

# Schutzmechanismen Des Neuen Türkischen Konzernrechts (Yeni Türk Őirketler Topluluđu Hukukunun Koruyucu Mekanizmaları)

Arařtırma

**Cafer EMİNOĐLU\***

\*Dr. Iur., Hukukçu Uzman, BOTAŐ Boru Hatları ile Petrol Tařıma Anonim Őirketi, Dođal Gaz Pazarlama ve Satıř Daire Bařkanlıđı.  
(Dr. Iur., Legal Expert, BOTAS Petroleum Pipeline Corporation, Natural Gas Marketing and Sales Department)  
(E-posta: cafereminoglu@hotmail.com)

---

## ÖZET

---

**T**emmuz 2012 itibari ile yürürlüđe girecek olan Yeni Türk Ticaret Kanunu daha önce Türk Hukuku'nda ayrıca düzenlenmemiř olan "Őirketler topluluđu hukukunu" da kapsamaktadır. Yeni kanun ilgili düzenlemeler ađısından kısmen Avrupa Őirketler Topluluđu Hukuku ve kısmen de Alman Őirketler Topluluđu Hukuku'nu (Konzernrecht) model almıřtır. Kanun Koyucu bu yeni düzenlemeler ile Őirketler topluluđunun yapısı ve iliřkileri bakımından Őeffaflık ilkesini hayata geçirmek istemekte ve hakim ortaklıđın menfaatleri ile bađlı ortaklıkların menfaatleri arasındaki gerilimi azaltmayı amaçlamaktadır. Őirketler topluluđu ile ilgili düzenlemenin en önemli özelliđi ise "koruyucu hukuk" görüntüsü vermesidir. Çünkü iđerdiđi mekanizmalar itibari ile Yeni Türk Őirketler Topluluđu Hukuku'nun öncelikli olarak bađlı Őirketleri, bu Őirketlerin yöneticilerini, (özellikle azınlıkta kalan) ortaklarını ve alacaklılarını korumayı hedeflediđi görölmektedir. Bu durum öngörölen "bađlı ve hakim Őirket raporları" ve bilgi alma hakları gibi çeřitli mekanizmalarla desteklenmekte, Őirketler topluluđunda çeřitli kesimlere tanınan dava hakları ve sorumluluk ile ilgili yeni düzenlemelerle de hem "hesap verilebilirlik" hem de "Őeffaflık" ilkelerinin gerçekleřmesi amaçlanmaktadır. Bütün bu düzenlemeler ađısından en önemli tartıřma noktalarından birini de kanun koyucunun ilgili koruma mekanizmalarını oluřtururken Türk Ortaklıklar Hukuku'nun ihtiyaçlarını ve yapısını ne ölçüde göz önünde bulundurduđu konusu oluřurmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Yeni Türk Őirketler topluluđu hukukunda saydamlık; hakim ve bađlı Őirket; Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması; Tam hakimiyet; Őirketler topluluđu hukukunda dava hakları.

---

## ABSTRACT

---

### PROTECTIVE MECHANISMS OF THE NEW TURKISH LAW ON CORPORATE GROUP

**T**he New Turkish Commercial Code, for the first time in Turkish law, regulates the group companies. The new code, which is going to enter into force in July 2012, in terms of related regulations is substantially modeled on the German group companies law (Konzernrecht - mostly regulated in German Stock Corporation Act) and the European Law on corporate groups. However, novel solutions such as the liability due to Breach of trust are also introduced. The new regulations aim to resolve the conflict of interest between the mother company on one hand, and outside shareholders and creditors of the daughter company, on the other. The dominant

characteristic of the regulations and the established systems is their explicit purpose to protect the weakens (such as daughter company, outside shareholders and creditors) with in a corporate group. The protection system is supported by disclosure and reporting requirements.

### Keywords

Transparency according to new Turkish law on Corporate Group; dependent and controlling company; Abuse of control; Full control; Right of action in Law on corporate groups.

## Schutzmechanismen Des Neuen Türkischen Konzernrechts

Das türkische Handelsrecht wurde nach mehr als 50-jähriges Bestehen des Türkischen HGB grundlegend reformiert. Dabei wurde auch das Konzernrecht das erste Mal als Regelungsgegenstand in das neue HGB aufgenommen. Eine nähere Betrachtung zeigt, dass die Schutzgedanken zugunsten der durch die Konzernkonstruktion gefährdeten Personen bei der Aufstellung konzernrechtlicher Bestimmungen die Hauptrolle gespielt haben.

### I. Das künftige Konzernrecht der Türkei

Das bisherige türkische Handelsrecht, das noch bis Juni 2012 in Geltung bleiben wird, ist konzernneutral. Genauso wie in Ländern, in denen das Konzernrecht noch nicht kodifiziert ist, versucht man, die konzernspezifischen Probleme mit Hilfe der allgemeinen Normen des Gesellschaftsrechts zu lösen. Dies soll sich jedoch mit dem neuen türkischen Handelsgesetzbuch (unten THGB) ändern. Der Entwurf für dieses Gesetz, welches seit Mai 2007 in der Generalversammlung des türkischen Parlaments auf Umsetzung gewartet hatte, wurde Anfang Januar dieses Jahres mit seinem konzernrechtlichen Inhalt verabschiedet. Das neue Türkische Handelsgesetzbuch (Unten THGB) wird jedoch erst mit Juli 2012 in Kraft treten. Das neue Gesetz regelt den Konzern innerhalb der allgemeinen Vorschriften zu den Handelsgesellschaften unter dem Titel „Gesellschaftengruppe“ (Şirketler Topluluğu) in einem gesonderten, einheitlichen Abschnitt, der aus 15 Artikeln besteht (Art 195-209).

Dieses neue System des künftigen türkischen Konzernrechts ist zwar maßgeblich von deutschem Konzernrecht beeinflusst, weist aber an verschiedenen Stellen auch eigenständige Besonderheiten auf. So definiert das neue THGB die Begriffe „Konzern“ oder „Gesellschaftengruppe“

nicht, sondern stellt bezüglich dieser rechtlichen Institution nur Vorschriften auf. Anders als im deutschen Gesellschaftsrecht wurde auch der Begriff der „einheitlichen Leitung“ nicht aufgenommen. Stattdessen geht das neue THGB vom Prinzip der „konkreten Politik der Gruppe“ aus.<sup>1</sup>

Eine nähere Betrachtung zeigt, dass das künftige türkische Konzernrecht vor allem als „Schutzrecht“ konzipiert ist und auf dem „Kontrollprinzip“ basiert. So ist „die Gesellschaftengruppe“ lediglich auf der Grundlage des faktischen Konzerns konzipiert, und zwar nach der Maßgabe des Ziels, die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger zu schützen.<sup>2</sup> Trotzdem anerkennt das neue THGB die Rechtmäßigkeit der Beherrschungsverträge und Vertragskonzerne, indem es ausdrücklich vorsieht, dass für die Gültigkeit der Unternehmensverträge diese in das Handelsregister einzutragen sind.<sup>3</sup>

Aus der Begründung des Regierungsentwurfs zum neuen THGB geht hervor, dass mit der Kodifikation des Konzernrechts insbesondere

1 TEKİNALP, Ünal, „Die jüngsten Entwicklungen im türkischen Handels- und Gesellschaftsrecht“, **Rezeption und Autonomie: 80 Jahre Türkisches ZGB, Journées Turco-Suisses**, Stämpfli Verlag, Bern, 2006 (147-177), 161.

2 TEKİNALP, 2006, 161.

3 Art. 198 Abs. 3 des neuen TGHB.

die Klärung der strittigen Haftungsfragen bezweckt wird. Dabei wird angestrebt, einen angemessenen Schutz für Gläubiger, aussenstehende Gesellschafter und die abhängige Gesellschaft zu ermöglichen. So sind besondere Haftungsvorschriften für den Konzern hinsichtlich der böswilligen Ausübung der Kontrolle bzw. der Herrschaft und ein Nachteilsausgleich vorgesehen. Daneben ist für Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen ein Austretungs- und für Gläubiger ein Klagerecht vorgesehen.

Eine weitere viel kritisierte,<sup>4</sup> konzernrechtliche Vorschrift regelt die Institution Vertrauenshaftung, welche besonders in der Schweiz mit der sog. „Swissair-Entscheidung“ auf die Tagesordnung kam. Diese sieht eine Haftung der herrschenden Gesellschaft für das Vertrauen vor, welches aufgrund der Ausübung des Ansehens erweckt wird, das in der Öffentlichkeit ein bestimmtes Niveau erreicht hat. Über die Voraussetzungen und Grenzen dieser neuen Haftungsart wird jedoch nichts Weiteres geregelt.

## II. Schutzmechanismen

### A. Einleitung

Die türkische Rechtsordnung hatte bis zum neuen THGB keine ausreichenden Instrumente, um die aus einem Konzernverhältnis entstandenen Haftungsprobleme zu lösen. Die Anwendung der noch geltenden Vorschriften leiden insb darunter, dass es im türkischen Recht an konzernrechtlichen Verhaltensgeboten fehlt, die den Haftungsnormen als Maßstab dienen könnten.<sup>5</sup> Daneben sind die allgemeinen Normen des positiven Rechts nur bedingt imstande, die Interessen der außenstehenden Gesellschafter, Minderheit, Gläubiger und abhängigen Gesellschaft als ein rechtlich selbständiges Gebilde im Konzern zu schützen. Der Vermögensschutz der abhängigen Gesellschaft besteht grundsätzlich in Ermangelung von Sondervorschriften lediglich darin, satzungs- oder gesetzwidrige vermögensschädigende Rechtsgeschäfte, worunter sowohl

Verträge mit Drittbeteiligung als auch interne Organbeschlüsse zu verstehen sind, zu korrigieren. Für die außenstehenden Aktionäre kommen nur diejenigen Schutzmechanismen in Betracht, die für die Minderheitsaktionäre einer unabhängigen Gesellschaft zur Anwendung kämen. Somit beschränkt sich ihr Schutz auf die gerichtliche Geltendmachung ihrer Vermögens- und Mitverwaltungsrechte, ohne dabei die Wirklichkeit des Konzernsachverhaltes in Betracht zu ziehen.<sup>6</sup> Auch das System der Missbrauchsverhinderung beschränkt sich hauptsächlich auf die Korrektur der Organbeschlüsse und weist daher erhebliche Lücken auf. Einerseits ist die Anfechtung von Entscheidungen der Generalversammlung mit prozessualen Hürden verbunden,<sup>7</sup> andererseits können die Beschlüsse des Verwaltungsrates nur in einigen Sonderfällen in Betracht kommen, welche im Rahmen von Unternehmensgruppen eine untergeordnete Rolle spielen. Dem außenstehenden Gesellschafter steht bezüglich der mit Dritten abgeschlossenen Verträge kein konzernspezifisches Klagerecht zu. Der Weg, die Nichtigkeit eines solchen Rechtsgeschäftes zu beweisen, ist mit erheblichen Beweisproblemen verbunden.

Sieht man von einigen wenigen Bestimmungen ab, hat die bestehende türkische Rechtsordnung vor der Konzernwirklichkeit die Augen verschlossen.<sup>8</sup> Eine konzernverbundene, wirtschaftlich abhängige Gesellschaft im Hinblick auf haftungsrechtliche Fragen und schutzrechtliche Maßnahmen wie eine selbständige, wirtschaftlich und rechtlich unabhängige Gesellschaft zu behandeln, führt nicht nur für die abhängige Gesellschaft, die außenstehenden Gesellschafter und die Gesellschaftsgläubiger, sondern auch

4 Siehe z.B. OKUTAN-NILSSON, Gül, "The Law of Groups of Companies Under the Draft Turkish Commercial Code", **Rezeption und Autonomie: 80 Jahre Türkisches ZGB, Journées Turco-Suisse**, Stämpfli Verlag, Bern, 2006 (179-207), 179.

5 KEKİ, Selim, **Deutsches und türkisches Konzernrecht in der rechtsvergleichenden Betrachtung**, Dissertation, Universität Konstanz, 2001, 306.

6 Für eine diesbezügliche Kritik des türkischen Rechts vgl. KEKİ, **2001**, 303ff.

7 So stellte allein das Erfordernis, bei der Generalversammlungssitzung, in der die Entscheidung getroffen wurde, anwesend zu sein, oft eine unüberwindbare Hürde dar. Vgl dazu POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklık ve Kooperatif Hukuku (Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht)**, İstanbul, 1995, Rn 738f.

8 Für das bis Inkrafttreten des neuen THGB geltende Konzernrecht der Türkei siehe insbesondere KEKİ, Selim, **Deutsches und türkisches Konzernrecht in der rechtsvergleichenden Betrachtung**, Dissertation, Universität Konstanz, 2001; AYTAÇ, Zühtü, **Deutsches und türkisches Konzernrecht im Vergleich**, Dissertation, Freiburg, Albert-Ludwigs-Universität, 1975; BOYACIOĞLU, Cumhur, **Koncern Kavramı**, Dissertation, Ankara, 2006.

für die Mitglieder des Verwaltungsrates bzw. die Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft zu ungerechten Ergebnissen. Denn diese Theorie geht auch dann von der Unabhängigkeit einer Gesellschaft aus, wenn sie sich unter der Herrschaft einer anderen Gesellschaft befindet, ihre Finanz- und Geschäftspolitik von der herrschenden Gesellschaft bestimmt wird und ihre Geschäftsführer die Weisungen der Obergesellschaft faktisch auch dann befolgen müssen, wenn diese für die abhängige Gesellschaft benachteiligend sind. Die türkische Rechtsordnung hat die Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer bzw. Verwaltungsratsmitglieder ohne Bedachtnahme auf die Konzernverhältnisse detailliert geregelt und deren Haftbarkeit auch im Falle der Befolgung der Weisungen der herrschenden Gesellschaft vorgesehen, was in vielen Fällen dazu führt, dass sie zu Schadenersatz verurteilt werden. In der Praxis ist aber das Verwaltungsorgan einer abhängigen Gesellschaft nur ein Organ, das von den Weisungen der herrschenden Gesellschaft abhängig ist und anstelle der Interessen der abhängigen Gesellschaft die Interessen der herrschenden Gesellschaft bzw. des Konzerns im Vordergrund halten muss. Ein Blick in die Praxis zeigt, dass ein Widerspruch gegen Weisungen bzw. Interessen der herrschenden Gesellschaft bzw. des Konzerns für die Geschäftsführer bzw. Mitglieder des Verwaltungsrates der abhängigen Gesellschaft oft die Gefahr des Jobverlusts mit sich bringt.<sup>9</sup>

Obwohl in vielen EU-Ländern und in der Schweiz<sup>10</sup> die Übernahme der schutzrechtlichen Maßnahmen bezüglich des Konzernrechts für unnötig erachtet wurde und auch diesbezügliche Bemühungen der EU-Kommission erfolglos blieben, entschied sich die türkische Expertenkommission bei der Erarbeitung des Entwurfs des neuen THGB, die Bestimmungen der §§ 311ff dAktG zu übernehmen, wenn auch mit einigen Änderungen und Ergänzungen. Man hofft mit dieser Übernahme die rechtswidrige Ausübung

der Beherrschung in der Türkei zu verhindern.<sup>11</sup> Diese Sorgen sind mE auch berechtigt. Denn ein Blick auf die letzten 20 Jahre der türkischen Konzernpraxis zeigt deutlich, dass die beherrschende Position oft rechtswidrig ausgeübt wird, wodurch es zum Verlust des Gleichgewichts der Interessen kommt und die außenstehenden Gesellschafter rücksichtslos behandelt werden.

## B. Transparenz der Konzernstruktur

### 1) Anforderungen der Informationsgesellschaft

„Information Society Approach“ wurde zu einem der wichtigsten Leitgedanken des neuen TGHB erklärt. In diesem Sinne schreibt das neue THGB, um den Anforderungen der Informationsgesellschaft gerecht zu werden und die Gesellschaften bis zu einem bestimmten Grad für die Öffentlichkeit transparent zu machen, allen Kapitalgesellschaften die Einrichtung einer eigenen Internetseite vor, auf der wichtige Informationen, die auch bezüglich des Konzernverhältnisses von Bedeutung sein können, bekannt zu geben sind. Art. 1524 Abs. 1 zählt die auf dieser Webseite bekanntzugebenden Informationen nur „demonstrativ“ auf: Demnach sind auf dieser Webseite sämtliche Informationen und Dokumente bezüglich der Einberufung der Generalversammlung und Berichte über jede Art von Prüfung bekannt zu geben, die für Aktionäre, Gesellschaftsgläubiger und sämtliche Akteure des Kapitalmarkts von Bedeutung sind.<sup>12</sup> Das bringt sowohl für außenstehende Gesellschafter als auch für Gesellschaftsgläubiger bessere Möglichkeiten, sich über die Konzernverhältnisse der Gesellschaft zu informieren.

Ferner sieht das neue THGB vor, dass Generalversammlungen auch online abgehalten werden können und die Gesellschafter ihre Stimmen online abgeben können, wenn dies in der Satzung vorgesehen ist.<sup>13</sup> Damit wird eine virtuelle Teilnahme der Gesellschafter an der GV möglich. Dadurch werden insbesondere bei den abhängigen Gesellschaften innerhalb einer Konzernstruktur das Vorschlagsrecht eine neue

<sup>9</sup> Siehe dazu die Begründung des Regierungsentwurfs zum neuen THGB zu dem Teilabschnitt „Gesellschaftengruppe“, vor dem Art. 195.

<sup>10</sup> Siehe BÜREN, Roland von, **Schweizerisches Privatrecht / Handelsrecht / Der Konzern**, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2005, 303; BÖCKLI, Peter, **Schweizer Aktienrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2009, § 11 FN 1-19.

<sup>11</sup> TEKİNALP, Ünal, „Right of Action under the Draft Turkish Corporate Group Law“, **Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, (Festschrift für Büren)**, Basel, 2009, 156.

<sup>12</sup> TEKİNALP, 2006, 173.

<sup>13</sup> Art 1527 Abs 1 des neuen TGHB.

Dimension gewinnen und die Machtballungen in der GV sich verkleinern.

## 2) Anmeldungs-, Registrierungs- und Bekanntmachungsanforderungen

Die Offenlegungsanforderungen des neuen THGB helfen den Gesellschaftern und Gesellschafts-gläubigern herauszufinden, wer imstande ist, einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben.<sup>14</sup> Erwirbt oder veräußert ein Unternehmen so viele Anteile an einer Kapitalgesellschaft, dass diese im Gesetz bestimmte Grenzwerte überschreiten, so muss dies bekannt gegeben werden. Die in Art. 198 Abs. 1 bestimmten Grenzwerte sind insbesondere im Hinblick auf die Feststellung der Minderheit, der wechselseitigen Beteiligungen und Sitzungsquorum von Bedeutung.<sup>15</sup>

Art. 198 Abs. 1 sieht die Mitteilungspflicht eines Unternehmens vor, wenn es unmittelbar oder mittelbar 5% (gesetzlicher Schwellenwert für die Ausübung der Minderheitsrechte bei einer börsennotierten AG), 10% (Minderheitsrechte bei einer Aktiengesellschaft), 20% (Offenlegungspflichten für Geschäftsführer bzw Mitglieder des Verwaltungsrates und ihre Verwandten), 25% (für die gegenseitige Beteiligung von Bedeutung), 33% (Minderheit ist in der Lage, wichtige Entscheidungen zu blockieren), 50% (Darüber: Einfache Mehrheit), 67% (qualifizierte Quoren) oder 100% (völlige Kontrolle)<sup>16</sup> der Anteile an einer Kapitalgesellschaft erwirbt oder seine Anteile unter diese Prozentsätze fallen. Ist das der Fall, so ist das Unternehmen verpflichtet, diesen Umstand der Kapitalgesellschaft und den im neuen THGB und anderen Gesetzen bestimmten zuständigen Behörden innerhalb von 10 Tagen ab Abschluss der zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte mitzuteilen. Ferner ist der Erwerb oder Verlust der oben genannten Anteile im jährlichen Geschäftsbericht und im Bericht des Abschlussprüfers unter einer gesonderten Überschrift anzugeben und auf der Internetseite der Kapitalgesellschaft bekannt zu machen. Für die Berechnung der Anteile verweist

Art 198 Abs 1 auf die Vorschriften des Art 196. Zu betonen ist, dass hier „das Unternehmen“ offenlegungspflichtig ist. Aus diesem Grund betrifft diese Pflicht nicht nur Gesellschaften, sondern auch natürliche Personen.<sup>17</sup>

Neben dieser Verpflichtung für das Unternehmen normiert das neue THGB auch für die Verwaltungsratsmitglieder und Geschäftsführer des Unternehmens und die erworbene Kapitalgesellschaft bestimmte Offenlegungspflichten: Sie unterstehen der Pflicht, ihre eigenen Anteile, die Anteile ihrer Ehegatten, die Anteile der unter ihrer Vormundschaft stehenden Kinder und die Anteile der Handelsgesellschaften, an denen die genannten Personen mindestens mit 20% beteiligt sind, bekannt zu geben.

All diese Mitteilungspflichten bedürfen der schriftlichen Form, der Eintragung in das Handelsregister und der Bekanntmachung im Handelsamtsblatt.<sup>18</sup> Diese Offenlegungspflichten sind vorgesehen, um die tatsächlichen Beherrschungs- und Einflussmöglichkeiten der Geschäftsführer bzw. Vorstandratsmitglieder und der Unternehmen für die Öffentlichkeit feststellbar zu machen.

Die Unterlassung dieser Mitteilungs-, Eintragungs- und Bekanntmachungspflichten führt zum Ruhen der Rechte, die sich aus den Anteilen ergeben. Zu diesen Rechten gehören auch Stimmrechte.<sup>19</sup> Diese Rechtsfolge wird jedoch im Schrifttum<sup>20</sup> zu Recht kritisiert. Denn die Anforderungen der Eintragung ins Handelsregister und der Bekanntmachung bei der Gesellschaft können zwar an einem Tag erfüllt werden, jedoch kann die Ankündigung durch die türkische Handelsregisterbehörde 10 bis 15 Tage dauern. Dass die Gesellschafter so lange von ihren Rechten keinen Gebrauch machen können, kann in der Praxis zu unerwünschten Folgen führen. Ein weiterer Kritikpunkt ist

14 OKUTAN-NILSSON, 2006, 189.

15 OKUTAN-NILSSON, 2006, 189.

16 TEKİNALP, Ünal, "Turkish Concepts and Approaches in Corporate Group Law", **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, Verlag C.H. Beck, München, 2007, (s.849-880), 861.

17 OKUTAN-NILSSON, 2006, 189. OKUTAN-NILSSON, GÜL, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'Na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2009, 517f.

18 Art 198 Abs 1 des neuen TGHB; OKUTAN-NILSSON, 2006, 189.

19 Art 198 Abs 2 des neuen TGHB; Für die Rechtsfolgen der Unterlassung der Mitteilungs-, Eintragungs- und Bekanntmachungspflichten siehe OKUTAN-NILSSON, 2009, 527ff.

20 Siehe z.B. OKUTAN-NILSSON, 2006, 189f.

die Unbestimmtheit der Behörden, bei denen die Registrierung bzw. Anmeldung zu erfolgen hat. Art 198 Abs. 1 spricht diesbezüglich von „in diesem und anderen Gesetzen bestimmten zuständigen Behörden“, ohne sie näher zu bestimmen, was in der Praxis zu Unklarheiten im Hinblick auf die Bedingungen der Aussetzung der Gesellschafterrechte führen kann. Deswegen sollte die Anmeldung bei der jeweiligen Gesellschaft, Handelsregisterbehörde bzw. im Falle einer börsennotierten AG beim Kapitalmarkttrat ausreichend sein, ohne eine Bekanntmachung im Handelsamtsblatt vorauszusetzen.<sup>21</sup>

Schließlich sieht Art 198 im Abs. 3 eine Vorschrift für die Beherrschungsverträge vor. Für die Gültigkeit des Beherrschungsvertrags hat demnach die Eintragung im Handelsregister und seine Bekanntmachung zu erfolgen. Die Ungültigkeit des Vertrags hat jedoch keinen Einfluss auf die Verpflichtungen und die Haftung bezüglich der Gesellschaftengruppe, die sich aus dem neuen THGB oder anderen Gesetzen ergeben.

## C. Berichtspflichten und Informationsrechte

### 1) Abhängigkeitsbericht

Genauso wie im deutschen Konzernrecht basiert auch das Haftungssystem des künftigen türkischen Konzernrechts auf drei Elementen: auf dem Schädigungsverbot, der Rücknahme des Verbots bei Nachteilsausgleich und der Schadenersatzpflicht bei Unterlassung des Nachteilsausgleichs.<sup>22</sup> Für den Fall, dass die herrschende Gesellschaft den Nachteil nicht ausgleicht, sieht das neue THGB Schadenersatzansprüche nicht nur für die abhängige Gesellschaft, sondern auch für alle Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft vor. Denn aus in der Natur der Sache liegenden Gründen ist nicht damit zu rechnen, dass die abhängige Gesellschaft ihre Schadenersatzansprüche gegen das herrschende Unternehmen jemals geltend machen wird. Aus diesem Grund bestimmt Art. 202, dass die Schadenersatzansprüche der abhängigen Gesellschaft, außer von dieser selbst auch von jedem Gesellschafter (lit b) und den Gläubigern (lit c) geltend gemacht werden können.

Die Gesellschafter und Gläubiger können jedoch die Schadenersatzansprüche nur dann geltend machen, wenn sie in ausreichendem Maße über konzerninterne Transaktionen informiert werden. Um dies, wenn auch teilweise, zu ermöglichen, verpflichtet Art. 199 Abs. 1 des neuen THGB den Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft, über ihre Beziehungen zu anderen Konzerngesellschaften (insbesondere zur herrschenden Gesellschaft) einen Bericht aufzustellen. Der Bericht muss in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahrs aufgestellt werden und Informationen über alle Rechtsgeschäfte, welche die Gesellschaft im vergangenen Geschäftsjahr mit dem herrschenden Unternehmen oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen oder auf Veranlassung oder im Interesse dieser Unternehmen vorgenommen hat, und alle anderen Maßnahmen, die sie auf Veranlassung oder im Interesse dieser Unternehmen im vergangenen Geschäftsjahr getroffen oder unterlassen hat, enthalten.<sup>23</sup> Bei den Rechtsgeschäften sind Leistung und Gegenleistung, bei den Maßnahmen die Gründe der Maßnahme und deren Vorteile und Nachteile für die Gesellschaft anzugeben. Bei einem Ausgleich von Nachteilen ist im Einzelnen anzugeben, wie der Ausgleich während des Geschäftsjahrs tatsächlich erfolgt ist, oder auf welche Vorteile der Gesellschaft ein Rechtsanspruch gewährt worden ist. Gemäß Art 199 Abs. 2 hat der Bericht den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen.

Am Schluss des Berichts hat der Verwaltungsrat zu erklären, ob die Gesellschaft nach den Umständen, die ihm in dem Zeitpunkt bekannt waren, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen wurde, bei jedem Rechtsgeschäft eine angemessene Gegenleistung erhalten hat und ob sie dadurch benachteiligt worden ist. Ist die Gesellschaft benachteiligt worden, so hat der Verwaltungsrat außerdem zu erklären, ob die Nachteile ausgeglichen worden sind. Die Erklärung ist nur in den Lagebericht aufzunehmen.<sup>24</sup>

Art 199 wurde zum größten Teil vom deutschen AktG übernommen.<sup>25</sup> Anders als das neue THGB muss der Abhängigkeitsbericht

21 OKUTAN-NILSSON, 2006, 189f.

22 Für das deutsche Recht siehe §§ 311 und 317 AktG; EMMERICH, Volker / SONNENSCHNIG, Jürgen, **Konzernrecht**, Beck Verlag, 3. Aufl., München, 1989, 348.

23 OKUTAN-NILSSON, 2009, 532.

24 Art. 199 Abs. 3 des neuen THGB.

25 Siehe dazu § 312 dAktG.

gemäß dAktG dem Aufsichtsrat vorgelegt werden. Ist der Jahresabschluss durch einen Abschlussprüfer zu prüfen, so ist gleichzeitig mit dem Jahresabschluss und dem Lagebericht auch der Abhängigkeitsbericht gemäß § 313 dAktG dem Abschlussprüfer vorzulegen, der zu prüfen hat, ob die tatsächlichen Angaben des Berichts richtig sind, die Leistungen der Gesellschaft angemessen waren und Nachteile ausgeglichen wurden. Das neue THGB sieht hingegen nur die Veröffentlichung der Analyse des Verwaltungsrats (Art. 199 Abs. 3) vor. Er enthält auch keine Vorschriften darüber, ob der Abhängigkeitsbericht dem Aufsichtsrat oder dem Abschlussprüfer vorzulegen ist.<sup>26</sup> Dass der Abhängigkeitsbericht nicht zur Gänze veröffentlicht und nicht dem Abschlussprüfer zur Prüfung vorgelegt wird, vereitelt seinen eigentlichen Zweck, nämlich die Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger gegen konzerninterne Missbrauchsfälle zu schützen. Aus diesem Grund sind auf diesem Gebiet klare Vorschriften erforderlich, die sowohl eine Prüfung des Berichtes ermöglichen als auch den Gesellschaftern ein Einsichtsrecht gewähren sollen.<sup>27</sup>

## 2) Beherrschungsbericht

Das neue THGB sieht für Verwaltungsratsmitglieder der herrschenden Gesellschaft ein Auskunftsrecht bezüglich der konzerninternen Verhältnisse vor, welches im deutschen Recht nicht gibt. Gemäß Art 199 Abs 4 kann jedes Verwaltungsratsmitglied der herrschenden Gesellschaft den Verwaltungsratsvorsitzenden auffordern, über die finanzielle Lage, die Vermögenslage und die dreimonatigen Rechnungsergebnisse der abhängigen Gesellschaften sowie über Rechtsgeschäfte und Ergebnisse und Folgen dieser Rechtsgeschäfte, die zwischen der herrschenden Gesellschaft und den abhängigen Gesellschaften, der abhängigen Gesellschaften untereinander, zwischen den herrschenden Gesellschaften oder abhängigen Gesellschaften mit den Gesellschaftern und deren Verwandten vorgenommen werden und über Beziehungen von diesen, einen sorgfältig und nach Maßgabe der Rechnungslegungsvorschriften vorbereiteten und die Tatsachen vollständig und wahrheitsgemäß wiedergebenden Bericht zu

erstellen, ihn dem Verwaltungsrat vorzulegen und seinen Ergebnisabschnitt dem Geschäftsbericht sowie dem Bericht des Abschlussprüfers beizufügen.

Das neue THGB verpflichtet die abhängigen Gesellschaften, den von der herrschenden Gesellschaft zu diesem Zweck beauftragten Experten sämtliche erforderlichen Informationen und Dokumente zur Verfügung zu stellen. Von dieser Pflicht können die abhängigen Gesellschaften nur dann freigestellt werden, wenn sie einen zweifelsfreien und berechtigten Grund nachweisen können.<sup>28</sup> Macht das Verwaltungsratsmitglied die Forderung zugunsten eines Dritten geltend, so haftet dieser für die daraus entstehenden Folgen.<sup>29</sup>

Im Hinblick auf das konzernrechtliche Haftungssystem des neuen THGB stellt der Beherrschungsbericht eine wichtige Informationsquelle und Auskunftsmöglichkeit für die haftbaren Personen dar. Denn auch die Verwaltungsratsmitglieder der herrschenden Gesellschaft können unter den Bedingungen des Art. 202 für die Schäden der abhängigen Gesellschaft, die von der herrschenden Gesellschaft verursacht werden, zur Haftung herangezogen werden. Während der Abhängigkeitsbericht die Konzernverhältnisse nur aus dem Blickwinkel der abhängigen Gesellschaft wiedergibt, wird der Bericht des Verwaltungsratsvorsitzenden der herrschenden Gesellschaft imstande sein, ein Gesamtbild des Konzerns darzustellen. Das Gesetz hat das Recht der Aufforderung zur Vorbereitung dieses Berichtes nicht für Gesellschafter der herrschenden Gesellschaft vorgesehen. Aufgrund ihres Auskunftsrechts in der Generalversammlung haben sie jedoch die Möglichkeit, an dieselben Informationen zu gelangen.

## 3) Informationsrechte der Gesellschafter der herrschenden Gesellschaft

Nicht nur die Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft sind in einem Konzernverhältnis potenziell gefährdet. Es entspricht den Anforderungen eines modernen Konzernrechts, dass auch die Gesellschafter der herrschenden Gesellschaft

26 OKUTAN-NILSSON, 2006, 193.

27 Vgl auch OKUTAN-NILSSON, 2006, 193.

28 OKUTAN-NILSSON, 2009, 534f.

29 Art. 199 Abs. 4 des neuen THGB.

geschützt werden. Denn in einem Konzern besteht durchaus die Gefahr, dass auch die herrschende Gesellschaft benachteiligt wird<sup>30</sup> und daher die Interessen ihrer Gesellschafter verletzt werden. Um dies zu verhindern und den Gesellschaftern der herrschenden Gesellschaft die Möglichkeit zu geben, sich über konzerninterne Verhältnisse und Angelegenheiten zu informieren, sieht das neue THGB in Art 200 ein besonderes Informationsrecht vor. Demnach kann jeder Gesellschafter der herrschenden Gesellschaft in der Hauptversammlung verlangen, dass ihm zufriedenstellende Informationen über die finanzielle Lage, die Vermögenslage und die Rechnungsergebnisse der abhängigen Gesellschaften und konzerninternen Beziehungen vermittelt werden. Diese Informationen müssen sorgfältig, vollständig und wahrheitsgemäß sein und den Grundsätzen ordnungsgemäßer Rechnungslegung entsprechen. Gemäß der Begründung des Gesetzes wird der Gesellschafter in der Hauptversammlung grundsätzlich mündlich informiert.<sup>31</sup> Diese Mündliche Information kann jedoch schriftlich verstärkt werden.<sup>32</sup>

Gemäß derselben Bestimmung umfasst das Informationsrecht der herrschenden Gesellschafter auch eine ausreichende Belehrung über Rechtsgeschäfte, die von der herrschenden Gesellschaft mit den abhängigen Gesellschaften, von den abhängigen Gesellschaften untereinander, von den herrschenden Gesellschaften und abhängigen Gesellschaften mit den Gesellschaftern, Geschäftsführern und deren Verwandten vorgenommen worden sind, sowie über die Ergebnisse dieser Rechtsgeschäfte.

#### D. Sonderprüfung

Eine weitere Schutzmöglichkeit für Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft bietet Art. 207 des neuen THGB, indem es unter bestimmten Bedingungen die Bestellung eines Sonderprüfers vorsieht. Dieser Schutzmechanismus wird zusätzlich zur Möglichkeit der Sonderprüfung gemäß Art. 438ff vorgesehen, geht jedoch von einem anderen Procedere aus.<sup>33</sup> Hat demnach ein Prüfer,

Geschäftsprüfer, Sonderprüfer oder der Risikofeststellungs- und Managementsausschuss eine Stellungnahme abgegeben, die darauf hinweist, dass betrügerische oder gesetzesumgehende Geschäfte zwischen der abhängigen Gesellschaft und der herrschenden Gesellschaft oder einer Schwestergesellschaft vorliegen, so ist jeder Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft zwecks Erläuterung dieses Umstandes berechtigt, beim Handelsgericht, in dessen Sprengel die Gesellschaft ihren Sitz hat, die Bestellung eines Sonderprüfers zu beantragen (Art. 207).

Neben dieser Prüfungsmöglichkeit sieht Art. 406 des neuen THGB insbesondere für die außenstehenden Gesellschafter einen weiteren Mechanismus der Sonderprüfung vor, falls die abhängige Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist. Dabei geht es wiederum um die Prüfung der konzerninternen Beziehungen; hier werden jedoch die Bedingungen für die Einleitung der Prüfung lockerer aufgestellt. Anders als bei Art. 207 genügt bei Art 406 für die Beantragung eines Sonderprüfers eine „begrenzt positive“ Stellungnahme oder ein Enthaltungsschreiben des Abschlussprüfers. Dasselbe gilt, wenn der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft erklärt hat, dass die Gesellschaft von der Gesellschaftengruppe aufgrund bestimmter Rechtsgeschäfte oder durchgeführter Maßnahmen benachteiligt wurde und diese Nachteile nicht ausgeglichen wurden. Liegt einer dieser Umstände vor, so kann das Handelsgericht, in dessen Sprengel die Gesellschaft ihren Sitz hat, auf Anforderung eines der Gesellschafter zwecks der Prüfung der Beziehungen zwischen der Gesellschaft und der herrschenden Gesellschaft bzw. einer von der herrschenden Gesellschaft abhängigen Gesellschaften einen Sonderprüfer beauftragen. Im Prinzip genügt für die Beantragung eines Sonderprüfers gemäß Art. 406 eine unzureichende Erklärung des Verlustes; anders als bei Art. 207 wird eine Stellungnahme mit der Feststellung eines möglichen „Betrugs“ nicht vorausgesetzt.<sup>34</sup>

Die in Art. 207 vorgesehene Anforderung einer Stellungnahme mit der Feststellung der möglichen „betrügerischen oder gesetzesumgehenden“ Beziehungen ist meines Erachtens im Hinblick auf Sinn und Zweck der Bestimmung

30 Sog „Mutterschutzproblem.“

31 Begründung des Regierungsentwurfs zu Art. 437.

32 OKUTAN-NILSSON, 2009, 536.

33 TEKİNALP, 2007, 869.

34 OKUTAN-NILSSON, 2006, 194.

sehr einschränkend.<sup>35</sup> Die Sonderprüfung ist darauf gerichtet festzustellen, ob die Nachteile, welche die abhängige Gesellschaft aufgrund ihrer Konzerngebundenheit erlitten hat, ausgeglichen wurden oder nicht. Der Nachteil der abhängigen Gesellschaft kann, muss aber nicht durch den Betrug verursacht sein. Auch für die Haftung der Muttergesellschaft wird kein Betrug vorausgesetzt. Für die Bestellung eines Sonderprüfers sollte also die Feststellung eines möglichen unkompenzierten Nachteils ausreichend sein.

Die Gesellschafteransprüche auf Beantragung eines Sonderprüfers gemäß Art. 207 und Art. 406 des neuen THGB sind zwar wichtige Instrumente gegen den Machtmissbrauch der Muttergesellschaft, sie helfen jedoch nicht weiter, wenn keine Stellungnahmen bzw. Berichte der Prüfer, des Verwaltungsrates oder des Komitees des Verwaltungsrates vorliegen. Mit anderen Worten kommen diese beiden Bestimmungen nicht in Betracht, wenn die Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft nur aus eigener Initiative die unkompenzierten Nachteile nachweisen. Nur für Aktiengesellschaften sehen Art. 438ff einen solchen Anspruch vor, der in der Generalversammlung geltend gemacht werden kann.<sup>36</sup>

## **E. Das Schutzsystem gegen die rechtswidrige Ausübung der Beherrschung und der Nachteilsausgleich**

### **1) Einleitung**

Das neue THGB will durch seine originellen Vorschriften vornehmlich erreichen, dass die Konzerngesellschaft trotz ihrer Abhängigkeit von der herrschenden Gesellschaft zumindest wirtschaftlich im Ergebnis so gestellt wird, als ob sie ihr Unternehmen weiterhin unabhängig im gemeinsamen Interesse aller Gesellschafter und nicht nur in dem der herrschenden Gesellschaft betreibe. Dieses neue Konzept bezweckt, die rechtswidrige Ausübung der Beherrschung zu unterbinden, die Folgen einer solchen Vorgangsweise zu beheben und der abhängigen Gesellschaft zugefügte Nachteile begleichen zu lassen. In ihrer Gesamtheit stellen daher diese Vorschriften ein Schutzsystem dar und bedeuten einen neuen Ansatz für das künftige türkische Recht, auf

das man seit langem wartet.<sup>37</sup> Im Zusammenhang mit diesem neuen Konzept sieht das neue THGB neue Klagerechte vor, um dadurch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger und außenstehenden Gesellschafter effektiver zu schützen. Dieses Schutzsystem enthält nicht nur Maßnahmen bezüglich der Aufhebung der Nachteile, sondern auch, als Alternative zu diesen Klageansprüchen, das Recht der klagenden Gesellschafter, die herrschende Gesellschaft aufzufordern, ihre Anteile zu erwerben (sog. „Sell-out“-Konzept) oder bei Gericht zu beantragen, eine andere dem Sachverhalt angemessene und akzeptable Lösung zu finden.

Bezüglich dieses Schutzsystems greift das neue Gesetz auf das deutsche Recht zum faktischen Aktienkonzern, speziell auf §§ 311 und 317 AktG zurück. Das deutsche System lässt eine Veranlassung der abhängigen Gesellschaft zu nachteiligen Rechtsgeschäften oder Maßnahmen durch das herrschende Unternehmen nur gegen Ausgleich der Nachteile zu. Verstößt das herrschende Unternehmen gegen diese Verpflichtung zum Nachteilsausgleich, so macht es sich gemäß § 317 Abs 1 dAktG schadenersatzpflichtig. Es ist auch den Aktionären der abhängigen Gesellschaft zum Ersatz des ihnen daraus entstandenen Schadens verpflichtet, soweit diese, abgesehen von einem Schaden, der ihnen durch Schädigung der Gesellschaft zugefügt worden ist, geschädigt worden sind. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte.<sup>38</sup> Es ist auch den Aktionären zum Ersatz des ihnen daraus entstehenden Schadens verpflichtet, soweit sie, abgesehen von einem Schaden, der ihnen durch Schädigung der Gesellschaft zugefügt worden ist, geschädigt worden sind.

Das künftige türkische Schutzsystem unterscheidet sich in manchen Punkten vom deutschen System. Während § 311 Abs 1 dAktG allgemein von „nachteiliges Rechtsgeschäft“ und „Nachteil“ spricht, ohne dies näher zu erläutern, zählt das neue THGB demonstrativ die Umstände auf, welche als rechtswidrige Ausübung der Beherrschung

35 So auch OKUTAN-NILSSON, 2006, 194.

36 OKUTAN-NILSSON, 2006, 194.

37 TEKİNALP, 2009, 156.

38 § 317 Abs 2 dAktG.

zu bewerten sind. Aus der Begründung des Regierungsentwurfs geht hervor, dass man sich deswegen mit einer bloßen Generalformulierung nicht begnügt hat, weil eine solche Formulierung wie im deutschen Recht zu Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Grenzen der Legitimität führen würde.<sup>39</sup> Ferner steht gemäß dAktG den Gesellschaftern der abhängigen Gesellschaft ein Klagerecht im Hinblick auf den Ersatz des durch das herrschende Unternehmen zugefügten Schadens dann zu, wenn die Gesellschafter nachweisen können, dass sie andere Schäden als die der Gesellschaft erlitten haben. Den Gläubigern steht diesbezüglich überhaupt kein Klagerecht zu. Das neue THGB sieht hingegen auch für die Schäden der Gesellschaft ein abgeleitetes Klagerecht der Gesellschafter und Gläubiger vor.<sup>40</sup> Sehr interessant ist, dass nach dem neuen THGB die abhängige Gesellschaft selbst diese Schäden nicht geltend machen kann.

## 2) Rechtswidrige Ausübung der Beherrschung

Gemäß Art. 202 des neuen THGB darf die Muttergesellschaft ihre Beherrschung nicht in einer Weise ausüben, dass es dadurch zu einer Beeinträchtigung der Tochtergesellschaft kommen kann. Der Zweck dieser Regelung ist es, die Neutralisierung der nachteiligen Auswirkungen der von der herrschenden Gesellschaft veranlassten Maßnahmen insbesondere auf die Vermögens- und Ertragslage der abhängigen Gesellschaft durch die Gewährung entsprechender Vorteile zu ermöglichen. Für Beherrschungsverhältnisse, in denen keine volle Kontrolle (100%ige Beteiligung) vorliegt, erkennt das neue THGB zwei unterschiedliche Typen<sup>41</sup> der rechtswidrigen Ausübung der Beherrschung, auf die unten näher eingegangen werden soll. Die Unterscheidung basiert auf der Frage, gegen wen sich die rechtswidrige Ausübung der Beherrschung richtet. Richten sich die benachteiligenden Maßnahmen und Beschlüsse der herrschenden Gesellschaft gegen die abhängige

Gesellschaft selbst, so fallen diese unter die erste Kategorie, während die zweite Kategorie gegen Gesellschafter gerichtete rechtswidrige Maßnahmen enthält. Diese Unterscheidung spielt auch bei dem Haftungskonzept und bei den Klagerechten eine wichtige Rolle.<sup>42</sup>

### a) Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft wegen rechtswidriger Ausübung der Beherrschung (erste Kategorie)

#### aa) Benachteiligende Maßnahmen und Handlungen der ersten Kategorie

Art. 202 Abs. 1 zählt einige Handlungen bzw. Maßnahmen der herrschenden Gesellschaft als Beispiel für die rechtswidrige Ausübung der Beherrschung auf. Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Demnach darf die herrschende Gesellschaft die abhängige Gesellschaft nicht dazu veranlassen,

- Rechtsgeschäfte wie etwa Werks-, Vermögens-, Fonds-, Arbeitnehmer-, Forderungs- und Schuldübertragungen vorzunehmen; ihren Gewinn zu verringern oder zu übertragen; ihr Vermögen mit dinglichen oder persönlichen Rechten einzuschränken;
- Bürgschafts-, Garantie- oder Wechselbürgschaftsverpflichtungen einzugehen; Zahlungen zu leisten;
- solche Beschlüsse zu fassen oder Maßnahmen zu ergreifen, die die Produktivität, Tätigkeit oder Entwicklung der abhängigen Gesellschaft negativ beeinflussen, wie etwa die Verhinderung der Betriebserneuerung, Einschränkung oder Einstellung der Investitionen, bzw. Maßnahmen zu unterlassen, die zur Entwicklung der abhängigen Gesellschaft führen können.

Das Vorliegen einer der in Art. 202 Abs. 1 des neuen THGB aufgezählten Maßnahmen ist allein noch kein Beweis dafür, dass eine rechtswidrige Ausübung der Beherrschung vorliegt.<sup>43</sup> Über die Rechtswidrigkeit entscheidet das Gericht im Zuge eines Verfahrens.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zu Art 202, 140; vgl. für eine Kritik des deutschen Systems: DRUEY, J. N., „Der Entwurf für ein türkisches Konzernrecht in rechtsvergleichender Sicht“, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan**, Band I, Istanbul 2003, (s. 323 - 339), 326, 336.

<sup>40</sup> TEKİNALP, 2009, 156.

<sup>41</sup> Ausführlich: TEKİNALP, 2009, 163ff.

<sup>42</sup> TEKİNALP, 2009, 162.

<sup>43</sup> Siehe dazu die Begründung des Regierungsentwurfs zu Art 202.

<sup>44</sup> TEKİNALP, 2009, 163. Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Frage nach der Haftungsbedingungen in diesem Zusammenhang siehe OKUTAN-NILSSON, 2009, 327ff.

### bb) Das Konzept des Ausgleichssystems

Liegt eine der oben genannten oder ähnlichen Maßnahmen bzw. Handlungen vor, welche die abhängige Gesellschaft benachteiligt, so muss der Nachteil noch während des laufenden Geschäftsjahres faktisch mit einem Vorteil ausgeglichen werden oder der abhängigen Gesellschaft ein gleichwertiger Rechtsanspruch unter der Bedingung, dass erklärt wird, wann und wie der Nachteil ausgeglichen wird, bis zum Ende des laufenden Geschäftsjahres gewährt werden.<sup>45</sup> Das gilt nicht nur für Fälle, in denen der Schaden bzw. Nachteil aufgrund eines im Vorfeld bestimmten Plans oder einer Strategie der Gesellschaftengruppe auftritt, sondern auch für Maßnahmen, die, ohne ein Teil einer solchen Makro-Politik zu sein, ergriffen werden.<sup>46</sup>

Besonders hervorzuheben ist, dass das neue THGB von einem breiteren Nachteilsbegriff ausgeht als das dAktG. Die deutsche Formulierung des konzernrechtlichen Nachteilsbegriffs bezieht sich in erster Linie auf finanzielle Schäden. Die hM in Deutschland geht davon aus, dass unter dem Nachteil im Sinne des § 117 dAktG „jede Minderung oder konkrete Gefährdung des Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft“ zu verstehen ist, soweit sie auf die Abhängigkeit zurückzuführen ist.<sup>47</sup> Aus der Begründung des Regierungsentwurfs für Art 202 Abs. 1 geht hingegen hervor, dass das Nachteilsbegriff des neuen THGB sich vom obligationsrechtlichen Schadensbegriff unterscheidet, diesen aber zugleich auch beinhaltet. Demnach kann sich der Nachteil sowohl als Verminderung des Vermögens bzw. Vereitelung des Vermögenszuwachses als auch als Verlust der Geschäftschance oder der Möglichkeit, einen geschäftlichen Auftrag erfolgreich auszuüben<sup>48</sup>, erweisen.<sup>49</sup> Veranlasst die herrschen-

de Gesellschaft die abhängige Gesellschaft beispielsweise zum Kauf von Wertpapieren einer anderen Gesellschaft, so wird die abhängige Gesellschaft vielleicht dadurch keinen finanziellen Schaden erleiden, der Kauf der Wertpapiere kann aber für sie nachteilig sein, wenn es sie daran hindert, die Finanzmittel in ein geplantes Projekt zu investieren.<sup>50</sup>

Gemäß Art. 202 Abs. 1 des neuen THGB ist die nachteilige Ausübung der Beherrschung gerechtfertigt, wenn die Nachteile auf irgendeine Weise ausgeglichen und damit die Vermögensinteressen der abhängigen Gesellschaft gewährt werden. Art. 202 Abs. 1 verwendet für diesen Prozess des Ausgleichs den Begriff „denkleştirme“, welcher aus dem Wort „denk“ („ausgeglichen“, „äquivalent“) abgeleitet ist. In diesem Sinne bedeutet „denkleştirme“, dass der Betrag oder Vorteil, der der abhängigen Gesellschaft gewährt wird, ausreichen muss, um den erlittenen Nachteil zu beseitigen. Das Ausgleichskonzept des neuen THGB ist daher inhaltlich breiter als ein Schadenersatzanspruch aufgestellt. Findet der Ausgleich in gesetzlich vorgesehenen Fristen nicht statt, so kommt erst dann Schadenersatz als Thema eines Rechtsstreites in Betracht.<sup>51</sup>

Aus dem Zusammenhang zwischen lit a und d des Art. 202 Abs 1 des neuen THGB lassen sich die Grenzen des Systems des Nachteilsausgleichs ableiten. Lit a erfasst zunächst nur eine für die abhängige Gesellschaft nachteilige Maßnahme. Das System des konzernrechtlichen Nachteilsausgleichs kommt daher meines Erachtens nicht in Betracht, soweit die durch die Obergesellschaft veranlasste Maßnahme einen Nachteil zulasten eines Dritten begründet, es sei denn, dieser Nachteil tritt als Reflex des der abhängigen Gesellschaft zugefügten Nachteils auf.<sup>52</sup> Andererseits bestimmt lit d für den Fall der gerichtlichen Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs, dass die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn bewiesen wird, dass die benachteiligende Maßnahme oder das Rechtsgeschäft unter gleichen oder ähnlichen Umständen auch von

45 Art 202 Abs 1 des neuen THGB; vgl. dazu auch OKUTAN-NILSSON, 2006, 190.

46 TEKİNALP, 2009, 163.

47 EMMERICH, Volker / HABERSACK, Mathias, **Aktien- und GmbH-Konzernrecht**, Beck Verlag, 4. Aufl., München, 2005, 540; ZÖLLNER, Wolfgang / NOACK, Ulrich (Hgg.) / KOPPENSTEINER, Hans-Georg (Bearb.), **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, 3. Aufl., 2004, Rn 36.

48 Das kann beispielsweise aufgrund der Übertragung des Fonds, Werks und Arbeitnehmer vorkommen.

49 Begründung des Regierungsentwurfs zu Art. 202 Abs 1; TEKİNALP, 2009, 163f.

50 TEKİNALP, 2009, 164.

51 Begründung des Regierungsentwurfs zu Art 202 Abs 1; TEKİNALP, 2009, 165.

52 So auch nach deutschem Schrifttum: EMMERICH/HABERSACK, 2005, 551.

Verwaltungsratsmitgliedern einer unabhängigen Gesellschaft, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter handeln, getroffen bzw. vorgenommen oder unterlassen worden wäre.

Das neue Handelsgesetzbuch der Türkei schweigt darüber, wie und wodurch die Nachteile der abhängigen Gesellschaft auszugleichen sind. Damit bleibt den Gerichten bezüglich ihrer Entscheidung über Ausgleichsmaßnahmen ein weiter Ermessensspielraum. Gemäß der Begründung des Regierungsentwurfs des neuen THGB kann die herrschende Gesellschaft die Nachteile durch die Gewährung entsprechender Vorteile ausgleichen. In Betracht kommen beispielsweise, Gegengarantie- und Bürgschaftsverpflichtungen, die Einräumung von Patent- und Markennutzungsrechten, die kostenlose Übertragung von Know-how, die Ausbildung der Arbeitnehmer, die Übertragung gleichwertiger Immobilien, die Unterstützung bei der Forschung und Entwicklung usw.<sup>53</sup>

Werden die Nachteile nicht tatsächlich spätestens bis zum Bilanzstichtag ausgeglichen, so hat die herrschende Gesellschaft gemäß Art 202 Abs 1 lit a bis zum Ende des laufenden Geschäftsjahres der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf Ausgleich zu gewähren. Anders als das Ursprungsgesetz (dAktG) bestimmt das neue THGB zusätzlich, dass die Gewährung eines solchen Rechtsanspruchs auch die Erklärung enthalten muss, wann und auf welcher Art und Weise der Ausgleich erfolgen wird.<sup>54</sup> Dazu bedarf es entweder des Abschlusses eines Vertrags zwischen der herrschenden und der abhängigen Gesellschaft oder einer einseitigen Verpflichtungserklärung der herrschenden Gesellschaft.<sup>55</sup>

### cc) Klagerechte

Das neue THGB enthält mehrere allgemeine Rechtsmittel für die Gesellschafter bzw. Verwaltungsratsmitglieder der abhängigen Gesellschaft, um eine Nachteilszufügung durch die

Entscheidungen oder Maßnahmen der herrschenden Gesellschaft zu verhindern. In Betracht kommen insbesondere:<sup>56</sup>

- Die Möglichkeit der Anfechtung der Beschlüsse der Generalversammlung vor dem Handelsgericht (Art. 445 iVm Art. 446 des neuen THGB): Unter den Voraussetzungen des Art. 446 können Gesellschafter, der Verwaltungsrat oder Mitglieder des Verwaltungsrats die Generalversammlungsbeschlüsse, die insbesondere dem Ehrlichkeitsgebot oder dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung widersprechen, anfechten. In einem Konzernverhältnis kann dieses Rechtsmittel meines Erachtens dann zur Anwendung kommen, wenn die herrschende Gesellschaft als Hauptgesellschaft mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich für sich oder einen Dritten gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Gesellschafter zu erlangen suchte und der Beschluss geeignet ist, diesem Zweck zu dienen.<sup>57</sup>
- Die Nichtigkeitsklage gegen Beschlüsse der Generalversammlung unter den Voraussetzungen des Art. 447 des neuen THGB.
- Die Klage auf Nichtigkeitsfeststellung der Verwaltungsratsbeschlüsse gemäß Art 391 des neuen THGB: Klageberechtigt ist jeder, so auch der Gesellschaftsgläubiger.<sup>58</sup> In einem Konzernverhältnis könnte diese Schutzmöglichkeit insb dann in Betracht kommen, wenn die herrschende Gesellschaft den Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft dazu veranlasst, Entscheidungen zu treffen, welche gegen die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft, den Gleichbehandlungsgrundsatz oder das Prinzip des Kapitalschutzes verstoßen.<sup>59</sup>
- Die Auflösungsklage gemäß Art 531: Minderheitsgesellschafter (Inhaber von mind 10% bzw 5 % [bei börsennotierten AG] des Grundkapitals) können bei gerechtfertigten Gründen die Auflösung der Gesellschaft beim zuständigen Handelsgericht beantragen. In diesem Fall kann das Gericht als Alternativ zur Auflösung die Gesellschaft dazu verpflichten,

53 Begründung des Regierungsentwurfs zu Art 202 Abs 1.

54 Art 202 Abs. 1 lit a des neuen THGB.

55 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zu Art. 202 Abs. 1. In Deutschland hingegen herrscht die Meinung, dass der Ausgleichsanspruch nur aufgrund eines Vertrags gewährt werden kann: Dazu vgl. zB EMMERICH/HABERSACK, 2005, § 311 Rn 72; ZÖLLNER / NOACK Ulrich / KOPPENSTEINER, 2004, Rn 129.

56 Vgl. TEKİNALP, 2009, 166.

57 Vgl. für das österreichische Recht § 195 Abs 2 AktG.

58 TEKİNALP, 2009, 166.

59 Vgl. Art. 391 Abs. 1 lit a und b des neuen THGB.

die Anteile der klagenden Minderheitsgesellschaft zum aktuellen Wert zu kaufen, was, konzernrechtlich gesehen, eine „sell-out“-ähnliche Bedeutung hat.

Neben diesen allgemeinen Rechtsmitteln sieht Art. 202 Abs. 1 lit b gegen Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft durch rechtswidrige Machtausübung der herrschenden Gesellschaft eine konzernspezifische Klagemöglichkeit für Gesellschafter und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft vor.<sup>60</sup> Wird demnach die Ausgleichspflicht nicht im selben Geschäftsjahr erfüllt bzw kein gleichwertiger Rechtsanspruch in der vorgesehenen Frist gewährt, so kann jeder Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft von der herrschenden Gesellschaft und ihren Verwaltungsratsmitgliedern, die den Schaden verursacht haben, Ersatz des Schadens der Gesellschaft verlangen. Das Gericht kann auch, anstelle des Schadenersatzes, auf Antrag oder nach Maßgabe der Billigkeit im konkreten Fall von Amts wegen entscheiden, dass die Anteile der klagenden Gesellschafter von der herrschenden Gesellschaft aufgekauft werden müssen. Ferner kann das Gericht auch anders mit einer „dem Sachverhalt angemessenen und akzeptablen Lösung“ entscheiden.<sup>61</sup>

Im Vergleich zu bestehenden konzernrechtlichen Regelungen der anderen europäischen Länder geht das künftige türkische Konzernrecht einen Schritt weiter, indem es auch den Gläubigern für den Ersatz der Schäden (Nachteile) der abhängigen Gesellschaft, die durch rechtswidrige Beherrschung verursacht wurden, ein Klagerecht gegen die herrschende Gesellschaft und ihre Verwaltungsratsmitglieder gewährt. Dieses Klagerecht steht den Gläubigern selbst dann zu, wenn die Gesellschaft sich nicht im Konkurs befindet. Hier gilt aber wiederum, dass die Schäden der abhängigen Gesellschaft der Gesellschaft selbst und nicht dem Gläubiger ersetzt werden.

Was die Haftung der herrschenden Gesellschaft und ihrer Verwaltungsratsmitglieder bzw. Geschäftsführer gemäß Art 202 Abs.1 betrifft, so erfordert das neue THGB kein Verschulden. Er

geht also von einer verschuldensunabhängigen Haftung aus.<sup>62</sup>

Bezüglich des Schutzkonzepts gemäß Art. 202 Abs. 1 ist hervorzuheben, dass die Klagemöglichkeit für Schäden der abhängigen Gesellschaft nur den Gesellschaftern und Gläubigern eingeräumt wird, nicht aber der Gesellschaft selbst.<sup>63</sup> Dieser Umstand wird in der Begründung des Regierungsentwurfs mit der „Rechtswirklichkeit“ begründet. Es ist demnach nicht realistisch zu erwarten, dass eine abhängige Gesellschaft tatsächlich eine derartige Klage gegen die herrschende Gesellschaft erheben und das Verfahren aufrichtig verfolgen kann.<sup>64</sup> Offensichtlich wollte man auch die Verwaltungsratsmitglieder der abhängigen Gesellschaft vor einer Haftung wegen Unterlassung einer Klage gegen die herrschende Gesellschaft schützen.<sup>65</sup>

Der Mangel an spezifischen Bestimmungen über die Haftung der Verwaltungsratsmitglieder bzw. Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft schließt jedoch die Haftung dieser aufgrund der allgemeinen Pflicht zum Schutz der Interessen der Gesellschaft nicht aus. Sie können von der Gesellschaft, den Gesellschaftern und den Gläubigern aufgrund der allgemeinen Haftungsbestimmungen (Art. 553ff des neuen THGB) geklagt werden.<sup>66</sup> Als einen Ausweg aus diesem ungewollten Umstand sieht das neue THGB in Art 202 Abs 5 die Möglichkeit der vertraglichen Haftungsübertragung vor. Verwaltungsratsmitglieder bzw. Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft können danach von der herrschenden Gesellschaft verlangen, dass sämtliche, sich aufgrund dieses Artikels durch die Haftung gegenüber den Gesellschaftern und Gläubigern ergebenden Rechtsfolgen von ihr durch einen Vertrag übernommen werden.<sup>67</sup> Zu unterstreichen ist, dass es sich hier nicht um eine automatische Haftungsübernahme handelt. Es muss vielmehr ein Vertrag zwischen

60 Für eine ausführliche Darstellung dieses Klagerechts siehe: TEKİNALP, 2009, 166ff; OKUTAN-NILSSON, 2009, 341ff.

61 Art 202 Abs 1 lit b des neuen THGB.

62 TEKİNALP, 2009, 168.

63 Gem § 317 dAktG kann hingegen die Gesellschaft ihre Schäden selbst geltend machen.

64 Begründung des Regierungsentwurfs zu Art 202 Abs. 1.

65 TEKİNALP, 2009, 168; auch OKUTAN-NILSSON, 2006, 191.

66 OKUTAN-NILSSON, 2006, 191.

67 Vgl. TEKİNALP, 2009, 174.

den Geschäftsführern und der herrschenden Gesellschaft abgeschlossen werden.

Trotz dieser Möglichkeit der vertraglichen Haftungsübernahme sind die Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft meines Erachtens angesichts des Fehlens des Klagerechts für die abhängige Gesellschaft bzw. den Geschäftsführer gemäß Art. 202 nicht ausreichend geschützt. Denn die herrschende Gesellschaft kann und in den meisten Fällen wird sie auch den Abschluss eines solchen Vertrages verweigern.

Im Gegensatz zur Begründung des Regierungsentwurfs meint *Tekinalp*,<sup>68</sup> dass die abhängige Gesellschaft eine Klage wegen zugefügter Schäden gegen die herrschende Gesellschaft erheben kann, obwohl sie Art. 202 Abs. 1 lit b nicht als potenzielle Kläger erwähnt. Dafür führt er zwei Gründe an: Erstens ergibt sich ein keinesfalls vom neuen THGB ausgeschlossenes allgemeines Klagerecht der abhängigen Gesellschaft aus Art. 41ff des türkischen Obligationengesetzes, welches die Haftung wegen unerlaubter Handlungen regelt und diesbezüglich eine speziellere Regelung entbehrlich macht. Zweitens sei der Zweck des Auslassens der Erwähnung der Gesellschaft unter den potenziellen Klägern, wie dies aus der Begründung des Regierungsentwurfs herausgeht, nur der Schutz der Geschäftsführer bzw. Verwaltungsratsmitglieder der abhängigen Gesellschaft im Falle eines Verzichts auf die Klage wegen Ersatzes der durch die herrschende Gesellschaft verursachten Schäden.

Schließlich ist auch auf die als eventuelle Lösung vorgesehene „Sell-out-Möglichkeit“ hinzuweisen. „Sell-out“ bezeichnet den Umstand, in dem im Rahmen eines Gerichtsverfahrens alle Anteile der klagenden Gesellschafter von der herrschenden Gesellschaft aufgekauft werden. Als Alternative zum Schadenersatz sieht Art 202 Abs. 1 lit b eine Sell-out-Möglichkeit vor.<sup>69</sup> Das Gericht kann, als Alternative zum Schadenersatz, auf Antrag oder nach Maßgabe der Billigkeit im konkreten Fall von Amts wegen entscheiden, dass die Anteile der klagenden Gesellschafter von der herrschenden Gesellschaft aufgekauft werden. Die Voraussetzungen von „Sell-out“ und die Kriterien zur Bestimmung der Anteile bestimmen sich nach Art 202 Abs. 2 des neuen THGB.

## **b) Schadenersatz- und Sell-out-Recht gemäß Art. 202 Abs. 2 (zweite Schutz-kategorie)**

Der neue THGB enthält in Art. 202 Abs. 2 einen weiteren Schutzmechanismus, welcher für außenstehende Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft im Fall der Veranlassung der Organe der abhängigen Gesellschaft zu bestimmten unbegründeten Beschlussfassungen Schadenersatzansprüche bzw. Andienungsrechte gegen die herrschende Gesellschaft vorsieht. Bei Rechtsgeschäften wie Fusionen, Aufspaltungen, Umwandlungen, Auflösungen, der Ausgabe von Effekten und wichtigen Satzungs- bzw Gesellschaftsvertragsänderungen, die durch die Ausübung der konzernmäßigen Herrschaft vorgenommen werden und für die abhängige Gesellschaft keinen eindeutig nachvollziehbaren berechtigten Grund haben, sind die Gesellschafter berechtigt, bei Gericht zu beantragen, dass die herrschende Gesellschaft ihre Schäden ersetzt oder ihre Anteile aufkauft. Dieses Recht steht jedoch nur denjenigen Gesellschaftern der abhängigen Gesellschaft zu, die gegen die betreffenden Beschlüsse der Hauptversammlung gestimmt und dies zu Protokoll gegeben haben oder gegen die betreffenden Beschlüsse des Verwaltungsrates schriftlich Einspruch erhoben haben.

Danach muss für ein Klagerecht gemäß zweiter Kategorie der Beschluss der Organe der abhängigen Gesellschaft

- im Sinne von Art. 202 Abs. 1 sein,
- aus der Ausübung der konzernmäßigen Beherrschung resultieren,
- für die abhängige Gesellschaft keinen berechtigten Grund haben,
- eine unmittelbare Ursache für einen finanziellen Verlust am Vermögen der Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft darstellen.<sup>70</sup>

Zwischen dem veranlassten Beschluss und dem finanziellen Verlusts muss also ein Kausalzusammenhang bestehen.<sup>71</sup>

Für den Fall, dass der Gesellschafter ein „Sell-out-Recht“ geltend macht, bestimmt Art. 202 Abs. 2, zu welchem Preis die Anteile von der herrschenden Gesellschaft zu übernehmen sind. Sie sind zum Börsenwert oder, falls es einen solchen nicht gibt oder der Billigkeit nicht entspricht, zum

68 TEKİNALP, 2009, 168f.

69 Hierzu ausführlich: TEKİNALP, 2009, 170f.

70 Vgl. OKUTAN-NILSSON, 2006, 195.

71 TEKİNALP, 2009, 168f.

tatsächlichen oder zu einem nach Maßgabe einer nach einer allgemein anerkannten Methode bestimmten Preis aufgekauft zu werden. Bei der Ermittlung des Preises sind die Umstände zur Zeit des gerichtlichen Urteils zugrunde zu legen. Das kann jedoch zu ungerechten Folgen führen, wenn sich der Wert der Beteiligung insbesondere durch Manipulation seitens der Parteien bis zum Urteil nicht unerheblich ändert. Richtig wäre meines Erachtens, hier dem Richter einen gewissen Spielraum einzuräumen, sodass er je nach Wertänderung der Beteiligungen bis zur gerichtlichen Entscheidung einen fairen Preis feststellen könnte.<sup>72</sup> Es widerspricht ferner gerade dem Schutzzweck des Art. 202 Abs. 2, wenn bei der Feststellung des Preises die Umstände nach der Umsetzung der durch die herrschende Gesellschaft veranlassten Beschlüsse der Organen der abhängigen Gesellschaft als Maßstab herangezogen werden. Für die Festlegung des Preises schlägt *Okutan Nilsson*<sup>73</sup> vor, die Bestimmungen der 13. EU-Richtlinie über Übernahmeangebote<sup>74</sup> heranzuziehen. Art. 5 Abs. 4 dieser Richtlinie bestimmt, dass unter bestimmten Bedingungen<sup>75</sup> die Mitgliedstaaten ihre Aufsichtsstellen ermächtigen können, den Preis unter ganz bestimmten Voraussetzungen und nach eindeutig festgelegten Kriterien abzuändern. Hierzu können sie in einer Liste festlegen, unter welchen Voraussetzungen der Höchstpreis nach oben oder nach unten korrigiert werden darf. Das käme beispielsweise dann in Betracht, wenn die Marktpreise der betreffenden Wertpapiere manipuliert worden sind, wenn die Marktpreise allgemein oder im Besonderen durch außergewöhnliche Umstände beeinflusst worden sind, oder um die Rettung eines Unternehmens in Schwierigkeiten zu ermöglichen.

Die Schadenersatzansprüche der zweiten Kategorie (Art. 202 Abs. 2) unterscheiden sich völlig von denen, die in den Anwendungsbereich des Art. 202 Abs. 1 (erste Kategorie) fallen. Denn hier macht der Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft seinen eigenen Schaden geltend, der ihm und nicht der Gesellschaft ersetzt

werden soll.<sup>76</sup> Mit anderen Worten entstehen der Schadenersatzanspruch und das Sell-out-Recht gemäß Art 202 Abs. 2 aus der direkten Schädigung des Vermögens des Gesellschafters. Ferner ist das Klagerecht nach Abs. 2 deliktischer Natur, weil es auf einem Verstoß gegen eine allgemein anerkannte und ungeschriebene Verhaltensregel basiert, die bestimmt, dass niemand das Eigentum eines anderen beschädigen darf.<sup>77</sup> Dabei handelt es sich um rechtswidrige Machtausübung seitens der herrschenden Gesellschaft, da sie die Organe der abhängigen Gesellschaft ohne einen nachvollziehbaren berechtigten Grund für die abhängige Gesellschaft, zu bestimmten Änderungen der Gesellschaftsstruktur bzw. Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte veranlasst und dadurch zur Schädigung des Vermögens der Gesellschafter führt.

Zur Gewährleistung des Schutzzwecks des Art. 202 Abs. 2 bestimmt das neue THGB, dass das Gericht nach Erhebung der Schadenersatz- bzw. Anteilsaufkauflage auf Hinterlegung einer Kautions zu entscheiden hat. Demnach hat die beklagte Partei (herrschende Gesellschaft) einen Betrag, der die eventuellen Schäden der Kläger oder der Ankaufswert der Anteile bzw. Aktien deckt, als Kautions an eine gerichtlich festgesetzte Bank, auf Rechnung des Gerichts zu zahlen. Solange die Kautions nicht bezahlt ist, darf der Beschluss der Hauptversammlung oder des Verwaltungsrates keineswegs durchgeführt werden.<sup>78</sup> Dies gibt der Minderheit eine starke Waffe gegen die Mehrheit, da dadurch die Durchführung wichtiger Beschlüsse blockiert werden kann, wenn die erforderliche Kautions für die herrschende Gesellschaft uneinbringlich bzw. zu hoch ist.<sup>79</sup> Dies bringt jedoch auch eine Missbrauchsgefahr mit sich. Deswegen bestimmt Art 202 Abs. 3 letzter Satz, dass im Falle der rechtsmissbräuchlichen Erhebung der Schadenersatz- und Sell-out-Klagen die beklagte Partei berechtigt ist, von den Klägern gesamtschuldnerisch Schadenersatz und gerichtliche Hinterlegung einer Sicherheit zu fordern. Zu betonen ist ferner, dass Art. 202 Abs. 2 den Gesellschaftern neben den bestehenden

72 Vgl auch OKUTAN-NILSSON, 2006, 196.

73 OKUTAN-NILSSON, 2006, 196.

74 RL 2004/25 - OJ L 142/12, 30.4.2004.

75 Sofern die allgemeinen Grundsätze nach Art. 3 Abs. 1 derselben RL eingehalten werden.

76 OKUTAN-NILSSON, 2009, 389.

77 Vgl TEKİNALP, 2009, 172f.

78 Art 202 Abs. 3 des neuen THGB.

79 OKUTAN-NILSSON, 2006, 196.

allgemeinen Anfechtungsmechanismen kein weiteres Recht auf Anfechtung der Gesellschaftsbeschlüsse gewährt, sondern nur die Abwendung der Benachteiligung der außenstehenden Gesellschafter durch veranlasste Beschlüsse bezweckt.

Die Entscheidung darüber, ob ein Schadenersatzanspruch oder das „Sell-out-Recht“ geltend gemacht wird, liegt beim klagenden Gesellschafter. Der Gesellschafter kann jedoch nicht verlangen, dass nur ein Teil seiner Beteiligung gekauft wird. Das würde sowohl dem Sinn und Schutzzweck der Regelung als auch dem Prinzip des Ausgleichs der Konzerninteressen und Interessen der außenstehenden Gesellschafter widersprechen. Denn der eigentliche Zweck dieses neuen „Sell-out-Rechts“ ist nicht, es den Gesellschaftern zu ermöglichen, einen bestimmten Teil ihrer Anteile zu verkaufen, sondern einem Gesellschafter, der etwa mit der strukturellen Veränderung der Gesellschaft oder einer Satzungsänderung nicht zufrieden ist, die Möglichkeit einzuräumen, aus der Gesellschaft auszutreten. Dadurch erhält auch die Gesellschaft als Teil eines Gesamtgebildes die Möglichkeit, einen problematischen Gesellschafter „loszuwerden“.<sup>80</sup>

Schließlich regelt Art. 202 Abs. 2 eine Verjährungsfrist für die Geltendmachung dieser Ansprüche. Das Recht auf Erhebung der Schadenersatz- oder Anteilsankaufsklage verjährt danach innerhalb von zwei Jahren ab Fassung des Hauptversammlungsbeschlusses oder der Bekanntmachung des Verwaltungsratsbeschlusses.<sup>81</sup>

### III. Kritik und Ausblick

Die Kodifikation des Konzernrechts ist als eine Antwort auf die konzern- und schutzrechtlichen Lücken und die der Wirklichkeit widersprechenden Umständen zu sehen. Das geht auch klar aus der Begründung des Regierungsentwurfs zum neuen Türkischen HGB hervor, in der der Schutz der außenstehenden Gesellschafter und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft zum Hauptziel erklärt wird.<sup>82</sup> Ein näherer Blick auf das neue THGB zeigt, dass man auch tatsächlich versucht

hat, dieses Ziel mit unterschiedlichen Schutzmechanismen, wie neuen Haftungstatbeständen und Offenlegungsgeboten, zu konkretisieren. Somit ist es meines Erachtens nicht falsch zu behaupten, dass das neue Konzept des türkischen Konzernrechts in erster Linie als „Schutzrecht“ zu betrachten ist.

Beim Thema der Ausübung der Beherrschung und dadurch entstandener Nachteile der abhängigen Gesellschaft greift das neue THGB auf § 311 und 317 dAktG zurück. Damit gelangen die dortigen Schlüsselbegriffe der Veranlassung, des Vorteils und Nachteils ins Zentrum.<sup>83</sup> Davon sind insb die Begriffe „Nachteil“ und „Vorteil“ im konzernrechtlichen Kontext sehr problematisch. Das neue THGB zählt zwar die Umstände auf, die als Nachteil ausgleichsbedürftig sind, und stellt Beispiele auf, die teilweise auf das „Messbare“ hinweisen, diese Aufzählung jedoch nur demonstrativ und löst das Problem, was tatsächlich angesichts der bestehenden und künftigen Vorteile für Tochtergesellschaften als „Nachteil“ zu bezeichnen ist, nicht endgültig. Das Problem besteht im Konzern indessen oft einfach in einer starken Verknüpfung der Interessen, wie etwa durch Zentralisierung der Funktionen, von zentraler Forschung bis zum Cash Management. Von einem Nachteil lässt sich hier oft nicht reden. Da das wirtschaftlich richtige Verhalten sich in einem Konzern nun einmal nach anderen Gesichtspunkten bestimmt, versagt das Modell von Gesellschaften, die sich „wie unabhängige“ verhalten.<sup>84</sup>

Wie das deutsche Konzernrecht hat es auch das neue THGB unterlassen, ein System zu schaffen, das die allgemeinen, langfristigen Vorteile, wie etwa den Name oder die Aussicht auf Beistand in der Krise, in Betracht zieht. Das gilt freilich auch für langfristige und kaum quantifizierbare Nachteile.<sup>85</sup> Zu begrüßen ist jedoch, dass die türkische Formulierung des konzernrechtlichen Nachteilsbegriffs nicht allein den finanziellen Schaden beinhaltet und sich daher von einem bloß obligatorischen Schadensbegriff unterscheidet.

Eine weitere Frage im Zusammenhang mit der

80 Vgl. TEKİNALP, 2007, 867.

81 Art. 202 Abs. 2 letzter Satz, des neuen TGHB.

82 Siehe dazu auch TEKİNALP, 2006, 16ff.

83 DRUEY, 2003, 336.

84 DRUEY, 2003, 326.

85 DRUEY, 2003, 326f.

Nachteilszufügung ist, wie der Begriff „Veranlassung“ in Art 202 Abs 1 lit a zu verstehen ist. Zu bedenken ist, dass die abhängigen Gesellschaften in der Praxis nicht völlig fremdgesteuert werden, sondern in ihren Angelegenheiten oft mitreden. In solchen Fällen bleibt es unklar, wie man die „Veranlassung“ und die „Weisung“ vom „Vorschlag“, der „Einigung“, dem „Konzept“, dem „Wunsch“ und der „Erfüllung vertraglicher Pflichten“ unterscheiden soll.<sup>86</sup>

Ein weiterer erwähnenswerter Punkt ist die Regelung des Art 202 Abs 1 lit c, wonach die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft verlangen können, dass der Gesellschaft der Schaden ersetzt wird, selbst wenn sich die Gesellschaft nicht in Konkurs befindet. Diese Regelung ist strenger als im allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht und stellt die die Grenzen der Angemessenheit der Eingriffsintensität des Konzerns in Frage.<sup>87</sup>

Eine der viel kritisierten Eigenschaften des Schutzkonzepts gemäß Art. 202 Abs. 1 ist, dass die Klagemöglichkeit für Schäden der abhängigen Gesellschaft nur den Gesellschaftern und Gläubigern eingeräumt ist, nicht aber der Gesellschaft selbst oder ihren Verwaltungsratsmitgliedern bzw. Geschäftsführern.<sup>88</sup> Dieser Umstand wird in der Begründung des Regierungsentwurfs wie folgt begründet<sup>89</sup>: „man hat dabei die Rechtswirklichkeit in Betracht gezogen. Denn es ist zweifelhaft, ob die Gesellschaft tatsächlich eine derartige Klage gegen die herrschende Gesellschaft erheben und das Verfahren aufrichtig verfolgen kann. Auch die verwurzelte Praxis unterstützt diesen Zweifel. Aus rechtspolitischen Gründen hat man es nicht für richtig gehalten, dass eine Situation geschaffen wird, in der die Verwaltungsratsmitglieder der abhängigen Gesellschaft mit der herrschenden Gesellschaft und ihren Verwaltungsratsmitgliedern konfrontiert werden.“ Meiner Meinung nach spiegelt sich hier eines der wichtigsten Probleme bzw. Widersprüche des allgemeinen Konzernrechts wider, nämlich die Frage nach der tatsächlichen

Möglichkeit des Gebrauchmachens der rechtlichen Unabhängigkeit für Tochtergesellschaften, die im Grunde nach nur „wirtschaftlich“ abhängig sein sollten. Die Verwaltungsratsmitglieder bzw. Geschäftsführer einer abhängigen Gesellschaft finden tatsächlich kaum den erforderlichen Mut, gegen die Obergesellschaft im Namen der abhängigen Gesellschaft vorzugehen. Denn sie werden ansonsten mit der Gefahr des Jobverlusts konfrontiert,<sup>90</sup> was dazu führt, dass die abhängige Gesellschaft mehr und mehr zum Sklaven gemacht wird. Dass Art. 202 Abs. 1 die abhängige Gesellschaft nicht als potenzielle Klägerin erwähnt hat, wird auch damit begründet, dass man die Verwaltungsratsmitglieder der abhängigen Gesellschaft vor einer Haftung wegen Unterlassung einer Klage gegen die herrschende Gesellschaft schützen wollte.<sup>91</sup> Dies schließt meines Erachtens jedoch deren Haftung aufgrund der allgemeinen Pflicht zum Schutz der Interessen der Gesellschaft nicht aus. Die Verwaltungsratsmitglieder können weiterhin von der Gesellschaft, dem Gesellschafter und den Gläubigern aufgrund der allgemeinen Haftungsbestimmungen (Art. 553ff) geklagt werden.<sup>92</sup> Auch die als ein Ausweg für diesen „ungewollten“ Umstand vorgesehene Möglichkeit der vertraglichen Haftungsübertragung<sup>93</sup> wird meines Erachtens nicht weiterhelfen. Denn die herrschende Gesellschaft kann den Abschluss eines solchen Vertrages verweigern. Wenn man annimmt, dass Art. 202 Abs. 1 lit b tatsächlich eine Geltendmachung der Schäden durch die abhängige Gesellschaft selbst ausschließt,<sup>94</sup> dann wird das zu einem Dilemma führen. Denn einerseits sind die Geschäftsführer bzw. Verwaltungsratsmitglieder allgemein verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft zu schützen und können auch diesbezüglich zur Haftung gezogen werden,<sup>95</sup> andererseits wird ihnen aber die Möglichkeit entzogen, die aufgrund rechtswidriger Beherrschung entstehenden Schäden geltend zu machen.<sup>96</sup>

86 Vgl. DRUEY, 2003, 326f.

87 Siehe DRUEY, 2003, 336.

88 Gem § 317 dAktG kann hingegen die Gesellschaft ihre Schäden selbst geltend machen.

89 Begründung des Regierungsentwurfs zu Art 202 Abs 1.

90 Vgl auch OKUTAN-NILSSON, 2006, 191.

91 TEKİNALP, 2009, 168; auch OKUTAN-NILSSON, 2006, 191.

92 OKUTAN-NILSSON, 2006, 191.

93 Art. 202 Abs. 5, das neue THGB.

94 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zu Art 202 Abs 1.

95 Vgl. Art. 553ff des neuen THGB.

96 Im Gegensatz zur Begründung des Regierungsentwurfs

---

**YARARLANILAN KAYNAKLAR**


---

- AYTAÇ, Zühtü, **Deutsches und türkisches Konzernrecht im Vergleich**, Dissertation, Freiburg, Albert-Ludwigs-Universitaet, 1975.
- BOYACIOĞLU, Cumhur, **Konzern Kavramı**, Doktora Tezi, (Dissertation), Ankara, 2006.
- BÖCKLI Peter, **Schweizer Aktienrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2009.
- BÜREN, Roland von, **Schweizerisches Privatrecht / Handelsrecht / Der Konzern**, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2005.
- DRUEY, J. N., **Der Entwurf für ein türkisches Konzernrecht in rechtsvergleichender Sicht**, (in Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan) Band I, İstanbul 2003, (s. 323 - 339).
- EMMERICH, Volker / MATHIAS Habersack, **Aktien- und GmbH-Konzernrecht**, Beck Verlag, 4. Aufl., München, 2005.
- EMMERICH, Volker / SONNENSCHNEIN, Jürgen, **Konzernrecht**, Beck Verlag, 3. Aufl., München, 1989.
- KEKI, Selim, **Deutsches und türkisches Konzernrecht in der rechtsvergleichenden Betrachtung**, Dissertation, Universitaet Konstanz, 2001.
- OKUTAN-NILSSON, Gül, "The Law of Groups of Companies Under the Draft Turkish Commercial Code", **Rezeption und Autonomie: 80 Jahre Türkisches ZGB, Journées Turco-Suisses**, Stämpfli Verlag, Bern, 2006 (179-207).
- OKUTAN-NILSSON, Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2009.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklık ve Kooperatif Hukuku (Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht)**, İstanbul, 1995.
- TEKİNALP, Ünal, "Die jüngsten Entwicklungen im türkischen Handels- und Gesellschaftsrecht", **Rezeption und Autonomie: 80 Jahre Türkisches ZGB, Journées Turco-Suisses**, Stämpfli Verlag, Bern, 2006 (147-177).
- TEKİNALP, Ünal, "Right of Action under the Draft Turkish Corporate Group Law", **Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, (Festschrift für Büren)**, Basel, 2009.
- TEKİNALP, Ünal, "Turkish Concepts and Approaches in Corporate Group Law", **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, Verlag C.H. Beck, München, 2007, (s.849-880).
- ZÖLLNER Wolfgang / NOACK Ulrich (Hgg.) / KOPPENSTEINER, Hans-Georg (Bearb.), **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, 3. Aufl., 2004.

---

meint TEKİNALP, dass die abhängige Gesellschaft eine Klage für zugefügte Schäden gegen die herrschende Gesellschaft erheben kann, obwohl sie in Art 202 Abs 1 lit b nicht unter den potenziellen Klägern erwähnt ist. Hierzu: TEKİNALP, 2009, 168f.