verbundenen Unternehmen erstreckt und damit als umfassend zu bezeichnen ist.

⁶⁶ Hüffer, § 131 Rn. 5.

c. Pflichtenkollision und Interessenkonflikte des Doppelmandats

Bedenken gegen ein Vorstandsdoublemandat könnten sich daraus ergeben, dass durch die organschaftliche Tätigkeit bei zwei verschiedenen Aktiengesellschaften Interessendifferenzen entstehen können, die zur Pflichtenkollision führen.

aa. Die Eingliederung

§ 319 Abs. 1 S. 1 AktG besagt, dass die Gesellschaft durch Beschluss der Hauptversammlung eingegliedert wird⁶⁷. Über das Leitungsverhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft wird keine weitere Auskunft erteilt.

§ 323 Abs. 1 S. 1 AktG erlaubt jedoch, dass die Hauptgesellschaft dem Vorstand des eingegliederten Unternehmens Weisungen erteilen kann⁶⁸. Aufgrund der rechtlichen und tatsächlichen Lage der Eingliederung sieht die h.M. in diesem Weisungsrecht die umfassendste Möglichkeit der Leistungsausübung⁶⁹, da Minderheitsaktionäre nicht vorhanden und Gläubiger der Bereichsgesellschaft durch die Haftung der Obergesellschaft gesichert sind, § 322 AktG. Das abhängige Unternehmen kann von der herrschenden Aktiengesellschaft wie eine Betriebsabteilung organisiert und geführt werden⁷⁰.

Wirtschaftlich kommt die Eingliederung einer Verschmelzung nahe, weil die vertragsschließenden Parteien faktisch dieselben Ziele haben⁷¹.

Aus dieser rechtlich sehr weitgehenden Machtstellung der Hauptgesellschaft gegenüber dem eingegliederten Unternehmen folgt, dass auch der Doppelbändermann wenig in Leitungskonflikte zwischen Ober- und Untergesellschaft geraten kann.

Selbst eine nachteilige Leitungsentscheidung, die der Doppelbändermann oben mitträgt, ist gegenüber der Untergesellschaft in den allermeisten Fällen als eine rechtmäßige Weisung zu qualifizieren⁷².

⁶⁷ Emmerich/Habersack, § 10 S. 134.

⁶⁸ Hüffer, § 323 Rn. 3; MüKo-AktG/Grunewald, § 323 Rn. 3.

⁶⁹ Baumbach/Hueck, § 323 Rn. 1 ff.; Godin-Wilhelmi, § 323 Rn. 2; KölnerKomm z. AktG/Koppensteiner, § 323 Rn. 2.

⁷⁰ Semler, FS Stiefel, 719 (749).

⁷¹ Brachvogel, S. 55.

⁷² Semler, FS Stiefel, S. 750.

Da der Begriff „Weisung“ weit auszulegen ist, kann man den Eingliederungskonzern ohne Zweifel als weitgehend konfliktfreies Betätigungsfeld für Doppelmandatsträger betrachten.

bb. Der Vertragskonzern

§ 308 Abs. 1 S. 1 AktG unterstellt den Vorstand der beherrschten Gesellschaft dem Weisungsrecht des Vorstands – dem gesetzlichen Vertreter (§ 309 AktG) – des herrschenden Unternehmens⁷³. Nach § 308 Abs. 1 S. 2 AktG können diese Weisungen durchaus auch nachteiliger Natur sein⁷⁴, sofern sie dem herrschenden Unternehmen oder dem Konzern im weiteren Sinne dienlich sind⁷⁵. Dieses Weisungsrecht unterstreicht § 308 Abs. 2 S. 1 AktG, indem er dem Vorstand der Untergesellschaft zugleich die gesetzliche Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen auferlegt, und in § 308 Abs. 2 S. 2 AktG eine diesbezügliche Weigerung nur zulässt, wenn die Weisung offensichtlich⁷⁶ nicht einem der oben genannten Interessen entspricht.

Interessant ist § 308 Abs. 3 AktG, der regelt, was bei Weisungen zu geschehen hat, bei deren Tragweite der Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft beteiligt werden muss. Im Fall der Nichterteilung der Zustimmung dieses Überwachungsorgans kann das herrschende Unternehmen, gegebenenfalls mit Zustimmung des eigenen Aufsichtsrats, die Weisung mit bindender Wirkung und haftungsrechtlicher Exkulpation für den Vorstand der Untergesellschaft wiederholen⁷⁷.

Das Weisungsrecht bezieht sich auf die Leitung der Gesellschaft (§ 76 Abs. 1 AktG) und damit auf alle Tätigkeitsbereiche des Vorstands. Dies beinhaltet auch Anweisungen im aktuellen Tagesgeschäft⁷⁸. Trotzdem ist das Weisungsrecht keine Befehlsgewalt ohne Grenzen. Es kann durch vertrags-, oder satzungsmäßige Bestimmungen sowie gesetzliche oder Gesetzesimmanente Beschränkungen eingeschränkt werden⁷⁹. Soweit also der Beherrschungsvertrag keine andere Regelung

⁷³ Baumbach/Hueck, § 308 Rn. 1; KölnerKomm z. AktG/Koppensteiner, § 308 Rn. 9.

⁷⁴ Jula/Breitbarth, AG 1997, 256 (258).

⁷⁵ Raiser/ Veil, § 54 Rn. 35.

⁷⁶ Das Konzerninteresse fehlt offensichtlich, wenn daran keine Zweifel bestehen können, bzw. die Obergesellschaft keine Konzernbelange darlegen kann.

⁷⁷ Henn, § 19 S. 403.

⁷⁸ Münch. Hdb. GesR IV/Krieger, § 70 Rn. 97.

⁷⁹ GroßKomm-AktienR/Würdinger, § 308 Rn. 15.

trifft, verbleiben die drei wesentlichen Unternehmensführungsfunktionen Planung, Kontrolle und Personalpolitik bei der abhängigen Gesellschaft. Die Bereichsgesellschaft darf jedoch nicht per Weisungsdekret wie eine unselbständige Betriebsabteilung geführt werden. Weisungen, die gegen das Existenzinteresse der Gesellschaft laufen, braucht und darf der Vorstand nicht zu befolgen⁸⁰.

Adressat der Weisungen ist nur der Vorstand der Tochtergesellschaft.

Schließlich ist er im Vertragskonzern gem. § 77 Abs. 1 AktG leitendes und verantwortliches Gesellschaftsorgan, so dass er im Fall von Weisungsfreiheit berechtigt und verpflichtet ist, die Gesellschaft eigenständig zu leiten⁸¹.

Streitig ist allerdings, ob er sich dabei am Konzern- oder Unternehmensinteresse auszurichten hat. Die h.M. sieht den Vorstand in erster Linie auf das Interesse der Tochtergesellschaft verpflichtet⁸².

Für das Doppelmandat gibt es hier grundsätzlich keine Schwierigkeiten, da das Interesse der Tochter dem der Mutter im Kollisionsfall zu weichen hat⁸³.

Problematisch könnte jedoch ein Beschluss der Obergesellschaft sein, der dort als offensichtlich nachteilig für die Untergesellschaft bekannt ist. An der Durchführung eines solchen Beschlusses darf das Vorstandsmitglied nicht mitwirken, sondern hat dies dem Aufsichtsrat zu melden.

In der abhängigen Gesellschaft besteht für den Vorstand keine Folgepflicht, wenn ein Mitglied des Vorstands aufgrund seiner gleichzeitigen Zugehörigkeit zum Vorstand der Obergesellschaft weiß, dass die Weisung nicht den Belangen des herrschenden oder eines konzernverbundenen Unternehmens dient⁸⁴. Dies ist dann nämlich auch für den Gesamt-Vorstand „offenkundig“. Der Doppelmandatsträger ist daher verpflichtet, den Vorstand der abhängigen Gesellschaft über die Interessenlage in der Obergesellschaft zu informieren.

cc. Der faktische Konzern

⁸⁰ Hüffer, § 308 Rn. 17; Hommelhoff, S. 148 f.

⁸¹ Emmerich/Habersack/Habersack, § 308 Rn. 20; MüKo-AktG/Altmeppen, § 308 Rn. 79.

⁸² GroßKomm-AktienR/Würdinger, § 70 Rn. 2; Münch. Hdb. GesR IV/Krieger, § 70 Rn. 105; Henn, § 9 S. 102 f.

⁸³ Aschenbeck, NZG 2000, 1015 (1018).

⁸⁴ Knoblaue, S. 72 f.

Im Gegensatz zur Eingliederung und zum Vertragskonzern darf das herrschende Unternehmen gem. § 311 Abs. 1 AktG die abhängige Gesellschaft nicht veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder eine Maßnahme zu ihrem Nachteil zu unternehmen, soweit nicht diese Nachteile ausgeglichen werden.

Nach h.A. hat der Vorstand der Untergesellschaft im Rahmen seiner Verantwortlichkeit gem. § 76 AktG zu prüfen, ob die Maßnahme nachteilig ist⁸⁵. Ist dies der Fall, kann er sie ablehnen, er darf sich jedoch grundsätzlich auch darauf einlassen. Allerdings muss der Vorstand ablehnen, wenn die Maßnahme nicht den Bedingungen genügt, unter denen das herrschende Unternehmen seine Leitungsmacht ausüben kann.

Dieser Schutz der abhängigen Gesellschaft vor unzulässigen Einflussnahmen des herrschenden Unternehmens ist ein wesentlicher Teil der Verantwortung, die jedes Vorstandsmitglied einer faktisch konzernabhängigen Gesellschaft trifft⁸⁶. Durch Stimmenthaltung kann sich ein Vorstandsmitglied dieser Verantwortung nicht entziehen. Jedes Vorstandsmitglied ist von Gesetzes wegen dazu angehalten, alles zu tun, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Ein Vorstandsmitglied, das die Schädigung oder auch nur die Möglichkeit einer Schädigung erkennt und sich bei der Beschlussfassung, die zu einer Abwandlung des Schadens führt, der Stimme enthält, vernachlässigt die ihm obliegende Sorgfaltspflicht (§ 93 AktG)⁸⁷.

Eine andauernde Einflussnahme durch das herrschende Unternehmen wird in der Praxis durch § 312 AktG nahezu verhindert. Danach wird das herrschende Unternehmen zu einer laufenden Dokumentation ihrer Einflussnahme, im Rahmen eines Abhängigkeitsberichts, verpflichtet⁸⁸. Wegen des Nachteilsausgleichs ist mit der heute ganz überwiegenden Ansicht von der Zulässigkeit des faktischen Konzerns auszugehen⁸⁹.

⁸⁵ BGHZ 141, 79 (83); Emmerich/Habersack/Habersack, § 311 Rn. 81.

⁸⁶ Emmerich/Habersack, § 25 S. 385 ff.

⁸⁷ Semler, FS Stiefel, S. 719 (757).

⁸⁸ Raiser/Veil, § 53 Rn. 33.

⁸⁹ OLG Hamm, NJW 1987, 1030 f.; LG Mannheim, WM 1990, 760 (764); Hüffer, § 311 Rn. 6 f.; MüKo-AktG/ Kropff, § 311 Rn. 21 ff.; Münch. Hdb. GesR. IV/Krieger, § 69 Rn. 19; Hommelhoff, S. 109 ff.; Schmidt, GesR, § 31 IV 2b; Timm, NJW 1987, 977 (982).

d. Das Doppelmandat als Tatbestandsmerkmal für einen „qualifizierten faktischen Konzern“

Aus der Taufe gehoben wurde der Begriff des qualifizierten faktischen Konzerns im Jahre 1972 im Rahmen der Diskussion des Arbeitskreises GmbH-Reform⁹⁰.

Es wurde die Ansicht vertreten, dass die §§ 311 ff. AktG nur auf einen lockeren Verbund von Unternehmen zu beschränken seien. Dadurch sei die entstehende Lücke im Schutzsystem des Aktienrechts mit einer analogen Anwendung der §§ 302 ff. AktG auszufüllen, wenn eine faktische („lockere“) Konzernierung sich zu einer qualifizierten („engen“) Verbindung wandle⁹¹.

In der Rechtsprechung⁹² und Literatur⁹³ hatten sich zunächst zwei Voraussetzungen herausgebildet:

Das herrschende Unternehmen muss in nachteiliger Weise auf die abhängige Gesellschaft Einfluss genommen haben.

Ein Einzelausgleich der zugefügten Nachteile scheidet aufgrund einer derart verdichteten Leitungsmacht der herrschenden Gesellschaft, da sich Nachteilszufügungen nicht mehr isolieren lassen, aus.

Durch das TBB-Urteil⁹⁴ von 1993 wurde der Tatbestand um ein weiteres Merkmal ergänzt. Danach gründet sich die Haftung entsprechend §§ 302, 303 AktG nicht mehr nur auf der dauernden und umfassenden Leitung der abhängigen Gesellschaft, sondern auf einem – grundsätzlich vom Kläger darzulegenden und ggf. zu beweisenden – objektiven Missbrauch der Leitungsmacht durch das herrschende Unternehmen⁹⁵. Es kommt also darauf an, dass das herrschende Unternehmen sein anderweitiges unternehmerisches Interesse oder das Interesse einer anderen beherrschten Gesellschaft über das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft stellt und sich somit die mit jeder Abhängigkeitslage gem. § 17 AktG verbundene Gefahr für die Gesellschaft und die Außenseiter verwirklicht.

⁹⁰ Arbeitskreis GmbH-Reform (Hueck, Lutter, Rehbinder, Ulmer, Wiedemann, Zöllner) 1972, Band II, S. 49 ff.

⁹¹ Eversberg, S. 111 f.

⁹² BGHZ 107, 7; BGHZ 115, 187.

⁹³ Decher, S. 32 ff.; Emmerich/Habersack/Habersack, vor § 311 Rn. 20; Säcker, ZHR 151, 60 (65 ff.).

⁹⁴ BGHZ 122, 123.

⁹⁵ Aschenbeck, NZG 2000, 1015 (1019).

Unterstellt, der qualifizierte faktische Konzern ist eine dem aktienrechtlichen Ausgleichssystem zuwiderlaufende Erscheinung und daher unzulässig, ist zu untersuchen, ob Doppelmandate eine faktische Konzernierung in eine unerwünschte qualifizierte Konzernierung verwandeln können.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass bei mehrheitlicher oder vollständiger Personenidentität in den Vorständen des herrschenden und des abhängigen Unternehmens grundsätzlich ein qualifiziert faktischer Konzern vorliege und damit eine analoge Anwendung der Schutzmechanismen der §§ 302, 322 AktG geboten sei⁹⁶. *Säcker*⁹⁷ hält schon eine partielle Personenidentität für ausreichend.

Inwieweit allein die Existenz und Intensität von Vorstandsdoppelmandaten zur Anwendung der Schutzvorschriften §§ 302, 303 AktG führen kann, hängt im Wesentlichen von den Voraussetzungen für einen Haftungsdurchgriff wegen Vorliegens eines qualifizierten faktischen Konzerns ab⁹⁸.

Eine nachteilige Einflussnahme schwerwiegender Art kann z.B. dann geschehen, wenn Doppelmandatsträger als „Stammesherzöge“ im Vorstand der Bereichsgesellschaft lediglich das Konzerninteresse verfolgen und dabei Bereichsinteressen außer acht lassen oder sogar unterdrücken. Vertreter dieser Auffassung sehen die Gefahr insbesondere darin, dass bei Personenidentität Weisungen bzw. Veranlassungen nicht mehr von selbstständigen Leitungsentscheidungen der Bereichsvorstände isoliert werden können, weil der Doppelbändermann sich diese bewusst oder unbewusst zu Eigen macht⁹⁹.

Demgegenüber muss deutlich gemacht werden, dass Doppelmandate solche Verflechtungen nicht in sich tragen bzw. implizieren. Eine Durchgriffshaftung kann aber als schwerwiegende Folge für den Konzern nicht nur auf eine pauschalierende Beurteilung der personellen Verflechtungen gestützt werden¹⁰⁰. Immerhin sind Doppelmandate an sich aktienrechtlich nicht verboten.

⁹⁶ Krieger, in: MünchHdb. d. GesR, Bd. 4: AG, § 69 Rn. 29; Decher, S. 32 ff.; Fischer, NZG 1999, 192.

⁹⁷ Säcker, ZHR 151 (1987), 60 (65 ff.).

⁹⁸ Emmerich/Habersack, § 28 S. 409.

⁹⁹ Säcker, S. 65 f.

¹⁰⁰ Eversberger, S. 113.

Die Führung eines Bereichsunternehmens wie eine unselbstständige Betriebsabteilung ist aufgrund der weiterhin bestehenden rechtlichen Selbstständigkeit der Tochtergesellschaften sowie dem daraus resultierenden eigenständigem Leitungsrecht und der Leitungspflicht in der Untergesellschaft nicht zulässig.

Richtig ist, dass die grundsätzliche Möglichkeit einer solchen Machtausübung durch den Konzern besteht und Doppelbänderleute dieses erreichen können.

Allerdings führte erst der Grad der personellen Verflechtung in Verbindung mit der missbräuchlichen Leitungsmacht den BGH zu seinem Urteil¹⁰¹.

Daher stellt der vom BGH zu beurteilende Fall eine extreme Konstellation dar, in der eine einseitige Verflechtungsrichtung und eine hohe Anzahl von Doppelmandaten zusammenfallen.

Wenn jedoch die Anzahl von möglichen Doppelmandaten in der Satzung begrenzt ist und es zu keiner missbräuchlichen Leitungsausübung kommt, kann die personelle Verflechtung nicht automatisch zu der Annahme einer qualifizierten faktischen Abhängigkeit führen.

e. Kollegialprinzip und Doppelmandat

§ 77 Abs. 1 S. 1 AktG legt für den Vorstand einer Aktiengesellschaft das Kollegialprinzip fest. Das AktG geht davon aus, dass alle

Vorstandsmitglieder an der Leitung der Gesellschaft zu beteiligen sind¹⁰².

Da Voraussetzung eines Kollegialprinzips zum einen eine einverständliche Arbeitsteilung, zum anderen die Konsensfähigkeit der Kollegen ist, stellt sich die Frage, ob Doppelmandatsträger solche Voraussetzungen überhaupt erfüllen können. Im Gegenteil könnten vielschichtige Interessenkollisionen zwischen den von ihnen repräsentierten Unternehmen und ihre besondere Stellung in Ober- und Untergesellschaft das Kollegialprinzip des Gesetzgebers auf die ein oder andere Art und Weise ad absurdum führen¹⁰³.

Geht man bei gemeinschaftlicher Geschäftsführung zunächst von einer gleichmäßigen Verteilung der Geschäftsführungsbefugnisse an alle Vorstandsmitglieder aus, so erlaubt § 77 Abs. 1 S. 2 AktG gleich darauf

¹⁰¹ In dem Autokran-Urteil war der entscheidende Gesellschafter vertraglicher oder faktischer Geschäftsführer seiner sämtlichen sieben GmbHs.

¹⁰² GroßKomm-AktienR/Meyer-Landrut, § 77 Rn. 3; Henn, Hdb. AktR, § 18 S. 231.

¹⁰³ Bernhardt, S. 10, bezeichnet den Doppelmandatsträger daher als einen personifizierten Interessengegensatz.

Abweichendes: Die rechtlichen Möglichkeiten einer anderen Regelung per Satzung oder Geschäftsordnung geben dabei zwei Modellen Raum.

Zum einen die Abweichung vom Einstimmigkeitsprinzip zum Mehrheitsbeschluss und zum anderen von einer wirklichen Gesamtgeschäftsführung, in der sich alle Vorstandsmitglieder mit allen Gebieten der Unternehmensführung befassen, zum sog. Ressortprinzip. Grenzen dieser individuellen Gestaltung der gemeinschaftlichen Geschäftsführung setzt aber zugleich das vom Gesetzgeber in § 77 Abs. 1 S. 1 AktG geforderte Kollegialprinzip, gekoppelt mit dem sog. Gleichberechtigungsgrundsatz¹⁰⁴.

Kritische Stellungnahmen zum Doppelmandat befürchten, dass durch Vorstandsdoublemandate ein Ungleichgewicht im Mitwirkungspotenzial der einzelnen Vorstandsmitglieder erzeugt wird¹⁰⁵.

Ein Vorstandsmitglied oder der Vorstandsvorsitzende der konzernabhängigen Gesellschaft, der zugleich Mitglied des Vorstands des herrschenden Konzernunternehmens ist, hat im Kreis seiner Kollegen eine besondere Stellung. Diese besondere Stellung kann dazu führen, dass ein solches Vorstandsmitglied faktisch auch bei Entscheidungen im Vorstand der abhängigen Gesellschaft ein besonderes Gewicht hat.

Obwohl eine unzulässige Einflussnahme im faktischen Konzernverbund möglich ist, ist jedoch ein derartiger Einfluss auf die Geschäftsführung von dem Vorhandensein personeller Verflechtungen mehr oder weniger unabhängig. Doppelmandate beeinträchtigen das rechtliche Gefüge der Geschäftsführung nicht zwingend.

Zum Ausgleich offensichtlicher Ungleichgewichte können sich Vorstand bzw. Aufsichtsrat zu einer Geschäftsordnung mit Ressortprinzip entscheiden und – je nach Abstimmungsmodus – ihren Stimmen mehr oder weniger Gewicht verleihen. Solange eine Mindestbeteiligung aller Vorstandsmitglieder gewahrt bleibt, gibt § 77 AktG dazu die erforderliche rechtliche Grundlage¹⁰⁶.

Demnach kann ein Verstoß gegen § 77 Abs. 1 AktG durch Doppelmandate nicht festgestellt werden.

¹⁰⁴ Grunewald, S. 249.

¹⁰⁵ Hoffmann-Becking, S. 574.

¹⁰⁶ Semler, S. 729 f.

2. Einschränkung der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats durch Doppelmandate

Eine – wenn nicht sogar DIE – Hauptfunktion des Aufsichtsrats ist die Überwachung des Vorstands¹⁰⁷. Hinsichtlich der personellen

Verflechtungen im Konzern stellt sich die Frage, ob die Effizienz der Überwachung nicht dadurch eingeschränkt wird, dass ein Mitglied oder der Vorsitzende des Aufsichtsrats der konzernabhängigen Gesellschaft in der Obergesellschaft zugleich Kollege eines Mitglieds oder des Vorsitzenden des Vorstands der Gesellschaft ist.

Es kann davon ausgegangen werden, dass es zumindest einige Vorgänge und Entscheidungen in der Untergesellschaft gibt, die auf eine Einflussnahme des herrschenden Unternehmens zurückzuführen sind oder in dessen Interesse getroffen werden.

Das Doppelmandat bewirkt, dass im Aufsichtsrat der konzernabhängigen Gesellschaft ein Vertreter des herrschenden Unternehmens (Vorstandsmitglied der Muttergesellschaft) sitzt, der andere Interessen vertreten wird als die des Unternehmens, dessen Geschäftsführung zu überwachen ist.

Der Aufsichtsrat besteht jedoch in der Regel aus mehreren Mitgliedern, unter denen sich auch gleichberechtigte Arbeitnehmervertreter und häufig auch konzernfremde Anteilseignervertreter befinden¹⁰⁸.

Es wäre daher wohl kaum realistisch, wollte man annehmen, dass alle Aufsichtsratsmitglieder in ihrer Überwachungstätigkeit weniger wirksam agieren als sonst üblich, nur weil ein oder mehrere Doppelmandats-Verbindungen bestehen.

¹⁰⁷ KölnerKomm z. AktG/Mertens, § 111 Rn. 11 ff; Raiser/Veil, § 15 Rn. 1; Semler, S. 6 ff.

¹⁰⁸ Raiser/Veil, § 15 Rn. 22.

F. Stellungnahme

Einschränkung von Doppelmandaten zur Verbesserung der Corporate Governance und

die konzernrechtliche Vertrauenshaftung als Konsequenz latenter Interessen- und Pflichtenkonflikte im Konzern

Um einen Interessen- und Pflichtenkonflikt des Doppelmandatsträgers zu verhindern, müssten Doppelmandatsträger ihre Entscheidungen in der Tochtergesellschaft ausschließlich am Eigeninteresse und bei ihren Entscheidungen in der Konzernspitze allein am Konzerninteresse orientieren.

Einigkeit besteht darüber, dass die Pflichterfüllung in einem Bereich niemals die Pflichtverletzung in einem anderen Bereich rechtfertigen kann¹⁰⁹.

Dieser gute Vorsatz (anders kann man diese Forderung wohl nicht bezeichnen) entspricht der Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex in Ziff. 4.1. und 5.

Eine kategorische Verurteilung von personellen Verflechtungen ist nicht möglich, da sie keine rechtswidrige Erscheinung im Gesellschaftrecht darstellen. Andererseits bergen sie ein immenses Konfliktpotential und es dürfte jedem Doppelmandatsträger schwer fallen, stets beiden Seiten (Ober- als auch Untergesellschaft) gerecht zu werden.

Da das Schädigungsverbot zur Bewältigung von Interessenkonflikten jedoch nur sehr begrenzt beiträgt, werden teilweise präventive Maßnahmen, wie unterschiedliche Stimmrechtsverbote oder Rechte auf Stimmenthaltung gefordert.

Befürworter eines Stimmverbots argumentieren damit, dass das doppelte Organmitglied befangen sei¹¹⁰. Es würde sich, wenn es an der Entscheidung (z.B. Erstbestellung bzw. Wiederbestellung von Vorständen der Tochtergesellschaft) mitwirkt, zum Richter in eigener Sache aufschwingen. In analoger Anwendung des § 34 BGB soll bei einer organschaftlichen Willensbildung, die Rechtsgeschäfte zwischen Mutter und Tochter betrifft, ein Stimmrechtsausschluss eingreifen.

¹⁰⁹ BGHZ 90, 381 (398); Aschenbeck, NZG 2000, 1015 (1021); Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570 (576); Streyl, S. 173.

¹¹⁰ Fischer, NZG 1999, 192 ff; Hügel, NZG 2005, 905 ff.

Das Aktienrecht kennt Stimmrechtsausschlüsse nur für den Fall der eigenen Entlastung (§ 136 AktG), sowie bei Bestellung eines Sonderprüfers gem. § 142 Abs. 1 S. 2 AktG. Die bei Doppelmandaten unter Umständen anstehenden Interessenkollisionen können dagegen aber weder unter diese Normen noch unter eine analoge Anwendung des § 34 BGB als Rechtsgeschäfte subsumiert werden. Grundsätzlich existiert kein zwingendes allgemeines Stimmverbot für Organmitglieder bei Interessenkollisionen. Nach h.M.¹¹¹ gibt es keinen Rechtsgrundsatz, der bei Verbänden und Gesellschaften das Stimmrecht bei Interessenkollisionen allgemein ausschließt. *Bernhardt* hat zu Recht festgestellt, dass Stimmverbote das Modell des Doppelvorsands ad absurdum führen würden¹¹².

Entscheidend für einen effektiven Einsatz des Doppelbändermannes ist gerade seine Stimmrechtsmacht.

Im Ergebnis sind daher Stimmrechtsverbote im Rahmen der Willensbildung in Gesellschaftsorganen im Wege einer Rechtsanalogie abzulehnen.

Die Mandatsniederlegung zur Lösung der Konfliktfälle ist ebenfalls abzulehnen.

Sinnvoller wäre es, im Deutschen Corporate Governance Kodex eine zahlenmäßige Begrenzung von Doppelmandaten im Konzern einzuführen. Die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex wurden in der Praxis sehr gut angenommen und umgesetzt. Im Durchschnitt befolgt jedes der erfassten DAX-Unternehmen heute 78,2 (in Zukunft: 79,3) Empfehlungen. Dies entspricht einem Anteil von 95,3 % (bzw. zukünftig 96,7 %) aller Soll-Bestimmungen¹¹³.

Damit das in Deutschland etablierte duale Führungssystem nicht durch Interessenkonflikte seiner Funktionsfähigkeit beraubt wird, müssen im Deutschen Corporate Governance Kodex auch konzernspezifische Empfehlungen aufgenommen werden. Positive Ansetze sind bereits erkennbar.

Die Verhaltensmaßstäbe des DCGK sehen beispielsweise in Ziff. 5.4.2. eine unabhängige Beratung und Überwachung des Vorstands durch den

¹¹¹ Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570 (580); Ulmer, NJW 1980, 1603 (1605); Zöllner, S. 263 f.

¹¹² Bernhardt, S. 9.

¹¹³ BCCG, Kodex-Report 2006, S. 2.

Aufsichtsrat vor. Der Aufsichtsrat soll aus unabhängigen Mitgliedern bestehen.

Nach dem DCGK sollen dem Aufsichtsrat nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder des Vorstands angehören.

Damit soll die Vorliebe großer Publikumsgesellschaften, Kontrollgremien mit ehemaligen Vorstandsmitgliedern zu „verstärken“¹¹⁴, eingedämmt werden.

Weitere Empfehlungen dieser Art sind wünschenswert und dürften sich positiv auf die Corporate Governance in deutschen Konzernen auswirken.

Zu guter Letzt bliebe noch der unternehmensinterne Ansatz¹¹⁵.

Von den zwei Instrumenten – Satzung und Geschäftsordnung – erweist sich die Satzung als zu unflexibel. Die Erstellung einer solchen bedarf gem.

§ 23 Abs. 1 AktG der notariellen Feststellung, jede Änderung eines Hauptversammlungsbeschlusses (§ 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG).

Die Geschäftsordnung des Vorstands wird hingegen von dem Organ erstellt, welches direkt von ihr betroffen ist. Dies lässt eine stärkere Akzeptanz der Regelungen im Unternehmen erwarten.

In den Geschäftsordnungen von Konzernvorstand und Bereichsvorstand sollte explizit geregelt werden, welche Leitungsaufgaben den einzelnen Organen und den einzelnen Organmitgliedern zugeordnet werden. Auf diese Weise tragen sie auf der einen Seite zur notwendigen Transparenz der Geschäftsführung nach außen, und auf der anderen Seite gleichzeitig zur Machtverteilung und zur Klärung des Geschäftsablaufs nach innen bei. Es wurde bereits deutlich gemacht, dass Doppelmandate im Konzern an und für sich nicht rechtswidrig sind und auch nicht gegen die Prinzipien des dualen Führungssystems verstoßen.

Daher bedarf es auch keiner gesetzlichen Vorschriften um die Trennung von Aufsichtsrat und Vorstand im Konzern zu verfestigen.

Wie bereits deutlich gemacht wurde, existieren personelle Verflechtungen in unterschiedlichster Form und Ausmaß. Solange in einem Konzern nur

¹¹⁴ In den Jahren 2003 und 2004 waren in mehr als einem Drittel der 142, von der Hans Böckler Stiftung untersuchten, Unternehmen ehemalige Vorstandsmitglieder in Aufsichtsräten vertreten (Untersuchungsbericht der Hans Böckler Stiftung, S.3/4). Der Anteil ehemaliger Vorstände im Aufsichtsrat nahm in den Jahren 2001 (23,1%) bis 2004 (35,9%) kontinuierlich zu. Besonders auffällig ist in diesem Zusammenhang der Wechsel von Vorstandsvorsitzenden in den Aufsichtsrat (54,9%: im Aufsichtsrat von Unternehmen mit ehemaligen Vorstandsmitgliedern).

sparsam von Doppelmandaten zur effizienten Konzernführung Gebrauch gemacht wird, überwiegen die betriebswirtschaftlichen Vorteile gegenüber rechtlichen Bedenken. Der juristische Argwohn gegenüber personellen Verflechtungen im Konzern ist jedoch dann berechtigt, wenn diese konsequent ausgebaut wurden um der Muttergesellschaft die absolute Kontrolle über ihre Tochtergesellschaften zu ermöglichen.

In einem solchen Fall wird nicht nur gegen die Regeln guter Corporate Governance verstoßen. Weiterhin wirkt sich dies auch auf die Interessen Dritter aus.

Während ein Gläubiger der Tochtergesellschaft wohl durchweg „den Konzern“ insgesamt als seinen Schuldner ansehen wird, stehen für die juristische Betrachtungsweise die einzelnen rechtlich selbstständigen Konzernunternehmen im Vordergrund. Selbst im Vertragskonzern haften deshalb für die Verbindlichkeiten von Tochtergesellschaften grundsätzlich nur diese, nicht dagegen die Muttergesellschaft oder die anderen Konzernunternehmen, weil ein allgemeiner Haftungsdurchgriff im Konzern dem deutschen Recht fremd ist (Trennungsprinzip)¹¹⁶.

Die Einbeziehung der Muttergesellschaft in den Haftungsverbund ist nur auf rechtsgeschäftlichen Wege (Bürgschaft, Garantie, Schuldbeitritt, Patronatserklärung¹¹⁷), aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages (§ 302 AktG) oder aufgrund existenzgefährdender Eingriffe möglich.

Kann vor dem Hintergrund konsequenter personeller Verflechtungen ein solches Haftungssystem noch gerechtfertigt werden?

Begründet nicht viel mehr eine stark ausgeprägte Personenidentität im Konzern einen besonderen Vertrauenstatbestand?

Das Ziel von Doppelmandaten ist es unter anderem eine einheitliche Ausrichtung des Konzerns zu erreichen. Man kann also auch von einem konzerneinheitlichen Verhalten sprechen.

Angesichts der Schwierigkeiten, eine Antwort auf die Frage zu finden, wie man konzerneinheitliches Verhalten der Konzernmutter zurechnen kann, erscheint es nur konsequent, die konzernspezifischen Besonderheiten durch ein konzernspezifisches Haftungssystem aufzufangen.

¹¹⁵ Eversberg, S. 136 ff.

¹¹⁶ Emmerich/Habersack, § 20 S. 274 f.

Wird ein Vertrag mit der deutschen Tochter eines internationalen Konzerns geschlossen, so geschieht das nicht selten insbesondere deshalb, weil aus kaufmännischer Sicht der „Konzern“ insgesamt als Schuldner angesehen und nicht die einzelnen, rechtlich zumeist selbstständigen Unternehmen in den Blick genommen werden. Der Vertragspartner wird daher bisweilen gerade deshalb zu einem Vertragsschluss motiviert sein, weil er davon ausgeht, dass ein liquider Schuldner in Form des „Konzerns“ im Hintergrund steht¹¹⁸.

Hat an den Vertragsverhandlungen womöglich ein Doppelbändermann teilgenommen, verstärkt sich dieser Eindruck.

Aus rein rechtlicher Sicht mag der Grundsatz *caveat creditor*, wonach es prinzipiell Sache des Gläubigers ist, sich über die Bonität seines Schuldners zu unterrichten, zutreffen und einer Konzernvertrauenshaftung entgegenstehen¹¹⁹. Andererseits weiß ein Tochtergläubiger, dass in einem durch Doppelmandate zentral geführten Konzern, die Konzerninteressen in der Untergesellschaft durchgesetzt werden. Die Muttergesellschaft hat ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Vertragsschluss und nimmt, ähnlich einem Sachwalter, Vertrauen in Anspruch.

Daher müssen die Gläubiger der Tochtergesellschaft berechtigt sein, ihren durch das enttäuschte Vertrauen entstandenen Schaden unmittelbar bei der Muttergesellschaft zu liquidieren.

Der Schweizerische Bundesgerichtshof knüpft in dem sog. Swissair-Entscheid¹²⁰ die Konzernvertrauenshaftung an einen unmittelbar gegenüber den Gläubigern der Tochter gesetzten Vertrauenstatbestand. Er begründete dieses Institut ausdrücklich mit einer Ausdehnung der Haftung aus culpa in contrahendo.

Es wäre daher wünschenswert, wenn auch die deutsche Rechtsprechung ein Haftungsinstitut entwickeln würde, das dem vom Schweizerischen Bundesgericht vorgeschlagenen Haftungskonzept der Konzernvertrauenshaftung nahe kommt.

Hamburg, 14.05.2007

¹¹⁷ Rosenberg/Kruse, BB 2003, 641 ff.

¹¹⁸ Broichmann/Burmeister, NZG 2006, 687 (688).

¹¹⁹ Rieckers, NZG 2007, 125 (128).

¹²⁰ BGE 120 II 331.