



Marcel Heptner

Einschränkungen der Leitungsmacht des Vorstands der Aktiengesellschaft durch Vertrag

Grenzen und Rechtsfolgen ihres Überschreitens

Erster Teil: Einleitung

A. Gegenstand und Anlass der Arbeit

Eine tragende Säule der Organisationsstruktur der Aktiengesellschaft ist die Zuweisung der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft an ihren Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG¹. Gemeinsam mit den Vorschriften über die Zuständigkeit des Aufsichtsrats (§§ 95 ff. AktG) begründen die §§ 76 ff. AktG die zweigliedrige Verwaltungsstruktur der Aktiengesellschaft². Eine Aufhebung dieser Struktur und – hierauf ist der Fokus dieser Arbeit gerichtet – Einschränkungen der Leitungszuständigkeit des Vorstands sind aufgrund der gemäß § 23 Abs. 5 AktG eingeschränkten Satzungsautonomie bei der Aktiengesellschaft nur aufgrund eines wirksamen Beherrschungsvertrags gemäß § 291 Abs. 1 S. 1 1. Alt. AktG zulässig³.

In der Kautelarpraxis finden sich jedoch schuldrechtliche Vertragsgestaltungen, die inhaltlich im Hinblick auf den Grundsatz der eigenverantwortlichen Leitung der Aktiengesellschaft durch ihren Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG bedenklich erscheinen, weil sie – ihre Wirksamkeit unterstellt – unmittelbar oder mittelbar zu einer Einschränkung seiner Leitungsmacht führen. Bei solchen Verträgen stellt sich aber die Frage, ob sie ihrem Inhalt nach zu einer beherrschungsvertraglichen Leitungsunterstellung i.S.d. § 291 Abs. 1 S. 1 1. Alt. AktG führen und deshalb an den Vorschriften über Beherrschungsverträge zu messen sind.

Virulent wurde die Frage nach den Grenzen, die § 76 Abs. 1 AktG vertraglichen Einschränkungen der Leitungsmacht des Vorstands setzt, und der Schwelle zur beherrschungsvertraglichen Leitungsunterstellung nach § 291 Abs. 1 S. 1 AktG unter anderem im Zusammenhang mit so genannten *Business Combination Agreements*⁴. Darunter sind Vereinbarungen zwischen unabhängigen, meistens börsennotierten Aktiengesellschaften im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen

1 Vgl. nur Kort, in: GK-AktG, § 76 Rn. 4; Seibt, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 76 Rn. 2; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 1; Hüffner, AktG, § 76 Rn. 4.

2 Vgl. Kropff, BegrRegE AktG 1965 zu Vorb. § 76, S. 95; Mertens/Cahn, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 2; Seibt, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 76 Rn. 1.

3 Vgl. Mertens/Cahn, in: KK-AktG, § 76 Rn. 46; Kort, in: GK-AktG, § 76 Rn. 5.

4 Vgl. die Beispiele für den Einsatz von Business Combination Agreements bei Transaktionen in Deutschland bei Decher, in: FS Hüffner, S. 145, 146.

zu verstehen, in denen die Parteien die Einzelheiten und Ziele der Transaktion sowie ihre Vorgehensweise vertraglich strukturieren und festhalten⁵. Gesellschaftsrechtliche Wirkung haben solche Vereinbarungen regelmäßig noch nicht, da hierfür weitere Beschlüsse der Gesellschaftsorgane erforderlich sind und weitere gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt sein müssen⁶. Neben technischen Fragen lassen sich in solchen Vereinbarungen auch Einzelheiten der künftigen Zusammenarbeit, einer gemeinsamen Geschäftsstrategie, Corporate Governance und Unternehmenspolitik regeln⁷.

Deutsche Instanzgerichte haben *Business Combination Agreements* unterschiedlich beurteilt. Das Landgericht München I etwa hat im Jahr 2008 ein *Business Combination Agreement* im Vorfeld der Übernahme der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG (HVB) durch die UniCredito Italiano S.p.A. als „verdeckten Beherrschungsvertrag“ eingeordnet, dem die Hauptversammlung hätte zustimmen müssen⁸. Demgegenüber lehnte das OLG Schleswig im selben Jahr den beherrschungsvertraglichen Charakter einer Kooperationsvereinbarung (sog. *Combination Framework Agreement*) ab, in der die France Telecom S.A. im Zusammenhang mit ihrer finanziellen Beteiligung an dem Einstieg von Mobilcom in das UMTS-Geschäft unter anderem Zustimmungsvorbehalte in bestimmten vertraglich festgelegten Angelegenheiten erhielt⁹. Das Landgericht Nürnberg-Fürth wiederum erkannte im Jahr 2010 bei einem *Business Combination Agreement* „zumindest Züge eines Beherrschungsvertrags“¹⁰.

Die diesen Entscheidungen zugrunde liegende Frage nach der Zulässigkeit vertraglicher Einschränkungen der Leitungsmacht des Vorstands und ihrer Abgrenzung von einer beherrschungsvertraglichen Leitungsunterstellung gemäß § 291 Abs. 1 S. 1 AktG ist auch für eine Reihe weiterer Verträge von Bedeutung, in denen Dritte oder (künftige) Aktionäre weitreichende Zustimmungsrechte erhalten, um ihre Interessen abzusichern und dadurch zu einem Vertragsschluss bewegt zu werden. Ein Anwendungsfall hierfür sind vertragliche Beschränkungen der Handlungsfreiheiten des Kreditnehmers in Zusammenhang mit einem Kredit-

5 Vgl. *Decher*, in: FS Hüffer, S. 145, 147 f.; *Seibt*, in: Seibt, Beck'sches Formularhandbuch Mergers & Aquisitions, S. 1052; *Horn*, in: FS Lutter, S. 1113, 1115; *Aha*, BB 2001, 2225.

6 *Horn*, in: FS Lutter, S. 1113, 1114 f.; *Seibt*, in: Seibt, Beck'sches Formularhandbuch Mergers & Aquisitions, S. 1052.

7 *Decher*, in: FS Hüffer, S. 145, 147 f.; *Rubner/Leuring*, NJW-Spezial, 2010, 143.

8 LG München I ZIP 2008, 555; Anm. dazu von *Goslar*, DB 2008, 800; *Kessler*, BB 2008, 1533 f.; *Verhoeven*, EWiR § 293 AktG 6/08, 161; *Wagner*, BB 2008, 522.

9 OLG Schleswig NZG 2008, 868; bespr. von *Kort*, NZG 2009, 264; zu der Frage, ob die Vereinbarung aufgrund ihrer Bedeutung der Hauptversammlung hätte vorgelegt werden müssen vgl. OLG Schleswig AG 2006, 120.

10 LG Nürnberg-Fürth AG 2010, 179.

vertrag (*Covenants*)¹¹. Der Zweck von *Covenants* besteht darin, den Schuldner zu disziplinieren und dazu anzuhalten, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen sowie dem Kapitalgeber im Fall einer sich abzeichnenden finanziellen Schieflage wirksame vertragliche Reaktionsmechanismen zur Verfügung zu stellen¹². In so genannten „*Negative Covenants*“ kann sich der Kreditnehmer verpflichten, bestimmte vorab festgelegte Handlungen entweder generell zu unterlassen oder nur mit Zustimmung des Vertragspartners vorzunehmen¹³. Solche *Covenants* finden sich auch im Zusammenhang mit Eigenkapitalinvestitionen¹⁴. Dies gilt vor allem für Venture Capital- und Sanierungsbeteiligungen, die für den Investor besonders hohe Risiken bergen¹⁵. Ferner können ein Investor und die Gesellschaft, gegebenenfalls mit weiteren Anteilseignern und/oder einem Garanten, anlässlich eines Beteiligungserwerbs in einer so genannten „Investorenvereinbarung“ neben den Modalitäten des Beteiligungserwerbs auch bestimmte operative Ziele und Verhaltenspflichten festlegen sowie Einflussrechte zugunsten des Investors vertraglich regeln¹⁶. Weitere Beispiele für Verträge, in denen die Leitungsmacht des Vorstands als Beurteilungskriterium Bedeutung erlangen kann, sind atypische stille Beteiligungsverträge, Betriebsführungs- und Betriebspachtverträge sowie Just-in-Time-Lieferverträge und Franchiseverträge¹⁷.

11 Vgl. *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 32 ff.; *Baums*, in: Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 955, 978; *Runge*, Covenants in Kreditverträgen, S. 5 ff.; *Kästle*, Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, S. 27; *Weitnauer*, ZIP 2005, 1443, 1444; *Plepelits*, CFI 2010, 119.

12 *Hess*, ZIP 2010, 461; *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 33; *Kästle*, Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, S. 33 ff.; *Runge*, Covenants in Kreditverträgen, S. 10 ff.; *Fleischer*, ZIP 1998, 313; *Weitnauer*, ZIP 2005, 1443, 1444.

13 Ausführlich zu den unterschiedlichen Arten von Covenants und ihrem Inhalt *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 39 ff.; *Runge*, Covenants in Kreditverträgen, S. 10 ff.; *Hess*, ZIP 2010, 461.

14 Vgl. *Weitnauer*, ZIP 2005, 1443; *ders.*, NZG 2001, 1065; *Zetsche*, NZG 2002, 942 f.; *Kiem*, AG 2009, 301 ff.; *von Riegen*, CFL 2010, 1, 9; *Seibt/Wunsch*, Der Konzern 2009, 195 ff.; *Kästle*, Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, S. 27.

15 Vgl. *Zetsche*, NZG 2002, 942, 944; *Pfeifer*, BB 1999, 1665, 1670 ff.; *Mellert*, NZG 2003, 1096 ff.; *Maidl/Kreifels*, NZG 2003, 1091 ff.

16 Vgl. dazu ausführlich *Kiem*, AG 2009, 301 ff.; *Seibt/Wunsch*, Der Konzern 2009, 195 ff.; *Reichert/Ott*, in: FS Goette, S. 397 ff.

17 Ähnliche Befunde bei *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), 35, 37; *Goslar*, DB 2008, 800, 804; *Emmerich*, in: FS Hüffer, S. 179, 180 f; *ders.*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rn. 24 f.; *ders.*, in: *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 11 Rn. 18.

B. Ziel der Untersuchung und Vorgehensweise

Die unterschiedliche Beurteilung von *Business Combination Agreements* durch die Instanzgerichte hat in der Vertragspraxis zu Unsicherheiten geführt¹⁸. Das Schrifttum diskutiert über Verträge, deren Inhalt zu einer Leitungsunterstellung führt, ohne dass die Parteien die Voraussetzungen des Beherrschungsvertrags einhalten, unter der Überschrift der „verdeckten“, „verschleierte“, „faktischen“ oder –etwas allgemeiner– „atypischen“ Beherrschungsverträge¹⁹. Für ihre rechtliche Einordnung und Beurteilung ist zu klären, ob überhaupt und wenn ja in welchem Umfang Einschränkungen der Leitungsmacht des Vorstands und Fremdeinfluss auf Leitungsentscheidungen mit dem zwingenden Regelungsgehalt von § 76 Abs. 1 AktG zu vereinbaren sind und ab welcher Grenze in materieller Hinsicht eine beherrschungsvertragliche Leitungsunterstellung gemäß § 291 Abs. 1 S. 1 AktG anzunehmen ist, die außerhalb der Grenzen des § 76 Abs. 1 AktG liegt. Allein die Tatsache, dass § 76 Abs. 1 AktG für die unverbundene Aktiengesellschaft eine zwingende Regelung enthält, bedeutet jedoch nicht, dass von vornherein jeglicher Fremdeinfluss auf Vorstandsangelegenheiten unzulässig wäre, weil es für die Zulässigkeit von Fremdeinfluss auf den Vorstand vielmehr darauf ankommt, was überhaupt unter eigenverantwortlicher Leitung i.S.d. § 76 Abs. 1 AktG zu verstehen ist und wann der zwingend dem Vorstand zugewiesene Bereich der Leitung tangiert ist. Erst dann lässt sich beurteilen, wann vertraglich begründeter Fremdeinfluss gegen den zwingenden Inhalt des § 76 Abs. 1 AktG verstößt. Für die Praxis sind diese Fragen von großer Bedeutung, weil eine Leitungsunterstellung nur unter den besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Beherrschungsvertrags zulässig ist. Er bedarf der Zustimmung der Hauptversammlung (§ 293 Abs. 1, 2 AktG), muss in das Handelsregister eingetragen werden (§ 294 AktG) und eine Ausgleichs- und Abfindungsregelung zugunsten der außenstehenden Aktionäre enthalten (§§ 304, 305 AktG). Auf der Rechtsfolgenseite verpflichtet er das herrschende Unternehmen gemäß § 302 AktG zu globalem Verlustausgleich, bei Beendigung des Vertrags zur Sicherheitsleistung gemäß § 303 AktG an die Gläubiger der Gesellschaft sowie zu Ausgleichs- und Abfindungszahlungen an die außenstehenden Aktionäre nach §§ 304, 305 AktG. Neben der tatbestandlichen

18 Decher, in: FS Hüffer, S. 145, 146; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rn. 24d.

19 Vgl. Emmerich, in: FS Hüffer, S. 179; ders., in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rn. 24 ff.; Schürnbrand, ZHR 169 (2005), 35; Hirte/Schall, Der Konzern 2006, 243; Krieger, in: MünchHdb-AG, § 70 Rn. 12; Goslar, DB 2008, 800; monographisch Ederle, Verdeckte Beherrschungsverträge; Kienzle, Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht; Silny, Der Gläubiger- und Minderheitenschutz bei verdeckten Beherrschungsverträgen.

Abgrenzung werden auch die Rechtsfolgen verdeckter Beherrschungsverträge, die die Wirksamkeitsvoraussetzungen der §§ 293 ff. AktG nicht erfüllen, im Schrifttum kontrovers diskutiert²⁰.

Die Problemkreise bei der tatbestandlichen Abgrenzung und auf der Rechtsfolgenreise geben den Aufbau der Arbeit vor. Den zweiten Teil leiten Grundlagen über die „Verfassung“ der Aktiengesellschaft und eine detaillierte Analyse des Grundsatzes der eigenverantwortlichen Leitung gemäß § 76 Abs. 1 AktG ein. Anschließend ist der Inhalt eines Beherrschungsvertrags zu erörtern, weil der Gesetzgeber den Leitungsbegriff des § 76 Abs. 1 AktG in § 291 Abs. 1 S. 1 AktG erneut verwendet und dadurch die eigenverantwortliche Leitung von der Leitungsunterstellung abgrenzt. Von der Art und Weise, wie die Parteien in einem Beherrschungsvertrag eine Leitungsunterstellung vereinbaren können, können Rückschlüsse gezogen werden, ob bzw. wann Verträge ihrem Inhalt nach überhaupt als Beherrschungsverträge in Betracht kommen. Den Schwerpunkt dieser Prüfung bilden Zustimmungsrechte, da sie die relevanten Einwirkungsrechte sind, aufgrund derer Verträge Gefahr laufen, ihrem Inhalt nach als verdeckte Beherrschungsverträge eingeordnet zu werden. Des Weiteren ist auf die anderen Unternehmensverträge des § 292 AktG und den Betriebsführungsvertrag einzugehen. Insbesondere beim Betriebsführungsvertrag stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit eines Transfers von Leitungskompetenzen des Vorstands außerhalb des § 291 Abs. 1 AktG. Als Abschluss des zweiten Teils ist zu untersuchen, wie sich mittelbare und unmittelbare Bindungen der Aktiengesellschaft, Auflagen in Bezug auf die künftige Unternehmenspolitik und direkte Einflussnahmen auf den Vorstand auswirken und anhand welcher Kriterien eine gemäß § 76 Abs. 1 AktG zulässige vertragliche Bindung des Vorstands von einer beherrschungsvertraglichen Leitungsunterstellung i.S.d. § 291 Abs. 1 S. 1 AktG abzugrenzen ist.

Gegenstand des dritten Teils der Arbeit ist die Frage, wie die Aktiengesellschaft, ihre Gläubiger und außenstehenden Aktionäre geschützt sind, wenn der Vertragspartner vertragliche Einflussrechte zu ihrem Nachteil ausübt, die jenseits der Grenzen des nach § 76 Abs. 1 AktG Zulässigen liegen und ihrem Inhalt nach zu einer Leitungsunterstellung i.S.v. § 291 Abs. 1 S. 1 AktG führen, ohne dass die Parteien die Anforderungen an einen Beherrschungsvertrag beachtet haben. Dabei ist danach zu differenzieren, ob es sich bei dem Vertragspartner um einen Aktionär handelt oder um einen beliebigen Dritten, der zu der Aktiengesellschaft in keiner mitgliedschaftlichen Beziehung steht. Zu diskutieren ist eine direkte Anwendung der beherrschungsvertraglichen Schutzvorschriften, eine Anwendung der Regeln über den faktischen Konzern einschließlich der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns sowie der Rechtsschutz in Fällen, in

20 Vgl. die Nachweise in der vorigen Fn.

denen es an den gesetzlichen Anknüpfungspunkten für die konzernrechtlichen Schutzvorschriften fehlt.

Den vierten Teil der Arbeit bildet eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

Diese Arbeit beschränkt sich auf Ausführungen zur Aktiengesellschaft. Andere Gesellschaftstypen bleiben ausgeklammert. Verzichtet wird auch auf eine detaillierte Darstellung des Inhalts all jener Vertragstypen, die Gefahr laufen, als verdeckte Beherrschungsverträge eingeordnet zu werden, weil die Vertragsgestaltungen in der Praxis stark einzelfallbezogen sind und eine Detailanalyse hier nicht geleistet werden kann und soll. Deshalb sollen vorliegend generelle Abgrenzungskriterien entwickelt werden, die bei allen Verträgen anzuwenden sind.