

## Kapitel 4 – Geschriebene Hauptversammlungskompetenzen

Wie soeben gezeigt wurde, beruht die besondere Attraktivität der Fusion durch NewCo-Übernahme nicht zuletzt darauf, dass sie nach dem ihr zugrunde liegenden Konzept auf der ersten Stufe keine Beteiligung der Hauptversammlung des deutschen Fusionspartners erfordert. Ob diese Annahme zutrifft, soll im Folgenden untersucht werden. Ausgangspunkt dieser Prüfung muss die Frage sein, ob sich nicht bereits aus den gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen die Notwendigkeit einer Befassung der Hauptversammlung ergibt. Nur wenn dies nicht der Fall, kann sich die Frage nach einer ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenz stellen.

### A. Notwendigkeit einer umgekehrten Konzernklausel

#### I. Strohn's Ansicht

Auf der Grundlage des Zusammenschlussvorhabens der Linde AG mit der Praxair Inc. hat Strohn<sup>292</sup> die Frage, ob bei einem *merger of equals* die Hauptversammlung der deutschen Aktiengesellschaft an dem Abschluss des BCA oder an vorangehenden oder nachfolgenden Maßnahmen zu beteiligen sei, in erster Linie unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob sich die Maßnahmen im Rahmen der Satzung der Gesellschaft hielten. Liege eine Satzungsverletzung vor, erübrigten sich alle Überlegungen zu einer „ungeschriebenen“ Hauptversammlungskompetenz, weil sich die Notwendigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses dann bereits aus § 119 Abs. 1 Nr. 5, § 179 Abs. 1 Satz 1 AktG ergebe.<sup>293</sup>

Ein Zusammenschluss wie im Fall *Linde/Praxair* lasse zwar den in der Satzung niedergelegten und nur durch einstimmigen Beschluss aller Verbandsmitglieder änderbaren Gesellschaftszweck – im Fall einer Aktiengesellschaft typischerweise die erwerbswirtschaftliche Betätigung – unberührt, könne aber den in der Satzung festgelegten Unternehmensgegen-

---

292 Strohn, ZHR 182 (2018), 114.

293 Strohn, ZHR 182 (2018), 114, 128.

stand verlassen.<sup>294</sup> Ob dies der Fall sei, hänge davon ab, wie die Satzungsautonomie der Aktionäre von der Geschäftsleitungsautonomie des Vorstands abzugrenzen sei. Nach § 82 Abs. 2 AktG sei der Vorstand im Verhältnis zur Gesellschaft verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, die im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft u.a. in der Satzung enthalten seien. Anderenfalls bleibe sein Handeln im Außenverhältnis zwar wirksam, er könne sich aber schadensersatzpflichtig machen und werde möglicherweise nicht entlastet. Aus der Satzungsautonomie der Aktionäre folge, dass die Satzung auch Angaben zur Möglichkeit einer Aus- oder Eingliederung<sup>295</sup> des Unternehmens in einen Konzern – eine sog. Konzern- oder Konzernöffnungsklausel – enthalten müsse. Der Satzungsgeber könne und müsse nicht nur das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft festlegen, sondern auch bestimmen, in welcher gesellschaftsrechtlichen Zuordnung das Ziel erreicht werden solle. Solle die Gesellschaft als Holding-Gesellschaft tätig werden, müsse dies – eindeutig – in die Satzung aufgenommen werden, weil es für die Einschätzung ihrer Gewinnaussichten ebenso bedeutsam sein könne wie die Art der Produkte, die sie vertreiben wolle.<sup>296</sup>

Die von *Strohn* für die Notwendigkeit einer Konzern- oder Konzernöffnungsklausel zitierten Fundstellen<sup>297</sup> betreffen allerdings ausschließlich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Gruppenbildung als herrschendes Unternehmen – also die Ausgliederung von Unternehmensteilen – den Unternehmensgegenstand berührt. Wohl im Hinblick auf die von ihm vorgenommene Gleichsetzung zwischen Aus- und Eingliederung räumt er ein, dass seine Auffassung in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der Annahme stehe, dass es keinen gesellschaftsrechtlichen Konzerneingangsschutz gebe, die außenstehenden Aktionäre die Begründung eines Abhängigkeitsverhältnisses oder einer einfachen Konzernierung grundsätzlich hinzunehmen und ein Mitspracherecht nur bei der Begründung eines Vertragskonzerns oder einer Eingliederung hätten.<sup>298</sup> Wenn konzernrelevante Strukturmaßnahmen Teil des Unternehmensgegenstands sein könnten und vom Vorstand beim Fehlen einer entsprechenden Satzungsklausel nicht vorgenommen werden dürften, könne sich ein Wer-

---

294 Auch *Zetzsche*, in: KölnKommAktG, § 179a Rn. 39, hält einen Konflikt des BCA mit dem statutarischen Unternehmensgegenstand für möglich, ohne dies jedoch zu begründen.

295 Hervorhebung durch den Verfasser.

296 *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 130 ff.

297 *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 131, dortige Fn. 68.

298 *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 132.

tungswiderspruch dazu ergeben, dass einzelne Aktionäre oder außenstehende Personen grundsätzlich nicht daran gehindert seien, durch den Erwerb von Aktien eine Mehrheitsbeteiligung aufzubauen und die Gesellschaft damit in ihre Abhängigkeit zu bringen, ohne darüber in der Hauptversammlung abstimmen zu lassen. Indessen verlaufe der Weg zur Mehrheitsbeteiligung im Regelfall über das Pflichtangebot nach § 35 Abs. 1 und 2 WpÜG oder ein freiwilliges Übernahmeangebot nach § 35 Abs. 3 WpÜG. Für diese Fälle werde durch § 16 Abs. 3 und 4 WpÜG aber die *Möglichkeit*<sup>299</sup> eröffnet, eine Hauptversammlung der Zielgesellschaft einzuberufen. Werde davon Gebrauch gemacht, könnten die von dem Übernahmeangebot betroffenen Aktionäre bereits im Vorfeld der Hauptversammlung Informationen über die Vor- und Nachteile der Übernahme und die Frage einholen, ob der angebotene Preis angemessen sei, und in der Hauptversammlung selbst darüber diskutieren, sich eine Meinung bilden und sodann darüber abstimmen. Diese Form der Entscheidung biete eine höhere Richtigkeitsgewähr als die bloße Abstimmung „mit den Füßen“, wie sie bei einer Übernahme gemeinhin stattfinde. Vor diesem Hintergrund spreche aber nichts dagegen, bei einer Kombination verschiedener Schritte einschließlich eines Übernahmeangebots – wie im Fall *Linde/Praxair* – eine *Pflicht*<sup>300</sup> zur Beteiligung der Hauptversammlung anzunehmen. Dafür spreche auch der Vergleich dieser Fallgestaltung mit dem Umwandlungsrecht. Denn nach § 13 UmwG müssten – vom Ausnahmefall des § 62 Abs. 4 Satz 1 AktG abgesehen – die Hauptversammlungen der Vertragspartner der Verschmelzung zustimmen.<sup>301</sup>

Aus diesen Erwägungen zieht *Strohn* den Schluss, dass die Notwendigkeit einer Befassung der Hauptversammlung davon abhängt, ob die in dem BCA vorgesehene Gründung einer Holdinggesellschaft mit dem Zweck, sie als herrschendes Unternehmen im Verhältnis zur *Linde AG* auszugestalten, mit dem in deren Satzung definierten Unternehmensgegenstand übereinstimme. Dies wird von ihm in eingehender Auseinandersetzung mit den in Betracht kommenden Satzungsklauseln verneint.<sup>302</sup>

Eine Regelung wie unter 2.2 der Satzung der *Linde AG*, wonach die Gesellschaft u.a. berechtigt sei, Unternehmen, an denen sie beteiligt sei, strukturell zu verändern, unter einheitlicher Leitung zusammenzufassen oder sich auf deren Leitung oder Verwaltung zu beschränken und über

---

299 Hervorhebung durch den Verfasser.

300 Hervorhebung durch den Verfasser.

301 *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 133.

302 *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 135 ff.

ihren Beteiligungsbesitz zu verfügen, decke das Zusammenschlussvorhaben mit der Praxair Inc. nicht ab. Diese Klauseln bezögen sich ausschließlich auf Maßnahmen von „oben nach unten“, bei denen die Linde AG am Ende das herrschende Unternehmen sei. Die Befugnis zur Schaffung eines Beherrschungszustands von „unten nach oben“ könne ihnen nicht entnommen werden. Dieselbe Beurteilung ergebe sich auch für die am Schluss der Satzungsklausel geregelte Befugnis, den Betrieb ganz oder teilweise in Beteiligungsunternehmen „auszugliedern“. Nach § 123 Abs. 3 UmwG bestehe eine Ausgliederung darin, dass der übertragende Rechtsträger Teile seines Vermögens auf einen bestehenden oder neugegründeten Rechtsträger übertrage und dafür Anteile an diesem Rechtsträger erhalte. Auch in diesem Fall werde der übertragende Rechtsträger herrschendes und der übernehmende Rechtsträger abhängiges Unternehmen.

Da die Möglichkeit einer Fusion, wie sie Linde und Praxair in ihrem BCA abgesprochen hätten, in der Satzung der Linde AG nicht vorgesehen sei und es sich dabei um einen materiellen Satzungsbestandteil, nämlich um die Regelung handle, ob und ggf. in welchem Umfang der Vorstand berechtigt sei, die unter 2.1 der Satzung beschriebenen Unternehmensgegenstände durch die Begründung von Abhängigkeitsbeziehungen zu Lasten der Linde AG zu verwirklichen, werde die Satzung an dieser Stelle durch das BCA durchbrochen. Es bedürfe deshalb einer Änderung der Konzernklausel, die nach § 179 AktG in die Zuständigkeit der Hauptversammlung falle.<sup>303</sup>

Diese müsse zum Ausdruck bringen, dass die Gesellschaft berechtigt sei, im Rahmen eines Zusammenschlussvorhabens den beherrschenden Einfluss auf die eigene Geschäftstätigkeit ganz oder teilweise aufzugeben, wenn sichergestellt sei, dass die Aktionäre der Gesellschaft und einer anderen Gesellschaft oder mehrerer anderer Gesellschaften durch einen Aktien-tausch unter Gleichen zu Aktionären einer gemeinsam von den beteiligten Gesellschaften gegründeten Gesellschaft werden könnten. Mit einer derartigen Satzungsklausel werde den Aktionären klargemacht, mit welchen Transaktionen des Vorstands sie rechnen müssten.<sup>304</sup>

Ohne eine solche Satzungsänderung sei der Abschluss des BCA durch den Vorstand rechtswidrig, wenn auch nach § 82 Abs. 1 AktG im Außenverhältnis wirksam.<sup>305</sup>

---

303 *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 138.

304 *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 154.

305 *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 138.

## II. Auffassung des Landgerichts München I

Das Landgericht München I hat *Strohns* Überlegungen in seinem auf die Klage der *Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz* gegen die *Linde AG* ergangenen Urteil<sup>306</sup> eine Absage erteilt. Die Forderung nach einer satzungsmäßigen Konzernöffnungsklausel stehe in klarem Widerspruch dazu, dass eine Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft nicht stattfinde. Wenn Satzungen Konzernklauseln enthielten, beträfen diese stets nur die Möglichkeit, den in der Satzung definierten Unternehmenszweck nicht nur als operativ tätige, sondern auch als Holdinggesellschaft zu verfolgen. Gegen die Entstehung eines Abhängigkeitsverhältnisses könnten in der Satzung nur in eng begrenztem Umfang – namentlich durch die Vinkulierung von Namensaktien – Vorkehrungen getroffen werden.<sup>307</sup> Satzungsregelungen, die z.B. gegen die Vorgaben des WpÜG verstießen, müsse der in § 23 Abs. 5 AktG verankerte Grundsatz der Satzungsstrenge entgegengehalten werden; sie verstießen gegen das Verbot der Konzernbildungskontrolle und seien daher unzulässig. Angesichts dessen könne eine Kompetenz der Hauptversammlung aus dem Gedanken des § 179 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht hergeleitet werden.<sup>308</sup>

## III. Stellungnahme

*Strohns* Beurteilung, dass die Satzung der *Linde AG* keine Regelungen enthält, die es ihr ausdrücklich erlauben, eine andere Kapitalgesellschaft zu dem Zweck zu errichten, ihr gegenüber in einem Konzernverbund die Rolle des herrschenden Unternehmens zu übernehmen, trifft zweifellos zu und dürfte in gleicher Weise auch für die Satzungen aller anderen deutschen Aktiengesellschaften gelten.

Die Notwendigkeit einer entsprechenden Satzungsklausel als Voraussetzung für den Abschluss eines darauf gerichteten BCA lässt sich auch nicht kurzerhand mit dem Argument verneinen, dass das Aktienrecht keine Konzerneingangskontrolle vorsehe. Entgegen der Ansicht des LG Mün-

---

306 Urteil v. 20.12.2018 – 5 HK O 15326/17, ZIP 2019, 266.

307 Unter Hinweis auf *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl. 2016, Vor § 311 AktG Rn. 3 und *Altmeppen*, in: MünchKommAktG, Vor § 311 Rn. 623 und 712 ff. (*sic!*, die im Urteil genannten Randnummern existieren nicht, gemeint sind offenbar Rn. 62 und 71), sowie *Krieger*, in: MünchHdbGesR, Bd. 4, § 70 Rn. 57.

308 LG München I, Ur. v. 20.12.2018 – 5 HK O 15326/17, ZIP 2019, 266, 274.

chen I kann allein daraus, dass Satzungsklauseln die Entstehung faktischer Abhängigkeitsverhältnisse grundsätzlich nicht verhindern dürfen, nicht der Schluss gezogen werden, dass sich Maßnahmen des Vorstands, die aktiv auf die Herbeiführung eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses gerichtet sind, im Rahmen des Unternehmensgegenstands und damit seiner Geschäftsführungsbefugnis bewegen. Beide Fragen liegen auf unterschiedlichen Ebenen.<sup>309</sup>

Auf der anderen Seite beruht *Strohns* Auffassung, dass der Abschluss eines die Gesellschaft in die Abhängigkeit führenden BCA deren Unternehmensgegenstand berühre, ihrerseits auf einer Annahme, die er nicht begründet, sondern schlicht voraussetzt: dass nämlich die *Eingliederung* der Gesellschaft in einen Konzern nicht anders beurteilt werden könne als die *Ausgliederung* von Unternehmensteilen zur Bildung eines Konzerns. Für diese Gleichsetzung kann er sich indes nicht auf die in Rechtsprechung und Literatur anerkannte Notwendigkeit einer Konzern- oder Konzernöffnungsklausel stützen. Diese bezieht sich – wie das LG München I zu Recht ausführt – nur auf die Frage, ob und inwieweit die Gesellschaft ihr Unternehmen durch von ihr abhängige Gesellschaften führen lassen oder einzelne Bereiche in solche ausgliedern darf.<sup>310</sup>

Auch ein *argumentum a fortiori* in dem Sinne, dass das, was für die Begründung von Konzernbeziehungen als herrschendes Unternehmen gilt, erst recht für die Begründung von Konzernbeziehungen als abhängiges Unternehmen gelten muss, ist nicht statthaft. Denn ein solcher Erstrechtsschluss setzt ein Rangverhältnis zwischen den verschiedenen Anknüpfungsmomenten voraus, das im Verhältnis zwischen Aus- und Eingliederung nicht besteht.

Schließlich ist auch nicht zu erkennen, in welchem Zusammenhang die von *Strohn* aus der in § 16 Abs. 3 und 4 WpÜG vorgesehenen *Möglichkeit* abgeleitete *Pflicht* zur Befassung der Hauptversammlung sowie die sich aus § 13 UmwG ergebende Notwendigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses für eine Verschmelzung der Vertragspartner mit der Frage des Unternehmensgegenstands stehen sollen.

Um die Frage zu beantworten, ob der Abschluss eines BCA mit dem Ziel, die Gesellschaft in die Konzernabhängigkeit zu führen, den Unternehmensgegenstand berührt, ist es vielmehr erforderlich, Inhalt und Funk-

---

309 Ähnlich nunmehr auch *Koch*, ZGR 2019, 588, 603.

310 Vgl. dazu die von *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 131 dortige Fn. 68 zitierten Entscheidungen und Literaturstellen.

tion dieses Begriffs zu bestimmen und ihn ins Verhältnis zu den dem Vorstand obliegenden Aufgaben und Befugnissen zu setzen.

## 1. Unternehmensgegenstand und Leitungsauftrag des Vorstands

### a) Begriff des Unternehmensgegenstands

Nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG muss die Satzung den Gegenstand des Unternehmens bezeichnen. Der Unternehmensgegenstand ist von dem im Aktiengesetz<sup>311</sup> nicht ausdrücklich erwähnten Gesellschaftszweck zu unterscheiden und steht zu diesem nach herrschender Meinung in einer Mittel-Zweck-Relation.<sup>312</sup> Während der Gesellschaftszweck das „Wozu“ des Zusammenschlusses<sup>313</sup> – bei Aktiengesellschaften in aller Regel die Erzielung von Gewinnen für die Aktionäre<sup>314</sup> – bezeichnet, beschreibt der Unternehmensgegenstand das „Womit“, d.h. die Tätigkeit, mit der dieser Zweck verwirklicht werden soll.<sup>315</sup>

Der Unternehmensgegenstand umreißt damit den Aufgabenbereich der Gesellschaft, d.h. die Art der Tätigkeit, welche die Gesellschaft zu betreiben beabsichtigt oder bereits entfaltet.<sup>316</sup> Für die in § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG beispielhaft genannten Industrie- und Handelsunternehmen fordert das Gesetz die Angabe der Art der Erzeugnisse und Waren, die hergestellt oder

---

311 Anders als im GmbHG: vgl. dort § 61 Abs. 1.

312 *Cramer*, in: Scholz, GmbHG, § 1 Rn. 4.

313 *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 90; *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 27; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 17 f., 26 ff.; *Pentz*, in: MünchKommAktG, § 23 Rn. 76; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 1 Rn. 3.

314 *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 23 Rn. 22.

315 *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 1 Rn. 3; *Pentz*, in: MünchKommAktG, § 23 Rn. 71, 76.

316 BGH, Beschl. v. 3.11.1980 – II ZB 1/79, Rn. 16 – juris (insoweit nicht in BGHZ 78, 311 abgedruckt); BGH, Beschl. v. 9.11.1987 – II ZB 49/87, BGHZ 102, 209, 213; BayObLG, Beschl. v. 15.12.1975 – 2 Z 53/75, NJW 1976, 1694; BayObLG, Beschl. v. 16.9.1993 3Z BR 121/93, BayObLGZ 1993, 319, 320; OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.11.1986 – 20 W 391/86, NJW-RR 1987, 287; *Röbriecht/Schall*, in: GroßkommAktG, § 23 Rn. 111; *Pentz*, in: MünchKommAktG, § 23 Rn. 69; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 23 Rn. 24.

gehandelt werden sollen. Für Unternehmen anderer Branchen gelten diese Grundsätze entsprechend.<sup>317</sup>

b) Funktionen des Unternehmensgegenstands

Der Unternehmensgegenstand diente bei den Vorläufern der heutigen Aktiengesellschaft primär der Begrenzung der Tätigkeitsfelder der Gesellschaft aus öffentlich-rechtlicher Perspektive. Der Staat kontrollierte zunächst durch die spezialgesetzliche Festlegung des Unternehmensgegenstands jeder einzelnen Gesellschaft, später durch die Bestimmung tauglicher Gesellschaftsgegenstände die Betätigungsfelder der Aktiengesellschaften. Hinter diesen Beschränkungen stand ein Strauß wirtschaftspolitischer Erwägungen, die von geostrategischen Zielen wie der Kontrolle des Überseehandels über die Skepsis gegenüber der mit einer Kumulation von Kapital verbundenen Veränderung gesellschaftlicher Machtstrukturen bis hin zum Anlegerschutz reichten.<sup>318</sup>

Mit der Aufgabe des Konzessionssystem und der allgemeinen Liberalisierung des Wirtschaftslebens in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts veränderte sich die Funktion des Unternehmensgegenstands immer mehr von einem politischen bzw. öffentlich-rechtlichen hin zu einem privatrechtlichen Zweck.<sup>319</sup> Heutzutage finden sich von der ursprünglichen Funktion allenfalls noch Spuren, namentlich in Gestalt von an den Unternehmensgegenstand anknüpfenden branchenspezifischen Regulierungsmaßnahmen.<sup>320</sup>

Die gegenwärtige privatrechtliche Funktion des Unternehmensgegenstands betrifft zum einen die Außenbeziehungen der Gesellschaft, d.h. den Rechtsverkehr mit Dritten, zum anderen das Innenverhältnis der Gesellschaft und zwar sowohl das Verhältnis der Aktionäre untereinander als auch das zwischen Aktionären und Verwaltung.<sup>321</sup>

Der Unternehmensgegenstand der Gesellschaft wird gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 AktG im Handelsregister eingetragen. Der Rechtsverkehr hat so die Möglichkeit, sich über das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft zu informieren.

---

317 *Pentz*, in: MünchKommAktG, § 23 Rn. 80.

318 Vgl. *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 65.

319 *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 66 f.

320 *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 68.

321 *Pentz*, in: MünchKommAktG, § 23 Rn. 78; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 80 ff.

Diese Information kann in der Zusammenschau mit der ebenfalls veröffentlichten Höhe des Grundkapitals zumindest ein gewisser<sup>322</sup> Indikator für die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft sein.<sup>323</sup> Wenn sich die Gesellschaft außerhalb ihres Unternehmensgegenstands betätigt, kann sich das Vertrauen in die Richtigkeit dieser Angaben im Einzelfall zu einem Schadenersatzanspruch verdichten.<sup>324</sup>

Die – jedenfalls für die Zwecke dieser Untersuchung – wichtigere Funktion des Unternehmensgegenstands ist die innergesellschaftliche.

Sie betrifft zum einen das Verhältnis der Aktionäre untereinander. Der Unternehmensgegenstand ist für die Investitionsentscheidung der Aktionäre von erheblicher Bedeutung, weil das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft einen wesentlichen Faktor für die Beurteilung der mit dem Einsatz des Kapitals verbundenen Chancen und Risiken darstellt.<sup>325</sup> Die Festlegung des Unternehmensgegenstands in der Satzung hat zur Folge, dass diese Bestimmungsgröße nur mit der für deren Änderung vorgeschriebenen Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (§ 179 Abs. 2 Satz 1 AktG) geändert werden kann. Durch die Sonderregelung des § 179 Abs. 2 Satz 2 AktG, wonach die Satzung für die Änderung des Unternehmensgegenstands nur eine größere Kapitalmehrheit bestimmen kann, wird die minderheitsschützende Funktion dieser Festlegung unterstrichen.<sup>326</sup>

Zum anderen steckt der in der Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand die Grenzen für die dem Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG obliegende Leitungsaufgabe ab. Ungeachtet dessen, dass die sich aus § 78 Abs. 1 Satz 1

---

322 Die Angabe des Grundkapitals trifft lediglich eine Aussage darüber, wieviel Kapital bei der Gründung der Gesellschaft aufgebracht wurde, besagt aber nichts darüber, wieviel Kapital tatsächlich noch vorhanden ist; vgl. zur begrenzten Aussagekraft des Grundkapitals z.B. *Heider*, in: MünchKommAktG, § 1 Rn. 97.

323 *Pentz*, in: MünchKommAktG, § 23 Rn. 78; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 74 f. mit dortiger Fn. 101.

324 Vgl. BGH, Urt. v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 330 f. – *Klöckner* für die Haftung gegenüber den Inhabern von Genussrechten; zur dogmatischen Begründung bereits zuvor *Habersack*, ZHR 151 (1991), 378, 393 ff.; dieser Gedanke dürfte jedenfalls für Dritte, die in einem Sonderrechtsverhältnis zu der Gesellschaft stehen, verallgemeinerungsfähig sein, vgl. dazu *Lutter*, ZGR 1993, 291, 301 f. sowie *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 79.

325 *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 84 mit dortiger Fn. 137, dessen Beispiel (Automobilindustrie als Wirtschaftszweig, der *nicht* von politischen Unwägbarkeiten bestimmt ist) heutzutage jedoch unter umgekehrten Vorzeichen zu verstehen sein dürfte.

326 *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 86 f.

AktG ergebende Vertretungsmacht des Vorstands nach § 82 Abs. 1 AktG nicht beschränkt werden kann, sind die Vorstandsmitglieder im Verhältnis zur Gesellschaft verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, die die Satzung für ihre Geschäftsführungsbefugnis getroffen hat. Über die Festlegung des Unternehmensgegenstands können die Aktionäre damit unmittelbaren Einfluss auf die Leitung der Geschäfte des Vorstands nehmen<sup>327</sup> und bleiben insofern „Herren ihres Unternehmens“.<sup>328</sup>

Der Unternehmensgegenstand grenzt die Leitungsautonomie des Vorstands dabei in zweierlei Hinsicht ein.<sup>329</sup> Zum einen darf der Vorstand den Unternehmensgegenstand nicht überschreiten, indem er sich auf Gebieten betätigt, die vom Unternehmensgegenstand nicht gedeckt sind.<sup>330</sup> Zum anderen hat der Vorstand die Pflicht, den vorgegebenen Unternehmensgegenstand aktiv zu verwirklichen (sog. Unterschreitungsverbot).<sup>331</sup>

Wie detailliert er den Unternehmensgegenstand beschreibt, ist dem Satzungsgeber überlassen. Eine Grenze wird erst dann erreicht, wenn der Unternehmensgegenstand dem Vorstand so enge Grenzen setzt, dass ihm jegliches unternehmerisches Ermessen genommen wird und er zu einem lediglich ausführenden Organ wird. Eine solche Gestaltung wäre mit der Vorgabe des § 76 Abs. 1 AktG, nach der der Vorstand die Gesellschaft unter *eigener Verantwortung* zu leiten hat, nicht zu vereinbaren.<sup>332</sup>

## 2. Konzernrechtliche Implikationen des Unternehmensgegenstands

Nach früherer Auffassung fielen der Erwerb von Unternehmensbeteiligungen sowie die Ausgliederung geschäftlicher Aktivitäten auf rechtlich selbständige Tochtergesellschaften in die alleinige Entscheidungsbefugnis des Vorstands, solange die sachlichen Grenzen des Unternehmensgegenstands

---

327 *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 83; *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, S. 21.

328 *Wiedemann*, in: *GroßKommAktG*, 4. Aufl. 1994, § 179 Rn. 67.

329 *Limmer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 23 Rn. 16; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 143.

330 *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 269; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 143.

331 OLG Stuttgart, Urt. v. 14.5.2003 – 20 U 31/02, NZG 2003, 778, 783 f.; OLG Stuttgart, Urt. v. 13.7.2005 – 20 U 1/05, AG 2005, 693, 695; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 143.

332 *Pentz*, in: *MünchKommAktG*, § 23 Rn. 78; *Fleischer*, ZIP 2003, 1, 2; *Röbriecht/Schall*, in: *GroßkommAktG*, § 23 Rn. 120.; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 137 ff., 150 ff.

des eingehalten, d.h. im Rahmen der Tochterunternehmen keine anderen als die in der Satzung vorgesehenen Tätigkeiten verfolgt wurden. Eine der Satzung des herrschenden Unternehmens entsprechende Betätigung des abhängigen Unternehmens wurde dem herrschenden Unternehmen als Wahrnehmung des eigenen satzungsmäßigen Unternehmensbereichs zugerechnet.<sup>333</sup>

Nach heute herrschender Meinung hat der Unternehmensgegenstand jedoch auch eine konzernrechtliche Dimension. Seine Verwirklichung durch Erwerb oder Gründung von Tochtergesellschaften bedarf danach einer zusätzlichen Ermächtigung in der Satzung.<sup>334</sup> Erst recht gilt dies für den Funktionswandel der Obergesellschaft in eine Vollholding. Sie muss also solche in der Satzung vorgesehen sein<sup>335</sup> und – sofern keine sachbereichsneutrale Betätigung beabsichtigt ist – den Schwerpunkt der Tätigkeit der Gesellschaften, an denen Beteiligungen bestehen oder beabsichtigt sind, offenlegen.<sup>336</sup>

Fehlt eine solche Konzern- oder Konzernöffnungsklausel, liest man in die Satzung die Vorgabe an den Vorstand hinein, den Unternehmensgegenstand unmittelbar, d.h. durch Tätigwerden der eigenen Gesellschaft, zu verwirklichen.

In der Literatur wird das Erfordernis einer Konzernöffnungsklausel damit begründet, dass sich die mittelbare Unternehmensführung durch Tochtergesellschaften qualitativ von der unmittelbaren Unternehmensführung durch die AG selbst unterscheidet. Die Hauptversammlung habe auf ein mittelbar geführtes Unternehmen auch nur mittelbaren Einfluss. Die Kontrollmöglichkeiten von Hauptversammlung und Aufsichtsrat setzen auf der Ebene der Obergesellschaft an, während sie auf die Tochtergesellschaften keinen direkten Einfluss nehmen könnten. In den Tochtergesellschaften würden alle Beteiligungsrechte vom Vorstand ausgeübt. Insofern komme es in der Obergesellschaft daher zu einer Machtverschiebung von der

---

333 Barz, AG 1966, 39, 40; Wiedemann, in: GroßkommAktG, 3. Aufl. 1973, § 179 Rn. 7; Paefgen, ZHR 172 (2008), 42, 71; Götz, AG 1984, 85, 90; Henze, FS Ulmer, S. 211, 216 f.

334 BGH, Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, BGHZ 159, 30, 46 – *Gelatine I*; OLG Frankfurt, Beschl. v. 21.6.2007 – 5 U 34/07, AG 2008, 862, 863; Stein, in: MünchKommAktG, § 179 Rn. 113; Habersack/Foerster, in: GroßkommAktG, § 82 Rn. 25; Tieves, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 495 ff.

335 Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Vor § 311 AktG Rn. 31.

336 Pentz, in: MünchKommAktG, § 23 Rn. 80; Koch, in: Hüffer/Koch, § 23 AktG Rn. 24a; Tieves, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 418 f.

Hauptversammlung hin zum Vorstand.<sup>337</sup> Diese Machtverschiebung unterscheidet eine AG, die ihr Unternehmen unmittelbar betreibt, strukturell von einer AG, die ihr Unternehmen über Tochtergesellschaften führt.<sup>338</sup> Über die Struktur der Gesellschaft sollte aber gerade von den Aktionären in der Satzung entschieden werden. Zudem sei die mittelbare Geschäftstätigkeit über Tochtergesellschaften gerade wegen der soeben erwähnten strukturellen Unterschiede mit einem höheren Risiko verbunden als die Verwirklichung des Unternehmensgegenstands durch eigene wirtschaftliche Tätigkeit.<sup>339</sup> Diese Umstände rechtfertigten es, den Vorstand in Ermangelung einer Konzernklausel auf die unmittelbare unternehmerische Tätigkeit zu beschränken.

Diese Gesichtspunkte entsprechen denjenigen, mit denen der BGH im Fall „Holzmüller“ eine ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz für den Fall der Ausgliederung des wertvollsten Teils des Betriebsvermögens in eine rechtlich selbstständige Tochtergesellschaft begründet hat.<sup>340</sup> Aus dieser – später durch die Urteile im Fall „Gelatine“<sup>341</sup> bestätigten und präzisierten – Rechtsprechung lässt sich die Notwendigkeit einer Konzernklausel indessen gerade nicht ableiten. Denn in beiden Fällen lag eine hinreichend bestimmte satzungsmäßige Ermächtigung des Vorstands zu den streitigen Konzernbildungsmaßnahmen vor, so dass sich die Frage einer Überschreitung des Unternehmensgegenstands überhaupt nicht stellte. Im Fall „Holzmüller“ hat es der BGH sogar ausdrücklich dahingestellt sein lassen, ob es einer entsprechenden ausdrücklichen Ermächtigung für das Handeln des Vorstands bedurft hätte.<sup>342</sup> Im Fall „Gelatine“ geht der BGH zwar erstmals und ohne nähere Begründung von der Notwendigkeit einer

---

337 Vgl. ausführlich und mit Nachweisen zu den Wirkungen der Mediatisierung unten S. 110 ff.

338 *Wiedemann*, in: GroßKommAktG, 4. Aufl. 1994, § 179 Rn. 64; *Krieger*, in: MünchHdbGesR, Bd. 4, § 70 Rn. 5.

339 *Kropff*, ZGR 1984, 112, 130; *Rebbinder*, ZGR 1983, 92, 96; *Wablers*, Konzernbildungskontrolle durch die Hauptversammlung der Obergesellschaft, S. 148 f.; an der Erhöhung des Risikos für die Aktionäre der AG zweifeln aber zum Beispiel *Lutter*, in: Druey, Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, S. 225, 227 („Schotten, die das Haftungsrisiko auf Teile des Konzern-Schiffes begrenzen“ – Hervorhebung im Original) und *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 481 mit Blick auf die durch die Konzernierung eingezogenen Haftungsbarrieren.

340 BGH, Urt. v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 136 ff. – *Holzmüller*.

341 BGH, Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, BGHZ 159, 30 – *Gelatine I*; BGH, Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 154/02, ZIP 2004, 1001 – *Gelatine II*.

342 BGH, Urt. v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 130 – *Holzmüller*.

Konzernklausel aus, bringt diese aber gerade nicht in Verbindung zu einer damit verbundenen Machtverschiebung zwischen Hauptversammlung und Vorstand, sondern beschränkt ihre Funktion darauf, den Handlungsspielraum des Vorstands in der Weise zu erweitern, dass dieser „nicht gehalten [sei], den Unternehmensgegenstand ausschließlich durch eigene operative Tätigkeit der Aktiengesellschaft zu verwirklichen, sondern dafür auch zu gründende oder zu erwerbende Gesellschaften oder Beteiligungen einsetzen [dürfe]“. Zugleich wird vom BGH ausdrücklich betont, dass sich die Aktionäre durch eine solche Konzernklausel nicht des mit der Anerkennung ungeschriebener Hauptversammlungszuständigkeiten bezweckten Schutzes begäben.<sup>343</sup> Aus beiden Entscheidungen kann daher nur der Schluss gezogen werden, dass die ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit für Strukturmaßnahmen auf anderen Gründen beruht als die geschriebene Hauptversammlungszuständigkeit für Änderungen des Unternehmensgegenstands. Während es im ersten Fall darum geht, was der Vorstand im Verhältnis zu anderen Organen tun darf, geht es im zweiten darum, was die Gesellschaft als solche tun darf. Nur unter diesem Gesichtspunkt setzt der Unternehmensgegenstand auch der Betätigung des Vorstands Grenzen.

Letztere ergeben sich daraus, dass die unmittelbare Beteiligung am Marktgeschehen nicht nur nach ihrem äußeren Erscheinungsbild etwas *anderes* ist als die durch Tochtergesellschaften und Beteiligungen vermittelte.<sup>344</sup> Sie ist mit anderen – nicht notwendigerweise größeren – Chancen und Risiken verbunden und stellt auch andere Anforderungen an die dem Vorstand obliegende Unternehmensleitung.<sup>345</sup> Ein Vorstand, der Unternehmensteile ohne satzungsmäßige Ermächtigung in Tochtergesellschaften ausgliedert, würde deshalb seinen – durch den Unternehmensgegenstand festgelegten – Leitungsauftrag unterschreiten, so wie umgekehrt der Vorstand einer Gesellschaft, die satzungsmäßig auf die Verwaltung von Beteiligungen beschränkt ist, seinen Leitungsauftrag durch unmittelbares Tätigwerden am Markt überschreiten würde.<sup>346</sup>

Aus *diesem* Grunde setzt die Gruppenbildung eine entsprechende Ermächtigung in der Satzung voraus. Dass damit zugleich einer eigenmächtigen

---

343 BGH, Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, BGHZ 159, 30, 46 – *Gelatine I*.

344 *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, S. 89.

345 *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, S. 89 f.; vgl. *Wiedemann/Martens*, AG 1976, 232, 236.

346 *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Vor § 311 AktG Rn. 31.

gen Verschiebung der innergesellschaftlichen Machtbalance durch den Vorstand entgegengewirkt wird, kann allenfalls als Reflex der aus dem Gegenstand der unternehmerischen Tätigkeit abgeleiteten Notwendigkeit der Konzernklausel angesehen werden. Denn in dem umgekehrten Fall des unmittelbaren Tätigwerdens am Markt trotz unternehmensgegenständlicher Beschränkung auf die Holdingfunktion träte eine solche Verschiebung allenfalls im entgegengesetzten Sinne ein.

### 3. Konsequenzen für BCA bei Fusion durch NewCo-Übernahme

Aus der soeben vorgenommenen Herleitung der Notwendigkeit der Konzernklausel für die Gruppenbildung ergibt sich, dass die von *Stroh* vorgenommene Gleichsetzung der Eingliederung mit der Ausgliederung nicht der Funktion statutarischer Regelungen über den Unternehmensgegenstand entspricht. Beide Sachverhalte sind unter diesem Gesichtspunkt inkommensurabel.

Anders als im Fall der Ausgliederung wird der gegenständliche Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit der Aktiengesellschaft und eventueller Tochtergesellschaften durch die mit dem BCA bezweckte Begründung eines Abhängigkeitsverhältnisses nicht verändert. Die Art der Geschäfte, die die abhängig gewordene Gesellschaft – unmittelbar oder mittelbar – betreiben darf, bleibt die gleiche. Zwar hat die Konzernierung mit einiger Wahrscheinlichkeit zur Folge, dass das herrschende Unternehmen Einfluss auf das abhängige Unternehmen ausüben wird. Dies hat aber – solange die Satzung des beherrschten Unternehmens unverändert bleibt – keine Auswirkungen auf den Unternehmensgegenstand. Denn die Einflussnahme des herrschenden Unternehmens auf den Vorstand der abhängigen Gesellschaft kann sich nur darauf beziehen, wie dieser sein unternehmerisches Ermessen ausübt. Die Grenzen dieses Ermessens und damit auch der möglichen Einflussnahme werden aber durch den Unternehmensgegenstand abgesteckt.

Selbst der Abschluss eines Beherrschungsvertrags würde daran nichts ändern. In diesem Fall könnte das herrschende Unternehmen dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft zwar Weisungen hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft erteilen (§ 308 Abs. 1 Satz 1 AktG), die dieser zu befolgen hätte (§ 308 Abs. 2 Satz 1 AktG). Diese Befolgungspflicht gilt aber nur für zulässige Weisungen. Den Vorstand trifft insoweit eine Kontrollpflicht. Gegenstand dieser Rechtmäßigkeitsprüfung ist auch, ob die Weisung gegen

die Satzung verstößt.<sup>347</sup> Ist dies der Fall – z.B. deshalb, weil der Vorstand mit der darin angeordneten Maßnahme den Unternehmensgegenstand verlassen würde – ist dieser berechtigt und verpflichtet, die Weisung nicht auszuführen.<sup>348</sup> Dass das herrschende Unternehmen – wenn es die für den Abschluss eines Beherrschungsvertrags erforderliche Mehrheit hatte – auch eine Satzungsänderung durchsetzen könnte, ändert an der Richtigkeit dieses Befundes nichts.

Die von *Strohn* für erforderlich gehaltene Satzungsregelung darüber, ob und inwieweit der Vorstand berechtigt ist, die in der Satzung beschriebenen Unternehmensgegenstände „durch die Begründung von Abhängigkeitsbeziehungen“ zu Lasten der Gesellschaft zu erreichen,<sup>349</sup> kann es deshalb gar nicht geben. Denn anders als aus Sicht des herrschenden Unternehmens ist die Abhängigkeitsbeziehung aus Sicht des abhängigen Unternehmens gerade kein Mittel zur Verwirklichung des Unternehmensgegenstands. Da die Begründung des Abhängigkeitsverhältnisses den Unternehmensgegenstand unberührt lässt, stellt sich die von *Strohn* aufgeworfene Frage, wie sich die von ihm für erforderlich gehaltene Satzungsklausel zum Grundsatz der Konzernoffenheit verhält, von vornherein nicht.<sup>350</sup>

Ob eine Geschäftsführungsmaßnahme den durch den Unternehmensgegenstand gezogenen Rahmen überschreitet, hängt auch nicht von deren rechtlicher Qualität, sondern allein davon ab, ob das Unternehmen dadurch eine andere als die in der Satzung festgelegte Tätigkeit entfaltet. Innerhalb der durch den Unternehmensgegenstand gezogenen Grenzen umfasst der dem Vorstand obliegende Leitungsauftrag auch Maßnahmen, die auf Konzernbildung zielen. Der Vorstand darf – ohne dazu durch die Satzung besonders ermächtigt zu sein – Unternehmensverträge vorbereiten, aushandeln und abschließen, die der Zustimmung der Hauptversammlung unterliegen.

Die Vorschrift des § 83 Abs. 1 AktG steht dem nicht entgegen. Danach ist der Vorstand verpflichtet, solche Maßnahmen, die in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fallen, auf deren Verlangen vorzubereiten (Satz 1). Das Gleiche gilt auch für die Vorbereitung und den Abschluss von Verträgen, die nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam werden (Satz 2). Die Bedeutung dieser Regelung liegt allein darin, dass die Haupt-

---

347 *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 308 Rn. 36.

348 *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 308 Rn. 36.

349 *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 138.

350 Vgl. hierzu auch *Schmolke*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2018, S. 137 Rn. 16.

versammlung insoweit das Recht hat, selbst die Initiative ergreifen und den Vorstand zur Vorbereitung und zum Abschluss zustimmungsbedürftiger Verträge, insbesondere eines Unternehmensvertrages, bindend anweisen kann.<sup>351</sup>

Daraus folgt indessen nicht, dass der Vorstand solche Vorgänge nur aufgrund eines entsprechenden Beschlusses der Hauptversammlung einleiten darf. Das Geschäftsführungsrecht des Vorstands wird durch das insoweit bestehende Initiativ- und Weisungsrecht der Hauptversammlung nur überlagert, aber nicht verdrängt.

#### IV. Ergebnis

Der Abschluss eines auf einen Zusammenschluss unter Gleichen gerichteten BCA ist nicht von einer entsprechenden Festlegung des Unternehmensgegenstands in der Satzung abhängig.

#### B. „Verdeckter“ Beherrschungsvertrag

Eine geschriebene Hauptversammlungskompetenz könnte sich ferner aus § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG ergeben. Das wäre der Fall, wenn das zwischen den Fusionspartnern geschlossene BCA als Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 Satz 1 Variante 1 AktG zu qualifizieren wäre.<sup>352</sup>

Ein Beherrschungsvertrag liegt unabhängig von seiner Bezeichnung vor, wenn die Leitungsbefugnis des Vorstands in so weitgehender Weise auf eine andere Gesellschaft übertragen wird, dass abweichende Strategien und Konzeptionen des Vorstands der Untergesellschaft durch eine einheitliche Konzernleitung ersetzt werden können.<sup>353</sup> Erforderlich – aber auch ausreichend – ist, dass der beherrschende Vertragspartner in die Lage versetzt wird, eine auf das Gesamtinteresse der verbundenen Unternehmen

---

351 *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 83 Rn. 16.

352 So auch die Begründung der Kläger im Fall *Linde/Praxair*: vgl. die Wiedergabe des Parteivorbringens in dem Urte. des LG München I v. 20.12.2018– 5 HK O 15236/17, ZIP 2019, 266 Rn. 193 ff. – juris.

353 *Langenbacher*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 291 Rn. 23; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 AktG Rn. 14; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 291 Rn. 10.

ausgerichtete Zielkonzeption zu entwickeln und gegenüber dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft rechtlich durchzusetzen.<sup>354</sup>

Zur Charakterisierung von Verträgen, die diese Merkmale erfüllen, aber nicht als Beherrschungsvertrag bezeichnet werden, wird zum Teil der Begriff „verdeckter Beherrschungsvertrag“ verwendet.<sup>355</sup> Praktische Bedeutung hat die Unterscheidung zwischen offenen und verdeckten Beherrschungsverträgen im Hinblick darauf, ob sich für außenstehende Aktionäre aus formunwirksamen Beherrschungsverträgen dieselben Rechtsfolgen<sup>356</sup> wie aus formgerechten Verträgen ergeben.<sup>357</sup> Für das Erfordernis der Hauptversammlungszustimmung selbst kommt dem Attribut „verdeckt“ keine Bedeutung zu.<sup>358</sup>

Im Einzelfall kann auch ein BCA die Voraussetzungen eines Beherrschungsvertrags erfüllen.<sup>359</sup> In den Fällen der Fusion durch NewCo-Übernahme wird einer solchen Einordnung in der Regel aber § 291 Abs. 2 AktG entgegenstehen. Danach liegt kein Beherrschungsvertrag vor, wenn sich Unternehmen, die voneinander nicht abhängig sind, durch Vertrag unter einheitliche Leitung stellen, ohne dass dadurch eines von ihnen von einem anderen vertragschließenden Unternehmen abhängig wird. Bei dem für die NewCo-Fusion typischen Fall des *merger of equals* werden die Organe der NewCo, auf die im Zuge des Zusammenschlusses Leitungsbefugnisse übertragen werden, von den Fusionspartnern regelmäßig paritätisch besetzt, so dass sich daraus keine Beherrschung des einen Fusionspartners durch den anderen ergeben kann.<sup>360</sup>

---

354 OLG Schleswig, Beschl. v. 27.8.2008 – 2 W 160/05, ZIP 2009, 124.

355 Vgl. monographisch *Ederle*, Verdeckte Beherrschungsverträge; *Kienzle*, Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht; *Detle*, Verdeckte und atypische Beherrschungsverträge im Aktienrecht.

356 Insbesondere Ansprüche auf Abfindung nach § 305 Abs. 5 Satz 2 AktG i.V.m. § 1 Nr. 1 SpruchG.

357 Vgl. dazu OLG München, Beschl. v. 24.6.2008 – 31 Wx 83/07, ZIP 2008, 1330; OLG Schleswig, Beschl. v. 27.8.2008 – 2 W 160/05, ZIP 2009, 124.

358 In dem Urte. des LG München I v. 20.12.2018 – 5 HK O 15236/17, ZIP 2019, 266, 271 f. wird bei der Prüfung der Hauptversammlungskompetenz nach § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG dennoch dieser Begriff benutzt.

359 Vgl. etwa LG München I, Urte. v. 31.1.2008 – 5 HK O 19782/06, ZIP 2008, 555 – *HVB/Unicredit*.

360 *Strohn*, ZHR 182 (2018), 114, 139; in der Sache auch *Schmolke*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2018, S. 137 Rn. 27 und LG München I, Urte. v. 20.12.2018 – 5 HK O 15236/17, ZIP 2019, 266, 272, beide jedoch ohne Anknüpfung an § 291 Abs. 2 AktG.

Soweit die Fusionspartner in dem BCA auch Bindungen gegenüber dem jeweils anderen eingehen, wird es diesen in der Regel schon an dem für die Entstehung einer Beherrschungssituation erforderlichen Grad an Verbindlichkeit fehlen.<sup>361</sup> Zudem gehen die Fusionspartner typischerweise spiegelbildliche Bindungen ein, sodass von einer Beherrschung des einen durch den anderen auch aus diesem Grunde nicht gesprochen werden kann.<sup>362</sup>

---

361 Vgl. LG München I, Urt. v. 20.12.2018 – 5 HK O 15236/17, ZIP 2019, 266, 273 – *Linde* mit dem Hinweis darauf, dass wesentliche Verhaltenspflichten der Linde AG lediglich als Soll-Vorschriften ausgestaltet seien.

362 Vgl. LG München I, Urt. v. 20.12.2018 – 5 HK O 15236/17, ZIP 2019, 266, 273 – *Linde*; vgl. ferner *Koch*, ZGR 2019, 588, 598.