

## 2. Pflichtangebote zum Auskauf der Minderheit

Sowohl der Vorschlag einer 13. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie betreffend Übernahmeangebote,<sup>1084</sup> der freiwillige Übernahmekodex der Börsensachverständigenkommission<sup>1085</sup> als auch ein neuer Vorschlag des *Forum Europaeum Konzernrecht*<sup>1086</sup> sehen einen Minderheitenschutz vorrangig in sogenannten Pflichtangeboten. Überschreitet jemand durch Anteilserwerb eine bestimmte Schwelle, so soll er dazu verpflichtet sein, den anderen Gesellschaftern ein Angebot zum Erwerb auch ihrer Anteile zu machen. Die erforderliche Schwelle muß nicht notwendig mit der Abhängigkeit der Gesellschaft einhergehen. Damit verfolgt wird jedoch in erster Linie der Schutz der Minderheit durch ein Recht zum Ausscheiden aus der Gesellschaft zu einem bestimmten Preis.

Gegen die Pflicht zum Auskauf der Minderheit als *Alternative zum Minderheitenschutz*<sup>1087</sup> gibt es zwei Haupteinwände.<sup>1088</sup> Wenn man das „Pflichtangebot“ als zweiseitig, also sowohl für den Übernehmenden als auch für die Minderheit bindend versteht, läuft es auf eine Abschaffung mehrgliedriger Tochtergesellschaften hinaus. Denn nach Beendigung des Verfahrens ist die vorher mehrgliedrige Gesellschaft nur noch eine 100%ige Tochter. Das wäre aber kein Minderheitenschutz, sondern nur die Abschaffung der Minderheit. Gegenüber einer solchen Norm müßte aus Sicht der Minderheit eingewendet werden, daß der Verkauf der Anteile von Mitgesellschaftern nicht schon bei einer Schwelle von 30 oder 50% zu einer Austrittspflicht führen darf, weil auch sonst nur eine qualifizierte Mehrheit die Auflösung der Gesellschaft beschließen darf.

In diesem Sinne sind die Vorschläge aber auch nicht gemeint.<sup>1089</sup> Die Minderheitsaktionäre sollen selbst entscheiden können, ob sie in der Aktiengesellschaft verbleiben, oder aber das Angebot annehmen.<sup>1090</sup> Dann aber kann das Angebot den notwendigen Minderheitenschutz nicht ersetzen, weil den nicht austrittswilligen Gesellschaftern sonst mit Alternativen gedroht würde (entwe-

<sup>1084</sup> Geänderter Vorschlag für eine 13. Richtlinie über Übernahmeangebote v. 11.11.1997, ABl. EG 13.12.1997 C 378/10., abgedruckt in ZIP 1997, 2172 m. Einführung Neye; dazu Hopt, ZHR 161 (1997), 368; ders., FS Zöllner (1998), S. 253ff.; Kallmeyer, ZIP 1997, 2147; Than, FS Claussen (1997), S. 405ff.

<sup>1085</sup> Dazu Diekmann, WM 1997, 897ff.; Neye, ZIP 1995, 1464; Kallmeyer, AG 1996, 169ff.; Thoma, ZIP 1996, 1725ff.; zur Fassung ab Januar 1998, abgedruckt in AG 1998, 133, siehe Hopt, FS Zöllner (1998), S. 253, 263ff.

<sup>1086</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 725ff. mit einem Überblick über die Rechtslage in anderen Ländern.

<sup>1087</sup> So versteht vor allem das *Forum Europaeum Konzernrecht* seinen Vorschlag, vgl. ZGR 1998, 672, 727f.

<sup>1088</sup> Vgl. zu anderen Einwänden Mülbart, S. 467ff.

<sup>1089</sup> Vgl. auch zu den entsprechenden Regeln im englischen Recht Than, FS Claussen (1997), S. 403, 408ff.

<sup>1090</sup> Vgl. übereinstimmend *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 729ff.; Übernahmekodex der Börsensachverständigenkommission, vgl. K. Schmidt, GesR, § 26 II 3, S. 773.

der Du trittst aus, oder Du wirst nicht geschützt), die die einfache Mehrheit nicht beschließen kann.

## 3. Ergebnis

Auf einen Minderheitenschutz kann auch in der abhängigen Aktiengesellschaft nicht verzichtet werden. Dieser kann aber weder durch den vollständigen Ausschluß der Leitungsmacht noch durch den Ausschluß der Minderheit erreicht werden.

## III. Die Lösung *de lege ferenda*

### 1. Wahl eines besonderen Mitglieds des Aufsichtsrates

Als Lösung des Problems könnte man zunächst eine Verhältniswahl des Aufsichtsrates durch die Anteilseigner in Betracht ziehen.<sup>1091</sup> Damit würde freilich die Gewährleistung der Unternehmensmitbestimmung unmöglich oder aber das Mehrheitsprinzip in mitbestimmten Gesellschaften beseitigt. Vorstellbar wäre zwar, daß die Arbeitnehmervertreter von der Wahl des Vorstands ausgeschlossen würden und die Minderheitsvertreter allein über Rechtsgeschäfte mit dem herrschenden Unternehmen abzustimmen hätten. Doch erscheint das schon ob der gesellschaftspolitischen Bedeutung der Mitbestimmung nicht als gangbarer Weg. Auch würde die Verhältniswahl den Mehrheitsgesellschafter in eine unangebrachte Lage gegenüber den Arbeitnehmervertretern bringen.<sup>1092</sup> Die Minderheit könnte ihn erpressen mit der Drohung, sonst bei wichtigen Fragen mit den Arbeitnehmern zu stimmen. Schließlich scheidet eine Verhältniswahl auch deshalb aus, weil die Kontrolle konzerninterner Transaktionen auch einer verschwindend geringen Zahl außenstehender Aktionäre ermöglicht werden muß. Bei einer Verhältniswahl könnte die Wahl ihres Vertreters an einer zu geringen Zahl der Mitglieder des Aufsichtsrates scheitern.

Eine Verhältniswahl des Aufsichtsrates ist daher abzulehnen. Gegen die Wahl eines Vertreters der Minderheit in den Vorstand spricht, daß dieser das Geschäftsführungsorgan der Aktiengesellschaft ist, § 76 AktG. Ein Minderheitsvertreter wäre hier aus mehreren Gründen ein Fremdkörper. Zunächst kann der Vorstand auch aus einer Person bestehen, § 76 Abs. 2 S. 1 AktG. Weiter ist ei-

<sup>1091</sup> Vgl. dazu Wiedemann, GesR, S. 422f. unter Hinweis darauf, daß dieser Vorschlag seit Einführung der Mitbestimmung keinerlei Aussicht auf politischen Erfolg mehr habe; früher schon für eine Minderheitsvertretung im Aufsichtsrat – allerdings mehr als allgemeiner Reformvorschlag und weniger zur Lösung des Problems der Unternehmensgruppe – Wiethölter, S. 310ff., ebenfalls unter Hinweis auf die Mitbestimmung als Hinderungsgrund; und andere (Nachweise bei Wiethölter, S. 310 in Fn. 151).

<sup>1092</sup> Vgl. schon Wiethölter, S. 314; siehe im übrigen unten Fn. 1095. Daß deshalb für eine Minderheitsvertretung gar kein Raum wäre, läßt sich nicht sagen, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

ne Beteiligung der Minderheit an der allgemeinen Geschäftsführung und -politik weder erforderlich noch auch nur wünschenswert. Daß insbesondere die Bestellung des Geschäftsführungsorgans ein korporatives Rechtsgeschäft ist, bei dem der Mehrheitsgesellschafter nicht von der Abstimmung ausgeschlossen ist, wurde bereits ausgeführt.<sup>1093</sup> Noch dazu geht § 78 Abs. 1 S. 1 AktG von der Gesamtgeschäftsführung aller Vorstandsmitglieder aus, der Minderheitenvertreter könnte wichtige Vorhaben so verhindern. Andererseits wäre er im übrigen bei voller Verantwortlichkeit nach § 92ff. AktG letztlich der Gutwilligkeit und Informationspolitik der übrigen Vorstandsmitglieder ausgeliefert, wenn es z.B. um Verhandlungen oder Entscheidungen geht usw. usf. Eine gedeihliche Zusammenarbeit erscheint von vornherein ausgeschlossen, ohne daß dies hier weiter ausgeführt werden muß.

Möglich ist jedoch die Wahl eines besonderen Minderheitenvertreters durch Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre. Er sollte dort seinen Platz haben, wo auch die Repräsentanten des Mehrheitsgesellschafters sitzen, nämlich im Aufsichtsrat. Es sollte eine Sonderstellung besitzen, die sich einerseits darin äußert, daß gruppeninterne Rechtsgeschäfte an seine Zustimmung gebunden sind und er sich durch ein unabhängiges Recht auf Information in die Lage versetzen kann, vernünftig über die entsprechenden Rechtsgeschäfte zu urteilen. Andererseits darf er weder bei der Bestellung des Vorstandes noch in sonstigen Fragen ein Stimmrecht besitzen, um dem Mehrheitsgesellschafter die Ausübung seiner Leitungsmacht im übrigen nicht zu erschweren.<sup>1094</sup> Die Wahl des Geschäftsführungsorgans ist allein Sache der Mehrheit. Bestellt sich der Mehrheitsaktionär als natürliche Person selbst zum Vorstand, sollte sich das Zustimmungsrecht des Minderheitsvertreters allerdings auf die Vereinbarung seines Vorstandsgehalts erstrecken. Im übrigen muß die Anteilseignerseite jedenfalls in einer mitbestimmten Aktiengesellschaft für die Zustimmungsbeschlüsse des Aufsichtsrates nach § 111 Abs. 4 AktG mehrheitsfähig bleiben,<sup>1095</sup> solange diese Geschäfte mit konzernexternen Dritten vorgenommen werden sollen. Das berücksichtigt der folgende Vorschlag. Er bedeutet im Ergebnis nichts anderes als eine Übertragung der §§ 47 Abs. 4 S. 2, 50, 51 a GmbHG in das Recht der abhängigen Aktiengesellschaft. Das AktG ist daher um folgende Bestimmung zu ergänzen:

<sup>1093</sup> Oben S. 278f.

<sup>1094</sup> A.A. die Vorschläge von Hommelhoff, Gutachten zum 59. DJT, Bd. I, 1992, S. G 63f.; Koppansteiner, FS Steindorf (1990), S. 79, 106.

<sup>1095</sup> Mit diesem Konzept wird gleichzeitig einer der Haupteinwände gegen Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat beseitigt, nämlich die befürchtete Beseitigung des Übergewichts der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat mitbestimmter Gesellschaften. Ausführlich zu diesem überbewerteten Argument Martens, ZHR 159 (1995), 567, 587f. m.w.N.; Hoffmann-Bockling, Gutachten zum 59. DJT, Bd. II 1992, S. R. 8, 11f., 23; Zöllner, ebenda, S. R. 33, 35 sowie in der anschließenden Diskussion die Beiträge von Kropff (R. 77), Joussea (R. 8), Lehmann (R. 88f.), Bausch (R. 137), Stinner (R. 151); vgl. auch Begründung RegE zu § 101 bei Kropff, AktG, S. 138.

§ 101 a AktG Besonderes Mitglied des Aufsichtsrates

(1) In der abhängigen Aktiengesellschaft (§ 17 AktG) mit außenstehenden Aktionären wählen diese durch Sonderbeschluß zusätzlich ein besonderes Mitglied des Aufsichtsrats. Der Beschluß wird mit einfacher Mehrheit gefaßt. Die Mehrheit bestimmt sich nach der Zahl der Aktionäre. Bei gleicher Stimmzahl entscheidet die Kapitalmehrheit. § 101 Abs. 3 AktG sowie § 103 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 3 AktG sind entsprechend anwendbar.

(2) Das besondere Mitglied hat die Rechte und Pflichten eines normalen Aufsichtsratsmitglieds, jedoch kein Stimmrecht. § 113 AktG gilt mit der Maßgabe, daß dem besonderen Mitglied keine geringere Vergütung als den anderen Mitgliedern gewährt werden darf. Werden Vergütungen in unterschiedlicher Höhe gewährt, so gilt für das besondere Mitglied die höchste Vergütung als festgesetzt.

(3) Die Rechte aus § 111 Abs. 2 AktG kann das besondere Mitglied auch ohne entsprechende Beschlußfassung des Aufsichtsrats ausüben.

(4) Das besondere Mitglied kann bestimmen, daß Rechtsgeschäfte der Gesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen oder einem von diesem abhängigen Unternehmen oder bestimmte Arten solcher Rechtsgeschäfte nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Vorstand. Von der Zustimmung ausgenommen sind solche Rechtsgeschäfte, durch die die Gesellschaft lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Verweigert das besondere Mitglied seine Zustimmung, so kann der Vorstand verlangen, daß die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Der Beschluß, durch den die Hauptversammlung zustimmt, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen umfaßt. Bei der Beschlußfassung sind nur die außenstehenden Aktionäre stimmberechtigt.

(5) Außer in den Fällen des § 103 AktG endet das Amt des besonderen Mitglieds zu dem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen für seine Bestellung wegfallen oder mit der Gesellschaft ein Vertrag wirksam geschlossen ist, der zur Anwendung der §§ 304, 305 AktG führt.

(6) Von diesen Bestimmungen kann die Satzung nicht abweichen.

## 2. Argumente für den Vorschlag

Wohin dieser Vorschlag führt, hat R. Liebs für das GmbH-Recht dargestellt.<sup>1096</sup> Das besondere Mitglied würde ein Genehmigungssystem für sämtliche Rechtsgeschäfte im Konzern aufbauen können, d.h. einen Apparat mit Vorlagen für den Vorstand für die Rechtsgeschäfte sowie ein System von Ausschreibungen, um die möglichen Konditionen bei eingekauften oder verkauften Lieferungen und Leistungen überblicken zu können. Liebs meint, durch eine solche

<sup>1096</sup> R. Liebs, FS Clausen (1997), S. 251, 259.

Bürokratie würde die Geschäftstätigkeit erheblich verlangsamt und verteuert. Das ist jedoch kein Grund, dieses System abzulehnen. Vielmehr schafft der Vorschlag genau die gesellschaftsinterne Kontrolle, die in der heutigen Aktiengesellschaft fehlt und weder durch Abschlußprüfer noch Aufsichtsratsmitglieder geleistet wird, weil die Kontrolleure vom eigentlich zu Kontrollierenden bestellt werden bzw. eine *ex-post*-Kontrolle den systematischen Nachteilen unterliegt, die oben bereits beschrieben wurden.

Im übrigen trifft die Befürchtung, es könne ein „Behinderungssystem“ aufgebaut werden, nur eingeschränkt zu. Denn zwar hat das besondere Mitglied in der Tat die Möglichkeit zu verhindern, daß der Mehrheitsgesellschafter mit der Gesellschaft Konditionen vereinbart, die für die Gesellschaft schlechter als der entsprechende Abschluß eines Geschäfts mit Dritten ist. Dieses Minderheitenrecht würde den Mehrheitsaktionär aber nur bei den gruppeninternen Geschäften behindern und er könnte der Behinderung immer zu Marktpreisen ausweichen, indem er die Gesellschaft ein Geschäft mit Dritten abschließen läßt. Wenn der Mehrheitsgesellschafter mit dem besonderen Mitglied nicht verhandeln will, muß er eben einen konzernexternen Dritten fragen. Der Zweck einer unternehmenstragenden Gesellschaft ist das Erwirtschaften von Gewinnen im Wettbewerb und nicht von Verlusten durch interne Vermögensverschiebungen.

Handelt es sich ausnahmsweise um ein Geschäft, das nur intern erfolgen kann, so sollte die behindernde Funktion des Minderheitsvertreters nicht überschätzt werden. Evident vorteilhafte Geschäfte für die Gesellschaft wird er schon genehmigen. In den verbleibenden (Ausnahme-) Fällen hilft die Treuepflicht, mittels der die Gerichte auch die Minderheit zur Verfolgung des Gesellschaftsinteresses anhalten.<sup>1097</sup>

Deshalb setzt sich der Vorschlag insbesondere nicht dem Einwand aus, die Vorteile, die der Konzern bietet, zunichte zu machen. Daß auch bei solch strenger Kontrolle der Rechtsgeschäfte die Konzernrente verwirklicht werden kann, ergibt sich aus den obigen Ausführungen.<sup>1098</sup> Die Verhandlungen zwischen dem Mehrheitsgesellschafter und der Minderheit, stellvertretend im Aufsichtsrat geführt, bewirken nämlich nur eine Verteilung der Konzernrente zwischen Mutter und Tochter. Soweit sie danach bei der Tochter anfällt, muß der Mehrheitsgesellschafter sich die Konzernrente aber mit den Minderheitsgesellschaftern entsprechend den aus der Satzung zu entnehmenden Regeln teilen.

Wie sich eine solche Gesetzesänderung in der Praxis entwickelt, hängt im übrigen ganz wesentlich davon ab, ob eine Bereitschaft zur Zusammenarbeit besteht oder nicht. Im Einzelfall hilft das Gericht, wenn sich eine Partei querstellt (Treuepflicht, Abberufung des besonderen Mitglieds aus wichtigem Grund nach § 101 a Abs. 1 i. V. m. § 103 AktG). Aber grundsätzlich ist ein System, das von der Mitwirkung der Gesellschafter ausgeht, eben viel besser als ein Sy-

<sup>1097</sup> Bekanntes Beispiel ist BGHZ 129, 136, 142ff. (*Glinne*); aktuelles Beispiel bei OLG Stuttgart v. 8.10.1999, DZ 1999, 2256.

<sup>1098</sup> Oben S. 311f.; vgl. im übrigen auch oben S. 278f. in Fn. 872.

stem, das unbeteiligten Dritten (Richter, Abschlußprüfer) die Entscheidung über gesellschaftsinterne Zwistigkeiten auferlegt. Im übrigen ist es nur richtig, daß die Kosten für die Kontrolle der Leitungsmacht von der Gesellschaft getragen werden und nicht – auf dem Umweg über die Finanzierung des Gerichtswesens – vom Steuerzahler.

Um es noch einmal zu betonen: Der Mehrheitsgesellschafter entscheidet mittelbar über sämtliche Dinge, die das Unternehmen der abhängigen Gesellschaft und ihre Geschäftspolitik *nach außen* betreffen. Er *kann* sie ruinieren, wird es aber nicht tun, wenn ihm wirkungsvoll die Möglichkeit genommen wird, sich im Wege der Leitungsmacht das Vermögen der abhängigen Gesellschaft anzueignen. Der „Konzernkonflikt“ zwischen Mutter und Tochtergesellschaft wird dann nur in Ausnahmefällen dazu führen können, daß die Mutter ihre eigenen Interessen tatsächlich ohne Rücksicht auf die Tochtergesellschaft durchsetzen kann.

Im folgenden werden die sonstigen, z.T. rechtspolitischen Argumente für § 101 a AktG kurz zusammengefaßt. Die entscheidende Frage ist allein, wer den Mut entwickelt, sie durchzusetzen. Es ist klar, daß die hier vertretene Einschränkung wirtschaftlicher Macht den Interessen der *Machtinhaber* zuwiderläuft.

Für § 101 a AktG spricht zunächst, daß es sich um eine gesellschaftsrechtliche Ausprägung einer seit langem bekannten allgemeinen Regel des Zivilrechts (§ 181 BGB) handelt, die in der GmbH ihren Ausdruck in § 47 Abs. 4 GmbH gefunden hat. § 101 a AktG fügt sich konsistent ein in die Regelung der §§ 291ff. AktG und ist insbesondere mit § 311 AktG vereinbar, weil dieser die Leitungsmacht nach richtiger Ansicht noch über § 101 a AktG hinaus beschränkt.<sup>1099</sup> Es handelt sich weiter um eine wettbewerbskonforme bzw. wettbewerbsfördernde Regel.<sup>1100</sup> Sie führt zu einem effektiven Minderheitenschutz, der aber auch geboten ist. Die Minderheitsgesellschafter können ihre Rechte selbst wahrnehmen, indem sie „ihren“ Repräsentanten wählen und müssen sich nicht auf nicht justiziable Generalklauseln (Treuepflicht) berufen oder auf den einerseits unwirksamen und andererseits mißbrauchsanfälligen Individualschutz (Aktionärsklage)<sup>1101</sup> verlassen.

Die Regel kann positive Auswirkungen auf den Gläubigerschutz entfalten, da verdeckte Vermögensverlagerungen in der Unternehmensgruppe erheblich erschwert werden. Das ist indessen, und das ist zu betonen, nicht Funktion des Minderheitenschutzes, sondern bloßer Reflex. Diese Nebenwirkung liegt aber im Allgemeininteresse, insbesondere im Interesse des Fiskus.<sup>1102</sup>

<sup>1099</sup> Oben S. 306.

<sup>1100</sup> Oben S. 268.

<sup>1101</sup> Dazu *Ulmer*, ZHR 163 (1999), 290ff.; *Krieger*, ZHR 163 (1999), 343ff.; *Sünner*, ZHR 163 (1999), 364ff.; die Mißbrauchsanfälligkeit noch einmal besonders betonend *Ulmer*, ZHR 163 (1999), 705ff., gegen die von *Becker*, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, 1997 vorgeschlagene weitreichende Implementierung von Gesellschafterklagen im Aktienrecht.

<sup>1102</sup> Für die GmbH siehe *Rehlinger*, ACI 1986, 85, 92.

Der Vorschlag richtet ein autopoietisches System<sup>1103</sup> ein; es handelt sich um einen sogenannten *self-regulatory-approach*. Die Frage „*quis custodiat custodes?*“ stellt sich nicht, weil der Überwacher gleichzeitig auch eine Rechtsmacht (Zustimmungsrecht) besitzt. Und die Überwachten können einer ihnen unliebsamen Entscheidung des Überwachers ausweichen, indem sie ihre Entscheidungen der Kontrolle des Marktes unterwerfen und Geschäfte mit externen Dritten abschließen. Autopoietische Systeme, die auf diese Weise der Leitungsmacht eine Gegenmacht durch Kontrolle entgegensetzen, sind staatlicher Regelungswut allemal vorzuziehen.<sup>1104</sup>

Der Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat hilft auch den Arbeitnehmern, wenn sie Anteile an „ihrer“ Gesellschaft erwerben. Das Problem des „Konzerns im Konzern“ im Recht der Unternehmensmitbestimmung<sup>1105</sup> erledigt sich dann von selbst. Schließlich kann der Vorschlag einen Beitrag zur Verbesserung der schwindenden Hauptversammlungspräsenzen in Deutschland leisten, denn es gibt wieder etwas zu entscheiden (in der abhängigen Aktiengesellschaft). Die Lösung dieses Problems soll freilich nicht behauptet werden.

Die Regel kann im übrigen dazu beitragen, daß die Kapitalmärkte mehr als früher in Anspruch genommen werden. Denn Aktionäre brauchen sich nicht mehr vor institutionalisierten Mehrheiten zu fürchten, sondern sie können ihre Rechte selbst wirksam wahrnehmen. Damit wird die Funktion der Aktiengesellschaft als „Kapitalpumpe“<sup>1106</sup> wiederbelebt. Das ist insbesondere auch geeignet, die Bedeutung kapitalmarktrechtlicher Probleme zu vermindern. Denn die *Takeover-Richtlinie* und ähnliche Vorschläge über Pflichtangebote erscheinen als zu pauschale Lösungen,<sup>1107</sup> wenn man die vorgeschlagene Alternative betrachtet. Die von einigen geforderte Konzentrationsneutralität<sup>1108</sup> des Gesellschaftsrechts bleibt andererseits ebenfalls gewahrt. Denn der Vorschlag führt nicht dazu, daß bei einer Übernahme für die Aktien mehr zu bezahlen wäre, als das Unternehmen wert ist. Es wird lediglich verhindert, daß der Übernehmer den Anteilskauf später durch Ausräubern des Gesellschaftsvermögens „refinanziert.“ Und es kann ernsthaft keine Argumente dafür geben, daß externes Unternehmenswachstum *billiger* sein müsse als internes.<sup>1109</sup>

Im übrigen führt der Vorschlag zu einer Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit, jedenfalls in abhängigen Gesellschaften. Denn wo das besondere Mit-

<sup>1103</sup> Vgl. zu dieser Forderung Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989, insbes. S. 149ff.; *ders.*, ZGR 1991, 189ff.

<sup>1104</sup> Entgegen Teubner, ZGR 1991, 189, 214f. muß das Prinzip der Gegenmachtbindung allerdings bei der einzelnen Gesellschaft ansetzen, nicht bei der Konzernspitze.

<sup>1105</sup> Vgl. dazu Hanau/Wackerbarth in: Lutter (Hrsg.), *Holding-Handbuch* Rn. G 81ff.

<sup>1106</sup> Ausdruck nach Schmalenbach, *Die Aktiengesellschaft*, 12; zit. nach Antunes, S. 129.

<sup>1107</sup> Nach Wiedemann, *Unternehmensgruppe*, S. 82f. kommen prohibitive Regelungen heute nicht mehr in Frage.

<sup>1108</sup> Siehe Wiedemann, *GesR*, S. 728.

<sup>1109</sup> So vertritt ich auch Wiedemann, *GesR*, S. 728.

glied Einblick in die Bücher nehmen will, wollen das vielleicht auch die Arbeitnehmervertreter. Spätestens dann müssen sich aber auch die Repräsentanten des Mehrheitsgesellschafters mit den Dingen beschäftigen.

### 3. Mögliche Einwände

#### a) Vereinbarkeit mit geltendem Recht

Das hier vertretene Stimmverbot des Mehrheitsgesellschafters bei einem Hauptversammlungsbeschluß über konzerninterne Rechtsgeschäfte<sup>1110</sup> kann nicht dem Einwand ausgesetzt sein, es würde sich vom geltenden Recht entfernen. Ein solcher Einwand<sup>1111</sup> könnte sich nur gegen die Organisationsregel des § 101 a AktG richten, die jedoch deswegen auch *de lege ferenda* vorgeschlagen wird. Ob der Gesetzgeber die Kraft hat, den Vorschlag in die Tat umzusetzen, muß freilich bezweifelt werden. Deshalb wird im folgenden eine Auseinandersetzung mit der Frage unterbleiben, ob eine Umsetzung vielleicht auch im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung, nämlich als teleologische Reduktion bzw. Erweiterung der §§ 136, 101 AktG erfolgen kann. Daß zur Zeit konzerninterne Rechtsgeschäfte, die für die abhängige Gesellschaft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sind, der vorgeschlagenen Kontrolle durch einen Minderheitsvertreter nicht ausgesetzt sind, kann nicht bestritten werden. Aus bloßer Spruchpraxis *per se* können andererseits sachliche Argumente nicht abgeleitet werden.<sup>1112</sup>

#### b) Prohibitive Wirkung?

Wiedemann meint, daß prohibitive Regeln heute ganz allgemein ernsthaft nicht mehr diskutiert werden, weil sie die anerkannten wirtschaftlichen Vorteile eines Unternehmensverbundes versagen, ohne die marktstrukturellen Vorteile garantieren zu können.<sup>1113</sup> Eine gewisse restriktive Wirkung des Vorschlags kann nicht in Abrede gestellt werden. Doch muß man diese Wirkung differenziert betrachten.

Die wirtschaftlichen Vorteile des Verbundes werden nicht verhindert, soweit sie durch reine Einbindung der Tochter in eine rechtsträgerübergreifende Organisation erfolgen und durch eine bei der Mutter konzentrierte Leitung „am Markt“ verwirklicht werden. Denn insoweit beschränkt der Vorschlag die Leitungsmacht nicht. Auch die Verwirklichung einer Konzernrente wird nicht ver-

<sup>1110</sup> Vgl. zu Begründung aus dem geltenden Recht ausführlich oben S. 271ff.; besonders S. 276ff.

<sup>1111</sup> KK/Koppensteiner vor § 311 AktG Rn. 27; Timm, NJW 1987, 977, 978f.; vgl. auch Mertens, AG 1987, 40.

<sup>1112</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner *GmbH-KonzernR* Rn. 96 a.E.

<sup>1113</sup> Wiedemann, *Unternehmensgruppe*, S. 60f.