

Prof. Lutter:

Schönen guten Morgen meine Damen und Herren. Es fällt dem ältesten Ihrer Versammlung zu, Sie heute morgen ein bißchen aufwecken zu müssen. Nach dem vergnüglichen gestrigen Abend will ich nun versuchen, das zu tun. Mit einem Bericht über das, was aus dem Vertragskonzern in Deutschland seit dem Jahr 1965 geworden ist. Aber vorweg einmal: Nach 1965 war das Jahr 1976 für den Konzernrechtler in Deutschland eine ganz besondere Freude. In diesem Jahr verabschiedete nämlich Brasilien sein Gesetz Nr. 6.404, und dort fanden und finden sich zum zweiten Mal auf der Welt konzernrechtliche Regeln, und zwar insbesondere auch solche zum Unternehmensvertrag. Bis zu diesem Augenblick, also bis zum Jahr 1976, stand Deutschland mit normierten Regeln zum Konzern und insbesondere auch zum Vertragskonzern ganz allein auf der Welt. Und es sah so aus als wollte die Welt Deutschland demonstrativ zeigen, daß wir mit diesen Regeln einen falschen Weg eingeschlagen haben. Brasilien hat uns aus dieser Isolation befreit und hat mit seinem sehr modernen und guten Gesetz auch die Basis gelegt für die Erörterung heute vormittag. Denn gäbe es Brasilien nicht, könnten wir nicht unsere wechselseitigen Erfahrungen über den Unternehmensvertrag austauschen. Aber damit habe ich jetzt schon etwas vorgegriffen. So weit sind wir noch nicht. Lassen Sie mich mit der sachlichen Erörterung beginnen.

Der Vertragskonzern in Deutschland, geregelt in den §§291 ff. des Aktiengesetzes ist ein Kind -- und Sie mögen sagen illegitimes, aber wie auch immer -- ein Kind des deutschen Steuerrechts. Überall auf der Welt sind Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft allgemein gesagt Glieder eines Konzerns, und sie sind rechtlich selbständige Glieder und vor allem rechtlich selbständige Steuersubjekte. Das aber bedeutet, um nur ein Beispiel aus dem Steuerbereich herauszuziehen, daß auch in den verschiedenen Stufen des Konzerns auch laufend die Gewinne besteuert werden. Also Ausschüttungen bei der Enkeltochter, Besteuerung des Gewinns. Ankommen des Gewinns bei der Tochter, Besteuerung des ankommenden Gewinns. Ausschüttung bei der Tochter, Besteuerung des ankommenden Gewinns bei der Mutter. Es bedeutet also, daß in der normalen Betrachtung der Situation auf drei, oder meinetwegen auch auf mehr Stufen der Gewinn, der im Konzern als einheitlicher Gewinn gedacht wird, besteuert wird. Das gleiche galt, solange es noch nicht

die Mehrwertsteuer, sondern die sog. Umsatzsteuer gab, daß auf allen Stufen des Konzerns, bei Geschäften zwischen Mutter und Tochter, Tochter und Enkelin Umsatzsteuer anfiel. Es hat Gesellschaftsrecht und Steuerrecht immer beschäftigt, ob es eine Möglichkeit gibt, diese Situation zu vermeiden, ohne jedoch den Konzern, bestehend aus vielen Konzerngliedern, durch Fusion gewissermaßen implodieren zu lassen. Und da hat der damalige Reichsfinanzhof in Deutschland in den 20er und 30er Jahren dieses Jahrhunderts, es ist also alles noch relativ jung, die sog. Organtheorie entwickelt. Ist eine Tochtergesellschaft im Konzern wirtschaftlich, finanziell und organisatorisch völlig in die Mutter eingegliedert, so wird sie, da kommt der Name her, Organ der Mutter und steuerlich als Teil der Mutter behandelt. Eine \*\*\* des Steuerrechts, um diese mehrfache Besteuerung auf den verschiedenen Stufen zu vermeiden, hat die Rechtsprechung erst erfunden. Es ist ein später auch von der Steuergesetzgebung akzeptiert worden. Das war die Erfindung. Sie existiert genau mit denselben Worten heute noch so, insbesondere im Körperschaftsteuerrecht, also dem Einkommensteuerrecht der juristischen Person. Diese aber, ich wiederhole noch einmal die Stichworte: wirtschaftliche, finanzielle und organisatorische Eingliederung, dies setzt auch heute noch steuerlich den Vertrag voraus. Den Vertrag zwischen Mutter und Tochter. Inhalt: Du, Tochter, wirst völlig eingegliedert in mich, die Mutter. Und das war die Erfindung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags. Dieser steuerlich veranlaßte Vertrag, wonach sich die Tochter in die Muttergesellschaft eingegliedert hat und gesagt hat "meine Gewinne führe ich an dich ab. Und ich befolge deine Weisungen und Beherrschung", dieser Vertrag war nun gesellschaftsrechtlich überhaupt nicht vorbereitet und zu unendlich vielen Streitfragen Anlaß gegeben. Wenn wir es mal von anderen Rechtsordnungen her betrachten, etwa dem französischen Recht oder im englischen Recht, würde ein solcher Vertrag, wonach sich eine Tochtergesellschaft völlig eingliedert in ihre Mutter, auch heute noch als null und nichtig angesehen. Im deutschen Gesellschaftsrecht der späten 20er und 30er Jahre und auch der frühen 50er Jahre hat man den Vertrag, ganz einfach weil er steuerlich unabdingbar war, anerkannt, mußte aber noch nicht, was man mit ihm anfangen soll. Ist das ein Vertrag, der eine Satzungsänderung ist, oder ist das eigentlich ein so grundsetzender Vertrag, daß man ihn nur einstimmig schließen kann? Muß man den Vertrag im Handelsregister eintragen? Dafür gibt es überhaupt keine Vorschriften. Und so weiter. Alles, was steuerlich akzeptiert und gesellschaftsrechtlich völlig ungeklärt. Das war

die Situation, weshalb man im Jahre 1965, als man das deutsche Aktiengesetz völlig neu formuliert hat, selbstverständlich diesen Unternehmensvertrag auch gesetzlich ordnen mußte. Daran gab es überhaupt keinen Zweifel. Denn die Streitfragen waren so viele, daß der Gesetzgeber hier gefordert war. Aber der Anlaß und der Hintergrund dieser Regelungen (§§291 f.) im deutschen Aktiengesetz, der Hintergrund dieser Regelung war nicht nur, gewissermaßen die Ordnung dessen, was steuerlich notwendig war, sondern es war auch Teil eines Konzeptes des gesamten Konzernrechts, daß ja nicht nur den vertragsrechtlichen Teil damals kodifiziert worden ist, sondern auch des sog. faktischen Konzerns. Und der faktische Konzern (§§311 f. des AktG) war derjenige Teil, der dem Gesetzgeber eigentlich mißfiel. Er wollte die Unternehmen durch ihr Regeln zum faktischen Konzern u.a. dazu bringen, gewissermaßen motivieren, doch lieber in den Vertragskonzern zu gehen. Ganz interessantes Konzept, kommt in der Gesetzgebung nicht häufig vor, wo der Gesetzgeber sagt "du darfst zwar weiter ein faktischer Konzern sein, aber ich mache dir das so schwierig und unangenehm, daß du doch viel lieber in den Vertragskonzern gehst, was ich eigentlich will". Also, daß der zweite Teil, abgesehen von der Ordnung dessen, was steuerlich nötig war, der zweite Teil des Konzeptes im Jahre 1965, war das, was ich bezeichnen will mit dem Stichwort "Legalisierung". Der Gesetzgeber des Jahres 1965 wollte die Konzerne legalisieren, indem er sie dazu überreden wollte, in die Legalordnung des Unternehmensvertrags zu gehen. Das ist der Ausgangspunkt, von dem aus wir jetzt uns fragen müssen: "Was ist aus dem in den vergangenen gut 30 Jahren geworden?"

1. Punkt: Es gibt keine Statistik. Wir haben also keine \* über unsere persönlichen begrenzten Erfahrungen hinaus, keine statistische Erfahrung, wie viele Unternehmensverträge es eigentlich gibt. Steuerlich ist der Unternehmensvertrag heute noch so wichtig wie vor 30 Jahren. Zwar ist seit Einführung der Mehrwertsteuer und damit Ablösung der □Umsatzsteuer für die Umsatzsteuer nicht mehr so wichtig, wohl aber für Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer. Daher bestehen z.B. zwischen der VEBA, einem unserer fünf größten Unternehmen in der Bundesrepublik, übrigens eine reine Holding, und ihren fünf großen Töchtern, dem stromerzeugenden Unternehmen Preußen Elektra, der VEBA Öl, der VEBA Chemie usw., den großen Töchtern, und ihrer Mutter, der VEBA Holding in Düsseldorf, Unternehmensverträge. Und das gleiche gilt für den Daimler-Konzern, und das gleiche gilt für den Thyssen-Konzern. [Also, man kann sagen, es gibt

eine gewisse Regel, wodurch jedenfalls in der Holding-Konstruktion -- heute ist sie ja modern, nicht? -- eine nicht tätige, sondern nur leitende Mutter an der Spitze und große, häufig in unterschiedlichen Unternehmensbereichen tätige Töchter, werden heute Unternehmensverträge geschlossen, insbesondere dann, wenn die Töchter 100% Eigentum der Mutter sind.] Hiergegen ist der Unternehmensvertrag als Instrument der Legalisierung, ein zweiter Konzeptschritt des Gesetzes 65, nicht gerade erfolglos, das kann man nicht sagen. Aber doch nur sehr eingeschränkt erfolgreich geworden, und das hat seinen Grund in zwei Dingen. Zum einen haben sich die Stolpersteine im faktischen Konzern für die Unternehmen als nicht so hinderlich erwiesen, wie es sich der Gesetzgeber des Jahres 1965 vorgestellt hat. Sie wissen, eines der Herzstücke dieser Regel in §§311 f. *Faktischer Konzern* ist der sog. Abhängigkeitsbericht. Also, die Tochter im faktischen Konzern muß jährlich einen Bericht machen über das, was zwischen Mutter und Tochter an Geschäften und sonstigen Maßnahmen gelaufen ist. Er muß sagen, die sind gelaufen oder zu vergünstigten Konditionen gelaufen, aber der Nachteil ist ausgeglichen, usw. Der Gesetzgeber des Jahres 1965 hat sich zunächst zu Recht vorgestellt, daß das so schwierig ist und so kostenaufwendig ist, daß die Unternehmen schleunigst wegläufen in den Vertragskonzern. Da hat er nicht mit der Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsprüfer gerechnet. Denn die Wirtschaftsprüfer haben in den ersten zehn Jahren nach 1965 zwar ziemlich gemurrt, aber dann haben sie gesagt "das schaffen wir". Und sie haben es geschafft. Heute sind solche Abhängigkeitsberichte für die Wirtschaftsprüfer, die sie ja dann auch noch testieren müssen, keine große Schwierigkeit mehr, jedenfalls dann nicht, wenn nicht ständige Geschäftsbeziehungen zwischen Mutter und Tochter laufen. Das war der erste Punkt.

Der zweite Punkt ist, daß in den Unternehmensverbindungen, wo die Mutter nicht 100% der Anteile hat, der Vertrag für die Mutter relativ teuer ist. Denn mit dem Unternehmensvertrag ist unabdingbar verbunden das Abfindungsangebot an die Minderheitsaktionäre. Und Sie wissen ja alle, Aktien sind nicht gerade billig am Markt z.Zt., und es muß also für 10% oder 15% der sog. außenstehenden Aktionäre vergleichsweise viel Geld bezahlt werden für die restlichen 10-15% an Aktien, von denen die Muttergesellschaften sagen "also, eigentlich können wir doch mit dem Geld etwas besseres machen und vernünftigeren Investitionen treiben, als jetzt hier Aktien zu kaufen an

unserer Tochtergesellschaft, die wir eigentlich nicht brauchen. Denn etwa 75%, also die 2/3-Mehrheit haben, das genügt doch. Wozu sollen wir diese restlichen 25% noch kaufen und gutes Geld für ein nicht sinnvolles Investment ausgeben?”. Also, der zweite Grund, weshalb von dem Angebot des Unternehmensvertrags, nicht so häufig Gebrauch gemacht worden ist, insbesondere dort, wo Minderheitsaktionäre waren, wo es sich der Gesetzgeber eigentlich vorgestellt hat, daß der Vertrag geschlossen wird, ist schlicht und einfach die Frage “soll ich nochmal Geld dafür ausgeben?”. Aber noch einmal: Man kann gewiß nicht sagen, daß der Unternehmensvertrag, auch gesellschaftsrechtlich betrachtet, erfolglos in Deutschland gewesen ist. Insbesondere in internationalen Unternehmensverbindungen hat er sich wegen der Stolpersteine, die ich vorhin erwähnt habe zum faktischen Konzern, als eine vernünftige Lösung erwiesen. Der schwedisch-schweizerisch-deutsche \*ABG?-Konzern ist ein solcher Vertragskonzern nach deutschem Recht.

Von großer Bedeutung ist aber auch die Frage, welche rechtlichen Erfahrungen, nicht nur praktisch usw., sondern welche rechtlichen Erfahrungen wir mit dem Unternehmensvertrag gemacht haben. Und da gibt es doch eine ganze Menge zu berichten.

1. Im Jahre 1994, immerhin 30 Jahre seit der 65er Regelung, hat im Zusammenhang mit der Verabschiedung des großen Umwandlungsgesetzes eine totale Änderung der Regeln zum Abschluß dieses Unternehmensvertrags stattgefunden. Ich wiederhole: zum Abschluß des Vertrags. Wie wird der Vertrag abgeschlossen? 1965 vergleichsweise einfach: schriftlicher Vertrag unter den Vorständen der beiden beteiligten Unternehmen, Zustimmung der Hauptversammlungen der beiden beteiligten Unternehmen mit satzungsändernder Mehrheit und Eintragung in das Handelsregister. Heute, und das auf dem Hintergrund einer systematischen Angleichung mit den Regeln zur Fusion, zur Umwandlung, zur Spaltung im Umwandlungsgesetz, und der Unternehmensvertrag ist ja so etwas wie eine Fusion auf Zeit, um die Abschlußregeln systematisch zu vereinheitlichen, hat man diese einfache Struktur Vertrag/Zustimmung/Eintragung in das Handelsregister ganz außerordentlich verkompliziert und in folgende Schritte heute aufgeteilt: Geblieben ist der schriftliche Abschluß des Vertrags als erster Schritt. Zweiter Schritt, und das entspricht inzwischen gemeineuropäischem Standard, ist der Bericht der Vorstände der beteiligten Unternehmen an ihre Gesellschafter, warum man diesen Vertrag schließen soll, was seine Vorteile sind für die beteiligten Aktionäre, worin die Risiken sind für die beteiligten

Aktionäre, was es kostet, wo es steuerlich Vorteile oder Nachteile gibt und schließlich Angebot an die Minderheit, diesen Verbund zu verlassen, welches die Berechnungsgrundlagen für das Abfindungsangebot sind. Wer Interesse daran hat, so einen Bericht mal zu lesen, kann sich bei seiner Bank den Bericht von Thyssen-Krupp beschaffen. Das ist ja die in diesem Monat anstehende große echte Fusion hier in Deutschland, und dazu braucht es auch eines solchen Berichtes, und dieser Bericht ist ein Buch von 180 Seiten DIN A4. Daraus können Sie ermessen, was hinter diesen einfachen Satz Bericht steckt. Das ist ein unglaublicher Aufwand, der hier von der Finanzabteilung, der Steuerabteilung usw. koordiniert meistens durch in diesem Bereich sehr erfahrene Anwälte, der gemacht werden muß als Basis dann für die Entscheidung der Hauptversammlung. Aber nicht nur der Bericht, sondern da könnten ja die Vorstände ein bißchen zu euphemistisch in diesem Bericht von den wunderbaren Erwartung, die mit dem Verbund verbunden sind, träumen, dieser Bericht muß geprüft werden. Vor dem Abschluß der Zustimmung der Hauptversammlung genügt also der Bericht noch nicht, sondern er muß auch von den Wirtschaftsprüfern der beiden beteiligten Unternehmen geprüft werden, ob alles, was man in dem Zusammenhang sagen muß, gesagt ist, ob das, was da gesagt worden ist, mit dem Zahlenwert des Unternehmens übereinstimmt und ob die Berechnungsgrundlage für die Abfindung der Minderheit auch nach den Kunstregeln der Unternehmensbewertung stattgefunden hat. Und diesen Bericht des Prüfers muß dieser wiederum in einem schriftlichen Bericht niederlegen, und dieser Bericht steht wiederum allen Aktionären zur Verfügung. Das ist nun Buch mehr von 160 oder 200 Seiten, aber der Bericht hat immerhin auch seine 30-40 Druckseiten. Erst auf diesem Hintergrund -- also Bericht des Vorstands und Prüfungsbericht der Prüfer -- findet dann die Hauptversammlung statt, wie bisher schon, \*\*\* \*\* der Mehrheit, und wenn das geschehen ist die Eintragung im Handelsregister. Noch einmal für unsere brasilianischen Freunde: Wir haben ja in Europa verschiedenen Richtlinien zur Angleichung des Gesellschaftsrechts. Darunter auch die 3. Richtlinie über die interne Fusion, die 6. Richtlinie über die interne Spaltung von Unternehmen, und in diesen Richtlinien sind diese Standards von Bericht und Prüfung des Berichts festgelegt, die sich also jetzt auch auf den von den Richtlinien nicht erfaßten Bereich der Unternehmensverträge ausgedehnt hat. Eine Zeitlang war in Deutschland umstritten, ob der Unternehmensvertrag der sog. materiellen Beschlußkontrolle durch die

Gerichte unterworfen ist. Dahinter verbirgt sich der Gedanke, daß die Mehrheit, auch die satzungsändernde Mehrheit nicht beliebig in die Minderheitsrechte eingreifen darf, und daß der Unternehmensvertrag ein Eingriff in die Minderheitsrechte ist, steht völlig außer Frage, sondern daß wir dann, wenn es dafür materielle, vom Gericht überprüfbare Gründe gibt. Diese These für den Unternehmensvertrag hat sich nicht durchgesetzt. Also, es genügt, ohne sachliche Begründung die satzungsändernde Mehrheit als solche. Das eigentliche Problem des Unternehmensvertrags, der sich sonst als auch ohne größere Rechtsprobleme erwiesen hat, sind Ausgleich und Abfindung der Minderheitsaktionäre. Und da haben sich, da sei frank und frei gesagt, die Regeln des deutschen Rechts nicht bewährt. Welche Regeln sind das? Das sind §§304, 305 und 306. Kurz zur Erinnerung: Wird ein solcher Unternehmensvertrag geschlossen, dann muß der Minderheit, die jetzt keinen Einfluß mehr hat auf die Leitung des Unternehmens, denn die Tochtergesellschaft wird ja jetzt von der Mutter geleitet, kein Einfluß mehr hat auf die Leitung des Unternehmens und keine Chance mehr hat, von der Tochter Dividende zu bekommen, denn der ganze Gewinn wird ja an die Mutter transferiert, also, einflußlos und dividendenlos. Selbstverständlich muß dieser Minderheit dafür ein Ausgleich angeboten werden, und das sagt das Gesetz in §304 und §305: Entweder kannst du dich für die Dividendengarantie entscheiden und als Aktionär in der Tochter bleiben oder du kannst die Abfindung wählen, die Abfindung besteht in Geld oder in Aktien der Muttergesellschaft. Das ist ja alles ganz vernünftig. Wahrscheinlich würde jeder Gesetzgeber genau das so erfinden. Aber das Problem liegt in der Frage "ja, aber wieviel denn bitte?". Wieviel kann denn er als Dividendengarantie für die nächsten 20 Jahre beanspruchen? Oder wieviele Aktien der Muttergesellschaft kann er denn beanspruchen? Im Verhältnisaustausch 1:1 oder muß er 10 Aktien geben, damit er 1 Aktie der Mutter bekommt? Es muß ja irgendwie rationalisiert werden, die Frage. Und diese Frage kann nur geschehen auf dem Weg der Bewertung der beteiligten Unternehmen und der Abschätzung ihrer Chancen. Auch das kann man vernünftigerweise nicht anders machen. Aber jetzt kommt's: Der Gesetzgeber hat gedacht, er macht die Sache dadurch einfach. Daß er dieses Problem der Bewertung -- es ist wirklich ein ganz schwieriges Problem -- ausklammert und sagt "der Unternehmensvertrag kann unbeeinflusst von der Frage des wieviel zunächst beim Handelsregister eingetragen werden". Und wenn das geschehen ist, dann kann jeder einzelne Aktionär zum Gericht laufen und kann sagen -- und jetzt kommt

das Entscheidende -- "Ich bin arm und dumm. Du bist ein erfahrenes Gericht. Sei doch bitte so gut und überprüfe, ob das mir gemachte Angebot angemessen ist". Also, der Aktionär muß nicht, wie normalerweise, in einem gerichtlichen Verfahren sagen "Ich bin schlecht behandelt worden von der Obergesellschaft und ich beantrage vor Gericht das Doppelte des mir Angebotenen". Und wenn er dieses dann im endgültigen Entscheid nicht bekommt, so müßte er ja eigentlich die Kosten des Verfahrens tragen. Nichts davon, nichts. Er braucht nur zu sagen "Ich bin klein und dumm, prüfe du bitte nach." Und dann steht also dieses Gericht vor der Frage "Ja, um Gottes Willen, was soll ich denn jetzt machen? Da habe ich so einen dicken Bericht vorliegen, da habe ich so einen Bericht des Prüfers vorliegen, wo die alle sagen "ist wunderschön", aber darauf kann ich mich doch nicht verlassen." Also was macht das Gericht? Das Gericht, zum Nutzen der Wirtschaftsprüfer, setzt eine große Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ein und sagt "Bitte, mache mir ein Gutachten und überprüfe, ob das Angebot in Ordnung ist." "Danke", sagt die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, "mache ich gerne. Aber diese große Aufgabe kann ich erst in einem Jahr beginnen, ich muß ja schließlich erst noch meine anderen Arbeiten erledigen. In einem Jahr beginnen, und dann brauche ich etwa zwei Jahre, bevor ich damit fertig bin". Aus diesen 1 + 2, 3 Jahren werden im Zweifel 4 Jahre. Dann kommt das Gutachten an und sagt "das Angebot, das hier den Minderheitsaktionären gemacht worden ist, war um 12,5% zu gering". Daraufhin schäumt die Gesellschaft und sagt "wir haben sowieso zu viel bezahlt für diese Aktie". Und es heulen die Minderheitsaktionäre und sagen "Protest! 12,5%, das Doppelte hätten wir bekommen müssen". Also geht jetzt ein zweijähriger Streit über das zweite Gutachten los. Sehr häufig kratzt sich das Gericht am Schädel und sagt "Ich verstehe es immer noch nicht. Ich brauche ein drittes Gutachten, das jetzt bitte enthalten soll: 1. Wirtschaftsprüfergutachten beim Abschluß, 2. Wirtschaftsprüfergutachten jetzt im Verfahren. Ein Obergutachten wäre das. Und das Spiel beginnt von neuem. Etwa 8 bis 9 Jahre dauert dieses Spiel in einer Instanz. In einer Instanz. Landgericht Düsseldorf und Landgericht Dortmund können darüber ein Lied singen. Und Sie können sich ausmalen, was dazwischen noch kommt, da wechselt der Vorsitzende, geht in Pension, einer kommt rein ins Verfahren, der keine Ahnung von dem Verfahren hat, muß sich einarbeiten, usw., usw. Was dann, meine Damen und Herren? Selbstverständlich wird, wenn dann glücklich nach 8 oder 9 Jahren der Beschluß des Landgerichts Düsseldorf vorliegt, Beschwerde



eingelegt. Dazu braucht sie auch wieder nur zu sagen "Liebes Oberlandesgericht, bitte prüfe nach, wir glauben dem Landgericht kein Wort". So, und dann wundern sie sich, daß manche dieser Überprüfungsverfahren vom Oberlandesgericht -- das dann Gott sei Dank die letzte Instanz ist, es geht nicht zum BGH -- die letzte Entscheidung des Oberlandesgerichts etwa nach 12, 13, 14 Jahren nach Abschluß des Vertrags zustandekommt. Zum Teil erinnert man sich gar nicht mehr daran, daß es dies mal gegeben hat. Zum Teil existieren die Gesellschaften schon gar nicht mehr, die sind durch Fusion untergegangen, oder so etwas, aber der alte Streit ist ja damals begonnen worden und muß natürlich entschieden werden. Also, dieses Verfahrens ist gut gemeint, aber Sie wissen ja, Sie kennen ja den berühmten Spruch "schlecht, schlechter, gut gemeint", und anders kann man das nicht formulieren. Letztes Sahnehäubchen auf diesem Bericht: Jeder Aktionär kann dieses Katastrophenverfahren einleiten, er braucht nur eine Aktie im Betrag von 5 DM. Jeder. Und 2.: Die Kosten des Verfahrens trägt die Gesellschaft. Die Kosten des Verfahrens, 14 Jahre, Gutachten, Obergutachten, usw. trägt die Gesellschaft. Der Aktionär, der das Verfahren in die Wege leitet, hat überhaupt keinen Pfennig Kostenrisiko. Er kann nur gewinnen. Ach ja: der Entscheid des Gerichtes kann nie unter dem Angebot liegen, es kann nur höher sein. So, daß dieses Verfahren so nicht funktionieren kann, liegt auf der Hand. Wie weit und auf welche Art und Weise man eine Änderung herbeiführen kann, ist nicht so einfach zu sagen. Jedenfalls hat der Gesetzgeber des Jahres 1994 die Chance vertan, dieses fast Krebsübel wenigstens teilweise zu beseitigen.

#### **4. Punkt meines Berichts: Unternehmensvertrag und GmbH**

Die Regeln der §§291 ff. betreffen ja nur die Aktiengesellschaft. Von der GmbH steht in unseren gesellschaftsrechtlichen Texten, Abt. Unternehmensvertrag, kein Wort. Auf der anderen Seite sind die steuerlichen Fragen bei der GmbH völlig identisch mit denen bei der Aktiengesellschaft. Also, um die steuerliche Organschaft zu erreichen, muß auch da die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung der GmbH als Tochtergesellschaft geschehen sein, damit die steuerlichen Vorzüge der Organschaft zur Anwendung kommen können. Man braucht also auch hier den Unternehmensvertrag. Es gibt aber keine Regeln dazu im Gesetz. Es ist eine große Leistung, das muß man einfach

mal sagen, der deutschen Rechtsprechung, die, erster Schritt: den Unternehmensvertrag der GmbH stets anerkannt hat, akzeptiert hat, daß es dieses merkwürdige Gebilde, von dem im Gesetz kein Wort zur GmbH steht, auch für die GmbH gibt. Und die Rechtsprechung Stück für Stück die Regeln des AktG auf die GmbH im Wege der Analogie übertragen hat. Also: Vertrag, Zustimmung, Konstitutive Eintragung im Handelsregister. Im Zusammenhang mit der GmbH sind heute allerdings drei Fragen rechtlich umstritten, die mit der Rechtsprechung der nächsten Jahre geklärt werden müssen: 1. Frage: Gilt die Analogie der §§291 f. auch im Hinblick auf die neuen Abflußregeln. Sie erinnern sich: Bericht, hier der Geschäftsführer, Prüfung durch einen Wirtschaftsprüfer, usw., also gelten diese neuen schwierigen Regeln auch für die GmbH? Völlig umstritten. Ich sage ja, andere sagen nein. 2.: Ist bei der GmbH als abhängiger Gesellschaft ein Mehrheitsbeschluß möglich, oder wegen der hier personalistischen Struktur der GmbH, dort die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich? Änderung kann nur, so lautet die Aussage dieser Meinung, mit Zustimmung aller Gesellschafter getroffen werden. Ich sage: Mehrheit genügt. Die überwiegende Meinung sagt noch immer in Deutschland: Zustimmung aller Gesellschafter. Und schließlich die 3. ungeklärte Frage: Darf die Obergesellschaft, die ja die Mehrheit oder die satzungsändernde Mehrheit hat, sonst könnte sie ja gar nicht auf den Gedanken kommen, diesen Unternehmensvertrag schließen zu wollen, darf die Obergesellschaft mitstimmen, oder ist sie (§47 Abs.4 GmbHG), weil gewissermaßen Vertrag in eigener Sache, vom Stimmrecht ausgeschlossen? Wenn das der Fall wäre, wäre es keine Besonderheit bei der Lehre: alle müssen zustimmen. Dann müssen nach wie vor alle zustimmen, ob die Obergesellschaft dann zustimmen muß ist \*\*. Aber wenn man der Mehrheitslösung folgt, dann würde es bedeuten, daß die Mehrheit der Minderheit über den Abschluß des Vertrags befindet oder nicht. Also, wer Spaß an Rechtsfragen hat, meine Damen und Herren, sollte sich heute mit dem GmbH im Vertragskonzern beschäftigen. Dort sind diese drei Fragen offen. Sie können praktisch jede Meinung dazu vertreten, weil jede Meinung dazu schon vertreten worden ist. Und Sie müssen nur darauf warten, wie eines Tages der BGH entscheidet.

## **5. Punkt: Unternehmensvertrag über die Grenze**

Das ist eine Frage des IPR. Und zwar des IPR der Gesellschaften, denn wir müssen ja wissen, welches Recht ist auf die Frage "Gibt es so einen Unternehmensvertrag überhaupt? Und welche Regeln gelten für ihn beim Abschluß?" müssen wir ja wissen, welches Recht anwendbar ist. Nun ist IPR eine sowieso schon schwierige Materie. Sie wird nicht leichter dadurch, daß es im Gesellschaftsrecht, wie Sie gestern gehört haben, die Sitztheorie und die Gründungstheorie gibt. Die Antwort auf die Frage gibt "Welches Recht ist anwendbar?". Aber es gibt dann manchmal auch gewisse Erleichterung. Und diese Erleichterung sagt "Die Schutzregeln einer Rechtsform, die eine Rechtsordnung für ihre Gesellschaft geschaffen hat, diese Schutzregeln sind auf jeden Fall anwendbar. Also, wenn ich erstmal weiß, auf die Tochtergesellschaft ist französisches Recht anwendbar, dann weiß ich auch, welche Schutzregeln im Zusammenhang Abschluß Unternehmensvertrag auf diese französischem Recht unterliegende Tochtergesellschaft anwendbar ist. Und die Schutzregeln dieses französischen Rechts sind sehr einfach, die sagen "das gibt es nicht". Sowas mude ich der Minderheit in einer abhängigen Gesellschaft nicht zu. Also, eine französische Tochter kann einen solchen Unternehmensvertrag nicht schließen. Jetzt muß man einen Schritt weiter denken und muß sagen "Aber das gilt ja nicht für die Obergesellschaft. Die Obergesellschaft hat ja doch nur Vorteile. Sie bekommt den Gewinn, und sie hat die Leitungsmacht. Also kann eine deutsche Abhängige Gesellschaft, das sagt ja das Gesetz ausdrücklich, einen solchen Unternehmensvertrag mit einer ausländischen Muttergesellschaft schließen. Und solche Unternehmensverträge über die Grenze mit einer ausländischen herrschenden Gesellschaft gibt es -- ich hatte Sie schon darauf hingewiesen - - der deutsch-schweizerisch-schwedische Konzern ABB, wo die Muttergesellschaft nicht in Deutschland sitzt, sondern im Ausland, ist ein gültiger Unternehmensvertrag, der möglich ist. Ich würde mich sehr dafür interessieren, ob das brasilianische Recht genauso denkt und also dem Unternehmensvertrag nicht nur mit einer deutschen Gesellschaft, sondern auch mit einer Gesellschaft anderen Rechts als herrschender Gesellschaft zuläßt.

Letzter Punkt, den ich Ihnen vortragen will, ist: **Unternehmensvertrag und europäisches Recht**

Eine lange Geschichte, die ich Ihnen zum Schluß erzählen will, rankt sich um das Problem Europa und grenzüberschreitende Strukturen, nennen wir es einmal so. Für Unternehmen.

Also, noch einmal: Europa der 15 Mitgliedsländer, \*\*, so wie wenn es keine Binnengrenzen gäbe, und die gibt es fürwahr nun auch nicht mehr. Und wenn es keine Binnengrenzen mehr gibt, dann müßte es doch für die Unternehmen, die auf diesem Boden tätig sind, auch die Möglichkeit geben, eine Rechtsform zu haben, die ohne Binnengrenzen ist. Das gibt es nicht. Es gibt bisher nur Gesellschaften französischen, deutschen, britischen usw. Rechts. Aber das Problem ist ganz früh erkannt worden. Und die Kommission hat nun bereits im Jahre 1966 den niederländischen Rechtswissenschaftler Peter Sanders beauftragt, den Entwurf für eine Europäische Aktiengesellschaft zu machen. Also eine Geschichte von 30 Jahren. Und in diesen 30 Jahren ist der Sanders-Entwurf vorgelegt worden, ist ein Kommissionsentwurf vorgelegt worden, ist ein revidierter Entwurf vorgelegt worden und vom Europäischen Parlament positiv votiert worden, aber der Ministerrat hat nie, niemals seine Zustimmung gegeben, und zwar wegen des Problems Mitbestimmung. Denn wenn man eine europäische, also aus europäischem Recht lebende Aktiengesellschaft haben will, muß man die Frage beantworten "Soll sie mitbestimmt sein, und wenn ja wie?". Das Europäische Parlament hat übrigens damals im Jahre 1975 für eine besondere Dreier-Lösung plädiert: 1/3 Mitglieder der Anteilseigner, 1/3 Mitglieder der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat und 1/3 Unabhängige. Die übrigens kooptiert werden von den beiden Gruppen. Eine ähnliche Lösung wie sie heute in den Niederlanden übrigens gilt, nur dort nicht als Dreier-Lösung, sondern als Zweier-Lösung. Ist vom Ministerrat nie akzeptiert worden. Frankreich und Großbritannien haben immer gesagt "Mitbestimmung ist des Teufels". Die wollen die nicht. Und Deutschland, Niederlande, Österreich, Schweden haben gesagt "unabdingbar, sozialer Besitzstand, kann nicht verändert werden". Sie haben gestern von Herrn Dr. Di Marco gehört, daß am 2. Dezember 1998 die Frage einmal wieder vor dem Ministerrat der Sozialen- und Arbeitsminister in Brüssel liegt. Er ist optimistisch, daß es zu einer Einigung kommt. Ich glaube nicht daran. Aber der 2. Dezember ist nicht so weit entfernt. Zwei Flaschen Champagner habe ich schon verwettet, ich bin bereit, eine dritte Wette anzunehmen (*in der Tat ist die "S.E." am 2.12.1998 im EU-Sozialrat wegen der allein noch streitigen Mitbestimmungsfrage an der Blockadehaltung Spaniens gescheitert*). In diesen Problemen meine These, daß es am 2. Dezember nicht zur Einigung kommen wird, einmal als richtig unterstellt, stehen wir also am 3. Dezember wieder vor der Tatsache, daß uns eine solche einheitliche Struktur für Unternehmen in Europa weiterhin fehlt. Und da -- und ich verstehe gar nicht, warum das bisher noch nicht in den Gremien der Kommission aufgenommen worden ist -- bietet sich doch der Unternehmensvertrag über die Grenze als Lösung des Problems an. Der Unternehmensvertrag erlaubt die Führung eines Konzerns so, wie wenn es ein einziges Unternehmen wäre. Leitung der Tochter durch die Mutter, Gewinn- und Verlustabführung an die Mutter, also Leitung des Verbundes der nach wie vor rechtlich selbständigen Unternehmen, wie wenn es ein einheitliches Unternehmen wäre. Wunderbar. Wenn ich also einen solchen Vertrag zwischen einer deutschen mitbestimmten Gesellschaft und einer französischen nicht mitbestimmten Gesellschaft schließen könnte, könnte ich die beiden Unternehmen wie ein einziges Unternehmen führen und Fragen der Mitbestimmung würden sich nicht stellen. Denn die französische Gesellschaft würde nach wie vor mit ihrem Recht leben und die deutsche Gesellschaft nach wie vor nach ihrem Recht, die eine mitbestimmt, die andere nicht mitbestimmt. Deswegen, Sie alle haben über Weihnachten eine große Lese-Aufgabe vor sich, hat das Forum Europäum 100 Seiten vollgeschrieben über ein Konzernrecht für Europa als Vorschlag an die Gremien der Kommission in Brüssel, und darunter befindet

sich auch der Vorschlag, den Unternehmensvertrag, den in Europa nur Portugal und Deutschland akzeptieren, diesen Unternehmensvertrag europaweit zu akzeptieren und damit eine solche Struktur zu schaffen.

So, damit bin ich am Ende meines Berichts. Ich will mal in vier Punkten zusammenfassen:

Im geltenden deutschen Recht hat sich der Unternehmensvertrag, und hier insbesondere der sog. Organschaftsvertrag, Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag, nicht nur bewährt, sondern er ist als Alternative zur Fusion Voraussetzung eines eng geführten Konzerns. Der Unternehmensvertrag hat sich in vergleichsweise wenigen Fällen auch in grenzüberschreitender Verbindung bewährt. Schwachstelle des Unternehmensvertrags ist die Kontrolle der Abfindung der weichenden Minderheit. Und schließlich dieser Unternehmensvertrag könnte eine Nahtstelle für die Entwicklung europäischer unternehmensrechtlicher Strukturen sein, wenn es denn erneut zu einem Scheitern der Europäischen Aktiengesellschaft kommen sollte.

Vielen Dank.